

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

OSMIR ANTONIO GLOBEKNER

**A SAÚDE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: A QUESTÃO DA EQUIDADE NO
ACESSO SOCIAL AOS RECURSOS SANITÁRIOS ESCASSOS**

**SALVADOR
2009**

OSMIR ANTONIO GLOBEKNER

**A SAÚDE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: A QUESTÃO DA EQUIDADE NO
ACESSO SOCIAL AOS RECURSOS SANITÁRIOS ESCASSOS**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia
como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre em Direito Público.**

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

**SALVADOR
2009**

G562

Globekner, Osmir Antonio,

A saúde entre o público e o privado : a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos / por Osmir Antonio Globekner. – 2009.

145 f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2009.

1.Direito Público 2.Direitos Fundamentais 3.Alocação de recursos
4.Acesso aos serviços de saúde I.Universidade Federal da Bahia

CDU – 342.7

CDD – 342.085

OSMIR ANTONIO GLOBEKNER

A SAÚDE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: A QUESTÃO DA EQUIDADE NO
ACESSO SOCIAL AOS RECURSOS SANITÁRIOS ESCASSOS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público no curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e aprovada, em sua forma final, em ____ de _____ de 2009.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior – Orientador
Universidade Federal da Bahia

Prof.^a Dr.^a Maria Auxiliadora Minahim
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Universidade Federal de Alagoas

Dedico meu labor nesta dissertação à memória de meu pai, Fortunato Globekner, a quem devo as primeiras e fundamentais lições sobre o valor da Vida, da Verdade e do Trabalho.

AGRADECIMENTOS

Meu profundo e sincero agradecimento:

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, depositário do meu mais profundo respeito e admiração, por acolher o projeto desta dissertação e por ser o farol que, à distância, oferece a permanente esperança de um porto seguro, mais além da procela.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em especial àqueles de cujo profícuo conhecimento tive o prazer e o privilégio de colher através de suas memoráveis cátedras: Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Marília Muricy Machado Pinto, Fredie Souza Didier Junior, Edilton Meireles de Oliveira Santos, Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Mônica Neves Aguiar da Silva e Maria Auxiliadora de Almeida Minahim.

Aos professores do Programa Integrado de Pesquisa e Cooperação Técnica em Economia da Saúde do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia (PECS/ISC/UFBA), em especial aos professores Sebastião Loureiro, Erika Aragão, Cláudio Leão, Antonio Luis e Andréia Costa, pela introdução ao que, para mim, constituiu um novo universo de conhecimentos.

À Prof.^a Dr.^a Sueli Gandolfi Dallari e ao Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), pela semente lançada em 2001, através do V Curso de Especialização em Direito Sanitário, na vetusta Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP).

À mestra Sara da Nova Quadros Côrtes, pelo zelo e carinho ao mostrar, por meio da atividade de tirocínio docente, o caminho da docência e da construção participativa da Ciência e do Direito.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo amável e estimulante convívio, em especial àqueles com o quais a interlocução foi mais calorosa e intensa.

Aos membros e, em especial, aos meus colegas servidores do Ministério Público Federal, pela oportunidade de um convívio profissional do mais elevado nível, pela amizade, pelo compartilhamento de sonhos, incluindo o sonho comum de uma sociedade livre, justa e solidária.

Aos meus amigos, pelo tão singelo, completo e indispensável prazer da amizade. Deixo de nomeá-los, pois, em seus corações, sabem que é a vocês que me refiro.

A toda a minha família e, em especial, a minha mãe, Elianna Percides Pereira de Almeida Globekner, pela confiança, por vezes exagerada, mas sempre alentadora.

Aos meus companheiros das caminhadas matutinas, Pink e Bóris Beagle, pela desconfiança, pelos infalíveis olhares ansiosos, carinhosos e compreensivos, provocando as justas interrupções nesta solitária tarefa da pesquisa.

Por fim, a Evandro, por compartilhar desta jornada.

“We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others. While the world permits sufferers to be chosen, something beyond their agony is earned, something even beyond the satisfaction of the world's needs and desires. For it is in the choosing that enduring societies preserve or destroy those values that suffering and necessity expose. In this way societies are defined, for it is by the values that are foregone no less than by those that are preserved at tremendous cost that we know a society's character.”

(Guido Calabresi e Philip Bobbitt, “Tragic choices”)

RESUMO

A presente dissertação, desenvolvida na área de concentração de Direito Público e na linha de pesquisa de Cidadania e Efetividade de Direitos, ocupa-se do tema do acesso social à atenção sanitária como garantia da efetividade do direito à saúde. Aborda o problema específico dos mecanismos de alocação social dos recursos escassos necessários à consecução das prestações públicas e privadas de atenção sanitária, buscando a aproximação entre os discursos liberal e social, nas respectivas defesas dos mecanismos de alocação pelo mercado e pelo planejamento público. Inicialmente, especifica-se o conteúdo dos conceitos de saúde e de direito à saúde e alguns aspectos relevantes a eles relacionados, tais como: as relações entre a inovação tecnológica em saúde e a desigualdade social, a natureza das necessidades humanas no campo sanitário, as circunstâncias político-sociais em torno da constitucionalização do direito à saúde e a forma como se orientou a proteção jurisdicional desse direito no Brasil. Em seguida, trata-se da questão da racionalidade econômica na alocação dos recursos sociais escassos, o que é feito partindo-se 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. Associa-se também tal discussão à questão das decisões trágicas, de acordo com a doutrina exposta por Guido Calabresi e Philip Bobbitt. Aborda-se na sequência a concepção histórica dos paradigmas liberal e social à luz de suas relações com os direitos fundamentais. O aprofundamento da análise dos fundamentos da igualdade é feito separadamente em cada um dos dois modelos paradigmáticos de alocação social de recursos escassos, o liberal e o social. No paradigma liberal, a discussão toma por base, fundamentalmente, a doutrina da “justiça como equidade” de John Rawls e a oposição que lhe é feita por seus críticos, em especial Robert Nozick e Amartya Sen, extraindo-se ainda dessa discussão os limites da igualdade dentro do referido paradigma. No campo da fundamentação da igualdade no paradigma social, estudam-se os fundamentos e as características da igualdade com base no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, a distinção entre igualdade formal e igualdade material e os limites desta, os limites imanentes, associados à questão da identidade e multiplicidade cultural e social, os externos, determinados pela limitação dos recursos materiais. Aborda-se aí o tema da *reserva do possível* e do *mínimo existencial* no campo sanitário. Por fim, apontam-se os elementos comuns e convergentes que orientam uma uniformidade de critérios visando à constituição do que se convencionou denominar “justiça distributiva sanitária”, como instrumento da promoção do acesso social igualitário aos bens sociais e serviços de saúde e as possibilidades de construção desses princípios dentro do sistema de atenção à saúde, concebido no Brasil pela Constituição Federal de 1988 como um sistema dual, público e privado. Conclui-se pela necessidade da constante construção, reconstrução e fortalecimento de princípios que orientem o acesso equitativo aos bens e serviços relacionados com a saúde nos âmbitos privado e público.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Justiça distributiva. Alocação de recursos. Atenção à saúde. Acesso aos serviços de saúde. Equidade em saúde.

ABSTRACT

This thesis, developed in Public Law Concentration and in the line of research of Citizenship and Effectiveness of Rights, approaches the subject of health care access as a way to achieve the effectiveness of health rights. It addresses the specific problem of the mechanisms of social scarce resources allocation needed to achieve the benefits of public and private health care, seeking an approach between liberal and social discourses, in their defense of allocation by the market and public planning, respectively. Initially, it specifies the content of the health and right to health concepts and clarifies some aspects related to them, such as: the relationships between technological innovation in health and social inequality, the nature of human needs in the health field, the political-social circumstances around the constitutionalization of the right to health and how the judicial protection of such right was guided in Brazil. After that, it is considered the subject of economic rationality in the allocation of scarce social resources, which is based 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. Such a discussion is associated also to the question of the tragic choices, according to the doctrine exposed by Guido Calabresi and Philip Bobbitt. Then discusses the historical development of liberal and social paradigms and their relations with fundamental rights. Further analysis of the foundations of equality is made separately in each one of two models of social allocation of scarce resources, the liberal and the social. In the liberal paradigm, the discussion takes, fundamentally, the John Rawls doctrine of "justice as fairness" and the opposition to it by its critics, in particular Robert Nozick and Amartya Sen, being still extracted of this discussion the limits of the equality inside the above-mentioned paradigm. In the field of equality in the social paradigm, the characteristics of equality is studied on basis of the recognition of fundamental social rights, the distinction between formal equality and substantive equality, the inherent limitations associated with the issue of identity and cultural and social diversity, and the external limitations, determined by scarcity of material resources, when is also approached the subject of the "reserve of possible" (available resources) and of the "decent minimum" in the health field. Finally, are pointed the common and converging elements that can orientate an uniformity of criteria aiming the constitution of what one agreed to call "distributive justice in health" as an instrument of promoting equal access to social goods and social services related to health, as well as possibilities for construction of these principles within the health care system designed in Brazil by the Federal Constitution of 1988 as a dual system, public and private. The work concludes that there is a constant need for construction, reconstruction and strengthening of principles that guide the equitable access to the goods and services related to health in both private and public extents.

Keywords: Fundamental social rights. Distributive justice. Resource allocation. Health care. Health services accessibility. Equity in health.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SAÚDE COMO UM BEM E COMO UM DIREITO	18
2.1 A SAÚDE COMO UM BEM	18
2.1.1 O Conceito de Saúde	19
2.1.2 A Medicina Tecnológica e sua Relação com as Desigualdades.....	23
2.1.3 A Natureza das Necessidades no Campo Sanitário.....	28
2.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO	32
2.2.1 Alguns Fatos em Torno da Constitucionalização do Direito à Saúde no Brasil	33
2.2.2 O Conteúdo do Direito à Saúde	38
2.2.3 A Proteção Jurisdicional do Direito à Saúde no Brasil.....	43
3 A RACIONALIDADE ECONÔMICA, O CUSTO DOS DIREITOS E AS ESCOLHAS TRÁGICAS	47
3.1 CONEXÕES ENTRE DIREITO E RACIONALIDADE ECONÔMICA	48
3.2 ESCOLHAS TRÁGICAS.....	58
4 PARADIGMAS LIBERAL E SOCIAL E SUAS RELAÇÕES COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	65
5 FUNDAMENTOS DA IGUALDADE NO PARADIGMA LIBERAL E SEUS LIMITES	74
5.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	74
5.2 A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS	76
5.3 A CRÍTICA LIBERAL À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE	83
5.3.1 Uma Teoria Insuficientemente Liberal	84
5.3.2 Uma Teoria Insuficientemente Igualitária.....	89
5.3.2.1 Ronald Dworkin	89
5.3.2.2 Amartya Sen.....	91
5.3.2.3 Gerald Allan Cohen.....	92
5.3.2.4 A crítica feminista	93
5.4 OS LIMITES DA IGUALDADE NO PARADIGMA LIBERAL	95
6 FUNDAMENTOS DA IGUALDADE NO PARADIGMA SOCIAL E SEUS LIMITES	97
6.1 A IDEIA DA IGUALDADE NO PARADIGMA SOCIAL.....	97
6.1.1 Identidade e Igualdade.....	98
6.1.2 Igualdade Jurídico-Formal e Igualdade Fático-Substantiva.....	101
6.1.3 O Critério da Proporcionalidade como Vedação da Insuficiência	103
6.2 OS LIMITES DA IGUALDADE NO PARADIGMA SOCIAL.....	106
6.2.1 A Reserva do Possível	107

6.2.2 O Mínimo Existencial.....	115
7 O SISTEMA DUAL BRASILEIRO: A SAÚDE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	119
7.1 DESAFIOS FÁTICOS NA UNIVERSALIZAÇÃO DA ATENÇÃO À SAÚDE	119
7.2 AS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE.....	123
7.3 A JUSTIFICAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DOS SISTEMAS PLURAIS DE ATENÇÃO	125
7.4 CONVERGÊNCIAS: SERVIÇO PÚBLICO E REGULAÇÃO PRIVADA DA SAÚDE.....	129
8 CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	138

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação buscou subsídios para uma aproximação entre os discursos utilizados pelo paradigma liberal e pelo paradigma social clássicos a fim de fundamentar, deontológica e teleologicamente, os modos que cada um deles propugna para a alocação social dos bens socialmente produzidos e, no caso em análise, destinados à satisfação das necessidades humanas ligadas à saúde. Pretende-se, assim, identificar alguns traços do que vem sendo denominado “justiça sanitária” ou, mais especificamente, “justiça distributiva sanitária”¹.

O objetivo geral visado é o da relativização, no campo sanitário, da oposição, em princípio superável, que se costuma opor entre mecanismos socioeconômicos de alocação pelo mercado e mecanismos socioeconômicos de alocação pela despesa pública, em favor da concepção de um sistema plural de atenção à saúde que combine mecanismos de ambas as formas de alocação e, simultaneamente, reconheça princípios comuns e uniformes de promoção de acesso social igualitário aos bens e recursos socialmente produzidos e destinados à atenção à saúde humana.

A expectativa é que a superação dessa aparente dicotomia, através da oposição dialética e da aproximação entre valores, ideias e concepções de justiça, sociedade e Estado, presentes em cada um dos modelos, possa contribuir na revelação dos elementos que lhe são comuns, oportunizando novas formas de organização da solidariedade social e de repartição das responsabilidades e encargos a ela correspondentes, de modo relativamente independente das possibilidades de organização sociopolítica da sociedade especificamente considerada. A

¹ A expressão “justiça sanitária” é empregada, por vezes, na literatura em uma concepção mais ampla e abrangente de todo o campo do Direito Sanitário, como ramo do Direito que se ocupa da regulação incidente sobre as ações e os serviços de interesse para a saúde (AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 92). O sentido mais corrente, entretanto, e o que será atribuído à expressão nesta dissertação afina-se com a ideia de justiça distributiva. Um conceito, nesta acepção, é oferecido por Julio Montt: “Segundo a classificação dos conceitos clássicos de justiça – comutativa, legal e distributiva – a justiça sanitária é a aplicação do conceito de justiça distributiva no âmbito da saúde (e como tal) se encarrega da distribuição equilibrada e proporcional às responsabilidades e ônus, méritos e benefícios. A relação proporcional é determinada pelo critério de equidade.” (“Según la clasificación de los conceptos clásicos de justicia --comutativa, legal y distributiva--, la justicia sanitaria es la aplicación del concepto de justicia distributiva en el ámbito de la salud (y como tal) se encarga de la distribución proporcionada o proporcional a cargos y cargas, méritos y beneficios. La relación proporcional es determinada por el criterio de equidad” (tradução nossa)) (MONTT, Julio. **Justicia sanitaria: análisis del modelo chileno**. México: Curso Taller OPS/OMSCIESS, Legislación en salud, 1995.). Grande parte do curso que a expressão, neste sentido, ganhou no campo interdisciplinar da saúde se deve ao desenvolvimento do *princípio da justiça* como um dos quatro princípios que fundam a Bioética de inspiração principialista. Conferir: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. 6th ed., New York: Oxford University Press, 2009. p. 242.

aproximação das fundamentações citadas volta-se, portanto, a obter maior compreensão dos princípios e das diretrizes comuns que possam orientar o acesso social a certa classe de bens e recursos por meio dos quais se viabiliza a atenção à saúde, a despeito dos distintos contextos sanitários, culturais, sociais, políticos e econômicos em que a matéria possa ser agitada.

Também é objetivo deste trabalho que essa discussão revele novas perspectivas de equilíbrio entre o imperativo de justiça social no acesso aos recursos escassos e o imperativo de autonomia e emancipação do indivíduo na busca da satisfação de suas necessidades e aspirações.

Assumiu-se como hipótese, na presente dissertação, que o vetor equidade se constitui no eixo central da uniformização de princípios distributivos em torno da justiça sanitária. Assim, a análise empreendida se concentrou em verificar a presença desse vetor e os limites de sua aplicação, quer no paradigma liberal, por meio das discussões tradicionalmente ligadas à justiça distributiva, quer no paradigma social, através das discussões concernentes à concretização dos direitos sociais como dimensão própria dos direitos humanos.

O contexto mundial atual é marcado pelo consumo crescente de recursos financeiros públicos e privados na satisfação das necessidades de atenção à saúde humana. Essa demanda é originada, em grande parte, pela ampliação do acesso que ocorre na esteira da afirmação histórica relativamente recente dos direitos fundamentais sociais. Mas, por outro lado, também é resultado do aumento explosivo dos custos da atenção sanitária.

Esse aumento, por sua vez, é determinado por fatores conjunturais, como a transição demográfica e epidemiológica enfrentada por todas as populações do globo e, especialmente no caso do Ocidente, pela assunção de um modelo de medicina altamente dependente da inovação tecnológica e fortemente influenciado pelas demandas do mercado nos moldes liberais².

² “As causas específicas dos problemas financeiros da saúde pública são várias. A principal delas é provavelmente o enorme progresso técnico que se tem produzido no campo sanitário como consequência do desenvolvimento do conhecimento científico, que conduziu à aparição de novas tecnologias cada vez mais caras. Mas existem outros fatores não menos relevantes. Entre eles: o progressivo envelhecimento populacional, o surgimento de enfermidades novas, o aumento da incidência de enfermidades crônicas, a nova concepção de saúde identificada como um completo bem-estar físico, mental e social [...] e não meramente a ausência de doenças, e o fato não desprezível de que as inovações tecnológicas não têm sido acompanhadas em geral por uma rigorosa avaliação de sua eficácia, segurança e custo-efetividade. O resultado tem sido um aumento descontrolado e ineficiente de recursos disponíveis, que nos leva atualmente a propor a necessidade de racionar os recursos escassos.” (“Las causas específicas de los problemas financieros de la sanidad son variadas. La principal de ellas es probablemente el enorme progreso técnico que se ha producido en el campo sanitario como consecuencia del desarrollo del conocimiento científico, que ha conllevado la aparición de nuevas tecnologías cada vez más caras. Pero existen otros factores no menos relevantes. Entre ellos: el progresivo envejecimiento de la población, el surgimiento de nuevas enfermedades, el aumento de los enfermos crónicos, una nueva concepción de la salud identificada con un completo bienestar físico, mental y social (como reza la generosa definición de la OMS) y no meramente con la ausencia de la enfermedad, y el hecho no despreciable de que las

O quadro anteriormente descrito determina crises de repercussões locais e globais em torno do acesso aos recursos sanitários.

Em países de regime marcadamente liberal, a crise se manifesta em especial nas limitações oferecidas pelo mecanismo de alocação pelo mercado dos bens sociais sanitários³ e na resultante exclusão de grandes contingentes humanos dos níveis mínimos de cobertura sanitária. Já em países que assumiram modelos político-econômicos de matiz social, a crise se revela nos limites materiais e orçamentários com que se defronta o poder público para fazer frente às prestações sociais crescentes que lhe são requeridas. Em comum, têm-se as dificuldades em promover o acesso justo e equitativo à atenção sanitária eficaz e adequada.

A repercussão global da crise se materializa, entre outros momentos: nas implicações de mão dupla existente entre as condições sanitárias das populações e a busca do desenvolvimento econômico e social dos povos e superação da pobreza; nas relações entre tecnologia sanitária e interesses econômicos transnacionais; no caráter transnacional de determinados agravos à saúde, o qual determina o caráter também transnacional dos esforços de vigilância epidemiológica e sanitária, de pesquisa científica e de desenvolvimento tecnológico necessários para o seu enfrentamento.

Assim, as dificuldades postas pela alocação de recursos na atenção sanitária possuem componentes regionais, nacionais, transnacionais e globais. A crise anteriormente mencionada aflige em modos peculiares as distintas nações, segundo as características de cada uma, repercutindo sempre, é claro, nas considerações sobre a justiça e equidade no acesso aos recursos sanitários socialmente produzidos.

As soluções que se apresentem para o equacionamento do problema dos custos da atenção sanitária e da forma de distribuí-los equitativamente possuirão componentes locais e globais, que não poderão ser ignorados, mas que, por certo, hão de requerer critérios comuns

innovaciones tecnológicas no se han visto acompañadas por lo general de una rigurosa evaluación respecto a su eficacia, seguridad y coste-efectividad. El resultado ha sido un incremento incontrolado e ineficiente de los recursos disponibles que nos lleva hoy día a plantearnos la necesidad de racionar los recursos escasos.” (tradução nossa). GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. *Doxa*, n. 22, p, 584-585, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

³ A expressão “bens sociais”, nesta dissertação, é empregada para aludir a um conceito bastante amplo, conforme proposição de Michael Walzer “Todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais” (WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 6.). Nessa acepção os bens são concebidos e criados por uma dada sociedade segundo uma avaliação cultural. Sua definição abrange todas as coisas valoradas por essa sociedade como um bem. Podem ou não ser objeto de apropriação privada e individual. Resultam da colaboração social, o que, sob certa ótica, significa tudo o que uma sociedade pode produzir. Os bens sociais sanitários, como bens voltados a atender necessidades e desejos ligados à saúde, em regra resultam de processos complexos de colaboração social, a exigir em sua produção, entre outros elementos, significativa e diversificada acumulação e intercâmbio de conhecimentos técnicos, práticos e científico-tecnológicos.

mínimos de acesso justo a recursos sanitários sociais escassos. Isso torna relevante a necessidade de desenvolvimento e uniformização dos já mencionados princípios de justiça sanitária de caráter universal.

O objetivo pragmático-social perseguido nesta pesquisa é o de obter, através de um melhor fundamento teórico, maior concretude e efetividade para o modelo de sistema de saúde, que foi delineado pela Constituição Brasileira de 1988⁴, de natureza dual, público e privado, consoante direcionamento geral do Estado brasileiro como um Estado Social moderado⁵.

No Brasil, de maneira não muito diversa do que ocorre em outros países, o processo de afirmação do direito social à atenção em saúde, tornado direito fundamental em 1988, enfrenta, de forma crescente, o questionamento crítico relacionado aos limites impostos à sua efetivação em razão da escassez dos recursos materiais disponíveis. O robustecimento dessa crítica é proporcional à marcha em que se consolidam mecanismos sociais, políticos e jurisdicionais voltados à garantia daquele direito fundamental.

Na realidade brasileira pós-Constituição de 1988, a elevação do direito à saúde ao *status* constitucional, com a assunção de um dever estatal correspondente, bem como as repercussões que tal elevação trouxe também à esfera privada, determinou intensa demanda perante os tribunais e sensível expansão de provimentos jurisdicionais voltados a obter a satisfação das obrigações correspondentes por parte do Estado e dos entes privados que atuam no setor econômico dos serviços de saúde, mormente no setor dos seguros de saúde.

Nesse quadro de afirmação do direito fundamental social à saúde, sempre diante da perspectiva da limitação oferecida pela escassez dos recursos materiais, emergem propostas de equacionamento que assumem, por vezes, no campo da disciplina jurídica, o sentido de uma revisão crítica do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, bem como da extensão de sua exigibilidade⁶.

Trata-se, porém, de críticas a serem serenamente refletidas, para que, por um lado, de seu acatamento irrestrito não resulte um mero retrocesso no que diz respeito à efetivação de

⁴ A Constituição Federal de 1988, em seus artigos de 196 a 200, desenhou com razoável detalhamento o sistema público de saúde, prevendo também, no art. 199, que a assistência à saúde seria livre à iniciativa privada, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema público.

⁵ Na definição de Edvaldo Brito, “aquele que intervém [...] orientado axiologicamente pelos valores maiores da liberdade individual, compatível com os valores da justiça social”. (BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: desenvolvimento econômico, bem-estar social. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 33.)

⁶ Em grande parte, as propostas giram em torno da teoria dos custos dos direitos e da reserva do possível, temas que serão abordados, respectivamente, nas seções 3 e 6 desta dissertação.

direitos sociais já consagrados e, por outro lado, de sua rejeição sumária não resulte a omissão de formulações capazes de aprimorar o nível de garantia e efetivação desses mesmos direitos.

No campo sanitário, é necessário reconhecer que a garantia formal do acesso, que no Brasil se expressou no reconhecimento do exercício de um direito subjetivo público ao provimento estatal de prestações concretas de atenção em saúde, pode mostrar-se insuficiente em face da realidade; já que, decorridos vinte anos da promulgação da Constituição, a desigualdade no acesso às ações e aos serviços de saúde, a despeito das garantias constitucionais formais existentes, continua a ser uma realidade brasileira⁷.

O fato não deve gerar descrença nas possibilidades do acesso universal e equitativo à atenção sanitária, mas, pelo contrário, reforçar a necessidade de que se discuta os modos de efetivação do direito à saúde como forma de promoção da equidade social e de concretização dos direitos fundamentais sociais, com aumento da consciência social sobre os custos implicados nessa efetivação. Enfatizar essa necessidade é um dos escopos da presente dissertação.

Há que se frisar, contudo, que a questão geral do acesso equitativo à atenção sanitária reveste-se de uma grande complexidade. Complexidade que, do ponto de vista fático, é natural esperar-se em um mundo que é, por um lado, urbanizado e globalizado e, por outro, repleto de diferenças e gritantes desigualdades. Mais além dessa complexidade fática, há também a complexidade teórica na abordagem da matéria, que deriva das múltiplas disciplinas que nela se interpenetram.

Poder-se-ia, por exemplo, discutir o acesso equitativo à atenção sanitária através de uma perspectiva estritamente econômica, política, social, sanitária, ética ou jurídica, de modo isolado, abstraindo-se, para fim de estudos, as múltiplas relações de interdependência entre elas existentes.

O raciocínio simplificador⁸ induz a concentrar-se separadamente em cada um desses aspectos. De certa maneira, o pesquisador do Direito, por exemplo, poderia estar tentado à derivação de princípios, critérios ou padrões de natureza estritamente jurídica que possam informar a resolução dos problemas concretos que se lhe apresentam. Assim como o

⁷ Para informações estatísticas, conferir os anexos 1 e 2 do estudo coordenado pelo Instituto de Economia (IE) e pelo Núcleo de Políticas Públicas (NEPP) da Unicamp: NEGRI, Barjas; DI GIOVANNI, Geraldo (Org.). **Brasil: radiografia da saúde**. Campinas, SP: Instituto de Economia da Unicamp, 2001.

⁸ No tema do raciocínio simplificador em oposição ao raciocínio complexo e sua relação com a abordagem transdisciplinar, remetem-se às seguintes obras: MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisbôa. Porto Alegre: Sulina, 2006. NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: Triom, 1999.

economista ou o sanitarista poderiam estar tentado a abstrair, em sua prática ou em seus estudos, as implicações jurídicas que se poderiam interpor em sua análise e reflexão.

Diante da evidente insuficiência do raciocínio simplificador na reflexão científica sobre o fenômeno que se apresenta ao pesquisador do Direito, o desafio que parece posto é o de evitar o isolamento entre uma e outra abordagem disciplinar, a fim de promover uma apreensão compreensiva do seu conjunto, reconhecendo as lógicas peculiares a cada uma das disciplinas do pensamento que concorrem para a explicação dos fenômenos em torno do problema da alocação justa de recursos escassos em saúde. O desafio implica, inclusive, a combinação entre as perspectivas abstrata deontológica e pragmática teleológica, que permeiam, de forma diferenciada e em distintas proporções, as disciplinas mencionadas.

Sob o escopo anteriormente delineado, o desenvolvimento da presente dissertação está organizado da seguinte forma.

A seção 2, intitulada “A Saúde como um Bem e como um Direito”, ocupar-se-á da compreensão da saúde como dimensão basilar da condição humana, constituindo-se em um bem assim como num direito. Serão abordadas as peculiaridades desse bem, o que o torna distinto de outros e as formas de preservá-lo de modo individual e coletivo, conectando tais formas com a perspectiva da realização e garantia do direito à saúde. Deter-se-á, portanto, nos pressupostos sanitários do direito à saúde.

“A Racionalidade Econômica, o Custo dos Direitos e as Escolhas Trágicas” é o título da seção 3, na qual se tratará da racionalidade econômico-alocativa, que, na visão deste trabalho, está ligada indissociavelmente e de forma bidirecional à questão da ética e da justiça distributiva. Dessa maneira, focar-se-ão os pressupostos econômicos do direito à saúde.

O tema dos “Paradigmas Liberal e Social e suas Relações com os Direitos Fundamentais” será abordado na seção 4, em que será feita a comparação entre os dois paradigmas teóricos historicamente relacionados à questão da alocação econômica dos recursos sociais, resultando nos respectivos paradigmas políticos e jurídicos de concepção do Estado. A intenção é chegar aos pressupostos políticos do direito à saúde.

Na seção 5, penetrar-se-á no aspecto mais profundamente conectado como o objeto deste estudo, que vem a ser a análise dos “Fundamentos da Igualdade no Paradigma Liberal e seus Limites”. Serão examinadas as repercussões jurídicas em termos da afirmação, do reconhecimento e da proteção da igualdade de direitos a tal paradigma associados, bem como os limites intrínsecos à sua realização e as formas de enfrentá-los, que são propostas pelas versões modernas e mitigadas do pensamento liberal.

Em paralelismo com a anterior, a seção 6 ocupar-se-á dos “Fundamentos da Igualdade no Paradigma Social e seus Limites” buscando, de forma semelhante, entender como a igualdade de direitos propugnada nesse paradigma determina suas repercussões jurídicas e quais os limites a ela oferecidos, assim como as formas de enfrentá-los postas pela teoria atual dos direitos fundamentais sociais.

Já em parte direcionada à busca de conclusões gerais, na seção 7, cujo título é “O Sistema Dual Brasileiro: a Saúde entre o Público e o Privado”, visa-se contemplar o objetivo pragmático social que orienta este estudo, com a análise da presença e das possibilidades no sistema brasileiro de atenção à saúde, dos elementos identificados na presente pesquisa.

Na Conclusão, seção 8, serão apresentadas as observações e contribuições que emergem nesta dissertação para o tema da equidade de direitos, a qual, no âmbito da atenção à saúde humana, parece estar umbilicalmente ligada à universalização do acesso e à inclusão social, por meio de diferentes instrumentos sociais, políticos e jurídicos, os quais devem estar em permanente construção e reconstrução.

2 A SAÚDE COMO UM BEM E COMO UM DIREITO

A necessidade neste trabalho, de buscar maior compreensão sobre o conceito de saúde e sua repercussão no conceito de direito à saúde, a par da complexidade ínsita à própria definição de saúde, deve-se também a uma razão circunstancial.

O atual estágio de avanço científico e tecnológico no campo da saúde tem colocado nas mãos do homem opções que há pouco não possuía. À medida que as possibilidades de intervenção na saúde humana passam a comportar uma crescente margem de escolha, passam também, por via de consequência, a exigir maior reflexão ética e disciplina jurídica.

Este trabalho não pretende, inclusive em razão de sua impossibilidade, um aprofundamento maior em tema tão extenso e abrangente como é o das implicações que a evolução das ciências da saúde determina sobre as ciências sociais em geral e sobre as ciências sociais aplicadas em particular. O que se pretende, entretanto, é a extração de alguns pressupostos mínimos que possam orientar a discussão jurídica dos problemas do acesso aos cuidados em saúde nesse contexto de acelerada evolução da tecnologia da saúde.

É necessário também compreender as razões que tornam a saúde, um bem a proteger e um direito a ser garantido, peculiares e distintos de outros bens e direitos juridicamente tutelados.

2.1 A SAÚDE COMO UM BEM

A ideia de saúde associa-se com a ideia de bem. O estado natural do ser humano seria o estado de pleno gozo de suas faculdades físicas e psíquicas, o estado de perfeito bem-estar, denominado saúde. A doença seria uma disfunção desse estado natural. Assim, valorase a saúde positivamente, atribuindo-lhe a característica de um bem.

A definição desse bem, de sua natureza e características, é, entretanto, profundamente dependente das representações sociais sobre o estado de saúde. Em outras palavras, o conceito de saúde é social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e pré-conceitos sobre o processo saúde-doença.

Evidentemente, alguns consensos não apenas são possíveis, mas, sobretudo, necessários. Aprender o conceito de saúde como um bem e as características desse bem é incontornável para que se possa discutir sua proteção jurídica. Assim, na presente subseção se discutirá alguns conceitos de saúde, tal como normativa e internacionalmente aceitos, e também alguns temas que gravitam em torno desses conceitos.

2.1.1 O Conceito de Saúde

O conceito de saúde sempre foi e provavelmente continuará sendo uma matéria tormentosa. Não obstante, um marco reconhecidamente importante para uma aproximação do conceito é o que foi oferecido pela Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, no contexto do pós-guerra. A Constituição da OMS proclamava que: “A saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”⁹.

Essa definição, por certo, não ficou livre de crítica. Registra Giovanni Berlinguer¹⁰ que um conceito assim abrangente¹¹ estabelece uma verdadeira utopia, já que dificilmente se encontraria qualquer indivíduo que gozasse de um pleno estado de hígidez em todas essas dimensões. Parte da crítica se dirigiu ao que seria o caráter demasiadamente genérico e pouco operacional do conceito oferecido pela OMS.

No entanto, salienta Sueli Gandolfi Dallari que:

[...] curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde dever ser entendida como a busca constante de tal estado, uma vez que qualquer redução na definição objeto o deformará irremediavelmente.¹²

O conceito que emerge da Constituição da OMS possuiu, sobretudo, a relevância de tornar definitivo o fato, antes objeto de controvérsia, de que, como fatores determinantes da

⁹ “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (WHO Constitution. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.).

¹⁰ BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 21.

¹¹ Berlinguer registra mesmo que “[...] no final dos anos oitenta os delegados do Estado do Vaticano e das nações muçulmanas propuseram à Assembléia da OMS acrescentar às palavras ‘físico, mental e social’ uma quarta categoria de saúde: a espiritual”, tendo a proposta sido aprovada por 24 votos a favor, 10 contra e uma centena de abstenções. (Ibid., p. 22).

¹² DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 94.

saúde, devem concorrer não apenas os ligados às características pessoais e individuais, tais como os de ordem genética ou comportamentais, mas também os relacionados ao meio ambiente, à cultura e à organização social e política em que esse indivíduo está imerso.

A definição, ademais, superou a definição negativa de saúde, como ausência de doenças, e o biologicismo que marcou o contexto do desenvolvimento da Revolução Industrial durante o século XIX e começo do XX. Esse contexto determinava no campo sanitário uma visão cartesiana e mecanicista do ser humano, também favorecida pela descoberta da etiologia das doenças infecciosas, com os trabalhos de Pasteur e Koch.¹³

Uma consequência da definição ampliada de saúde, como afirma Sueli Gandolfi Dallari, é que se passa a compreender que “ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde”¹⁴, pelo menos não pode ser inteira e exclusivamente responsável.

Se os fatores individuais são importantes para a determinação do estado de saúde de uma pessoa, há outros fatores que apenas no meio social podem ser resolvidos. Para oferecer um exemplo bastante primário dessa afirmação, pode-se citar o caso da epidemia de dengue, que há vários anos assola distintas regiões do País. Nessa situação, os esforços individuais de prevenção, isoladamente, pouco significam se não acompanhados de uma adesão social massiva à erradicação dos focos de reprodução do mosquito vetor do agravo. Obviamente muitos outros exemplos mais complexos poderiam ser cogitados, fundamentalmente envolvendo estilos e modos de vida, reproduzíveis e alteráveis, dentro de uma sociedade.

Propostas subsequentes à definição da OMS para um conceito de saúde foram enfatizando o seu caráter dinâmico e complexo, envolvendo múltiplas variáveis que se desenvolvem no tempo e no espaço. Hoje, é praticamente uniforme o entendimento de que a saúde é sempre relativa e dependente de uma contextualização. Uma definição apontada por Berlinguer é a da saúde como “uma condição de equilíbrio ativo (que inclui também a capacidade de reagir às inevitáveis doenças) entre o ser humano e seu ambiente natural, familiar e social”¹⁵.

Um conceito especialmente enfatizado no contexto latino-americano é o proposto pela Primeira Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, na cidade do Rio de Janeiro. Trata-se do conceito de *saúde integral*, definida como “a capacidade e o direito individual e coletivo de realização do potencial humano (biológico,

¹³ Ibid., p. 93.

¹⁴ Ibid., p. 94.

¹⁵ BERLINGUER, op. cit., p. 23.

psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento”¹⁶.

O conceito assim formulado apresenta diversas vantagens do ponto de vista de sua operacionalização. Primeiro, coloca a saúde sob uma perspectiva não apenas estática, mas dinâmica, como uma capacidade e um direito cuja realização deve ser permanentemente buscada no âmbito individual e coletivo. Introduce também uma nova categoria, a *capacidade*¹⁷, mais realista e mais apta a promover a matização em relação às individualidades de cada ser humano e às particularidades socioculturais que o circundam. Também associa o tema saúde à questão distributiva ao considerá-la também um direito, o qual está direcionado ao objetivo de permitir a todos a participação ampla nos benefícios do desenvolvimento.

O reconhecimento da dimensão social no âmbito da saúde, isto é, de que cuidar do indivíduo implica cuidar da sociedade e vice-versa, traz para dentro do próprio conceito de saúde a questão aqui trabalhada, isto é, a da justiça distributiva e da organização da solidariedade social.

É importante verificar como esse conceito aproxima a definição de saúde do conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, pois, por ele, desfrutar de um adequado estado de saúde, significa para o indivíduo, não só viver uma vida longa e saudável, mas também possuir os conhecimentos que o habilitem a tanto, significando também desfrutar de um nível decente de vida; ou seja, ter condições para desenvolver suas capacidades e exercitar suas opções de vida e de desenvolvimento humano.

A despeito da amplitude, complexidade e de certa abstração nos conceitos de saúde expostos, as ações que se voltam a promover, preservar e recuperar a saúde sempre exigem ações concretas e específicas. Devido à relatividade em relação ao meio, anteriormente mencionada, essas ações só podem ser entendidas, de um ponto de vista sanitário, junto à comunidade em que são levadas a cabo, reconhecendo-se as peculiaridades do contexto social específico dos destinatários dessas ações.

¹⁶ “la capacidad y el derecho individual y colectivo de realización el potencial humano (biológico, psicológico social) que permita a todos participar ampliamente de los beneficios del desarrollo.”(tradução nossa) ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA. I Conferencia Panamericana de Educación en Salud Pública. XVI Conferencia de ALAESP. **Informe final**, Rio de Janeiro, 1994.

¹⁷ O enfoque das questões distributivas sob o ponto de vista da promoção das capacidades e funcionalidades, antes que do mero provimento de bens e recursos, deve-se principalmente ao pensamento de Amartya Sen, o qual será retomado na seção 4 deste trabalho. SEN, Amartya. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 79-102.

Outro ponto relevante é que a assunção de uma definição de saúde e um correspondente modelo de atenção sanitária é matéria que obviamente comporta escolhas e, portanto, também do ponto de vista do princípio democrático, deve estar o mais diretamente possível alocada junto aos destinatários dessa ação. Daí a necessidade, tanto sob a perspectiva sanitária quanto sob a perspectiva do funcionamento do Estado Democrático de Direito, de que haja múltiplas instâncias de participação popular e de definição de políticas públicas voltadas à saúde.

É possível supor que existam diferentes esferas de contextualização. Para que se exemplifique um pouco: pode-se fazer referência à saúde do ser humano, mas também à saúde do brasileiro, do mineiro, do paulista ou do baiano. Se considerarmos o baiano, teremos que distinguir entre o baiano do litoral e do sertão. Pode-se ainda fazer alusão à saúde do idoso ou da criança, do adolescente, da mulher, do portador de distúrbio mental, e assim sucessivamente. Nesse sentido, de acordo com o grau de abstração ou contextualização, haverá macropolíticas e micropolíticas, macroalocações e microalocações, que deverão ser desenvolvidas sempre coordenadamente, com vistas voltadas à percepção de saúde, e dos anseios em relação a ela, dos respectivos destinatários.

Resulta que o sentido de saúde a ser permanentemente construído e reconstruído só pode ser encontrado pelas próprias comunidades interessadas. Isso traz uma implicação que se afina com o jogo democrático, pois há a inegável necessidade de participação popular em todos os níveis de deliberação definindo as políticas de saúde em quaisquer dos âmbitos de generalização. O destinatário das ações e dos serviços de saúde deve ser também o participante e corresponsável na sua elaboração.

O conceito de saúde que resulte da contextualização social é que haverá de revestir ou preencher o direito à saúde. É a este conceito, comunitariamente construído, que deverá reportar-se o legislador, o administrador, o juiz, ou, em geral, o aplicador do Direito ao buscar dar consequência à previsão constitucional do direito à saúde.

A necessidade de pensar coletiva ou socialmente as questões de saúde não se impõe, entretanto, apenas pelas características peculiares do processo saúde/doença. Trata-se, ademais, de um imperativo de justiça social. Os esforços direcionados à promoção, proteção e recuperação da saúde, como se verá a seguir, são esforços que, por sua complexidade, sempre demandam um alto grau de cooperação social, fazendo ressaltar a importância da distribuição equitativa dos benefícios e dos ônus dela decorrentes.

2.1.2 A Medicina Tecnológica e sua Relação com as Desigualdades

Boa parte dos provimentos jurisdicionais que versam sobre o direito à saúde refere-se à obtenção de medicamentos ou procedimentos inovadores, muitas vezes altamente específicos e de elevado custo unitário¹⁸. Uma explicação lógica para o fato, embora não seja a única que deva ser considerada¹⁹, é a de que é sobre esses medicamentos e procedimentos que recairá com maior frequência a controvérsia e o conflito entre administrado e administração a demandar a intervenção do Estado-juiz.

Algumas das críticas dirigidas a tais provimentos estão relacionadas à efetividade do tratamento, à existência de alternativas terapêuticas mais custo efetivas e à razoabilidade de sua exigência perante o sistema público ou privado de saúde. A razoabilidade referindo-se as implicações sobre o custo de oportunidade, em relação às demandas por medicamentos e tratamentos tradicionais, de menor custo unitário, dentro do amplo espectro de necessidades em saúde a serem atendidas e que competem entre si pelos recursos escassos.

No setor público uma distorção no sentido apontado afetaria diretamente as políticas públicas pelo comprometimento do orçamento público. No setor privado, a mesma distorção afetaria o custo do seguro privado de saúde, recaindo ao final, sob ponto de vista dos agregados macroeconômicos, sobre todos os usuários do sistema.

Assim, é interessante, para o escopo deste trabalho, ainda na seção dos pressupostos sanitários do direito à saúde, lançar um olhar sobre a questão do desenvolvimento técnico e científico em ciências da saúde e suas peculiaridades, bem como das relações deste desenvolvimento com os problemas da desigualdade e do desenvolvimento econômico e social.

¹⁸ Em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, trouxe dados alusivos às demandas judiciais por medicamentos naquela unidade federativa: “[...] apenas 14,31% da demanda é relativa a medicamentos especiais e 9,4% é relativo a medicamentos excepcionais prescritos de acordo com os protocolos do Ministério da Saúde, medicamentos cujo fornecimento compete ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na ANVISA.” (GONÇALVES. Janaína Barbier. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2009.).

¹⁹ No setor público, por exemplo, ter-se-ia que considerar que prover acriticamente demandas judiciais embasadas na integralidade da atenção pode ter o efeito perverso de favorecer o acesso ao sistema público de saúde, por parte dos já privilegiados no acesso à prestação jurisdicional. E isto ocorreria, provavelmente com maior intensidade, na atenção de alta tecnologia e alto custo, não suportada pelo próprio particular ou pelo seguro privado de saúde.

Thomas S. Kuhn²⁰ alerta que os fundamentos dos paradigmas científicos, usualmente, não costumam encontrar-se no domínio da discussão dos pesquisadores que deles se utilizam. Essa abstração teria a função de permitir a necessária concentração de esforços para produção de resultados. Se o paradigma estivesse constantemente sendo questionado e revisto, isto inviabilizaria o progredir da ciência, inclusive em direção a novos paradigmas²¹.

Algo semelhante ocorre no campo tecnológico e é explicado pelo modelo das “trajetórias tecnológicas” proposto por Giovanni Dosi²². Os agentes que usam e transformam as tecnologias seguem certos padrões evolutivos. Estes, denominados “trajetórias tecnológicas”, condicionam o desenvolvimento e as mudanças experimentadas por tecnologias quando se difundem e são utilizados na produção de bens e serviços. Esses padrões são definidos por maneiras “normais” de solucionar problemas dentro do quadro de determinado paradigma tecnológico.

Albuquerque e Cassiolato²³, analisando as especificidades do sistema de inovação em saúde, apresentam exemplos de trajetórias tecnológicas que implicariam redução de custos, com conseqüente ampliação do acesso às tecnologias, tais como: técnicas de tratamento e diagnóstico menos invasivas; medicamentos mais eficazes que substituem cirurgias e internação; desenvolvimento de vacinas; educação, resultando em alteração de hábitos e estilos de vida e de trabalho; no campo dos equipamentos médicos, com miniaturização, ampliação de capacidade e barateamento.

Há que se mencionar também o fato de que o desenvolvimento científico-tecnológico no setor de saúde possui a característica de desenvolver-se em três estágios, conforme descrevem Albuquerque, Souza e Baessa²⁴. No nível mais baixo, da não-tecnologia, pouco pode ser feito; os custos são baixos devido à impossibilidade de tratamento ou à alta letalidade do agravo. No nível intermediário, o tratamento é possível e consiste em lidar com os efeitos incapacitantes da doença, representando os mais altos custos. No nível mais alto, o

²⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

²¹ “Liberada da necessidade de reexaminar constantemente seus fundamentos em vista da aceitação de um paradigma comum, permite a seus membros concentrarem-se exclusivamente nos fenômenos mais esotéricos e sutis que lhes interessam. Inevitavelmente isso aumenta tanto a competência como a eficácia com as quais o grupo como um todo resolve novos problemas.” Ibid., p. 207.

²² DOSI, Giovanni. Sources, procedures and microeconomic effects of innovation. **Journal of economic literature**, v. 26, p. 1120-1171, sept. 1988.

²³ ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; CASSIOLATO, José Eduardo. **As especificidades do sistema de inovação do setor saúde: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro**. São Paulo: USP, 2000. (Estudos FESBE I).

²⁴ Os autores se referem ao modelo de Weisbrod. (ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e.; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde: uma discussão a partir da literatura sobre economia da tecnologia. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 277-294. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20385.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2009.).

conhecimento científico-tecnológico pode lidar com as causas da doença, tornando o tratamento curativo e a prevenção viáveis, e os custos voltam a baixar. Essas três fases sucessivas formam a chamada “curva em U invertido”.

Para exemplificar, os autores utilizam o caso da poliomielite: a) no início suas vítimas morriam rapidamente como resultado da paralisia; b) depois houve o desenvolvimento de fase de “tecnologia intermediária”, com o surgimento do pulmão artificial (*iron lung*), que prolongava a vida a custos substanciais; c) finalmente, as vacinas (Sabin e Salk) da fase de “alta tecnologia” reduziram dramaticamente os custos associados à doença. Poder-se-ia descrever algo semelhante com a relativamente recente epidemia de AIDS, que no princípio, devido à alta letalidade, representou custo relativamente baixo. À medida que se desenvolveram cuidados paliativos, tratando-se as doenças oportunistas, implicou altos custos com internação e tratamentos os mais variados, para chegar a uma terceira fase, em que o desenvolvimento de antirretrovirais (coquetel) permite um controle da enfermidade a custo relativamente baixo, possibilitando a ampliação do acesso ao tratamento.

Por outro lado, a inovação tecnológica em saúde possui características especialíssimas, como salientam os mesmos Albuquerque e Cassiolato, e muitas inovações operam em sentido contrário à redução de custos, na inovação em saúde: novas tecnologias não substituem as antigas, mas se somam a elas; há descobertas que “abrem” novos horizontes tecnológicos²⁵. A assunção de determinadas trajetórias, como mencionado, entretanto, poderiam acarretar redução de custos e ampliação do acesso se para esse fim fossem orientadas.

Não é o que ocorre, todavia. Os esforços de pesquisa no setor saúde estão majoritariamente orientados à obtenção de maior lucratividade, um resultado especialmente perverso: a alarmante desconexão entre a carga de doenças e o investimento em pesquisa e a relação inversa entre a inovação tecnológica e o acesso à atenção em saúde.

Uma das principais causas, embora não a única, dessa desconexão é a existência de “doenças de primeiro mundo” e “doenças de terceiro mundo”. Os recursos disponíveis para a pesquisa, mais abundantes nas economias desenvolvidas, são empregados na pesquisa das enfermidades correspondentes às suas populações, que resultam ser menos prevalentes em termos de população mundial.

Os autores mencionam alguns dados: os recursos invertidos em países de baixa e média renda correspondem a 2,25% dos fundos globais. Utilizando-se o índice AVAI (Ano de

²⁵ A descoberta de antibióticos, por exemplo, possibilitou a abertura de novos horizontes de intervenção cirúrgica antes não concebíveis.

Vida Ajustado pela Incapacidade, índice que mede o impacto dos agravos), resulta, por exemplo, que, a despeito da pneumonia e de doenças diarréicas (as duas maiores causas de morte) corresponderem a 15,4% da carga de doenças, estas recebem apenas 0,2% dos recursos mundiais em inovação em saúde. De acordo com o *Global Forum for Health Research*, 2002: 10% dos gastos mundiais em pesquisa correspondem a 90% da carga mundial de doenças²⁶.

Um parêntese deve ser aberto aqui para mencionar a inequívoca relação existente entre crescimento e desenvolvimento econômico e condições de saúde da população. Trata-se de uma relação complexa e de mão dupla. Há diversos modelos que explicam tais relações²⁷, mas, para sintetizar algumas ideias gerais, tem-se que o crescimento econômico vai afetar os índices relacionados à qualidade da saúde, por via do maior acesso à educação e à infraestrutura, como saneamento, transportes, comunicações, etc., e do maior acesso a bens e serviços, incluindo alimentação e medicamentos. Obviamente são importantes, em qualquer caso, os modos de distribuição da renda gerada no crescimento.

O mecanismo pelo qual a saúde influencia o crescimento econômico é de concepção um pouco mais problemática, havendo maior complexidade dos modelos. Mas também aqui é possível uma síntese das ideias gerais. Os modelos macroeconômicos costumam envolver a ideia de “capital humano” e de depreciação do capital humano produtivo, além de efeitos indiretos na determinação da fecundidade, da redução de custos com assistência médica, etc. A maior parte dos estudos demonstram uma correlação positiva: melhor qualidade da saúde significa maior crescimento econômico²⁸.

Uma questão relevante levantada é a de saber qual a razão das diferenças regionais e entre países na relação entre crescimento econômico e redução da mortalidade/expansão longevidade. O relatório do Banco Mundial sobre o desenvolvimento publicado em 1993 indicava a relação entre o aumento de renda *per capita* e a expectativa de vida em diferentes países e em distintos períodos do século passado, conforme o gráfico 1.

²⁶ ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, op. cit., p. 288.

²⁷ ALBUQUERQUE; CASSIOLATO, op. cit., p. 37.

²⁸ FIGUEIREDO, Lízia de; NORONHA, Kenya Valéria; ANDRADE, Mônica Viegas. **Os impactos da saúde sobre o crescimento econômico na década de 90: uma análise para os estados brasileiros**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2003. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20219.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

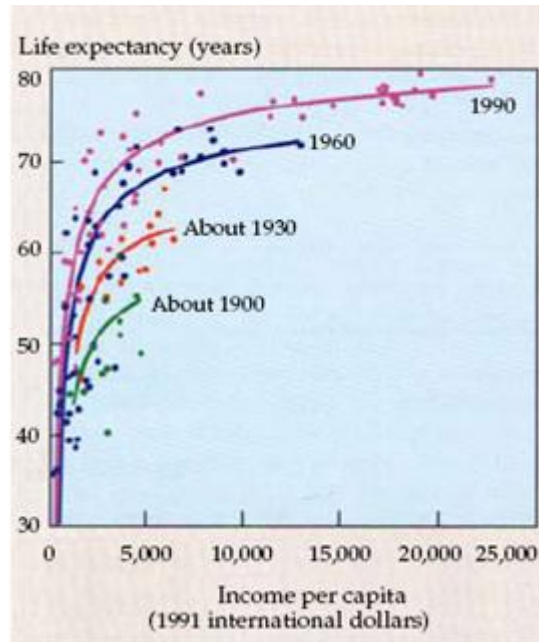


Gráfico 1: Expectativa de vida e renda *per capita* para países e períodos selecionados
Fonte: WORLD BANK.²⁹

Amartya Sen³⁰ conclui que o crescimento econômico é importante na determinação do estado de saúde de uma população, porém, outros fatores concorrem. O desvio ascendente das curvas no século XX sugere outros fatores operando entre crescimento econômico e saúde. A compreensão requer, segundo o autor, além de análises de crescimento e distribuição da renda, a análise das medidas de saúde pública e de acesso à assistência médica. O próprio estudo do Banco Mundial aponta que o aumento da renda *per capita*, os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da saúde pública, a disseminação de conhecimentos e a abrangência da cobertura eram os fatores determinantes da ascensão verificada ao longo do século³¹.

Algumas conclusões que Albuquerque e Cassiolato extraem do panorama descrito nesse relatório do Banco Mundial é no sentido da existência de uma forte interação entre sistema de inovação em saúde e sistema de bem-estar social, derivando daí a necessidade de medidas de regulação do setor de inovação em vista dessa interação e visando à proteção do segundo sistema. O sistema de inovação tenderia a buscar a eficiência econômica; e o sistema de bem-estar social, a equidade.

A desconexão entre o investimento em pesquisa e a carga de doenças, embora constitua problema especialmente aflitivo em termos de relação Norte e Sul entre países

²⁹ WORLD BANK. **World Development Report 1993**: investing in health. Oxford: Oxford University, 1993. p 34. Disponível em: <<http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

³⁰ SEN apud ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, op. cit., p 288.

³¹ Ibid., p. 281.

centrais e países periféricos, marca também a realidade interna de cada país, independentemente de seu estágio de desenvolvimento tecnológico, social e econômico e do modelo de Estado adotado, intervencionista ou liberal. A título de exemplo, vejam-se as críticas feitas por Porter e Teisberg³² ao sistema de atenção em saúde norte-americano, modelo paradigmático de assistência médica privada, mas marcado por profundas desigualdades e baixa eficiência, apesar dos montantes de recursos financeiros invertidos, sobretudo na pesquisa científica e tecnológica.

As distintas possibilidades abertas pelas trajetórias tecnológicas em saúde colocam o homem e a sociedade diante de escolhas. Há necessidade de se compreender as decisões sobre o setor tecnológico sanitário como integrantes das decisões pertinentes à saúde humana. São decisões que competem à comunidade envolvida em suas diferentes etapas de abstração e contextualização.

Como visto, o conteúdo do conceito de saúde só pode ser encontrado pelas pessoas em sua própria comunidade. Assim, o sistema de proteção jurídica à saúde, em amplo senso, abrangendo mecanismos administrativos e judiciais de proteção, deve ter também a função de tutelar, a par de outras, a liberdade nas escolhas relacionadas às trajetórias tecnológicas em saúde. A tutela jurisdicional do direito à saúde, especialmente nas demandas por medicamentos e procedimentos inovadores, há de levar em conta os fatos descritos nesta subseção em relação às características da inovação tecnológica em saúde.

2.1.3 A Natureza das Necessidades no Campo Sanitário

Norman Daniels³³ aponta a necessidade de desenvolvimento de uma teoria das necessidades de atenção à saúde, com dois propósitos centrais: o primeiro, de responder por que se entende, ou, pelo menos, por que a maioria das sociedades entende, que a atenção à saúde é especial e deve ser tratada diferentemente de outros bens sociais; o segundo, de oferecer uma base para se distinguir a mais e a menos importante entre as múltiplas necessidades de atenção à saúde. Assim, uma teoria das necessidades de atenção em saúde

³² PORTER, Michael. E.; TEISBERG, Elizabeth O. **Redefining health care**. Harvard Business School Press, 2006.

³³ DANIELS, Norman. **Just health care**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

deveria enfrentar dois julgamentos: 1) se há algo especialmente importante sobre cuidados em saúde; e 2) se algumas espécies de cuidados em saúde são mais importantes que outras³⁴.

Susana Vidal³⁵ introduz o tema das necessidades no campo sanitário e jurídico como um determinante do desenvolvimento das capacidades humanas, tema já mencionado quando se tratou da definição do conceito de saúde. Ressalta a autora que a forma de definir a necessidade revela o marco conceitual e ideológico que lhe dá fundamento:

Nisto há uma polarização entre aqueles que entendem as necessidades humanas como valor relativo que depende das opções individuais e das possibilidades que cada pessoa e sua família tenham para adquiri-las no mercado (corrente liberal) e que relacionam necessidade com capacidade de consumo e aqueles que entendem as necessidades como um processo determinante da vida e cuja realização (como capacidade) se constitui em um direito humano inalienável, a que se deve ter acesso sob uma distribuição equitativa e segura para todos os membros de uma sociedade que deve ser construída solidariamente (corrente solidária)³⁶.

Há uma inquestionável relatividade no conceito de necessidade que se manifesta no fato de que não haver uma linha divisória clara entre o que seja necessidade e o que seja desejo no campo sanitário, uma vez que o aspecto social e psicológico integra o conceito de bem-estar, e sob esta perspectiva a subjetividade na classificação das necessidades e aspirações torna-se inevitável.

Para exemplificar: a fertilidade possui valores distintos em diferentes culturas, é valorada de maneira diversa em cada sociedade. Devido a essa valoração, as técnicas de reprodução assistida podem configurar-se em uma necessidade de saúde, pois sem elas o indivíduo ou o casal infértil não poderia desenvolver-se em suas capacidades para integrar-se plenamente àquela sociedade. Eventualmente, em outra sociedade, que valore a fertilidade de forma diferente, a necessidade de superar a infertilidade poderia ser de todo ignorada ou significar apenas uma preferência que poderia ser exercitada ou não.

Angél Puyol González³⁷ alerta para as dificuldades em extrair, de uma teoria das necessidades, critérios para decisões alocativas concretas. O critério de necessidade é

³⁴ Ibid., p. 19.

³⁵ VIDAL, Susana. Introducción general y antecedentes. In: CURSO DE BIOÉTICA CLÍNICA Y SOCIAL DEL PROGRAMA DE EDUCACIÓN PERMANENTE DE BIOÉTICA DE UNESCO. **Redbioética-UNESCO**, 2009.

³⁶ “Y en esto hay una polarización entre quienes entienden las necesidades humanas como valor relativo que dependen de opciones individuales y de las posibilidades que cada persona y su familia tienen para adquirirlo en el mercado (corriente liberal) y que relaciona necesidad con capacidad de consumo y, las necesidades como un proceso determinante de la vida cuya realización (como capacidad) se constituye en un derecho humano inalienable, al que debe accederse bajo una distribución equitativa y segura por parte de todos los miembros de una sociedad que debe construirse solidariamente (corriente solidaria).” (Ibid., p. 20-21)

³⁷ GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa**, n. 22, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

condicionado à variação e interpretação do que seja uma necessidade, pois na sua definição intervêm valores morais diferentes e não-mensuráveis. O autor reconhece, entretanto, a possibilidade de mínimos éticos universalizadores para a conformação do conceito de necessidade, algo entre a pretensa neutralidade ética absoluta e o também pretensível relativismo ético absoluto e indiferente.

Norman Daniels³⁸ considera a possibilidade de caracterização de categorias relevantes e objetivamente atribuíveis a qualquer pessoa ou sociedade. Recorre ao conceito formulado por David Braybrooke de “necessidades curso-de-vida” (*course-of-life needs*) e “necessidades casuais” (*adventitious needs*). Necessidades curso-de-vida são aquelas que as pessoas “[...] têm, todas, através de suas vidas ou em certos estágios da vida através dos quais todos devemos passar”³⁹. Necessidades casuais ocorrem em face de projetos particulares contingentes, mesmo que duradouras, nos quais nos envolvemos. Necessidades curso-de-vida humanas incluiriam comida, abrigo, vestuário, exercícios, descansos, companhia, um(a) parceiro(a) e assim por diante. Tais necessidades não são elas mesmas deficiências, mas a deficiência com relação a elas “[...] coloca em risco o normal funcionamento do sujeito da necessidade considerado como um membro da espécie natural”⁴⁰.

O conceito ajuda a pensar as necessidades em saúde, mas não resolve de modo completo o problema de sua definição. Bastaria remeter-se ao problema de definir o que seria o “normal funcionamento da espécie” para reaparecer dois extremos: um conceito demasiado conservador, restritivo, biomédico dessas necessidades ou um conceito demasiado livre que passaria integrar elementos atados ao relativismo cultural e social. A solução, como sempre, há de ser buscada em uma posição de equilíbrio intermediário entre um e outro desses extremos, quer se reconheça um mínimo de necessidades objetivamente delimitado, quer se reconheça um conjunto mais ou menos aberto de necessidades universalizáveis⁴¹.

A questão da hierarquização das necessidades em saúde é bastante complexa. A demanda por atenção em saúde e a gama de serviços voltados a atendê-la são muito amplas.

³⁸ DANIELS, op. cit., p. 26.

³⁹ “[...] have all through their lives or at certain stages of life through which all must pass.” (BRAYBROOKE apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)

⁴⁰ “[...] endangers the normal functioning of the subject of need considered as a member of a natural species.” (BRAYBROOKE, apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)

⁴¹ Norman Daniels indica um elenco: “1) adequada nutrição, abrigo; 2) condições de vida e trabalho limpo, seguro e não-poluído; 3) exercício, descanso e outras características de estilos de vida saudáveis; 4) serviços médicos pessoais preventivos, curativos e de reabilitação; 5) serviços de suporte pessoal (e social) não-médico.” (“1) adequate nutrition, shelter; 2) sanitary, safe, unpolluted living and working conditions; 3) Exercise, rest, and some other features of life-style; 4) Preventive, curative, and rehabilitative personal medical services; 5) Non-medical personal and social support services.”) (DANIELS, 1985, p. 32, tradução nossa)

Algumas necessidades se relacionam com a recuperação ou compensação de uma diminuição de capacidades ou funções; outras, com o incremento qualidade de vida por outros meios.

Por fim, a hierarquização de necessidades em saúde pode ser feita não apenas por sua importância ou natureza intrínseca, mas também por critérios outros, como o da urgência, da repercussão em termos de saúde pública, da proteção de grupos especialmente vulneráveis, para citar apenas alguns exemplos.

O modelo anteriormente descrito das necessidades em saúde é tributário do conceito de capacidades e desempenhos (*functionings*). O caráter distintivo das necessidades de saúde estaria ligado precisamente à essencialidade desta para o normal funcionamento da espécie.

Voltando ao tema do caráter especial da saúde, em relação a outros bens e interesses, não se trata de conferir um valor absoluto à saúde e, por consequência, uma prioridade absoluta ao atendimento das necessidades à saúde. Basta reconhecer que, sob perspectiva individual, para muitas pessoas alguns de seus objetivos, talvez os mais importantes, não são necessariamente comprometidos pela falta de saúde ou pela incapacidade. Outras pessoas, por outro lado, acederiam à diminuição de capacidades em razão de determinados bens ou perspectivas de vida. Trata-se, entretanto, de reconhecer o caráter normalmente preponderante das necessidades de saúde, comparado com os de outra índole.

Ronald Dworkin, em palestra que se tornou célebre no contexto da discussão em torno das limitações materiais à efetivação do direito à saúde⁴², descreve, em três fundamentos, o que denomina “modelo clássico ou do isolamento” (*insulation model of health care distribution*) da justiça sanitária: 1) a saúde seria o bem mais importante do indivíduo; 2) o critério de sua distribuição seria do acesso pela necessidade, independentemente do custo; 3) isso implica para a sociedade a “regra do resgate” (*principle of rescue*), pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer quando se pode aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

Em oposição apresenta um modelo em que: 1) há outros bens que competem com a saúde, como educação, segurança, previdência e assistência social; 2) o critério da necessidade se torna complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último, 3) o critério do resgate choca-se com muitas das intuições sobre prioridades sanitárias (manutenção de enfermos terminais em estado vegetativo, chances de sobrevivência, etc.). Dworkin conclui que seria ingênuo, e mesmo imoral, em um contexto inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais das decisões.

⁴² DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. **McGill Law Journal**, v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993.

O caráter relativo das necessidades de saúde não enfraquece a importância do reconhecimento do direito à saúde. Pelo contrário, ao acrescer à ponderação daquele direito, fatores como a responsabilidade pessoal e social nas escolhas e decisões alocativas reconduzem o tema à necessidade de tutela jurídica e jurisdicional.

2.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO

Enquanto a saúde humana esteve envolvida em práticas mágicas ou entendida como estado revelador da graça divina e muito pouco relacionada com atos de vontade ou de decisão humana; ou, ainda, enquanto os cuidados a ela referentes estavam associados com a prática de virtudes pessoais como a caridade e a compaixão, não havia que se falar da saúde ou dos cuidados para com esta como uma virtude secular e racional ou como um objeto de preocupações da justiça⁴³.

Obviamente tudo muda com o desenvolvimento científico no campo da saúde, a profissionalização da medicina, o aumento da extensão da cobertura da atenção sanitária sobre a população, as conquistas tecnológicas que permitiram um razoável domínio sobre as condições individuais e coletivas da saúde e da qualidade de vida humana. Adquirir e manter um razoável estado de saúde e bem-estar passam a ser objetos de vontade e de escolha. A atenção à saúde humana se torna, por um lado, um bem disponível no mercado e, por outro, um objeto de proteção jurídica, já que está inserido no campo dos bens de escassez moderada, demandando critérios de justiça para sua alocação.

Importa nesta subseção percorrer alguns dos antecedentes da constitucionalização do direito à saúde, entre os brasileiros; o conceito de direito à saúde resultante e a forma como se procurou garantir tal direito através da jurisdição.

⁴³ “A medicina ocidental [...] substituiu a ignorância e superstição por conhecimentos científicos. Mas sobretudo demonstrou que a boa ou má saúde não são fatos imutáveis, mas condição passível de modificação; e substituiu as idéias sacras de destino e culpa sempre associadas às doenças, por idéia laica, fundamentada na experiência: a idéia de que é possível enfrentar e vencer muitas doenças. Apoiados nessas colocações adquiriram consistência: um princípio moral [...] e uma esperança, associada a objetivo jurídico-político: o direito à saúde.” (BERLINGUER, op. cit., p 34).

2.2.1 Alguns Fatos em Torno da Constitucionalização do Direito à Saúde no Brasil

Com relação às condições do desenvolvimento do “direito” à saúde, Ana Paula Oriola de Raeffray⁴⁴ faz um apanhado histórico, que é reproduzido aqui em apertadíssima síntese.

Ao longo da história, amiúde, a doença possuía o significado de um sinal dos deuses, em regra no sentido de que estariam em desacordo com a conduta do indivíduo doente. Assim ocorreu na Antiguidade Oriental. Na Era Clássica a valorização do bem-estar se conectava ao entendimento do homem como integrante da polis; a saúde do cidadão refletindo na saúde da sociedade. Na Idade Média, novamente apareceu o caráter místico, com a religião vinculando saúde à fé. No Renascimento e no Iluminismo, a despeito da revalorização da pessoa humana, os cuidados e a proteção à saúde foram relegados a um segundo plano em face do princípio de maior valor na época, a liberdade, em especial a de crença.

A partir da Revolução Industrial, o valor da saúde foi atrelado à capacidade laboral, importante para movimentar a indústria, o que não impediu, entretanto, inicialmente, a propagação da miséria e insalubridade nos centros urbanos. Contudo o Industrialismo fomentou a ideia do seguro social, que seguiu, entretanto, atrelado à ideia de proteção exclusiva do trabalhador.

Apenas após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, a ideia do seguro social foi sendo estendida progressivamente como um meio político de minorar os sofrimentos gerados pela guerra. O fundamento do seguro social passou a incorporar o reconhecimento do valor do homem em si mesmo; o seu objetivo principal se voltou ao seu bem-estar, convergindo, nos países capitalistas, para a concepção do Estado do Bem-Estar Social (Welfare State).

No Brasil, como demonstrado por Raeffray, através da análise das sucessivas Constituições, desde 1824: “os modelos jurídicos engendrados para a proteção da saúde seguiram quase o mesmo processo de formação que os modelos adotados pela Europa, sempre, com algum período de atraso”⁴⁵. A autora cita, como exemplo, o fato de que a seguridade social baseada no bem-estar social nasceu na Europa durante os anos 50 do século XX e somente foi instituída no Brasil no final da década de 80, com a promulgação da atual Constituição Federal.

⁴⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 306.

O direito à saúde, ao tornar-se, entre os brasileiros, direito fundamental com a Constituição de 1988 (art. 196), vinha, conforme visto, ganhando veemência no contexto global desde o pós-guerra. O direito à saúde já se encontrava, em germen, proclamado no item 1 do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁴⁶

A criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), que entrou em funcionamento no dia 7 de abril de 1948, é testemunho do propósito de proteger a saúde, expressando que seu papel é o de possibilitar para todos os povos o melhor nível de saúde possível.

Sugestiva, para compreender a apreensão dos direitos sociais pelas nações, é a adoção de dois distintos pactos voltados a dar eficácia jurídica vinculante à Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, ambos concluídos em 1996. É que:

As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas [...]. Já os países do bloco comunista e os países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos [...]. Decidiu-se por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, “até o máximo dos recursos disponíveis” de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1).⁴⁷

Portanto, especificamente para o direito fundamental social à saúde, foi de grande relevância a realização, em setembro de 1978, na antiga capital do Cazaquistão, a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela OMS e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef).

Dessa conferência resultou a Declaração de Alma-Ata⁴⁸, documento que, a par de reafirmar a saúde como um direito do homem⁴⁹, asseverou a necessidade da sua promoção, proteção e recuperação para o desenvolvimento econômico e social dos povos e estatuiu ainda a responsabilidade dos governos, perante seus cidadãos, por tais ações, genericamente

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 236.

⁴⁷ Ibid., p. 276.

⁴⁸ DECLARATION OF ALMA-ATA. Disponível em: <http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

⁴⁹ Também no preâmbulo do ato de Constituição da OMS, há uma afirmação de princípios atinentes à saúde humana. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

denominada atenção à saúde. Responsabilidade, ademais, somente realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

No referido documento, afirmou-se, portanto, o direito do indivíduo não meramente à saúde mas também ao acesso aos cuidados em saúde, em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo, o de prover os referidos cuidados. Começou-se a vislumbrar aí não apenas um direito abstrato à saúde como também um direito concreto à atenção sanitária⁵⁰.

Lamentavelmente a declaração formal não foi seguida, em termos internacionais, por ações adequadamente orientadas à obtenção do objetivo declarado. E isso ocorreu, em grande parte, pela conjuntura histórica que se seguiu à declaração.

Giovanni Berlinguer⁵¹ aponta que os propósitos estabelecidos em Alma-Ata em 1978 voltavam-se, primordialmente, à garantia da atenção primária em saúde. A ênfase nesse nível de atenção sendo importante, quer por sua natureza estratégica em relação aos demais agravos à saúde, quer pela sua universalidade, passível de disseminação uniforme em praticamente todas as populações, independe das suas condições socioeconômicas⁵².

Não obstante, ainda de acordo com o sanitarista italiano, no período que se seguiu àquela conferência, subverteram-se os propósitos ali assumidos, em razão do que o autor denomina “a globalização enviesada”, a qual significou, em termos de saúde pública, que:

Ao mesmo tempo que o mundo se transformava, começava a era do neoliberalismo: uma corrente de pensamento e de ação propensa a considerar a saúde como uma mercadoria, a criticar os sistemas públicos de saúde como obstáculos à iniciativa privada, [...]. A partir dos anos 80, o objetivo da saúde para todos os seres humanos afastou-se do horizonte político. À idéia de que pode ser uma finalidade do desenvolvimento, um multiplicador dos recursos humanos e uma prioridade do compromisso público, opôs-se a tese de que os sistemas universais de cuidados de

⁵⁰ Para uma distinção entre direito à saúde e direito à atenção em saúde, conferir: GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa**, n. 22, 1999, p. 584. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

⁵¹ BERLINGUER, Giovanni. **Globalização, equidade e saúde**. Conferência proferida no II Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde”, em 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.arsalgarve.minsaude.pt/site/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=258&Itemid=113>. Acesso em: 14 jun. 2009.

⁵² A atenção primária normalmente se caracteriza pelo baixo custo por unidade de atenção. É definida na Declaração de Alma-Ata como: “Atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como o país possa arcar em cada estágio de seu desenvolvimento, um espírito de autoconfiança e autodeterminação. É parte integral do sistema de saúde do país, do qual é função central, sendo o enfoque principal do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. É o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível do local onde as pessoas vivem e trabalham, constituindo o primeiro elemento de um processo de atenção continuada à saúde”. (DECLARATION OF ALMA-ATA, op.cit., tradução nossa).

saúde são um peso para as finanças dos Estados e um obstáculo para o crescimento da riqueza.⁵³

Mencionam-se aqui estas considerações de um sanitarista não apenas pela relação que possuem com os argumentos opostos à efetivação de uma atenção em saúde universalista mas também para introduzir uma questão de ordem fática, com imensas repercussões na tutela jurisdicional do direito à saúde, que é a assunção da saúde como mercadoria.

No mesmo sentido, Dallari e Ventura⁵⁴ indicam que o final do século XX viu surgir uma nova concepção de saúde pública. Nela, alguns fatores, como o relativo fracasso das políticas estatais de prevenção e inclusão, o reconhecimento da importância dos comportamentos individuais na determinação do estado de saúde e o predomínio da ideologia neoliberal, fizeram com que os Estados buscassem diminuir seu próprio papel nas políticas de saúde em favor da participação da sociedade através de grupos e associações e da própria responsabilidade individual. Ainda segundo as autoras, as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades não mais em virtude dos dados epidemiológicos, mas principalmente em decorrência da análise econômica de custo/benefício.

Esta mercantilização é causa e efeito da já mencionada tecnologização da medicina. Como causa, influi na eleição das trajetórias tecnológicas que serão trilhadas. Ao entregar ao mercado esta seleção, serão negligenciadas as atenções menos rentáveis a curto prazo, embora, muitas vezes, mais impactantes em termos de saúde pública e possivelmente mais resolutivas, inclusive economicamente, no longo prazo.

A proteção jurisdicional do direito à saúde não está imune à pressão exercida pelo mercado, fazendo com se torne extremamente relevante a discussão sobre “qual atenção” se pretende tutelar quando se trata da efetivação do direito à saúde: da atenção primária ou da atenção tecnológica que emerge nesse contexto de mercantilização.

Ainda que no âmbito das declarações formais, se a afirmação internacional do direito à saúde tem imposto aos governos a obrigação de prover cuidados em saúde; por outro lado, a forma de implementação desses cuidados pode diferir grandemente de país para país. Há fundamentalmente dois modelos de prestação da atenção à saúde: o de natureza pública e o de natureza privada. Em tese, em ambos os sistemas, presume-se que haverá condições de acesso garantidas a toda a população pelo Estado. É esta a obrigação que emerge da Conferência de Alma-Ata.

⁵³ BERLINGUER, 2009.

⁵⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 35.

A par do contexto internacional acima descrito, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil resultou, também, imediata e fortemente, de um movimento popular bastante significativo que se formou na sociedade civil brasileira a partir da década de 70 do século XX e que passou a ser designado Movimento da Reforma Sanitária. Deve-se, praticamente, a esse movimento o sistema de saúde delineado na Constituição, o qual emergiu como proposta na VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986 em Brasília⁵⁵.

A atenção em saúde até então era vista no Brasil em três contextos distintos: o empresarial, florescente a partir das décadas de 60 e 70, com a “privatização da assistência médica promovida pelo Estado”⁵⁶ e advento das empresas de medicina de grupo; o da previdência social; e o da caridade. Com a Constituição de 1988, o País aderiu ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde passou a ser responsabilidade do Estado, o qual deve prover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações e serviços públicos de acesso universal.

O desafio que se pôs de imediato quando da promulgação da “Constituição Cidadã” foi o da efetivação dos dispositivos voltados à garantia dos direitos fundamentais sociais. Isso, no campo da saúde, implicava a estruturação e efetivação do Sistema Único de Saúde, o SUS, constitucionalmente delineado no art. 198 da Constituição Federal⁵⁷ e também em uma regulação do setor privado de serviços de assistência à saúde.

Assim, busca da efetivação do direito fundamental social à saúde passou pela necessidade de sua tutela jurisdicional, no controle das omissões do poder público por um lado e, por outro, na disciplina das relações privadas no setor econômico-privado da saúde.

No campo da atenção à saúde, as esferas público e privada sempre compartilharam algumas de suas problemáticas. Por exemplo, a da incorporação tecnológica em saúde, comum aos sistemas público e privado de saúde, ou a da repartição de encargos sociais, que, em um caso, na vertente pública, ocorre por meio dos instrumentos fiscais de tributação e realização de despesa pública e, em outro, na vertente privada, através dos custos do seguro.

Ademais, observa-se uma convergência de temas. Eis que, por exemplo, aspectos assistenciais preventivos, que até há pouco só ocupavam as reflexões no espaço público, passaram a ocupar a pauta do seguro privado de saúde. Por outro lado, a racionalização de

⁵⁵ Para um histórico do Movimento Sanitário Brasileiro e dos antecedentes à Constituinte na matéria saúde, conferir: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

⁵⁶ CASTRO, Marcus Faro de. 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. 82-104.

⁵⁷ COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Cedec, 2001.

custos, que sempre foi matéria ligada ao seguro privado, em vista da competitividade do mercado, passou a ocupar a pauta do sistema público de saúde em razão da necessidade crescente da eficiência administrativa.

Entende-se que, em termos de seus fundamentos, a discussão sobre a realização do acesso à atenção em saúde, bem como a efetivação do direito à saúde, deve prescindir da prévia consideração sobre a natureza do modelo de atenção adotado, público ou privado, permitindo que seja encetada tanto em países de tradição liberal quanto naqueles de tradição social, dicotomia que há de ser ultrapassada.

2.2.2 O Conteúdo do Direito à Saúde

A saúde humana é objeto de proteção em todos os âmbitos do Direito e também de disciplina em praticamente todos os seus ramos⁵⁸. O direito à saúde, como direito humano e direito fundamental, compartilha da trajetória destes. Sua apreensão se dá através das suas diferentes dimensões.

Como direito de primeira dimensão, liga-se à proteção da vida e da integridade humana. A obrigação correspondente é de natureza negativa; trata-se da abstenção de causar dano. Berlinguer refere-se aos “direitos inerentes e inalienáveis” à “preservação da vida”, inserta na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, para afirmar: “Reivindicar o direito à vida, naquela época, objetivava sobretudo protegê-la do abuso pessoal e do arbítrio legal”⁵⁹. A saúde só vai inspirar direitos de natureza positiva característicos dos direitos de segunda dimensão quando as condições históricas assim o permitirem. O autor ainda afirma que “uma necessidade pode transformar-se em direito apenas quando existem condições históricas (compreendidos também os conhecimentos científicos) para dar-lhes resposta em escala ampla ou universal”⁶⁰.

Conforme visto na subseção anterior, as condições históricas propícias ao reconhecimento do direito à saúde como um direito de segunda dimensão ocorrem, principalmente, com o segundo pós-guerra. A partir daí o conteúdo do direito à saúde passou a integrar distintos âmbitos de proteção, desde as garantias típicas da primeira geração, contra

⁵⁸ Conferir: AITH, op. cit., p. 127-140.

⁵⁹ BERLINGUER, 1996, p. 34.

⁶⁰ Ibid., p. 35.

a indevida agressão – e neste âmbito se teria desde a tutela penal dos delitos contra a pessoa e contra a saúde pública até a polícia administrativa dos produtos e serviços de saúde, cristalizada na atividade da vigilância sanitária –, passando pelas garantias liberais de acesso aos produtos e serviços de saúde, até as garantias típicas da segunda geração de direitos fundamentais, com todas as ações que se voltam a assegurar, ao indivíduo e às sociedades, condições favoráveis de saúde⁶¹.

Neste campo dos direitos a prestações, o direito à saúde segue sendo um direito bastante vago, como observa Suzana Graciela Cayuso:

A distinção entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos, e apesar de serem consideradas categorias interdependentes, tem conduzido na prática a dar-se menor importância à primeira. Esta tendência se alimenta da falta de clareza conceitual com relação aos direitos que integram essa categoria, questão que impede sua implementação. Dentre esses direitos se encontra o direito à saúde, o qual se caracteriza por sua particular vagueza, resultante da falta de identificação das obrigações que impõem aos Estados.⁶²

A autora aponta a necessidade de que o direito à saúde seja compreendido não meramente como direito de proteção mas também como direito de prestação. Analisa o tema sob o ponto de vista da Constituição Argentina, para concluir que:

O objetivo das garantias tradicionais era proteger o indivíduo das ingerências arbitrárias. Os direitos sociais têm por finalidade criar o que deverá proteger. [...] A liberdade exige a possibilidade de optar, portanto, ela não está suficientemente protegida ao assegurar-se a não ingerência estatal, pelo contrário, exige também a criação das condições para a opção. A não criação dessas condições impacta sobre o gozo e a garantia dos direitos fundamentais.⁶³

Cayuso, no contexto de seu país, afirma que os direitos tradicionais, isto é, os de primeira geração ou de natureza negativa, habilitam ações do indivíduo perante o Judiciário, ao passo que os direitos à prestação, isto é, os de segunda geração ou de natureza positiva,

⁶¹ “O direito à proteção da saúde está intimamente vinculado à qualidade de vida. Se estendendo não apenas à proibição de comportamentos com efeitos deletérios para a pessoa humana que podem provocar sua deterioração ou incapacidade, mas a toda conduta que, com a finalidade que for, configure qualquer forma de tratamento cruel, inumano ou degradante” (“El derecho a la protección de la salud está íntimamente vinculado a la calidad de vida. Se extiende no sólo a la prohibición de comportamientos con efectos disvaliosos para la persona humana que puedan provocar su deterioro o incapacidad, sino a toda conducta que, con la finalidad que fuere, configure cualquier forma de tratamiento cruel, inhumano o degradante”)

⁶² “La distinción entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, y a pesar de ser consideradas categorías interdependientes, ha conducido en la práctica a brindarle a la primera de ellas menor importancia. Esta tendencia se alimenta de la falta de claridad conceptual respecto de los derechos que integran esta categoría, cuestión que impide su implementación. Dentro de ellos se encuentra el derecho de la salud, el cual se caracteriza por su particular vaguedad, resultante de la falta de identificación de las obligaciones que impone a los Estados.” (CAYUSO, Suzana Graciela. *El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación*. In: FARINATI, Alicia (Coord.). **Salud, derecho y equidad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 40. (tradução nossa)).

⁶³ “El objetivo de las garantías tradicionales es proteger al individuo de injerencias arbitrarias. Los derechos sociales tienen por finalidad crear lo que se deberá proteger. [...] La libertad conlleva la posibilidad de optar, por lo tanto ya no resulta suficientemente protegida asegurando la no injerencia estatal sino que exige crear las condiciones para la opción. La no creación de las condiciones impacta sobre el goce y garantía de los derechos fundamentales.” *Ibid.*, p. 43-44.

requerem, em princípio, concreção legislativa. Admite, contudo, que, ante a omissão legislativa, deva-se reconhecer haver um direito *prima facie* a um mínimo, que habilite o controle da omissão mediante a ponderação dos princípios contrapostos⁶⁴.

O tema da tutela e do controle judicial será abordado na próxima subseção, porém o que se quer ressaltar, com base nas palavras da autora, é que a questão do conteúdo do direito à saúde se conecta diretamente com o conteúdo da contrapartida em obrigações a serem impostas ao Estado, à sociedade e ao próprio indivíduo.

Em benefício da efetividade desse direito, faz-se necessário especificar um pouco mais o seu conteúdo. A tarefa não é fácil, pois as dificuldades começam pela própria largueza do conceito de saúde, conforme visto, definido como um campo aberto, uma meta direcionada ao completo bem-estar físico, mental e social, nunca plenamente atingível, porém sempre passível de incremento. Há, evidentemente, limites fático-temporais, como os expressos por Guilherme Cintra:

A saúde trabalha com a idéia do contínuo aumento do bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Esse objetivo constitui uma espécie de ideal regulador, utilizado para nortear o complexo de ações, decisões e procedimentos adotados na área da saúde. Trata-se de um objetivo que possui um sentido ou valor próprio específico para as questões sanitárias, mas que é constantemente submetido a outros condicionantes de natureza política, jurídica e econômica. O aumento do “bem-estar físico, mental e social” das pessoas também depende inevitavelmente da formulação e implementação de políticas públicas, da garantia e defesa de direitos e da administração e aplicação de recursos financeiros em um contexto de escassez.⁶⁵

Na extensão original do conceito de saúde, o direito correspondente confina com os demais direitos de cidadania e com o âmbito da qualidade de vida do cidadão.

[...] é importante reconhecer a amplitude que possui este direito e não defini-lo somente como um direito de acesso à assistência sanitária, mas também às precondições da saúde [...] em determinados aspectos o direito à saúde se superpõe aos direitos civis e políticos e em outros, aos direitos econômicos, sociais e culturais [...] O conteúdo essencial do direito à saúde é o acesso a certos serviços sanitários básicos que os Estados devem garantir imediatamente, com independência de recursos de que disponha, e se diferencia de outros conteúdos sujeitos a serem garantidos em uma forma progressiva.⁶⁶

Na doutrina nacional, a questão do conteúdo do direito à saúde deveria ser mais pacífica, em face inclusive do ordenamento constitucional brasileiro, que o reconhece como

⁶⁴ Ibid., p. 44.

⁶⁵ CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 440.

⁶⁶ “[...] es importante reconocer la amplitud que tiene este derecho y no definirlo solamente como un derecho de acceso a la asistencia sanitaria sino también a las precondiciones de la salud... en ciertos aspectos el derecho a la salud se superpone con los derechos civiles y políticos y con otros derechos económicos sociales y culturales [...]. El contenido esencial del derecho a la salud es el acceso a ciertos servicios sanitarios básicos que los Estados deben garantizar inmediatamente, con independencia de los recursos de los que dispongan, y se diferencia de otros contenidos que deben garantizar en forma progresiva.” (tradução nossa) TOEBES apud CAYUSO, op. cit., p. 44.

direito de segunda dimensão. Nessa extensão, o direito à saúde está identificado com o direito à atenção sanitária, esta entendida como o conjunto de ações e serviços que visem promover, proteger e recuperar a saúde⁶⁷.

Germano Schwartz, ao tratar do direito à saúde na legislação brasileira, preocupa-se em extremar, nos termos utilizados pelo constituinte, as ideias que possam ser associadas a uma saúde “curativa”, típica do individualismo liberal, a uma visão mais atualizada de saúde, com seu aspecto social e preventivo e com uma abordagem mais holística do ser humano. Assim, identifica a expressão “risco de doença” do texto constitucional com a ideia de saúde preventiva e “outros agravos” com a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde. Enfatiza a expressão “promoção” como o vínculo entre a qualidade de vida e saúde e “proteção” como a necessidade de atuação sanitária em momento anterior à manifestação da doença. Concede ao termo “recuperação” apenas o reconhecimento de que, na ocorrência de certos infortúnios, a saúde deve ser restabelecida mediante um processo “curativo”⁶⁸.

José Luiz Bolzan de Moraes extrapola o entendimento de saúde meramente como direito de segunda dimensão, para inseri-lo também no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, ou geração, na expressão do autor, referindo-se aos direitos de solidariedade. Assim, poder-se-ia pensar o direito à saúde já não apenas em termos do individualismo liberal ou do igualitarismo social, não somente do ponto de vista de uma saúde “curativa” ou “preventiva” mas também do ponto de vista dos direitos de solidariedade.

Nessa perspectiva, teríamos como núcleo central a ideia de qualidade de vida, [...] que se expande para além de uma possível percepção holística, apropriando-se dos conteúdos próprios à teoria política e jurídica contemporânea. Talvez possamos vê-la como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver saudável.⁶⁹

Ocorre que a reintrodução do componente social e solidário no próprio conteúdo do direito à saúde faz reintroduzir nele, de uma forma mais profunda, a questão da limitação dos recursos sociais e da necessidade da razoabilidade na sua utilização. Quer dizer, pensar o conteúdo do direito à saúde como integrador do caráter social e solidário do ser humano converte em parte essencial do referido direito a consideração do problema do uso racional dos recursos escassos.

⁶⁷ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, estatui que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁶⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98-99.

⁶⁹ MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 24.

Para contemplar um tema, menos frequente nas discussões doutrinárias, das limitações impostas pela escassez no campo privado, deve-se considerar que a escassez referida não é privilégio do sistema público de saúde ou das finanças públicas. Considere-se ainda que, por vezes, o “bem” pode estar fora do comércio, como ocorre no caso de transplante órgãos e tecidos humanos, e, de toda forma, o fato de recursos, bens, produtos e serviços de atenção à saúde estarem disponíveis à apropriação e exploração privada não elide a necessidade de responsabilidade na sua utilização.

Uma forma de introduzir o tema no campo do consumo privado de produtos e serviços de saúde é oferecido pela ética do consumo proposta por Adela Cortina, com o conceito de consumo justo, o qual é entendido como o consumo passível de ser universalizável:

Será justo [o consumo] se as pessoas estão dispostas a aceitar uma norma mínima, segundo a qual só se consumirão os produtos que todos os seres humanos possam consumir e que não prejudiquem nem ao resto da sociedade, nem ao meio ambiente. O primeiro critério para discernir se uma forma de consumo é justa consiste, pois, em considerar se ela pode ser universalizada. [...] é consumo ético o que proporciona às pessoas uma vida boa. E aqui conviria trocar esse estúpido chip, determinado em identificar a felicidade com o consumo indefinido de produtos do mercado, quando os mais inteligentes já estão de volta e optam pela qualidade de vida em vez da quantidade dos produtos, por uma cultura das relações humanas, do desfrute da natureza, do sossego e paz, totalmente relutante com a aspiração a um consumo ilimitado.⁷⁰

Presentemente, parece trata-se de um limite, sobretudo, moral, mas que certamente evoluirá para uma disciplina jurídica. No campo da saúde, os produtos e serviços de atenção à saúde podem ser objeto da atividade econômica privada lucrativa. No caso brasileiro com a expressa permissão constitucional do art. 197. A saúde humana, todavia, não é, e não pode ser considerada, uma mercadoria qualquer, devendo recair sobre sua exploração comercial um especial controle e supervisão pelo Estado.

Definir ou delimitar o conteúdo do direito à saúde é, em grande parte, firmar um compromisso e um equilíbrio entre o objetivo ideal expresso no conceito de saúde como completo estado de bem-estar físico, mental e social e as possibilidades de sua realização, em

⁷⁰ “Será justo [...] si las personas están dispuestas a aceptar una norma mínima, según la cual, sólo se consumirán los productos que todos los seres humanos puedan consumir y que no dañen ni al resto de la sociedad ni al medio ambiente. El primer criterio para discernir si una forma de consumo es justa consiste, pues, en considerar si puede universalizarse. [...] es consumo ético el que proporciona a las personas una vida buena. Y aquí convendría cambiar ese estúpido chip, empeñado en identificar la felicidad con el consumo indefinido de productos del mercado, cuando los más inteligentes ya están de vuelta y optan por la calidad de vida frente a la cantidad de los productos, por una cultura de las relaciones humanas, del disfrute de la naturaleza, del sosiego y la paz, totalmente reñida con la aspiración a un consumo ilimitado.” (tradução nossa) CORTINA, Adela. **Ética del consumo**. Disponível em: <<http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

termos igualitários, em face das condicionantes econômicas, sociais e políticas que governam a vida em sociedade.

Assim, à semelhança do que ocorre com o próprio conceito de saúde, o conteúdo do direito à saúde, vedado o retrocesso na proteção social, deve ser permanentemente construído e reconstruído, com base na realidade fática e orientado pela ideia da busca do máximo bem-estar e qualidade de vida individual e social possível, assegurado o acesso equitativo.

O equilíbrio entre o bem-estar e a qualidade de vida individual e social há de ser mediado por princípios que tenham em conta a promoção da equidade no acesso aos bens sociais correspondentes, quer pelo sistema público, quer pelo sistema privado de atenção à saúde.

2.2.3 A Proteção Jurisdicional do Direito à Saúde no Brasil

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se na jurisprudência e doutrina pátria uma evolução da tutela jurisdicional dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular.

As dúvidas iniciais diziam respeito: à eficácia imediata das normas constitucionais programáticas; à necessidade ou não de legislação infraconstitucional prevendo as prestações concretas; e à existência ou não de um direito subjetivo público oponível ao Estado, e, em existindo, às questões em torno de sua natureza e das condições de seu exercício.

A evolução observada na doutrina e jurisprudência, consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, ocorreu no sentido de reconhecer o caráter vinculante e a eficácia imediata das normas constitucionais programáticas. Especificamente em relação ao direito a saúde, se reconheceu que, ao dever estatal de garantir o direito à saúde a todos, corresponde um direito subjetivo público, exercitável individual e coletivamente contra o Estado. Também se reconheceu que o objeto desse direito é a prestação concreta, isto é, o bem ou serviço de saúde concreto e determinado, e não meramente a formulação de uma política pública.

Para a descrição dessa trajetória atravessada pela tutela jurisdicional do direito à saúde, partindo da negação da eficácia imediata da norma constitucional e chegando ao

reconhecimento do direito subjetivo público oponível ao Estado, remete-se à obra de Germano Schwartz⁷¹. O autor conclui afirmando, em resumo, que:

1) A saúde é direito fundamental do homem, e a norma do art. 196 da CF/88 se reveste de aplicabilidade imediata e eficácia plena, [...]; 2) face à sua inegável dimensão subjetiva, a saúde é direito público subjetivo oponível contra o Estado, [...]; 3) há vínculo jurídico gerador de obrigações entre o Estado-devedor e o cidadão-credor no que concerne ao direito à saúde; 4) tanto o titular do direito público subjetivo da saúde como as instituições competentes (quando legalmente autorizadas) no zelo da questão sanitária podem reclamar em juízo ou via administrativa a efetivação/tutela deste direito [...].⁷²

Assim, a doutrina do direito social como direito subjetivo, historicamente, parece estar ligada ao esforço de conferir efetividade a essa categoria de direitos⁷³.

Porém, considerando que teoria dos direitos subjetivos desenvolveu-se, sob a égide e hegemonia da codificação civil e penal, no contexto e sob a ótica do direito privado, com base no conceito de relação jurídica como relação de direito e dever e tendo como objeto um bem ou interesse, uma questão que se põe é se, antes de se constituir em um requisito indispensável para a tutela de direitos fundamentais sociais, não se constituiria, tal construção, meramente numa forma de contemporizar o sistema de direitos fundamentais sociais com o sistema processual privatista vigente.

Em assim ocorrendo, o conceito de direito subjetivo, antes atrelado à visão privatista, deveria adquirir novos contornos na doutrina dos direitos fundamentais, ou, alternativamente, ser substituído por outros conceitos jurídicos, sempre com vistas à adequada tutela do direito fundamental social.

No desiderato de apreender o mecanismo de proteção processual ao direito fundamental social, recapitula-se aqui a concepção do “sistema de posições jurídicas fundamentais” de Robert Alexy. De acordo com este, ter-se-iam: 1) direitos a algo; 2) direitos a liberdades; e 3) direitos a competências. Na posição de direitos a algo, ter-se-iam direitos a ações negativas (direitos de defesa) e direitos a ações positivas (direitos de proteção). Esses últimos se subdividem em direitos às ações positivas fáticas e direitos às ações positivas normativas⁷⁴.

Márcia Zollinger salienta o fato de que a estrutura dos direitos de defesa é, obviamente, diversa da estrutura dos direitos de proteção:

⁷¹ SCHWARTZ, op. cit., p. 56-87.

⁷² Ibid., p. 86-87.

⁷³ Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que busca dar consequência aos direitos fundamentais nela previstos, à luz do neoconstitucionalismo e do princípio da máxima efetividade das normas veiculadoras de tais direitos.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.

[...] enquanto os direitos de defesa são para os destinatários proibições de destruir ou afetar negativamente algo, os direitos de proteção são para os destinatários mandados de proteger algo [...]. A estrutura normativa do direito de defesa, dessa forma, impõe a omissão de cada ação que afete negativamente o direito fundamental, e apenas a omissão de todas as ações é condição suficiente para o cumprimento da obrigação negativa. Já o destinatário do mandado de proteger algo tem um campo de ação dentro do qual pode eleger como deseja cumprir o mandado. A realização de apenas uma ação adequada de proteção é condição suficiente para o cumprimento do mandado de proteção.⁷⁵

Robert Alexy identifica, na diversidade de estrutura, a razão fundamental para que a justiciabilidade dos direitos e ações negativas, direitos de defesa, seja menos problemática do que a dos direitos a ações positivas⁷⁶.

Ao tratar das normas que preveem direitos a prestações em sentido estrito, Alexy concebe uma estrutura em que tais normas são ordenadas segundo três critérios: primeiro, pelo fato de conferir direitos subjetivos ou obrigar ao Estado apenas objetivamente; segundo, por serem vinculantes ou não-vinculantes; e, terceiro, por fundamentarem direitos e deveres definitivos (regras) ou *prima facie* (princípios). A proteção mais forte, conforme essa doutrina, é a outorgada pelas normas vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações; a mais débil é a outorgada pelas normas não-vinculantes, que fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado a prover prestações⁷⁷.

Nessa estrutura, pode-se perceber a importância historicamente assumida na outorga de direitos fundamentais, da configuração do direito como direito subjetivo, no sentido de se conferir ao beneficiário a capacidade ativa para exigir as prestações correspondentes e assim prover-se eficazmente o atendimento das prestações positivas pressupostas nos direitos fundamentais sociais. Nas palavras de Márcia Zollinger, “ao titular de direito fundamental é outorgada posição jus fundamental de exigir proteção do Estado”⁷⁸.

A afirmação dos direitos sociais fundamentais como direitos subjetivos não é isenta, entretanto, de muitas críticas. A começar pelo próprio conceito de direito subjetivo e a crítica talvez mais consistente liga-se, precisamente, à origem do conceito. A ideia de que a estrutura de direito deduzível perante o Poder Judiciário haveria de ser a do direito subjetivo corresponde à concepção clássica de que a ninguém é dado litigar, senão para defesa de direito próprio.

⁷⁵ ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 55.

⁷⁶ ALEXY, op. cit., p. 461.

⁷⁷ Ibid., p. 499-501.

⁷⁸ ZOLLINGER, op. cit., p. 52.

Jairo Bisol⁷⁹ alude a um fenômeno que denomina *interindividuação* da tutela do direito à saúde na via processual. De acordo com o autor, a preferência à apreciação e proteção do direito na via da tutela individual decorreria de uma teoria e de uma prática do direito processual, bem como de uma formação acadêmica do profissional do direito, fundadas no *modelo subsuntivo* do direito com base século XIX. As relações jurídicas processuais passaram a ser polarizadas entre o cidadão e o Estado, enquanto a relação jurídica material controversa emerge, na maior parte das vezes, dos direitos sociais de natureza coletiva. Como se afirmou no tópico anterior, o conteúdo do direito à saúde é abrangente de uma concepção social e solidária da atenção sanitária e merece uma abordagem processual fundada nessa característica. Nessa linha, é extremamente questionável, que a tutela jurisdicional do direito à saúde deva estar baseada exclusivamente no reconhecimento da existência de direitos subjetivos, mormente quando tal abordagem está focada exclusivamente na natureza individual da tutela.

É possível e desejável, que a superação dessa concepção possa ser promovida, em grande parte, pelo influxo da jurisdição constitucional e do processo coletivo dentro da teoria geral do processo, instrumentalizando uma nova e efetiva tutela processual coletiva dos direitos fundamentais sociais em geral e do direito à saúde, em particular.

A tutela processual do direito fundamental social, obviamente, possui um interesse específico no objeto desta dissertação que se ocupa dos problemas em torno da equidade no acesso às prestações correspondentes ao direito à saúde. A evidente desigualdade das condições de acesso à jurisdição somada à interindividuação na via processual, acima mencionada, pode determinar uma seleção indesejável dos beneficiários da prestação jurisdicional, baseada não em critérios de necessidade, entre outros moralmente defensáveis, mas, de quem detém melhores condições socioeconômica de acesso à jurisdição.

Ainda por fidelidade à abordagem que orienta este trabalho, contrapondo sistema público e privado de atenção, há que se frisar que o eventual ônus da desigualdade acima referida, afligiria de forma semelhante tanto o sistema público, quanto o sistema privado de saúde. O provimento assistemático e acrítico de demandas judiciais individualizadas, em relação a planos privados de saúde, pode desestruturar também este sistema, afetando a higidez do mercado, os custos envolvidos e os preços praticados, novamente em prejuízo da população com menos condições socioeconômicas de acesso aos serviços privados correspondentes.

⁷⁹ BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: reveses de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 327-331.

3 A RACIONALIDADE ECONÔMICA, O CUSTO DOS DIREITOS E AS ESCOLHAS TRÁGICAS

O sentido de racionalidade que se quer significar nesta seção é o da busca e adoção dos meios mais eficientes⁸⁰ para a consecução de determinados fins e está ligado a um fato existencial contundente, a uma contingência incontornável da existência humana, como indivíduo e como sociedade, que é a limitação dos recursos materiais postos à consecução de seus projetos de vida e à satisfação de suas necessidades.

No campo do Direito, a percepção dessa racionalidade levou a uma crítica bastante intensa da forma como vinham sendo entendidos alguns direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, como direito absoluto, não sujeito a ponderação, e do modo como vinham sendo aplicados pelos tribunais pátrios, que, como visto na subseção 2.2.3, o reconheceram como um direito subjetivo público, a ser exercitado individual ou coletivamente e em face do poder público ou das empresas de seguro privado de saúde, através de pretensão à satisfação de prestações concretas relacionadas ao direito fundamental em questão.

Em parte o problema consistia 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 deferindo tais pretensões, que, ao serem somados, determinariam um impacto sobre o orçamento público e também sobre os custos incorridos pelas empresas privadas de seguro de saúde, que poderia chegar ao ponto de inviabilizar tanto o planejamento público quanto a participação da iniciativa privada no setor.

No Brasil, apesar da preocupação com os limites materiais estar presente, em alguns autores e sob determinado prisma, já há algum tempo⁸¹, uma introdução mais recente da

⁸⁰ 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, Amartya. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 37-38.).

⁸¹ 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

crítica se deu através das obras “Direito, escassez e escolha”, de Gustavo Amaral⁸², e “Introdução à teoria dos custos dos direitos”, de Flávio Galdino⁸³, que apresentou o sugestivo subtítulo “Direitos não nascem em árvores”, ambas baseadas principalmente no livro “O custo dos direitos”, de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein⁸⁴.

Assim, na presente seção, tratar-se-á principalmente da crítica formulada por esses autores e da questão de como as sociedades alocam seus recursos escassos, tema tratado também de forma pioneira por Guido Calabresi e Philip Bobbitt em “Escolhas trágicas”⁸⁵.

3.1 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”⁸⁶. Se Dworkin⁸⁷ 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 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, 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”⁸⁸.

indireta, a palavra direito” (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. p. 113.).

⁸² 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.

⁸³ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁸⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 2000.

⁸⁵ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

⁸⁶ “taking rights seriously is taking scarcity seriously” (HOLMES, op. cit., p. 94, tradução nossa).

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

⁸⁸ “the watchdog must be paid”. (HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 77, tradução nossa).

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”⁸⁹. 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 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 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

⁸⁹ “Rights are costly because remedies are costly”. (Ibid., p. 43, tradução nossa).

outro caso que o ônus da implementação do direito acabará repercutindo por toda a sociedade⁹⁰.

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:

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.⁹¹

⁹⁰ 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 ou a justiça dessa repercussão. Boa parte dos esforços empreendidos nesta dissertação se volta precisamente a buscar uma teoria da justiça que possa orientar uma repartição justa dos custos sociais dos direitos.

⁹¹ “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” (Ibid., p 171, tradução nossa).

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.⁹²

Dessa forma, os autores, reconhecendo o caráter público de qualquer liberdade privada, estabelecem também o necessário compromisso entre liberdades civis e colaboração (ou solidariedade) social.

O que se quer enfatizar, com base na ideia de Holmes e Sunstein, 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.

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 ineficaz⁹³. 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 descontrole 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 infraconstitucional⁹⁴.

⁹² “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.” (Ibid., p. 220, tradução nossa).

⁹³ AMARAL, op. cit., p. 17-18.

⁹⁴ 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.” (Ibid., p. 21-22).

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 incontrastável 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 questão⁹⁵; 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 judiciário⁹⁶.

Para responder a esses questionamentos, ao longo da obra referida, Gustavo Amaral 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 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 alocativa⁹⁷.

Até aqui as conclusões extraídas por Gustavo Amaral são parcialmente as que também serão adotadas nesta dissertação, 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

⁹⁵ Ibid., p. 29.

⁹⁶ Ibid., p. 34-39.

⁹⁷ Ibid., p. 227.

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, 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 coletivas⁹⁸.

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.⁹⁹

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 se vincula à admissão da tutela individual de direitos fundamentais sociais. Não ocorre a quaisquer dos autores estudados restringir a tutela pelo

⁹⁸ 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, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2009.

⁹⁹ Ibid., p. 228.

Estado do direito individual de propriedade¹⁰⁰. 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 insubsistente 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.

Conforme aludido na seção 2, ao menos 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.

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.

Retornar-se-á ao tema ao longo desta dissertação. Porém, para que se assinala desde já a posição nela assumida, vale ressaltar que se entende que a questão fundamental a ser resolvida não se refere ao locus 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

¹⁰⁰ “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, op. cit., p. 61, tradução nossa).

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. Frisam-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 judicial¹⁰¹. O Judiciário, como instituição democrática, há 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, em relação à necessidade de responsabilidade dos aplicadores do

¹⁰¹ 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 decisão?

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 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 positivos¹⁰², propõe, por meio da análise econômica, uma teoria pragmática do Direito¹⁰³.

Galdino repele, divergindo de Amaral 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 públicas¹⁰⁴, 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 direitos¹⁰⁵. 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 fundamental¹⁰⁶.

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 (subjetivo) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito”¹⁰⁷, propondo assim um conceito pragmático de direito subjetivo 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

¹⁰² GALDINO, op. cit., p. 215.

¹⁰³ Ibid., p. 331 e ss.

¹⁰⁴ “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.” (Ibid., p. 228).

¹⁰⁵ Ibid., p. 230.

¹⁰⁶ Ibid., p. 234-235.

¹⁰⁷ Ibid., p. 235.

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 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 social¹⁰⁸. 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 Sen¹⁰⁹, que analisa dois enfoques 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 econômica¹¹⁰.

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.¹¹¹

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 irrealis de justiça, equívoco dos juristas, para agregar condições econômicas e considerações éticas, maximizando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores envolvidos¹¹².

¹⁰⁸ Ibid., p. 240.

¹⁰⁹ 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 dos direitos, normas e comportamentos de maneira integrada à teoria econômica. (SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.).

¹¹⁰ GALDINO, op. cit., p. 251.

¹¹¹ Ibid., p. 251-252.

¹¹² Ibid., p. 253.

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 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.

As teorias estudadas neste tópico não afastam nem poderiam afastar a realidade das escolhas trágicas efetuadas pelas sociedades. Importante, portanto, é analisar, na próxima subseção, como Guido Calabresi e Philip Bobbitt expuseram, já em 1978, suas ideias sobre os conflitos enfrentados pelas sociedades na alocação de recursos tragicamente escassos.

3.2 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 de tais recursos.

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 justiça, pois a justiça entra em cena precisamente para determinar a propriedade onde dela não há o suficiente para todos. A justiça seria inútil em situações de extrema abundância ou extrema escassez, ali por inexistir conflito, aqui por desaparecer o respeito à lei e ao Estado, porém é sempre necessária em contextos de escassez e de altruísmo limitados¹¹³.

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 como tal, não há que se tratar de escolhas racionais e éticas. 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 suas necessidades, exercitando a capacidade para 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 privada¹¹⁴.

A perplexidade diante da possibilidade de escolha aparece no campo que aqui interessa, isto é, o da efetivação do direito à atenção 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, reconhecem que a escassez é um fato fundamental da existência e abordam o tema de como as

¹¹³ HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004. p. 245.

¹¹⁴ 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.

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”¹¹⁵. Uma sociedade está constantemente confrontando e refazendo suas escolhas trágicas.

Segundo Calabresi e Bobbitt, 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)¹¹⁶.

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 refaz¹¹⁷. 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

¹¹⁵ “Like the arch, tragedy never rests” citando R. B. Sewall. (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 19).

¹¹⁶ Ibid., p. 19.

¹¹⁷ Ibid., p. 22.

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 Terapia 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 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 alocação¹¹⁸.

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, atomísticas¹¹⁹.

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?¹²⁰

¹¹⁸ Ibid., p. 20.

¹¹⁹ Ibid., p. 20.

¹²⁰ Ibid., p. 21.

Explicam Calabresi e Bobbitt que a divisão entre primeira e segunda ordem e a interação entre elas ajuda 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 fatal¹²¹.

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”¹²².

O segundo padrão de movimento característico das escolhas trágicas, como mencionado, diz respeito à forma como a escolha 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 diante¹²³.

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 igualdade¹²⁴. Esse último critério interessa mais de perto, pela natureza do presente estudo.

¹²¹ Ibid., p. 21.

¹²² “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’ [...]” (“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’ [...]”). (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 22, tradução nossa).

¹²³ “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.” (“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.”). (Ibid., p. 23, tradução nossa).

¹²⁴ Ibid., p. 23.

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 alocativas¹²⁵.

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 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 fato¹²⁶.

Esta é uma particular concepção de igualitarismo que os autores chamam de “igualitarismo corrigido”¹²⁷. 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

¹²⁵ Ibid., p. 24.

¹²⁶ Ibid., p 24-25.

¹²⁷ Ibid., p. 25.

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 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.

Calabresi e Bobbitt descrevem em sua obra quatro modelos de alocação que suportam as decisões não-trágicas e as formas como estes falham no contexto das decisões trágicas, a saber: pelo mercado, pela decisão política, pela loteria e pelos costumes¹²⁸. Mas os autores se fixam nas possibilidades dos dois primeiros modelos, dedicando a eles a maior extensão da obra, justamente pelas possibilidades de se sujeitarem a modificações e adaptações¹²⁹.

O escopo deste trabalho está diretamente ligado ao critério da equidade como informador da alocação de recursos escassos, quer em contextos não-trágicos, quer em contextos trágicos. Conquanto não sejam os únicos, os modelos de alocação pelo mercado, de um lado, e pela despesa pública, de outro, possuem caráter paradigmático, que, por seu antagonismo, facilita a sua oposição dialética. É a razão pela qual se aborda na presente dissertação o critério fundamental da equidade, segundo esses dois paradigmas, ciente da possibilidade e da realidade da existência de modelos intermediários ou combinados.

¹²⁸ “We shall begin by describing four general approaches to allocation. Each is, to some extent, a caricature of the actual processes used.” (“Devemos começar pela descrição de quatro abordagens para a alocação. Cada uma delas é, em alguma extensão, uma caricatura do processo real utilizado.”) As abordagens utilizadas são: o mercado puro (“The pure market”); a decisão política (“The accountable political approach”); a loteria (“The Lottery”) e os costumes (“The customary or evolutionary approach”). (Ibid., p. 31, tradução nossa).

¹²⁹ “In coping with tragic situations we are not limited, however, to pure approaches. Both market and political decision processes may be significantly modified to counter their principal defects. [...] those approaches which are amenable to major modifications.” (“Ao enfrentarmos as decisões trágicas, não estamos limitados, contudo, às abordagens puras. Ambas, mercado e decisão política, são processos que podem ser significativamente modificados para superar seus principais defeitos [...] as abordagens que são sensíveis às maiores modificações.”). (Ibid., p. 50, tradução nossa).

4 PARADIGMAS LIBERAL E SOCIAL E SUAS RELAÇÕES COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente trabalho, ao se referir a modelo, sistema ou pensamento liberal ou social, está-se querendo significar as referências históricas paradigmáticas, com a ciência de que, como paradigmas, apresentam a limitação de estarem fundados em uma idealização que, em regra, não encontra seu correspondente exato na realidade fática.

A realidade cognoscível é dinâmica, multidimensional, não-linear, contraditória, interativa, enfim, não se deixa retratar fielmente por modelos e, muitas vezes, reage de maneira não prevista ou não-previsível às deliberadas intervenções humanas, produzindo-se assim resultados distintos dos esperados.

O fato, conquanto deva ser levado em conta, não invalida a assunção de modelos e paradigmas. Ele apenas remete à necessidade de ajustes, mitigações, adequações em face das circunstâncias concretas, visando alcançar os aspectos dinâmicos da realidade. Por outro lado, nenhum modelo é livre de limitações quanto à sua própria racionalidade interna.

No caso dos modelos alocativos que aqui são tratados, sucede o mesmo. Isto é, não estão livres de limitações internas e na sua confrontação com as circunstâncias concretas ao buscar equacionamento do problema do acesso justo aos recursos sociais escassos, embora possam oferecer aproximações bastante aceitáveis desse objetivo.

Em linhas gerais, o modelo ou paradigma liberal propõe que a produção e distribuição de recursos sociais ocorram através da livre atuação dos agentes no mercado; ao passo que o modelo ou paradigma social propõe, em maior ou menor extensão, que a produção e a distribuição da riqueza ocorram por meio da atuação do Estado, sobretudo, na realização da despesa pública.

Daniel Sarmiento¹³⁰, ao buscar a relação existente entre o desenvolvimento dos direitos humanos e a cosmovisão experimentada pelas sociedades em relação à atividade econômica e ao Estado, refere dois paradigmas historicamente bem-definidos: o liberal e o social. Alude ainda a um terceiro paradigma, que estaria em formação, o qual denomina paradigma pós-social.

O primeiro paradigma, com raiz no pensamento iluminista do século XVIII, surgiu como reação à centralização do poder político, instrumentalizada com o surgimento do Estado

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Moderno, e tem seu foco na liberdade individual e na proteção dessa liberdade perante o Estado, correspondendo, portanto, ao modelo político do Estado Liberal ausenteísta¹³¹.

O segundo paradigma se conformou diante das crises e das críticas que emergiram em diferentes flancos ao projeto político-econômico liberal. Abriga o autor, no âmbito desse paradigma, um leque bastante amplo de posições, abrangendo todo o espectro crítico que vai do socialismo utópico à doutrina social da Igreja Católica, do marxismo ao estado do bem-estar social¹³².

De fato, são posições bem díspares, porém todas caracterizadas pela assunção, pelo Estado, em maior ou menor extensão, da atribuição de alocar ativamente recursos, por vezes assumindo a tarefa de produzir e distribuir bens sociais, por vezes fomentando e intervindo sobre a atividade privada, com o mesmo objetivo.

É importante, para os objetivos deste estudo, verificar, com Sarmento, as relações entre a concepção de direitos fundamentais e as cosmovisões delimitadas pelos paradigmas liberal e social, já mencionados.

No Estado Liberal se consagra a igualdade formal, priorizando a garantia da liberdade e do direito de propriedade, e a lei se reveste de uma aparente neutralidade em relação aos conflitos distributivos, tornando-se fonte de legitimação para a dominação econômica burguesa. Assim, conforme Sarmento, a doutrina liberal dos direitos humanos articulou-se em dois sistemas diferentes.

Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada. Dentro deste Paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles marcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, desta forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e o do Estado, entre a esfera privada e a pública, [...].¹³³

Tal modelo corresponde-se com o modelo econômico liberal, no qual o mercado é o equacionador dos problemas sociais. O Estado ausenta-se da esfera econômica, entregue à “mão invisível” do mercado. Os direitos fundamentais são concebidos como direitos públicos subjetivos, a serem opostos, exclusivamente, em face do Estado. As pretensões correspondentes relacionam-se com as limitações de poder impostas ao Estado.

¹³¹ Ibid., p. 7.

¹³² Ibid., p. 16.

¹³³ Ibid., p. 12.

De acordo com Sarmiento, o insucesso, sob o prisma jus fundamental, do modelo político-econômico inspirado no paradigma liberal evidencia-se por sua insuficiência para assegurar a dignidade humana. O quadro de exploração do homem pelo homem, agudizado pelo processo de industrialização, causa e efeito da concentração de capitais proporcionada pelo *laissez faire, laissez passer*, gerou crises que o Estado Liberal absenteísta não pôde resolver.

Mas a grande depressão de 1929 mostrou a insuficiência do modelo liberal, mesmo em termos estritamente econômicos, considerando que se pudesse isolar esse aspecto da realidade. A adoção em termos concretos das ideias de John Maynard Keynes, no *New Deal* norte-americano de Franklin Delano Roosevelt, assinalou o afastamento definitivo do Estado da sua posição anterior, preconizada pelo ideal liberal, de neutralidade na esfera econômica, para conduzi-lo a uma posição de protagonista da cena econômica¹³⁴.

Se o Estado Liberal ocupa-se da garantia da liberdade dos seus cidadãos, o Estado Social vai buscar, ademais, o seu bem-estar. As diferentes críticas desenvolvidas ao Estado Liberal deram origem à reorientação do Estado, em diferentes matizes, porém em maior ou menor escala, implicando a positivação de direitos sociais e econômicos, os quais se convencionou chamar direitos de segunda geração ou segunda dimensão¹³⁵, que, entre outros conteúdos, como a limitação da autonomia privada em benefício de interesses da coletividade, impuseram ao Estado o dever de prover prestações positivas, através de políticas públicas interventivas. O Estado, de inimigo dos direitos humanos, na concepção liberal, passou a agente promotor desses direitos, na concepção social.

As tentativas históricas de dar consecução ao Estado Social, em seus diferentes matizes, revelam não apenas as dificuldades para sua afirmação concreta, mas também os seus limites. Bastaria que se considerassem as tensões existentes entre as liberdades públicas e os direitos de natureza social, entre a promoção do bem-estar social e a necessidade de emancipação do indivíduo em relação à satisfação de suas próprias necessidades. Posto que liberdade individual e econômica não seja incompatível, em si, com os direitos sociais, a efetivação destes acarretaria a relativização daqueles, pelo menos nos moldes em que tradicionalmente entendidos, com mitigação da proteção dada à propriedade e com as limitações das liberdades individuais em prol de interesses coletivos e sociais.

¹³⁴ Ibid., p. 18-19.

¹³⁵ Em relação à questão terminológica, adota-se nesta dissertação a expressão “dimensões” pelas razões expostas, entre outros, por Dirley da Cunha Júnior. (CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 560-562.).

Um limite importante à efetivação dos direitos sociais, em face de seu caráter marcadamente, embora não exclusivamente, prestacional, é dado pela escassez dos recursos postos à sua consecução.

Sarmiento pondera que “o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais”¹³⁶ e, ainda, que “no bojo desta redefinição das fronteiras entre o público e o privado no Estado Social, pode se situar a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas”, pois “a lógica inerente ao Estado Social reclama uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”¹³⁷.

A necessidade de composição entre valores liberais e sociais, que emerge dessas ponderações, é provavelmente a causa da dificuldade de conceber modelos absolutos, exclusivamente inspirados no paradigma liberal ou no social e, portanto, da identificação concreta de Estados que correspondam estritamente a tais paradigmas.

Some-se a tal circunstância uma nova realidade histórica no mundo contemporâneo definida pelo fenômeno da globalização econômica, determinando o enfraquecimento do Estado, que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia, o que deteriora a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, regulamentação e fiscalização do mercado interno e poder de garantir a eficácia dos direitos sociais¹³⁸.

As dificuldades de implementação de direitos sociais e a necessária reconfiguração do papel do Estado já eram advertidas por Norberto Bobbio:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver [...]: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, [...]. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.¹³⁹

São alterações em curso que devem determinar uma nova cosmovisão sobre o papel do Estado. Nas palavras de Sarmiento:

Se no Estado Social o público avançara sobre o privado, agora ocorre fenômeno inverso, com a privatização do público. Público e privado cada vez mais se

¹³⁶ SARMENTO, op. cit., p. 20.

¹³⁷ Ibid., p. 25.

¹³⁸ Ibid., p. 27.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p 72.

confundem e interpenetram, tornando-se categorias de difícil apreensão em um cenário de enorme complexidade.¹⁴⁰

Para o autor, e neste sentido converge sua exposição, fica demonstrada a necessidade de uma maior vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Diante da retração do papel e do poder do Estado na economia globalizada, diante da incapacidade do Estado de arcar com os custos cada vez maiores das prestações sociais exigidas pela coletividade e do fortalecimento do poder social de alguns atores privados, com destaque para as empresas multinacionais, deixar de opor a aplicação dos direitos fundamentais a tais atores, isto é, de considerá-los destinatários dos deveres correspondentes a tais direitos, implicaria deixar o indivíduo desprotegido em seus direitos humanos diante do novo Leviatã privado¹⁴¹.

Para concluir a remissão às ponderações de Sarmiento, transcreve-se o trecho em que este reenvia a questão da extensão dos direitos fundamentais de segunda dimensão à noção de solidariedade:

[...] diante da virtual falência econômica do Welfare State, decorrente da incapacidade do Estado de arcar com os custos cada vez maiores das prestações sociais exigidas pela coletividade, da brutal desigualdade econômica, e da necessidade impostergável de garantia de direitos sociais básicos para a população carente, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de 2ª geração parece uma saída atraente. Com ela recupera-se a noção de solidariedade, revestindo-a de juridicidade. Sob esta ótica, os poderes econômicos privados têm não apenas o dever moral de garantir certas prestações sociais para as pessoas carentes com que se relacionarem, mas também, em certas situações, a obrigação jurídica de fazê-lo.¹⁴²

Alguns questionamentos poderiam ser feitos em relação a esta proposta. Em primeiro lugar, tem-se sem dúvida, e como ressalta o próprio autor, que distinguir a solidariedade como virtude ética e social, ou como obrigação moral, da sua expressão jurídica¹⁴³.

No primeiro aspecto a solidariedade demandaria o elemento essencial da espontaneidade, que, no segundo aspecto, de dever jurídico, ou se perde em grande parte ou deixa de existir de todo¹⁴⁴. Não parece ser conveniente a mera exclusão de um aspecto por outro, sob pena de, ao se ampliar o campo de juridicidade ao dever moral de solidariedade, estar-se retirando, da própria sociedade, a oportunidade ou mesmo a possibilidade de ser solidária¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Ibid., p. 34.

¹⁴¹ Ibid., p. 35.

¹⁴² Ibid., p. 35.

¹⁴³ Sarmiento defende tal atribuição de juridicidade com base no objetivo fundamental da República expresso no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que há de ser visto como diretriz dotada de eficácia normativa imediata, vinculando não apenas o Estado, mas também, em caráter secundário, toda a sociedade. (Ibid., p. 295).

¹⁴⁴ O próprio Sarmiento observa que: “Seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Entretanto, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas”. (Ibid., p. 297).

¹⁴⁵ Neste ponto ter-se-ia que referir o debate sobre a juridicização do mundo social, ou a “colonização” da sociedade pelo Direito, como expresso, por exemplo, por Boaventura de Sousa Santos: “Ao submeter histórias

Outra questão a ser posta é se, dentro deste sentido de dever jurídico, a *solidariedade* não se confundiria com a ideia de *colaboração social*, cuja organização sempre se constituiu em um dos fundamentos de justificação do Estado. Em regra, a organização da colaboração social tem como objetivo econômico, de um lado, permitir a conjugação de esforços a serem envidados na produção de bens de interesse individual e social e, por outro, permitir a distribuição dos bens assim produzidos.

Sob o paradigma liberal clássico, a função principal dessa distribuição é prover eficiência ao sistema todo. Sob o paradigma social, a função principal da distribuição passa a ser a de prevenir ou compensar, sob perspectiva igualitária, desequilíbrios que, de origem diversa, afetem tal distribuição.

Admita-se que esta solidariedade ou colaboração social possa ser provida, ora por prestações a cargo dos próprios órgãos estatais, sempre à custa das exações tributárias, em última análise, suportadas pelos particulares, ora como implícito na proposta de Sarmento, pela imposição do Estado a esses particulares, em sua atividade privada, do dever jurídico de colaborar diretamente suprindo necessidades sociais antes a cargo do próprio Estado.

Em que se distinguem essas duas formas de suprir demandas sociais? Ou então, em outra perspectiva, a que vem o reenvio da solidariedade, como dever jurídico, aos particulares?

O argumento liberal imediato seria o de assim prover maior eficiência à produção dos resultados sociais esperados, a par, sem dúvida, da conseqüente redução da participação e do tamanho do Estado e, por conseguinte, das demandas por seu financiamento.

O argumento sob ponto de vista social seria o de prover uma forma não-estatal de reintrodução da responsabilidade social no campo da atividade privada, na mesma linha dos argumentos que sustentam a institutos como o da responsabilidade social da propriedade e do contrato, no âmbito privado.

Mas uma análise histórica, ainda que perfunctória, parece indicar que o fluxo e o refluxo da atuação social pelo Estado estão regidos por contingências e motivações as mais variadas, incluindo-se as econômicas, políticas, históricas e culturais.

Para citar um exemplo, o advento do Estado do bem-estar social, como referido, não atendeu apenas às demandas oriundas dos movimentos de natureza social refletidas na

de vida e formas de viver concretas e contextualizadas a uma burocratização e monetarização abstratas, a regulação jurídica destrói a dinâmica orgânica e os padrões internos de autoprodução e auto-reprodução das diferentes esferas sociais (economia, família, educação, etc.) Embora vise á integração social, ela promove a desintegração social [...].” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 158.).

positivação dos direitos sociais na Constituição do México de 1917 e da República de Weimar de 1919 mas também a imperativos da reestruturação econômica pós-depressão em meados do século passado.

A retirada do Estado do campo social, ao argumento da maior eficiência da alocação liberal pelo mercado redundando em maiores benefícios sociais, é proposta novamente agitada pela onda neoliberal na esteira da globalização do final do século passado.

E, presentemente, vislumbram-se novas propostas de intervenção do Estado como fomentador do desenvolvimento econômico em face da crise econômica e financeira de proporções mundiais que se instalou, entre 2008 e 2009, deflagrada pela insolvência no mercado imobiliário norte americano e que ameaça agravar o quadro das carências sociais em todo o globo¹⁴⁶.

Para citar outro exemplo, desta feita no âmbito brasileiro, tem-se que o sistema previdenciário nacional iniciou-se no plano privado, através das antigas Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP), que surgiram com a Lei Eloy Chaves, em 1923. Em dado momento, o sistema privado foi apropriado pelo Estado sob o argumento da necessidade de seu saneamento e universalização, por meio dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP), a partir de 1933 até a unificação ocorrida com a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei nº 3.807/1960¹⁴⁷. Bem mais tarde e no quadro da anunciada “falência” do Estado de bem-estar, buscou-se devolver parcialmente a previdência pública à iniciativa privada, através da previdência complementar dos servidores públicos, introduzida na reforma da previdência social com a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1988.

Outro exemplo também pode ser oferecido no caso específico da atenção à saúde. A atenção à saúde passou a ser provida a partir da década de 60 do século passado, com a LOPS, por meio de um seguro social de natureza contributiva atrelado ao sistema previdenciário, que passou a contratar serviços privados de medicina de grupo. Ao lado desse sistema, atuava outro, também privado, de natureza filantrópica e caritativa, formado pelas Santas Casas de Misericórdia. Ambos ou deixam de existir, o contributivo, ou perdem a extensão e sentido primitivo, o caritativo, em face do reconhecimento da saúde como um direito de todos e um dever do Estado.

No entanto logo na constituição de um sistema público de saúde, passou-se a ampliar a terceirização e privatização da prestação do serviço correspondente, embora sob controle e

¹⁴⁶ LORENZI, Sabrina. Crise financeira ameaça metas do milênio. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 15 abr. 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=9039>. Acesso em: 08 jul. 2009.

¹⁴⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social**: legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 207-214.

fiscalização públicos, através da contratação de serviços privados ou de modelos de colaboração entre o Estado e a iniciativa privada, como ocorre com a polêmica figura das Organizações Sociais, instituído pela Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998¹⁴⁸.

Assim é que se pode questionar em que extensão a constitucionalização do direito à saúde, com conseqüente universalização formal do acesso, não atende a interesses sociais concomitantemente a interesses econômicos de caráter privado emergentes com a expansão do setor, primeiro com a medicina de grupo nascida a reboque do antigo sistema previdenciário¹⁴⁹ e depois através do seguro-saúde, que se expandiu exponencialmente a partir da universalização do acesso com a Constituição de 1988¹⁵⁰.

Tais considerações não possuem o vezo de introduzir considerações maniqueístas e dicotômicas contrapondo interesse econômico a interesse social, ou modelo liberal a modelo social. Não é este o escopo do presente trabalho.

Pelo contrário, o que sim se pretende ao se expor e criticar a proposta de Daniel Sarmiento quando este anuncia e propõe o reenvio do dever social de solidariedade à iniciativa privada na esteira da aplicação de eficácia horizontal aos direitos fundamentais, é reconhecer que ambos os paradigmas, o liberal e o social, corrigidos seus desvios e as manipulações discursivas, podem fundamentar instrumentos válidos e justos de organização da colaboração social.

A apropriação privada e o liberalismo econômico, por um lado, e a atuação social do Estado, por outro, buscam justificar-se através de suas respectivas aptidões específicas para a organização da colaboração social e à alocação social de recursos assim produzidos, de

¹⁴⁸ Tramitam no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei Federal nº 9.637/1998: a (ADI) 1923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), e a (ADI) 1943, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁴⁹ Sobre o crescimento das empresas de medicina privada nesse período, “[...] o setor privado da saúde vai se constituindo por meio de um leque diversificado de vínculos com a Previdência Social via convênios (pré-pagamento) e credenciamentos, que associado ao apoio do governo federal para os investimentos no setor (por meio do FAZ) viabiliza um ritmo acelerado de capitalização, tendo como elementos auxiliares a garantia do mercado (constituído por meio da compra de seus serviços pelo Estado) e a impunidade em termos de qualidade do serviço e prestação de contas para os órgãos financiadores.” (COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Cedec, 2001. p. 45.).

¹⁵⁰ “No sistema público (Sistema Único de Saúde – SUS), uma parcela significativa de serviços é comprada junto a hospitais e clínicas privadas. Com relação ao setor privado, existe uma forte expansão de planos e seguros de saúde que envolvem subsídios indiretos”. (RIBEIRO, José Mendes. *Regulação e contratualização no setor saúde*. In: NEGRI, Barjas; DI GIOVANNI Geraldo (Org.). **Brasil: radiografia da saúde**. Campinas, SP: Instituto de Economia da Unicamp, 2001. p. 420.). “A grande expansão do setor de medicina suplementar no Brasil deu-se no período entre 1987 e 1994, quando houve um crescimento de 73,4% da população coberta pelos benefícios propostos, que passou de 24,4 milhões de segurados para 42,3 milhões. As estimativas existentes apontam, hoje, um contingente de aproximadamente 25% da população total do Brasil na condição de contratantes de planos e seguros de saúde [...]” (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 47.).

maneira a gerar os melhores resultados à sociedade e aos seus membros em termos de eficiência e justiça da alocação.

Uma questão axiológica fundamental agitada na comparação dos modelos é a da eficiência global do sistema contraposta à justiça de suas alocações. Justiça que é normalmente traduzida, em ambos os paradigmas, em termos de alguma forma de equidade no acesso aos recursos socialmente produzidos.

Ver-se-á nas duas próximas seções como cada modelo paradigmático clássico fundamenta ética e juridicamente a necessidade de promoção dessa equidade.

5 FUNDAMENTOS DA IGUALDADE NO PARADIGMA LIBERAL E SEUS LIMITES

O paradigma liberal, ao fundar-se na liberdade de iniciativa no campo econômico, não deixa de introduzir a questão da equidade ao referir-se à necessidade de igualdade das condições iniciais ou condições de partida como pressuposto do efetivo exercício daquela liberdade.

E não é esse o único momento em que, internamente, o paradigma liberal se haverá de defrontar com a questão da equidade. Um dos argumentos invocados pelos defensores da teoria utilitarista, no campo da filosofia moral liberal, é o de que esta teria um caráter igualitário ao usar critérios objetivos para valorar, igualmente, as diferentes preferências em jogo de forma a buscar sua maximização, a qual ocorrerá por um critério de demanda majoritária, isenta de preconceitos em relação a sua origem ou ao *status* de quem a solicita.

O conceito de justiça distributiva, que pode ser apropriado pelo paradigma liberal, tanto quanto pelo paradigma social, de toda forma, precede-o historicamente, razão pela qual se abordará preliminarmente sua evolução histórica.

5.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Samuel Fleischacker adverte¹⁵¹ que a “justiça distributiva”, em seu sentido moderno, é ideia recente no pensamento social e político ocidental, pois, ainda que as demandas conflitantes sobre a propriedade, por um lado, e os princípios sociais de distribuição de recursos, por outro, sejam preocupações antigas dos filósofos, apenas recentemente, há pouco mais de dois séculos, as pessoas passaram a reconhecer “que a estrutura básica da distribuição de recursos em suas sociedades era uma questão de justiça”, que “a justiça deveria exigir uma distribuição de recursos que satisfizesse as necessidades de todos”¹⁵² e que a justiça distributiva, em seu sentido moderno, “invoca o estado para garantir que a propriedade seja

¹⁵¹ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: M. Fontes, 2006.

¹⁵² *Ibid.*, p. 4.

distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível de recursos materiais.”¹⁵³

Tal concepção entende a justiça distributiva como imperativo social que se funda, sobretudo, antes na necessidade que no merecimento, como ocorria na concepção aristotélica.

Várias premissas precisam ser admitidas para que se possa passar do conceito aristotélico ao conceito moderno de justiça distributiva. Enumerando-as: 1) que aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções; 2) que alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo; 3) que tal fato pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares, independentemente de virtudes outras que não a da justiça, tais como caridade ou outras que obriguem apenas em nível moral; 4) que a distribuição dessa parcela de bens é praticável, não sendo algo absurdo ou que solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar, conforme proclamam as teses que justificam a existência das desigualdades se os sistemas resultantes promoverem um melhor estado de bem-estar a todos; 5) que compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.¹⁵⁴

Nesse sentido moderno, a *justiça distributiva* não pode ser contraposta ao pensamento dos cientistas sociais do século XVIII, ideólogos do *laissez-faire*, como David Hume e Adam Smith, entre outros, que, ao se libertarem do que o autor chama “tolas noções de ‘preço justo’ da Idade Média”, tornam possível a economia moderna. Segundo Fleischacker, longe de serem amoralistas frios¹⁵⁵, tais pensadores construíram as bases que permitiram o direcionamento da atuação estatal no sentido da “ajuda aos pobres”¹⁵⁶¹⁵⁷.

O fato é que o desenvolvimento da teoria da justiça distributiva no âmbito de sistemas econômicos de matriz liberal é testemunho vigoroso da amplitude dos conceitos e ideias envolvidos. De acordo com Fleischacker:

A “justiça distributiva”, em seu sentido moderno, invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível de recursos materiais. As discussões sobre justiça distributiva tendem a se concentrar na quantidade de recursos que se deve garantir e

¹⁵³ Ibid., p. 8.

¹⁵⁴ Ibid., p. 12.

¹⁵⁵ Fleischacker utiliza várias passagens de Jeremy Bentham, Adam Smith e Stuart Mill para ilustrar as preocupações distributivistas desses autores. Frisa, entretanto, que o argumento utilitarista utilizado por estes, que, de certa forma, vai persistir até mesmo em Rawls, dois séculos mais tarde, para justificar a desigualdade, é o de que esta se justificaria na situação, e apenas na situação, em que as pessoas que se encontram em pior situação em um sistema de desigualdade, ainda assim se encontram em melhor situação do que estariam sob uma distribuição igualitária de bens. Recorrendo a uma figura de Locke, “um rei ameríndio é materialmente mais pobre que o mais pobre dos trabalhadores diaristas na Inglaterra.” (Ibid., p. 58).

¹⁵⁶ Ibid., p. 7-8.

¹⁵⁷ Coloca-se entre aspas “ajuda aos pobres” pelo sentido piedoso que a expressão possa abrigar, a ser transcendido pelo conceito de justiça distributiva.

no grau em que essa interferência estatal é necessária para que esses recursos sejam distribuídos.¹⁵⁸

A justiça distributiva, no âmbito de sistemas econômicos de matriz liberal, possui um de seus fundamentos sólidos na igualdade de oportunidades. E, para a garantia desta, não restaria suficiente a utilização exclusiva do mecanismo distributivo do mercado, tornando-se necessário o concurso do Estado para redistribuir bens, corrigindo as imperfeições do sistema.

A atuação do Estado como agente da redistribuição de bens, conquanto em medidas e proporções totalmente distintas, torna-se necessária independentemente da concepção ideológica relativa aos direitos de propriedade; ou seja, é preciso a presença do Estado como agente da redistribuição¹⁵⁹, quer tal intervenção se volte a prover o reequilíbrio necessário ao sistema de livre mercado, em um sistema de matriz liberal, quer se volte para garantir uma idealizada partição equitativa de todos os bens disponíveis, em um sistema de matriz social. Talvez, a diferença de fundo resida mais no grau da intervenção estatal que na natureza dessa intervenção.

Em se tratando de grau, haveria que se respeitar, fundamentalmente, as características específicas da sociedade considerada, incluindo a sua concepção de justiça. Tais características são determinadas, embora não exclusivamente, pelo seu desenvolvimento histórico.

Importa, entretanto, neste estudo, o objetivo de promover uma aproximação entre as fundamentações liberal e social da equidade, de considerar as ideias de John Rawls, que, como será visto, dará uma autêntica fundamentação científica e filosófica para a discussão da equidade e da justiça distributiva no âmbito do pensamento liberal, emancipando-se, de certa forma, tanto do pragmatismo objetivo de sistemas puramente utilitaristas quanto da abstração subjetivista de sistemas morais puramente intuicionistas.

5.2 A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

O aspecto da doutrina de John Rawls a que aqui se dedicará atenção é o do conceito de *justiça como equidade* (*justice as fairness*), exposto principalmente em “A theory of

¹⁵⁸ Ibid., p. 8.

¹⁵⁹ Há que se registrar a posição dissidente dos que consideram a proteção de direitos de propriedade como a tarefa central da justiça, a exemplo de Robert Nozick em “Anarchy, State and utopia”, os efeitos distributivos deveriam ser apenas uma decorrência indireta dessa proteção. (NOZICK, Robert. **Anarchy, State and utopia**. Oxford: Blackwell Publishers, 1974.)

justice”¹⁶⁰, obra publicada em 1971. É esse conceito fundamental que determinará a sua concepção de como os bens socialmente produzidos devem ser distribuídos em uma sociedade livre, equilibrada e duradoura.

A doutrina de Rawls busca, explicitamente¹⁶¹, distanciar-se do caráter individualista característico do utilitarismo liberal.

O utilitarismo clássico, ao usar como critério fundamental do justo a maximização do bem-estar e a obtenção do maior saldo líquido de satisfação com base na soma das participações individuais de todos os seus membros, deixaria de levar a sério, segundo o autor, as diferenças existentes entre os indivíduos¹⁶². Para Rawls, cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode suplantar. Assim, haveria sacrifícios ao indivíduo, em sua liberdade e bem-estar, que não poderiam ser justificados, ainda que pelo bem de muitos outros¹⁶³.

Ao reconhecer insuficiente, para o bom funcionamento de uma sociedade, sua pré-ordenação à maximização do bem-estar de seus membros, o autor acresce, a este requisito, outro, também fundamental, que vem a ser a identidade da concepção de justiça¹⁶⁴ a ser partilhada por seus membros e respeitada por suas instituições. Oferece, assim, ao utilitarismo, uma alternativa contratualista.

De acordo com esta, uma sociedade funcionará bem se, e somente se, além do objetivo comum na promoção do bem de cada um, houver, entre seus membros, a percepção, também comum e recíproca, de um ponto de vista respeitado por todos sobre como seus interesses e pretensões serão julgados por seus pares e pelas instituições dessa sociedade; quer dizer, um ponto de vista comum sobre os princípios de justiça que regem essa sociedade.

Essa visão de Rawls fortalece o sentido de corpo em uma sociedade. Sua doutrina enfatiza, em face do inevitável conflito de interesses, a importância e o papel das instituições e de seu respeito à concepção comum de justiça como meio de fortalecer os vínculos entre os

¹⁶⁰ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

¹⁶¹ Ibid., p. 22-27.

¹⁶² “O Utilitarismo não leva a sério a distinção entre pessoas” (“Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons.”) (Ibid., p. 27, tradução nossa).

¹⁶³ “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que mesmo o bem estar da sociedade como um todo não pode suplantar” (“Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override.”) (Ibid., p. 3, tradução nossa).

¹⁶⁴ “Vamos dizer agora que uma sociedade está bem ordenada não apenas quando se preordena ao bem estar de seus membros, mas também quando é efetivamente regulada por uma concepção comum de justiça” (“Now let us say that a society is well-ordered when it is not only designed to advance the good of its members but when it is also effectively regulated by a public conception of justice.”) (Ibid., p. 4-5, tradução nossa).

membros de uma sociedade¹⁶⁵. Evidencia-se aqui, portanto, uma concepção que, inequivocamente, mitiga o individualismo das soluções utilitaristas clássicas.

De acordo com o autor, embora certamente vá haver disputa sobre o que será justo ou injusto em termos de concepções individuais de justiça, todos os membros de um grupo social estariam engajados na busca de uma concepção comum de justiça, com fins de regular a atribuição de direitos e deveres básicos e a “distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social”¹⁶⁶.

Os princípios de justiça acordados na sociedade definiriam quais diferenças entre as pessoas são relevantes na determinação de direitos e deveres e especificariam qual divisão de vantagens é apropriada. O objeto da justiça, nessa concepção, é, precisamente, “a estrutura básica da sociedade, mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”¹⁶⁷. É a tais princípios básicos determinados na posição inicial de igualdade como definidores da associação, regulando todos os acordos subsequentes e especificando os tipos de cooperação social, as formas de governo etc., que Rawls atribui o nome de “justiça como equidade”¹⁶⁸.

Por um lado, portanto, a doutrina de Rawls sublinha a importância dos princípios distributivos para a estrutura básica de uma sociedade, e pode-se daí derivar a sua importância para o tema desta dissertação, quer seja, o da equidade na alocação social dos recursos sanitários escassos.

Por outro lado, a equidade referida não quer significar, como eventualmente se poderia esperar ou desejar, uma identificação entre os conceitos de justiça e de equidade¹⁶⁹.

¹⁶⁵ “[...] seu senso de justice torna possível sua associação segura. Entre indivíduos com distintos objetivos e propósitos uma concepção compartilhada de justiça estabelece os vínculos de uma amizade cívica, o desejo geral de justiça limita a persecução de outros fins” (“[...] their public sense of justice makes their secure association together possible. Among individuals with disparate aims and purposes a shared conception of justice establishes the bonds of civic friendship; the general desire of justice limits the pursuit of other ends.”) (Ibid., p. 5, tradução nossa).

¹⁶⁶ “[...] compreendem a necessidade e estão preparados para afirmar, um conjunto característico de princípios para atribuir direitos e deveres básicos e para determinar o que devem tomar como uma distribuição adequada dos benefícios e ônus da cooperação social” (“[...] they understand the need for, and they are prepared to affirm, a characteristic set of principles for assigning basic rights and duties and for determining what they take to be the proper distribution of the benefits and burdens of social cooperation.”) (Ibid., p. 5, tradução nossa).

¹⁶⁷ “Para nós, o objeto primário da justice é a estrutura básica da sociedade, ou, mais exatamente, o modo pelo qual as instituições maiores distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens da cooperação social.” (“For us the primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation.”) (Ibid., p. 7, tradução nossa).

¹⁶⁸ Ibid., p. 11.

¹⁶⁹ “A expressão não significa que os conceitos de justice e equidade sejam os mesmos, não mais do que a expressão ‘poesia como metáfora’ signifique que os conceitos de poesia e metáfora são os mesmos” (“The name

Antes, diz respeito a uma equidade de situação inicial, hipotética, um instrumento do pensamento com fins de melhor apreensão da ideia do consenso sobre os princípios de justiça que seriam adotados em tal situação. Essa equidade pressupõe o “véu da ignorância”, isto é, o desconhecimento, na situação inicial, quanto às vantagens distribuídas pelo acaso natural (inteligência, força, habilidade individual) e sobre as circunstâncias sociais (lugar a ocupar na sociedade, *status*, classe social) que caberão a cada membro nessa sociedade. Dessa forma, mentalmente, garantir-se-ia a simetria de condições para fixação dos princípios distributivos que regerão a sociedade, os quais podem ser fundados na equidade ou não ou, mais realisticamente, serão mais ou menos equitativos, de acordo com o consenso que prevaleça.

Rawls considera ainda o fato, também importante na presente abordagem, de que o consenso na concepção de justiça não é pré-requisito único ou isolado para a viabilidade de uma sociedade, concorrendo com outros, como: coordenação, eficiência e estabilidade. Em outros termos, os planos individuais precisam encaixar-se uns aos outros a fim de serem compatíveis com a consecução dos fins sociais. A execução dos planos deve, de forma eficiente e coerente com a justiça, conduzir, concretamente, à consecução dos seus fins sociais. E isso deve ocorrer de forma regular, contínua e previsível. Tais requisitos estão, obviamente, correlacionados; a concepção de justiça afeta os problemas de coordenação, eficiência e estabilidade, ao passo que a falta destes, ao gerar desconfiança e ressentimento, afeta e corrói os vínculos de civilidade estabelecidos pelo consenso em relação à concepção de justiça.

Já se pode verificar que a equidade, nesse sentido, possui um valor instrumental. Está voltada ao momento inicial de fixação das regras que regerão a distribuição de direitos, vantagens e ônus resultantes da cooperação social. Não significa, portanto, necessariamente, que a distribuição a ser assim regida deva buscar a promoção ativa de uma equidade substantiva como resultado do processo distributivo¹⁷⁰. Embora nada impeça que este seja um escopo eleito, por um específico grupo social, como um dos objetivos consensuais a ser formado sobre justiça naquela situação inicial. A idealidade dessa equidade, puramente

does not mean that the concepts of justice and fairness are the same, any more than the phrase “poetry as metaphor” means that the concepts of poetry and metaphor are the same.”(Ibid., p. 12-13, tradução nossa).

¹⁷⁰ “Não podemos, em geral, chegar à concepção de justice exclusivamente por seu papel distributivo, conquanto este seu papel tenha utilidade na identificação do conceito de justiça. Devemos levar em conta suas conexões mais amplas, embora a justiça tenha certa prioridade, sendo a mais importante virtude das instituições, ainda é verdade, mantidas as demais condições, que uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas conseqüências mais amplas são mais desejáveis” (“We cannot, in general, assess a conception of justice by its distributive role alone, however useful his role may be in identifying the concept of justice. We must take into account its wider connections; for even though justice has a certain priority, being the most important virtue of institutions, it is still true that, other things equal, one conception of justice is preferable to another when its broader consequences are more desirable.”) (Ibid., p. 6, tradução nossa).

hipotética, como referida por Rawls, é, como será visto, fonte de crítica pelos que consideram sua teoria “insuficientemente igualitária”¹⁷¹.

Nada obstante, é inquestionável que a justiça como equidade opõe-se, pelo menos em certa extensão, à visão de justiça do utilitarismo liberal clássico. Em uma simplificação, pode-se dizer que se o pensamento moral utilitário clássico se ocupa do *bem*, com primazia sobre o *justo*. Na justiça como equidade da visão rawlsiana, o julgamento moral vai ponderar o *bem* e o *justo* como valores a serem equilibrados.

A proposta de Rawls difere do utilitarismo, em um sentido também relevante para o presente trabalho, quando rejeita a homogeneização dos objetivos e desejos humanos promovida pela doutrina utilitarista clássica com a reunião de objetivos e vontades humanas em um só ente a ser maximizado e considera a sociedade como um corpo, ignorando a independência e dissociabilidade entre os indivíduos. Isto quando, pelo contrário, a pluralidade de pessoas distintas, com seus sistemas separados de objetivos e fins, constituiria uma característica essencial das sociedades humanas, sendo preferível, assim, assumir a abordagem contratualista como fundamento da justiça como equidade¹⁷².

Metodologicamente, Rawls pretende manter a abordagem rigorosa e científica, característica do utilitarismo, para, de igual forma¹⁷³, derivar uma concepção coerente de justiça com base em poucos princípios e suposições normativas. Esta abordagem está fundamentada na concepção do ser humano como ser racional, capaz de escolhas também racionais e éticas. A teoria da justiça, sob este enfoque, assim como ocorre na teoria utilitarista, objetiva ser parte de uma teoria geral da escolha racional¹⁷⁴.

¹⁷¹ A expressão é utilizada por Roberto Gargarella em seu levantamento sobre as críticas feitas a Rawls. (GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: M. Fontes, 2008.)

¹⁷² “Não há qualquer razão para supor que os princípios os quais devem regular uma associação de homens é simplesmente uma extensão do princípio da escolha individual. Pelo contrário: se assumimos que os princípios reguladores corretos para qualquer coisa depende a natureza da coisa, e que a pluralidade de pessoas distintas com sistemas separados de fins é característica essencial das sociedades humanas, não devemos esperar que os princípios da escolha social sejam os princípios utilitários.” (“There is no reason to suppose that the principles which should regulate an association of men is simply an extension of the principle of choice for one man. On the contrary: if we assume that the correct regulative principle for anything depends on the nature of that thing, and that the plurality of distinct persons with separate systems of ends is an essential feature of human societies, we should not expect the principles of social choice to be utilitarian.”) (RAWLS, op. cit., p. 28-29, tradução nossa).

¹⁷³ Rigor que Samuel Fleischacker identifica com a ânsia de “mostrar como uma filosofia não-utilitarista pode determinar uma resposta a escolhas éticas difíceis com o mesmo rigor que o utilitarismo.” (FLEISCHACKER, op. cit.).

¹⁷⁴ “O mérito da terminologia contratual é que ela carrega a idéia de que princípios de justice podem ser concebidos como princípios que deveriam ser escolhidos por pessoas racionais, e que deste modo concepções de justiça podem ser explicadas e justificadas. A teoria da justiça é parte, talvez a parte mais significativa, de uma teoria da escolha racional.” (“The merit of the contract terminology is that it conveys the idea that principles of justice may be conceived as principles that would be chosen by rational persons, and that in this way conceptions

Assim, se a doutrina utilitarista faz pender toda a sua formulação de um princípio fundamental, que é o princípio da utilidade, de forma semelhante Rawls faz com que sua teoria penda de dois princípios fundamentais, os quais, supõe, seriam as escolhas básicas de uma sociedade nas condições de situação inicial por ele proposta. Como ponto de partida, ele dá a seguinte formulação a esses dois princípios:

Sustentarei [...] que as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e de autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.¹⁷⁵

Esses princípios, conforme já se adiantou, são desenvolvidos e descritos por Rawls de forma bastante rigorosa, o qual chega a uma formulação plena deles nos seguintes termos:

Primeiro Princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo Princípio: as desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de tal modo que ao mesmo tempo: a) tragam o máximo benefício possível aos menos favorecidos, de forma consistente com o princípio da poupança justa, e b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades.¹⁷⁶

Trata-se de uma definição notavelmente precisa de justiça distributiva, buscando combinar a ideia de liberdade com a de igualdade. Fleischacker anota o seu ineditismo, inaugurando o sentido moderno da expressão¹⁷⁷.

Rawls, para solucionar as questões de prioridade entre liberdade e igualdade, estabelece que os princípios devem ser dispostos em ordem de precedência. O primeiro sobre o segundo, o segundo sobre o terceiro e assim sucessivamente. É o que ele chama de ordenação serial ou lexicográfica¹⁷⁸ de princípios, querendo tal ordem significar que, ao se aplicar um princípio, deve-se assegurar que o que lhe antecede já foi plenamente satisfeito.

No caso específico dos dois princípios de justiça mencionados, o primeiro precede o segundo princípio e, neste, a primeira parte (a) precede à segunda (b). Equivale dizer: o

of justice may be explained and justified. The theory of justice is a part, perhaps the most significant part, of the theory of rational choice.” (RAWLS, op. cit., p. 16, tradução nossa).

¹⁷⁵ “I shall maintain instead that the persons in the initial situation would choose two rather different principles: the first requires equality in the assignment of basic rights and duties, while the second holds that social and economic inequalities, for example inequalities of wealth and authority, are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of society.” (Ibid., p. 14-15, tradução nossa).

¹⁷⁶ “First Principle: each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty to all. Second Principle: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.” (Ibid., p. 302, tradução nossa).

¹⁷⁷ FLEISCHACKER, op. cit., p. 166.

¹⁷⁸ RAWLS, op. cit., p. 42-43.

princípio da distribuição deve vigorar em um contexto em que já estejam garantidas, em um primeiro momento, liberdades básicas iguais, isto é, igualdade de liberdades civis e políticas, e, num segundo momento, a igualdade equitativa de oportunidades, ou seja, o acesso a cargos públicos e posições é ditado apenas pela distribuição de dons naturais, talentos e habilidades, gerando perspectivas equitativas de sucesso.

Em outras palavras, de acordo com Rawls, uma liberdade básica só pode ser restringida, limitada, em confronto com outra liberdade básica, não se podendo justificar seu sacrifício por maiores que sejam as vantagens sociais e econômicas que desse deste advenham¹⁷⁹. Entre tais liberdades, nenhuma é absoluta, e estas podem ser ponderadas entre si de modo a formar um sistema único, o qual, entretanto, deve ser o mesmo para todos os membros da sociedade.

Em relação ao segundo princípio, não é demais salientar, no interesse desta reflexão, que Rawls não está se referindo a um tratamento desigual adrede pensado e instituído para compensar déficits de acesso que resultem da atividade econômica na sociedade. Está, pelo contrário, reconhecendo que em um “sistema de liberdade natural”, o *princípio da eficiência*¹⁸⁰ pode, naturalmente, determinar situações em que a desigualdade substancial seja vantajosa para todos.

O princípio da eficiência regeria o sistema todo, assegurando a melhor configuração possível na distribuição de bens socialmente produzidos, ou seja, a que resulte mais vantajosa para todos, ainda que desigual. O princípio em si não define, completamente, a situação justa, pois, na existência de várias configurações distintas oferecendo o mesmo saldo de vantagens globais, surgiria uma indeterminação.

Essa indeterminação Rawls resolve agregando, àquele, um novo princípio, o *princípio da diferença*, visando eliminar a indeterminação. Por este princípio, não se podendo distinguir entre duas configurações diferentes pela vantagem global oferecida, deve-se preferir aquela que proporcione a distribuição mais igualitária em relação às parcelas individuais. A combinação desses dois princípios, o autor denomina *igualdade democrática*.

¹⁷⁹ “Esta ordenação significa que o ponto de partida das instituições na igualdade de liberdade exigida pelo primeiro princípio, não admite que [seu sacrifício] seja justificado por, ou compensado com vistas à, vantagens sociais ou econômicas, por maior que elas sejam.” (“This ordering means that a departure from the institutions of equal liberty required by the first principle cannot be justified by, or compensated for, by greater social and economic advantages.”) (Ibid., p. 61, tradução nossa).

¹⁸⁰ Rawls explica o requisito de eficiência em termos da “otimalidade de Pareto” (Vilfredo Pareto, pensador italiano, 1848-1923, formulador do critério). O “ótimo de Pareto” se aplica à configuração particular do sistema econômico em que é impossível mudá-lo de modo a fazer com que algumas pessoas (ou pelo menos uma) melhorem sua situação, sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (ou pelo menos uma) piorem a sua. (Ibid., p. 66-67).

É certo que tal definição mantém e reflete a ideia liberal de que a desigualdade pode ser justificada pelo benefício que dela possa advir a todos¹⁸¹ e pelo fato de que, em tese, o acesso a posições de autoridade e comando é livre a todos, incluindo os menos favorecidos na distribuição. Estes, em razão dessa desigualdade, estariam posicionados desfavoravelmente na sociedade, mas presume-se que, na situação inicial, aceitariam essa condição em uma escolha consensual.

Um sistema justo buscaria por sua própria natureza, além da maximização do bem-estar de seus membros, a maior proteção possível aos menos favorecidos e a garantia de igualdade de oportunidades no acesso às posições de autoridade.

Tal concepção de justiça situa-se claramente em uma posição intermediária entre a igualdade de acesso em termos absolutos e a mera igualdade de oportunidades, preconizadas, respectivamente, pelo ideário social e liberal ortodoxos, pois, aqui, a legitimidade das maiores vantagens dos membros mais beneficiados está condicionada à maximização das expectativas dos membros menos beneficiados de uma mesma sociedade.

Como exposto inicialmente, a *justiça com equidade* foi formulada com a intenção de opor-se, frontalmente, ao utilitarismo liberal. Rawls, retomando uma tradição de certa forma afastada pela dominação utilitarista então vigente, reintroduz e enfatiza a importância dos princípios distributivos para a estrutura de uma sociedade, dando uma nova dimensão à equidade no âmbito do paradigma liberal.

5.3 A CRÍTICA LIBERAL À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

O aparecimento da concepção da justiça como equidade de Rawls fez descortinar um amplo debate sobre a justiça distributiva, o qual se prolongará pelas décadas seguintes. As críticas surgidas após o lançamento de “A theory of justice”, em 1971, são as mais variadas e,

¹⁸¹ “Apesar de a distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual, ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos.” (“While the distribution of wealth and income need not be equal, it must be to everyone’s advantage, and at the same time, positions of authority and offices of command must be accessible to all.”) (Ibid., p. 61, tradução nossa). “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.” (“All social values – liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone’s advantage.”) (Ibid., p. 62, tradução nossa).

muitas vezes, opõem-se entre si. Fato que só faz ressaltar a importância e necessidade dessa concepção.

Expor-se-ão a seguir algumas das críticas internas à proposta igualitária rawlsiana, isto é, aquela levada a cabo por pensadores liberais, como Rawls, principalmente com base na excelente compilação de Roberto Gargarella¹⁸² e na abordagem histórica de Samuel Fleischacker¹⁸³.

O intento com tal exposição é o de demonstrar que a teoria da justiça como equidade, ao assimilar as críticas e oferecer alternativas à doutrina liberal utilitarista, permite a aproximação entre posições classicamente opostas entre paradigma liberal e social.

Uma crítica comum é a de que a concepção de Rawls, embora a mitigue, não se emancipa da visão utilitarista. Observe-se que se trata da oposição agitada tanto por opositores da visão utilitarista, haja vista considerarem essa emancipação insuficiente, quanto por seus defensores, pelo fato de a encararem como uma frustrada tentativa de oposição ao utilitarismo.

5.3.1 Uma Teoria Insuficientemente Liberal

O segundo princípio de justiça derivado por Rawls assume que uma sociedade justa ocupar-se-ia da melhoria das condições de vida dos menos favorecidos. A postura liberal mais ortodoxa rejeita como uma tarefa de Estado em uma sociedade justa a compensação de desigualdades sociais. Entende-se que qualquer iniciativa nesse sentido implicaria um fortalecimento do poder estatal e um aviltamento da liberdade do indivíduo, não justificáveis por qualquer ganho social eventualmente obtido com a referida intervenção.

A principal crítica liberal ortodoxa à teoria da justiça como equidade provém de Robert Nozick¹⁸⁴. Como representante desse pensamento, Nozick defende um Estado mínimo, conquanto existente, cuja principal função é proteger as pessoas contra o roubo, a fraude e o uso ilegítimo da força e amparar o cumprimento dos contratos. Dessa forma, criar-se-ia o “ambiente para a utopia”, que o autor concebe como uma sociedade na qual cada um poderia

¹⁸² GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: M. Fontes, 2008.

¹⁸³ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: M. Fontes, 2006.

¹⁸⁴ GARGARELLA, op. cit., p. 33.

viver de acordo com suas normas liberais, socialistas, comunitárias, etc., desde que com respeito aos direitos dos demais¹⁸⁵.

Afastando a ideia de distribuição justa, Nozick trabalha a ideia da propriedade justa (*justice in holdings*). Se a aquisição originária e a transferência da propriedade são justas, então a propriedade é justa, dispensando-se critérios outros de justiça distributiva¹⁸⁶. Os princípios da justiça resumir-se-iam, no modelo de Nozick, à justiça na aquisição e à justiça na transferência.

Deve-se observar que, apesar da doutrina de Nozick constituir-se provavelmente na defesa mais ortodoxa do liberalismo pós-Rawls, ela poderia também ser utilizada para endossar aspectos da promoção dos direitos sociais.

Bastaria que se fizesse com que o conceito de propriedade justa abrangesse a necessidade de relações justas de comércio e trabalho, as quais poderiam ser expressas dentro da teoria da justiça na aquisição e na transferência. A teoria de justiça na propriedade poderia oferecer uma contribuição na direção da promoção da equidade social, se orientada, por exemplo, à justa remuneração dos fatores produtivos da sociedade. Isso, de certa forma, poderia se correlacionar com o conceito de responsabilidade social da propriedade e do contrato, categorias que também podem ser entendidas como formas de mitigar o individualismo das concepções liberais clássicas. Não é este o caminho adotado por Nozick, que prefere, inclusive como resposta às críticas a sua teoria, oferecer uma correção expressa no princípio da retificação¹⁸⁷.

¹⁸⁵ A obra “Anarchy, State and utopia” é dividida em três partes. A primeira, com seis capítulos, trata da concepção de Estado mínimo com base na discussão da teoria do estado-da-natureza. A segunda parte, com três capítulos, que aqui interessa mais diretamente, fala das propostas direcionadas para além do Estado mínimo e, portanto, das críticas às propostas igualitaristas, em especial a rawlsiana, que constitui o mote para a obra. Na terceira parte, com um único capítulo, Nozick trata da estrutura da utopia por ele proposta. (NOZICK, Robert. **Anarchy, State and utopia**. Oxford: Blackwell Publishers 1974.)

¹⁸⁶ “Se o mundo fosse inteiramente justo, a seguinte definição indutiva cobriria a questão da propriedade justa. 1. quem adquire uma propriedade de acordo com o princípio da aquisição justa tem o direito a essa propriedade. 2. A pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio transferência justa, de alguém mais com direito à propriedade, tem direito à propriedade. 3. Ninguém tem direito a uma propriedade exceto por aplicações (repetidas) de 1 e 2. O princípio completo da justiça distributiva diria simplesmente que a distribuição é justa se cada um tem direito às propriedades que possui sob essa distribuição.” (“If the world were wholly just, the following inductive definition would exhaustively cover the subject of justice in holdings. 1. A person who acquires a holding in accordance with the principle of justice in acquisition is entitled to that holding. 2. A person who acquires a holding in accordance with the principle of justice in transfer, from someone else entitled to the holding, is entitled to the holding. 3. No one is entitled to a holding except by (repeated) applications of 1 and 2. The complete principle of distributive justice would say simply that a distribution is just if everyone is entitled to the holdings they possess under the distribution.”). (Ibid., p. 151, tradução nossa).

¹⁸⁷ O princípio da justiça na propriedade vai ser mitigado pelo princípio da retificação introduzido pelo próprio Nozick, para ajustar sua teoria às críticas a ela formulada. Não será aprofundada aqui a crítica à teoria de Nozick, pois o objetivo é discutir a teoria de Rawls, mas é importante observar, de acordo com Roberto Gargarella, que a utilização desse princípio poderia agigantar-se ao ponto de engolir a própria teoria de Nozick. Se se aplicar o princípio da retificação às “injustas transferências promovidas pelo Estado do Bem-estar, de acordo com a

Mas o aspecto que presentemente interessa na abordagem de Nozick vem a ser, precisamente, a crítica desenvolvida pelo autor às doutrinas distributivas igualitaristas em geral e à teoria da *justiça como equidade* de Rawls em particular. Nozick, consentaneamente com o pensamento libertarista, entende que qualquer intervenção do Estado para além da garantia das liberdades individuais, ou seja, para além observação e imposição do dever de abstenção diante da liberdade alheia, conduzirá à violação de direitos.

Nessa perspectiva, não há qualquer obrigação de prestação positiva pelo Estado em relação aos indivíduos, a fim de que possam levar adiante seus planos de vida. Embora Nozick não se oponha a que os membros de uma sociedade escolham viver sob normas igualitaristas, opõe-se, entretanto, e frontalmente, a que o Estado imponha ao indivíduo, contra sua vontade, tais normas. Para ele, o fato de alguém ser forçado a contribuir para o bem-estar de outro é violador dos direitos daquele.

Uma das críticas feitas por Nozick diz respeito à ideia rawlsiana do arbitrário moral. De acordo com ela, embora o Estado deva respeitar a autonomia do indivíduo e, portanto, suas escolhas autônomas, o mesmo não ocorrer com os talentos inatos ou com os acasos da natureza, que, por não envolver mérito ou escolha, não deveriam ser punidos ou recompensados por um sistema moral justo. O que não quer significar indiferença para com os efeitos dessa distribuição natural¹⁸⁸.

Na visão rawlsiana, tais talentos pertenceriam a um acervo comum de toda sociedade, o que justificaria em sua teoria liberal igualitária que se compensem os efeitos da distribuição e que o benefício extraído pelo mais favorecido deva estar condicionado ao simultâneo benefício dos menos favorecidos¹⁸⁹. Lembre-se que, pelo segundo princípio rawlsiano de justiça, a desigualdade só deve ser tolerada se ela resultar em maiores benefícios para todos.

proposta liberal; ou se, por outro lado, o aplicarmos aos processos expropriatórios injustos que sustentaram o aparecimento do capitalismo, de acordo com a proposta social; a tarefa de retificação assumiria tal envergadura que estaríamos justificando esquemas de justiça redistributiva.” (GARGARELLA, op. cit., p. 60-62).

¹⁸⁸ “A distribuição natural não é justa ou injusta, nem é injusto que pessoas nasçam na sociedade em uma posição particular. Estes são simples fatos naturais. O que é justo e injusto é o modo como instituições lidam com esses fatos [...] não há nenhuma necessidade que o homem resigne-se a essas contingências.” (“The natural distribution is neither just nor unjust; nor is it unjust that persons are born into society at some particular position. These are simply natural facts. What is Just and unjust is the way that institutions deal with these facts [...] there is no necessity for men to resign themselves to these contingencies.”) (RAWLS, op. cit., p. 102, tradução nossa).

¹⁸⁹ “Vemos então que o princípio da diferença representa, com efeito, um consenso em se considerar a distribuição de talentos naturais como um bem comum, e em partilhar os benefícios dessa distribuição qualquer que seja ela. Os que foram favorecidos pela natureza, sejam eles quem forem, podem beneficiar-se de sua boa sorte apenas em termos que melhorem a situação dos menos aquinhoados.” (“We see then that the difference principle represents, in effect an agreement to regard the distribution of natural talents as a common asset and to share in the benefits of this distribution whatever it turns out to be. Those who have been favored by nature, whoever they are, may gain from their good fortune only on terms that improve the situation of those who have lost out.”) (Ibid., p. 101, tradução nossa).

Nozick opõe ao princípio da diferença de Rawls o princípio da transferência justa. Assim, não haveria qualquer razão para se opor a uma desigual distribuição da riqueza, pois o injusto residiria não na distribuição desigual em si, mas sim, eventualmente, na forma como se chegou a tal distribuição¹⁹⁰. Afirma que o raciocínio igualitarista nesse aspecto, ao não considerar os talentos individuais, estaria inquinado de vício idêntico ao atribuído por Rawls ao utilitarismo, isto é, o de não considerar a dissociabilidade entre as pessoas, e findaria por justificar o sacrifício de uns em benefício de outros, situação que a crítica de Rawls associa ao pensamento utilitarista¹⁹¹.

Para Nozick, ainda que não haja mérito na detenção de talentos naturais, e consequentemente razão para uma melhor posição na sociedade em razão deles, disso não se extrai que se deva simplesmente eliminar as diferenças neles fundadas. Pondera que, se um sistema justo deve estar voltado a compensar as desigualdades originadas pelo acaso da natureza, então um sistema igualitarista deveria justificar a intervenção do Estado para retirar-se um olho ou uma perna de um indivíduo com plenas capacidades, a fim de transferi-los a outro indivíduo que se encontrasse incapacitado pela ausência de tais órgãos¹⁹².

O exemplo é extremo e certamente haveria diversas formas de afastar a conclusão dele extraída e ao mesmo tempo preservar a teoria igualitarista. Entretanto, o intuito em aqui expor tal crítica não é o de rechaçá-la, mas sim de contrapô-la à equidade como vista por Rawls, revelando assim a necessidade de alguns temperamentos para a interpretação razoável da teoria da justiça como equidade.

Uma conclusão que se pode extrair dessa crítica de Nozick é que uma teoria igualitarista do tipo proposto por Rawls, pretendendo manter-se coerente com seus

¹⁹⁰ “Sobre a concepção titular da justice na propriedade, ninguém pode decidir se o estado deve fazer algo para alterar a situação meramente olhando o perfil de distribuição ou fatos equivalentes a esse. Estará na dependência de como se chegou a tal distribuição. Alguns processos conducentes a esse resultado teriam legitimidade e as várias partes envolvidas teriam o direito a suas respectivas posses. Se essa distribuição é obtida por um processo legítimo, então ela mesma é legítima.” (“On the entitlement conception of justice in holdings, one cannot decide whether the state must do something to alter the situation merely by looking at a distributional profile or at facts such as these. It depends upon how the distribution came about. Some processes yielding these results would be legitimate, and the various parties would be entitled to their respective holdings. If these distributional facts did arise by a legitimate process, then they themselves are legitimate.”. (Ibid., p. 232, tradução nossa).

¹⁹¹ Nozick volta o argumento de Rawls contra ele mesmo com o exemplo dado: “Alguns protestariam, ecoando Rawls contra o utilitarismo, que [tal abordagem] ‘não leva a sério a distinção entre pessoas’ [...]. ‘Os dois princípios de justiça [...] rejeitam mesmo a tendência de ver o homem como meio para o bem-estar dos demais.’” (“Some will complain, echoing Rawls against utilitarianism, that this ‘does not take seriously the distinction between persons’ [...]. ‘The two principles of justice [...] rule out even the tendency to regard men as means to one another’s welfare.’”) (NOZICK, op. cit., p. 228, tradução nossa).

¹⁹² Hipoteticamente, tal intervenção não estaria vedada pela teoria da igualdade rawlsiana, embora, em termos de possibilidades de realização concreta, certamente se lhe pudesse opor o princípio da eficiência, já referido anteriormente, dentro da teoria de Rawls.

pressupostos, não deve desconhecer as distinções ou a dissociabilidade existente entre as pessoas.

A crítica alerta para o fato de que a questão distributiva não se encerra na opção entre os princípios utilitarista ou igualitarista. A equidade pressupõe, como um mínimo, o mesmo tratamento para indivíduos que se encontrem em igual situação. Porém aqui aparece um problema adicional a resolver, que é o de definir sob que critérios se identificarão as situações idênticas a demandar igual tratamento.

Exemplificando sob o ponto de vista sanitário, ter-se-ia que escolher ou combinar entre os critérios: necessidades iguais, urgências iguais, iguais prognósticos de sucesso; e, mesmo, indagar se caberia a consideração de igual merecimento. Neste ponto particularmente polêmico, emergirá, em alguma extensão, a esfera de responsabilidade individual sobre as circunstâncias que determinam as condições de saúde do indivíduo e, por consequência, a atenção em saúde a ser demandada¹⁹³.

Sem adentrar no mérito de cada critério específico, a simples menção a tal variedade de situações parece enfatizar a relevância das circunstâncias concretas na avaliação de questões em torno da justiça distributiva sanitária. São circunstâncias que implicam, em outras palavras, considerar, ao se tomar o caso concreto, a dissociabilidade entre as pessoas.

A ponderação dos critérios mencionados e outros que possam intervir no caso concreto parece conduzir a apreciação antes para uma abordagem casuística que para uma aplicação estrita de regras e critérios gerais e abstratos, ao contrário, portanto, do que se poderia deduzir com base na ordenação serial ou lexicográfica dos princípios de justiça proposta por Rawls, de acordo com a qual o princípio da liberdade sequer poderia ser contraposto ao princípio da diferença.

¹⁹³ A questão ética envolvida é a de saber se o indivíduo perde o direito a certas formas de cuidado em virtude de ações pessoais que resultam em um prejuízo a sua própria saúde. Por exemplo: pacientes que adquiriram AIDS como resultado de atividade sexual insegura ou por uso de drogas injetáveis, fumantes com câncer de pulmão ou doença pulmonar obstrutiva crônica, alcoólatras que desenvolvem doenças do fígado. Especialmente em situações de escolhas extremas, como escolher quem receberá o órgão disponível para transplante, entre dois pacientes em situação idêntica, diferindo apenas pela forma como contraíram ou desenvolveram a enfermidade. Conferir: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 262.

5.3.2 Uma Teoria Insuficientemente Igualitária

Após o lançamento de “A theory of justice”, crítica particularmente intensa, partindo de variada origem, foi dirigida ao que seria o caráter insuficientemente igualitário da teoria da justiça de Rawls.

Roberto Gargarella apresenta uma síntese dessa crítica¹⁹⁴. Ronald Dworkin critica a concepção de Rawls, porque ela, de um lado, tornaria os indivíduos responsáveis por situações pelas quais não o seriam, e por outro lado, não os responsabilizaria por decisões que, sim, estariam sob o seu controle. Amartya Sen questiona a restrição da proposta igualitária de Rawls ao que denomina “bens primários”, considerados objetivamente e sem atender para o impacto desses dos bens em razão dos contextos individuais muito distintos. Gerald Cohen aponta que a desigualdade justificada na teoria de Rawls só vem a recompensar indivíduos já favorecidos pela “loteria natural”, contrariando o proposto pela própria teoria. Gargarella cita ainda a crítica feminista à teoria de Rawls por ela não pensar o indivíduo como parte de grupos, por não abrir espaço para o caráter histórico das desigualdades, por concentrar-se na ideia de escolha, sem pensar na qualidade dessas escolhas, ou mesmo se são opções reais, em face dos déficits de autonomia dos sujeitos.

Como se verá mais adiante, todas essas críticas podem ser trazidas para o campo da justiça sanitária, adquirindo, neste, grande relevância para o enfrentamento de aspectos específicos das necessidades de atenção à saúde. Por ora, buscar-se-á explicitar as críticas formuladas.

5.3.2.1 Ronald Dworkin

A crítica de Ronald Dworkin tem o objetivo claro de aperfeiçoar a proposta de Rawls e com esse intuito a ela propõe quatro modificações¹⁹⁵.

Na primeira, Dworkin entende que o liberalismo igualitário deva fazer clara distinção entre “personalidade” e “circunstâncias”. O objetivo da igualdade liberal seria o de igualar as pessoas em suas “circunstâncias”, permitindo, todavia, que as pessoas sigam responsáveis por

¹⁹⁴ GARGARELLA, op. cit., p. 63-101.

¹⁹⁵ DWORKIN apud GARGARELLA, *Ibid.*, p. 65-72.

suas escolhas e pelos resultados destas decorrentes. O indivíduo deveria arcar sozinho com o resultado obtido diante de seus gostos, ambições, escolhas e dos riscos que assume em razão delas. Uma consequência dessa correção é que o Estado não poderia ser obrigado a arcar com os “gostos caros”¹⁹⁶.

Na segunda modificação propõe que a concepção igualitária liberal deva rejeitar, como medida da igualdade, o bem-estar ou a satisfação de cada um por constituir-se em uma medida de tipo subjetivo. O mesmo bem utilizado em igual intensidade pode causar impactos distintos sobre o nível de bem-estar de cada indivíduo, sendo preferível a introdução da ideia de “recursos”, objetivamente avaliável, no lugar da ideia subjetiva de “bem-estar”.

A terceira modificação decorre da segunda e implica que a igualdade liberal deveria buscar como critério de igualdade a atribuição de recursos iguais para cada um.

Na quarta e última modificação, Dworkin propõe que o Estado liberal igualitário deveria ser neutro em matéria ética, abstendo-se de intervir proibindo ou recompensando com base em concepções éticas ou ideais de excelência humana defendidas pelos distintos cidadãos. O autor enfatiza a necessidade de prevalência de critérios de avaliação de base objetiva sobre critérios de base subjetiva¹⁹⁷.

Na doutrina de Rawls, as desigualdades sociais seriam compensadas e as naturais não influiriam na distribuição. A preocupação de Dworkin se volta a que a teoria da equidade de Rawls, sem os ajustes propostos, resultaria ser insensível demais aos dons próprios de cada pessoa e não suficientemente sensível às ambições de cada um¹⁹⁸. Concebe, então, um modelo alternativo de equidade, visando aperfeiçoar o de Rawls, no qual as condições de igualdade a serem garantidas a todos os indivíduos objetivam principalmente a igualdade de possibilidades iniciais para elaborar seus planos de vida e igualdade de garantias contra eventuais desvantagens aleatórias posteriores. Assim, estar-se-ia reduzindo o peso de fatores arbitrários, no sentido buscado por Rawls, porém sem os dois efeitos adversos mencionados¹⁹⁹.

¹⁹⁶ No campo sanitário este tipo de crítica fará com que ganhe relevância a análise da distinção, por vezes muito sutil, entre necessidade e desejo, por exemplo, na busca por intervenções médicas que promovam benefícios estéticos.

¹⁹⁷ Imediatamente oponível a esta posição de Dworkin é a questão de saber se realmente o parâmetro objetivo indicado é o que melhor atende a princípios de justiça. No âmbito sanitário, como será visto em seguida com a crítica de Amartya Sen, a igualdade de recursos poderia significar a discriminação entre indivíduos cujas características pessoais, como sexo, idade ou raça, tornem o tratamento, dos mesmos agravos à saúde, mais exigente em termos de recursos para uns que para outros. Critérios objetivos nesse campo poderiam produzir resultados que contrariam o senso comum de justiça.

¹⁹⁸ GARGARELLA, op. cit., p. 67.

¹⁹⁹ O modelo de Dworkin busca eliminar completamente o efeito da mera sorte (*brute luck*), sem extinguir os riscos que são frutos de opções feitas pelos indivíduos (*option luck*). (Ibid., p. 70).

Essas críticas expõem as fragilidades e possíveis contradições de um sistema liberal igualitário, especialmente em suas aplicações à vida real e concreta. Para os objetivos aqui propostos, elas também são importantes com o fito de indicar as possibilidades de gradações do modelo, preservando-se uma característica essencial da teoria que é a conciliação entre doutrinas liberais e igualitárias para o acesso a bens socialmente produzidos.

5.3.2.2 Amartya Sen

Amartya Sen faz uma crítica mais profunda, embora ainda dentro da tradição liberal. Na verdade, o autor não identifica o conflito entre liberdade e igualdade:

A importância da igualdade é frequentemente contrastada com da liberdade. [...] De fato, estritamente falando, apresentar o problema nos termos deste último contraste reflete um “erro de categoria”. Elas não são alternativas. A liberdade está entre os possíveis campos de aplicação da igualdade, e a igualdade está entre os possíveis padrões de distribuição da liberdade.²⁰⁰

Assumidamente tributário da teoria de Rawls²⁰¹, Sen a aponta como uma tentativa de correção das insuficiências do utilitarismo, e sua crítica vai buscar levar essa correção mais adiante.

Sen observa que toda teoria da justiça normalmente pondera um traço pessoal relevante: utilidades individuais, no utilitarismo; liberdades e bens primários, em Rawls; direitos, em Nozick; recursos, em Dworkin, e assim por diante. Explicita que seria possível classificar esses traços em: de resultado (utilidade, liberdade) ou de oportunidade (bens primários, direitos, recursos)²⁰². Conclui, entretanto, que tais traços são insuficientes para uma proposta igualitária consistente, pois considera que o que deveria ser levado em conta em uma teoria igualitária é algo posterior à posse dos bens ou recursos, mas anterior à obtenção da utilidade correspondente. Conforme anotado por Gargarella:

A igualdade buscada deveria ocorrer de preferência na capacidade de cada sujeito para [na linguagem de Sen] converter ou transformar esses recursos em liberdades. [...] Idênticos bens podem significar coisas muito distintas para pessoas diferentes [...] a igualdade de bens primários ou de recursos pode ir de mãos dadas com sérias desigualdades nas liberdades reais desfrutadas por diferentes pessoas.²⁰³

²⁰⁰ SEN, Amartya. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 54-55.

²⁰¹ “De longe, a teoria a justiça mais influente – e acredito que a mais importante – apresentada neste século foi a da ‘justiça como equidade’ de John Rawls. [...] a literatura sobre a avaliação da desigualdade não tem sido mais a mesma desde que o livro clássico de Rawls apareceu pela primeira vez.” (Ibid., p. 129-134).

²⁰² Ibid., p. 128.

²⁰³ GARGARELLA, op. cit., p. 73.

Uma boa política igualitária, segundo Sen, deveria ser sensível às capacidades ou desempenhos (*functionings*) que não apenas são distintas de acordo com diferentes indivíduos e sociedades como também são distintamente valorados por cada indivíduo e sociedade. Tais capacidades vão das mais complexas, como conquista de autorrespeito e integração em uma sociedade, às mais simples, como conquista de um estado adequado de nutrição e de saúde. Nas palavras de Sen:

A igualdade de liberdade para buscar nossos fins não pode ser gerada pela igualdade na distribuição de bens primários. Nós temos de examinar as variações interpessoais na transformação de bens primários (e recursos, mais genericamente) em respectivas capacidades para buscar nossos fins e objetivos. Se nossa preocupação é com a igualdade de liberdade, não é mais adequado exigir a igualdade de seus meios do que buscar a igualdade de seus resultados. A liberdade se relaciona com ambos, mas não coincide com nenhum.²⁰⁴

A igualdade proposta por este autor, conforme observado por Gargarella, pode ser entendida como uma solução intermediária entre o subjetivismo de welfaristas e o objetivismo de Rawls²⁰⁵.

5.3.2.3 *Gerald Allan Cohen*

A crítica de Gerald Allan Cohen em relação à teoria de Rawls volta-se inicialmente à distinção rawlsiana entre “circunstâncias” e “escolhas”²⁰⁶.

De acordo com ela, na teoria de Rawls cada pessoa só é parcialmente responsável por seus esforços, uma vez que parte deles seria produto da sorte (acaso da natureza), não devendo deles decorrer prêmio ou punição. Já em relação aos seus gostos ou escolhas, embora também seja apenas parcialmente responsável, deverá arcar completamente com todas as suas consequências. Cohen entende que essa diferença de tratamento causa uma incongruência interna à teoria: “Por que a responsabilidade parcial pelo esforço não vale nenhuma recompensa, enquanto a (mera) responsabilidade parcial por adquirir gostos caros implica uma punição completa?”²⁰⁷.

²⁰⁴ SEN, op. cit., p. 143.

²⁰⁵ “Hoje em dia, parece haver certo consenso na idéia de que, assim como as propostas de ‘bem-estar’ defendiam uma medida igualitária ‘subjetiva’ demais, a medida proposta por Rawls corre o risco de ser ‘objetiva’ demais. Daí que tenha sentido essa busca iniciada por Sen, voltada a encontrar um ponto intermediário entre posições ‘objetivistas’ e ‘subjetivistas’.” (GARGARELLA, op. cit., p. 76).

²⁰⁶ Ibid., p. 77.

²⁰⁷ COHEN apud GARGARELLA, op. cit., p. 79.

Se em uma sociedade justa ninguém deve ser beneficiado ou prejudicado por fatos moralmente irrelevantes, por que Rawls acaba admitindo como legítimos os proveitos econômicos extraídos do melhor posicionamento na “loteria natural”, ainda que ao “preço” do favorecimento dos indivíduos em pior posicionamento?

A resposta que se extrai é a de que os favorecidos não estão comprometidos com a teoria da justiça assumida no ponto de partida e o “preço” pago por imposição do segundo princípio de justiça em Rawls, o da diferença, significa ceder à chantagem do mais poderoso, justificando-se a desigualdade em nome da justiça.

Para Cohen, na doutrina de Rawls os mais talentosos são duplamente beneficiados: primeiro pela natureza, o que está fora do controle de qualquer indivíduo, depois pelas instituições sociais que são projetadas e que permitem ou estimulam que os mais talentosos extraiam proveito dessa situação, ou, em outras palavras, cedem à sua exigência de maior recompensa para produzir mais em benefício da coletividade. Para Cohen, Rawls deveria reconhecer que a razão única e exclusiva para que a igualdade seja deixada de lado, abrindo espaço para a desigualdade, é a de que os talentosos não adaptam sua conduta no convívio social às demandas da concepção de justiça que, em princípio, na situação inicial hipotética, declaravam aceitar.

Cohen então oferece uma contribuição importante à discussão da teoria da justiça ao ponderar que, para que uma sociedade seja justa, não basta, como pensava Rawls, a existência de “estrutura básica” justa obtida com a criação de instituições fundadas nos princípios de justiça inicialmente acordados. Segundo Cohen, uma sociedade justa precisa também de um *éthos*, isto é, que sigam sendo justas ou orientadas por princípios de justiça, pelas escolhas individuais pessoais dos membros que a compõem.

Assim, as exigências de uma sociedade justa não se encerrariam com a presença de um Estado que fixe regras e instituições justas. Esse raciocínio liberaria os indivíduos de qualquer dever adicional em relação a tais exigências, e não é assim que deve ocorrer com sociedades reais e indivíduos de carne e osso.

5.3.2.4 A crítica feminista

Em parte a crítica até aqui mencionada à teoria da justiça de Rawls responde a uma pretensa idealidade e abstração da teoria e às dificuldades de seu ajustamento às situações

reais e concretas. O foco da crítica feminista também se volta para os diversos aspectos da abstração teórica rawlsiana, que assim, segundo essa crítica, se afastaria da contextualização imprescindível para aplicações reais e concretas. A teoria, por exemplo, não contempla o fato de que em sociedades reais os indivíduos pertencem ou se integram a subgrupos sociais, como o das mulheres. Uma questão que a crítica coloca: como um homem poderia se colocar, ainda que hipoteticamente, na posição de uma mulher negra, solteira e com filhos?²⁰⁸.

Gargarella apresenta a crítica feminista através da formulação dada por Catharine MacKinnon ao liberalismo em geral e ao liberalismo defendido por Rawls em particular²⁰⁹. A incongruência com a realidade pode ser observada, segundo a autora feminista, ao se trabalhar com o conceito de autonomia, quando o conceito mais realista seria o de dominação; ou quando a teoria liberal igualitária considera que as pessoas “que não têm outra oportunidade que a de viver suas vidas como membros de um grupo são consideradas como se fossem indivíduos únicos”²¹⁰. As pessoas integram grupos diferentes dentro da sociedade, e a discriminação em relação a eles é difícil ser discernida diante de uma posição individualista. Critica-se também: o naturalismo liberalista, que considera naturais fatos que na verdade decorrem da política e da cultura de dominação masculina; o voluntarismo liberalista, que assume como escolha contingências na verdade determinadas pela desigualdade de poder ou pela cultura; o idealismo liberalista, que confunde a realidade material com uma ideia sobre a realidade; e, por fim, o moralismo liberalista, através do qual as posições concretas de poder e falta de poder são transformadas em juízos de valor relativos.

A todas as críticas poder-se-ia, entretanto, contrapor que a abstração teórica visa precisamente, e não mais que, ressaltar os vícios apontados na sociedade real, sendo assim instrumento útil para que se possa compreendê-los e, já agora com ações concretas por essa compreensão orientadas, contorná-los.

A discussão introduzida por Rawls no âmbito da doutrina liberal é, na verdade, fundamental para a reflexão contemporânea sobre a igualdade nas sociedades, tanto as que adotam feições liberais quanto as que adotam feições sociais.

²⁰⁸ BENHABIB, apud GARGARELLA, op. cit., p. 100.

²⁰⁹ GARGARELLA, Ibid., p. 86-93.

²¹⁰ MACKINNON apud GARGARELLA, Ibid., p. 87.

5.4 OS LIMITES DA IGUALDADE NO PARADIGMA LIBERAL

O liberalismo não consegue se desvencilhar teoricamente da ideia da *desigualdade necessária*; não apenas a justifica como também é dela dependente. A desigualdade é essencial ao paradigma, gerando nas doutrinas estudadas a tentativa de fundamentá-la moralmente.

As vantagens em termos de eficiência alocativa prometidas pelo liberalismo econômico pressupõem a utilização do individualismo dos agentes, que, ao buscarem extrair do sistema vantagens superiores às dos demais, aperfeiçoariam os resultados obtidos dos recursos empregados, beneficiando, assim, a todos. Nesse mecanismo, a desigualdade é incontornável e constitui-se mesmo na força motriz do processo de produção social dos bens.

A doutrina de Rawls não se afasta desse pressuposto da economia liberal, transladando-o para a formulação de sua teoria da justiça. Na situação inicial hipotética por ele proposta, indivíduos livres e racionais chegariam a um consenso sobre princípios de justiça, porque estariam movidos por seus próprios interesses individuais²¹¹. Ademais, o pressuposto do segundo princípio de justiça que seria eleito em tal consenso é o de que os indivíduos melhor posicionados na loteria natural buscarão extrair os melhores benefícios para si mesmos, produzindo inevitável desigualdade, a qual restaria justificada, entretanto, pelo benefício que dela resultaria também aos menos favorecidos²¹².

Amartya Sen, talvez o autor, no espectro liberal, que mais se afaste da desigualdade necessária, ao buscar conciliar o conceito de liberdade e de equidade, adotando uma posição intermediária, forçosamente renuncia, em alguma extensão, à ideia da igualdade de resultados ou de recursos por considerá-las relativizáveis em face da igualdade de liberdade para perseguir fins e objetivos. Havendo também, é claro, a consideração dos aspectos de eficiência nos resultados ao considerar a agregação dos resultados individuais, conforme explicitado no capítulo 3.

²¹¹ “Estes seriam os princípios que pessoas livres e racionais preocupadas em promover seus próprios interesses aceitariam em uma posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação.” (“They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association.”) (RAWLS, op. cit., p. 11, tradução nossa).

²¹² “[...] enquanto o segundo [princípio da justiça] sustenta que desigualdades sociais e econômicas, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se elas resultam em benefícios compensatórios para todos e em particular para os mais desfavorecidos membros da sociedade.” (“[...] while the second holds that social and economic inequalities, for example inequalities of wealth and authority, are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of society.”) (Ibid., p. 14-15, tradução nossa).

O fato, contudo, não impossibilita que teorias liberais alberguem a ideia da equidade. É o que se vê ao analisar a teoria de Rawls e a de seus críticos, os quais sempre reconhecem, em maior ou menor extensão, alguma forma de promoção da equidade como condição para a conformação de uma sociedade justa.

O caráter aparentemente ambíguo da doutrina liberal em relação à equidade talvez só faça refletir o caráter ambíguo do próprio objetivo social aqui estudado: o da promoção da equidade através da alocação social justa dos recursos disponíveis e dos bens socialmente produzidos. Objetivo que implica a necessidade de conciliar e harmonizar interesses individuais, contrapostos a interesses coletivos; responsabilidades pessoais, contrapostas às responsabilidades sociais; busca da liberdade, contraposta à busca da igualdade.

Verificar-se-á, na próxima seção, que não cabe melhor sorte ao paradigma social, o qual também se verá envolto em ambiguidades no tema da obtenção dos objetivos a que se propõe, ao tentar conciliar direitos de liberdade e de igualdade.

6 FUNDAMENTOS DA IGUALDADE NO PARADIGMA SOCIAL E SEUS LIMITES

A afirmação da igualdade no paradigma social parte da constatação da insuficiência de igualdade em termos liberais clássicos, ou seja, em termos de uma igualdade formal perante a lei. Historicamente ela advém do fato de o Estado liberal ter se revelado incapaz de resolver os problemas sociais na distribuição dos bens produzidos, na forma como prevista pelos economistas liberais clássicos, através da “mão invisível” do mercado. Origina-se dos movimentos sociais que ao longo da história insurgiram-se contra a dominação e exploração burguesa. Provém, ainda, da crítica feita ao modelo liberal pelas diferentes correntes do pensamento humano que a ele se opuseram.

Nesta seção, tratar-se-á do conceito e conteúdo da igualdade no paradigma social e suas limitações.

6.1 A IDEIA DA IGUALDADE NO PARADIGMA SOCIAL

A questão da equidade no paradigma social, tanto quanto no liberal, liga-se à questão da justiça e poderá ser vista de distintas formas, de acordo com a base informacional utilizada para formar a concepção de justiça específica dentro paradigma²¹³.

Em uma aproximação inicial, poder-se-ia afirmar, de forma bastante geral e inicial, que enquanto a igualdade proposta no paradigma liberal é uma igualdade de liberdades e de oportunidades, isto é, de meios ou de partida, a igualdade proposta no paradigma social é uma igualdade de resultados, de fins ou de chegada.

O paradigma social adota uma posição mais pessimista em referência à possibilidade de um equilíbrio espontâneo na distribuição dos bens produzidos na colaboração social e, como consequência, uma posição bem mais exigente em termos da necessidade de compensações das diferenças que surgem entre os indivíduos e grupos de uma mesma sociedade. No paradigma social, em relação ao paradigma liberal, a igualdade passa de meio a

²¹³ “Qualquer juízo avaliatório depende da verdade de alguma informação e é independente da verdade ou falsidade de outras. [...] A base informacional de juízos de justiça específica, desse modo, as variáveis que estão diretamente envolvidas na avaliação da justiça de sistemas alternativos de ordenamento [...]. Os conteúdos substantivos de teorias da justiça incluem, portanto, bases informacionais amplamente diferentes e também usos bem divergentes da respectiva informação.” (SEN, op. cit., p. 127-128).

fim a ser atingido; e a compensação das diferenças, de regra acessória a regra principal do modelo. Nas palavras de Celso Fernandes Campilongo: “O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva”²¹⁴.

Os direitos sociais previstos pelo paradigma exigem, além da igualdade formal perante a lei, a igualdade substancial em termos de acesso a bens ou benefícios gerados na colaboração social. A promoção dessa equidade, à semelhança do que ocorria com a promoção da igualdade liberal, apresenta seus problemas conceituais e práticos.

Surgem duas questões principais a serem respondidas na promoção dessa equidade: a primeira é a de quem será considerado igual em relação a quem; a segunda, a de que a que tipos de bens deve corresponder uma distribuição equitativa. Em outras palavras, as questões que se colocam são: Que parâmetro de igualdade será utilizado para aferir quem está ou não em situação de desigualdade? e Que parâmetro de relevância será empregado para definir quais os bens que impõem uma distribuição equitativa.

Na subseção a seguir, será visto que, em largas margens, as respostas para essas questões serão circunstanciais e dependentes do contexto fático e histórico-cultural.

6.1.1 Identidade e Igualdade

Como de certa forma já salientado quando se tratou da crítica à teoria da justiça como equidade, um aspecto importante da questão igualitária é que nela o indivíduo deve ser entendido não apenas na sua individualidade perante a sociedade, mas também como integrante, dentro dela, de grupos sociais específicos. Uma dimensão relevante para a discussão de promoção da igualdade é a da identidade e das diferenças que tais grupos determinam dentro da sociedade.

Michel Rosenfeld²¹⁵ afirma que a igualdade é uma ideia central no constitucionalismo moderno, tratando-se, no entanto, de uma ideia singularmente evasiva. A igualdade constitui-se no direito constitucional potencialmente mais extenso, inclusive porque

²¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Dossiê judiciário**, n. 21, p. 116-25, mar.-mai. 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>>. Acesso em: 27 fev. 2002.

²¹⁵ ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. **Derechos y libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano 3, n. 6, p. 411-444, 1998.

penetra em muitos outros²¹⁶, porém, apesar da sua virtual onipresença, é difícil de ser precisada em face das disputas que se travam em torno de seu objeto e âmbito relevantes:

A solução das pretensões de igualdade constitucional somente pode ser entendida adequadamente – e, portanto justificar-se ou criticar-se legitimamente – se enquadrada na luta dialética sobre a natureza e alcance da igualdade constitucional. Esta luta é, sobretudo, a luta dialética sobre a natureza e alcance da igualdade constitucional é uma luta sobre identidade e diferença, é dizer, uma luta sobre os casos nos quais as pessoas deveriam ser consideradas como iguais, e os casos nos quais podem ser consideradas como não iguais, para os efeitos da igualdade constitucional.²¹⁷

Segundo o autor, haveria três etapas de desenvolvimento da ideia de igualdade constitucional com base em sua origem moderna, como expressão do repúdio aos privilégios do Estado absolutista. Na primeira etapa dialética, a diferença se correlaciona com a desigualdade, isto é, os caracterizados como diferentes são tratados desigualmente conforme sua posição na hierarquia. Na segunda etapa, a identidade se correlaciona com a igualdade, de maneira que todos possuem o direito de serem tratados igualmente desde que reúnam certos critérios adotados como critérios de identidade. Por fim, na terceira etapa, a diferença se correlaciona com a igualdade, pois qualquer pessoa será tratada igualmente na proporção de suas particulares necessidades e aspirações²¹⁸.

Rosenfeld exemplifica com a luta pelos direitos iguais das mulheres, mas é possível facilmente identificar as etapas assinaladas em toda e qualquer luta igualitária de um determinado grupo social, a qual culmina com um ponto em que as diferenças concretas serão consideradas visando a uma igualdade abstrata.

No exemplo dado, a primeira etapa corresponde ao momento em que as diferenças entre homem e mulher são utilizadas para colocar as mulheres em situação de inferioridade, correspondendo-lhe um tratamento opressor imposto por toda a sociedade. Em uma segunda etapa, as mulheres pleiteiam um tratamento igualitário com base na identidade, buscando eliminar as diferenças existentes entre elas e os homens²¹⁹. Por fim, na terceira etapa, sempre

²¹⁶ O que Robert Alexy refere como direito geral de igualdade e direitos de igualdades específicos. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 393. tradução nossa)

²¹⁷ “La resolución de las pretensiones de igualdad constitucional sólo puede entenderse adecuadamente – y por tanto justificarse o criticarse legítimamente – si se encuadra en la lucha dialéctica sobre la naturaleza y alcance de la igualdad constitucional. Esta lucha es, sobre todo, una lucha sobre identidad y diferencia, es decir, una lucha sobre los casos en los que las personas deberían ser consideradas como iguales, y los casos en que pueden ser consideradas como no iguales, a efectos de la igualdad constitucional.” (ROSENFELD, op. cit., p. 413, tradução nossa).

²¹⁸ Ibid., p. 415.

²¹⁹ “[...] inclusive, devido a que essas demandas ocorrem em uma situação dominada por homens, a identidade que as mulheres devem atender em sua busca por igualdade é uma identidade orientada em direção ao homem.” (“[...] incluso, debido a que esas demandas tienen lugar en una situación dominada por hombres, la identidad

em processo, as mulheres demandam uma igualdade que leve em consideração as diferenças existentes entre os sexos, sem, no entanto, que a elas advenham prejuízos. Resulta que homem e mulher sejam tratados de igual forma, proporcionalmente às suas diferentes necessidades e aspirações. Isso significa que, na terceira etapa da luta pela liberação feminina, a mulher não precisa, não desejando, assumir a identidade masculina para que seja tratada de forma igualitária em relação ao homem, porque o tratamento igualitário distinguirá suas diferentes necessidades e aspirações.

No campo da igualdade de acesso à atenção em saúde, pode-se traçar, em linhas gerais, uma evolução semelhante. Na primeira etapa da luta dialética igualitária, a diferença, isto é, possuir ou não recursos materiais, contribuir ou não para o sistema previdenciário, corresponde a um desigual tratamento no acesso às ações e aos serviços de saúde. Em uma segunda etapa, com o reconhecimento da saúde como direito de todos e do imperativo de acesso equitativo à atenção sanitária, a identidade na condição humana corresponde a uma preconizada igualdade no acesso. Já a terceira etapa dialética, em andamento, haverá de fazer corresponder com que à diferença de identidade se correlacione uma igualdade que respeite as distintas necessidades e aspirações.

Essa terceira etapa é tão importante quanto o reconhecimento da universalidade e equidade no acesso, porque implica reconhecer, nessa universalidade e equidade, a diversidade de público à que a atenção sanitária se dirige, por idade, sexo, raça, condição social, etc., bem como acarreta reconhecer que o destinatário dessa atenção deve, inclusive, ser participante e responsável pelas trajetórias tecnológicas por ela assumidas, definindo, como vimos na seção 2 desta dissertação, não apenas o conceito de saúde, mas também o conteúdo do direito à saúde que pretende ver observado por todos. Em outras palavras, também sob o aspecto do acesso às ações e aos serviços de saúde, as pessoas apresentam identidades e diferenças em suas necessidades e aspirações, as quais a igualdade constitucional deverá considerar.

Esta terceira etapa é sempre um ideal, do qual se pode sempre se aproximar sem nunca alcançá-lo plenamente. A aproximação, além disso, envolve riscos de regressão à primeira etapa, os quais precisam ser evitados. Com esse objetivo é possível e necessário uma constante e permanente reconstrução da igualdade constitucional, pois como apontado por é Michel Rosenfeld: “Novas identidades podem ser forjadas mediante a prévia nivelção de

que las mujeres deben acoger en su búsqueda de la igualdad es una identidad orientada hacia el varón.”). (Ibid., p. 415, tradução nossa).

diferenças artificiais. E, em conjunto, todas as identidades e novas ou até então subenfatizadas diferenças podem ser construídas ou reconstruídas”²²⁰.

Outro ponto relevante a observar na abordagem acima descrita é que o desenvolvimento da percepção da igualdade possui um caráter dinâmico na sociedade e está circunscrita pelos dados estruturais e pelas variáveis históricas e culturais desta.

Para exemplificar com o objeto deste trabalho, o problema da igualdade no acesso às ações e aos serviços de saúde somente emerge, para citar duas condicionantes histórico-culturais, a partir do momento em que os recursos médicos tornam-se disponíveis como uma realidade fática e a partir do momento em que os membros de uma sociedade adquirem a consciência da atenção à saúde como um direito seu, buscando dele se apropriar.

6.1.2 Igualdade Jurídico-Formal e Igualdade Fático-Substantiva

A consideração das identidades e diferenças no tratamento igualitário se conecta com a formulação do princípio da igualdade substantiva ou da igualdade fática. O princípio determina que, para fins de consecução da igualdade real, e não apenas formal, é necessário que sejam tratados igualmente os que se encontram na mesma situação e desigualmente os que se estão em situação desigual, na proporção de suas desigualdades.

Robert Alexy²²¹ estabelece uma distinção entre tratamento igual no sentido jurídico e tratamento igual no sentido fático²²². No primeiro, importa a ação; no segundo, interessa o resultado ou consequência dessa ação. Ele ilustra com uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão que versa sobre a obrigatoriedade da assistência judiciária gratuita para determinado procedimento judicial. A negação da assistência dirigida a todos, uniformemente, implica tratamento igualitário no sentido jurídico, mas não no fático, pois, no sentido dos resultados produzidos, a ação, ou omissão, afetará distintamente o necessitado, que restará sem acesso à jurisdição, em relação ao não-necessitado, o qual poderá prover o acesso através de seus próprios recursos. Uma decisão juridicamente igualitária, nesse caso,

²²⁰ (“Pueden fraguarse nuevas identidades mediante la previa nivelación de diferencias artificiales. Y, en conjunto, todas las identidades y diferencias nuevas o hasta ahora subenfatizadas pueden construirse o reconstruirse”) (Ibid., p. 415, tradução nossa).

²²¹ ALEXY, op. cit.

²²² Distinção semelhante a esta no âmbito do Direito Geral de Igualdade Alexy faz em relação ao Direito Geral de Liberdade, entre liberdade de direito e liberdade de fato, fazendo essa última, em uma acepção de liberdade negativa, como alternativa de ação, dependente da ausência de carências econômicas básicas. Ambas as distinções se apresentam como um esforço de conciliar princípios formais e materiais de direito. (Ibid., p. 345).

geraria um tratamento faticamente desigual e violaria o enunciado: “os iguais devem ser tratados igualmente”, sob uma perspectiva substantiva²²³.

Em síntese, a igualdade jurídica, em face da diversidade fática, implica manter ou mesmo enfatizar a desigualdade substantiva. De acordo com o autor, se se tentar conceber dois princípios distintos, um alusivo à igualdade jurídica e outro à igualdade fática, estar-se-á na perspectiva de uma colisão fundamental, porque um princípio excluiria o outro. Se se tentar reunir em um mesmo princípio geral a igualdade fática e a jurídica, ficar-se-á diante de um “paradoxo da igualdade”²²⁴.

Para Alexy, o princípio da igualdade jurídica, por ligar-se exclusivamente à ação, sem preocupações com seus múltiplos efeitos, é um valor em si, não carregando o ônus argumentativo demandado pela igualdade fática. Assim, o princípio da igualdade jurídica seria de aplicação mais simples e segura, encontrando-se sob exclusivo controle do agente que dispensa o tratamento igualitário²²⁵. A igualdade fática, ao contrário, não estaria totalmente sob o controle de quem decide a ação ou o tratamento a ser dispensado, porque a produção de resultados envolve um processo de fomento da igualdade sob o qual seu controle é apenas parcial²²⁶. Este processo, inclusive, dependeria em parte do comportamento do próprio destinatário da ação.

Na visão do mesmo autor, na colisão fundamental entre igualdade jurídica e igualdade fática, se a alguma delas se devesse renunciar, seria a essa última²²⁷. Ressalva, entretanto, a possibilidade de construção dogmático-normativa que concilie as duas igualdades e deixe margem “para um amplo espectro de distintas concepções sobre o peso de ambos os princípios”²²⁸.

Na construção proposta por Alexy, o princípio da igualdade fática funciona como uma restrição à realização do princípio da igualdade jurídica. Aquele, ao contrário deste, não origina direitos subjetivos imediatos, mas sim através da mediação do legislador. Desta proposição vai derivar a conhecida posição do autor acerca da estrutura e da exigibilidade dos direitos de natureza prestacional²²⁹.

²²³ Ibid., p. 416.

²²⁴ Ibid., p. 417.

²²⁵ Ibid., p. 418.

²²⁶ Ibid., p. 419.

²²⁷ Ibid., p. 419.

²²⁸ Ibid., p. 421.

²²⁹ As normas que veiculam direitos sociais prestacionais atenderiam uma ordenação segundo três critérios: primeiro, pelo fato de conferir direitos subjetivos ou obrigar ao Estado apenas objetivamente; segundo, por serem vinculantes ou não-vinculantes; e, terceiro, por fundamentarem direitos e deveres definitivos (regras) ou *prima facie* (princípios). A proteção mais forte é a outorgada pelas normas vinculantes que garantem direitos

Pode-se vislumbrar, nesta posição de Alexy sobre o direito geral de igualdade, algum paralelo com a posição de John Rawls. Veja-se que o próprio Alexy reconhece um paralelismo entre o conceito de igualdade jurídica e o de liberdade negativa^{230 231}. Assim, a prioridade que reconhece na aplicação da igualdade jurídica sobre a fática corresponde, em certa medida, à ordenação lexicográfica em que Rawls coloca o seu primeiro e segundo princípios de justiça, priorizando a igual liberdade sobre o igual acesso aos bens socialmente produzidos.

A escolha de Rawls repousa principalmente sobre fundamentos de ordem moral-filosófica, ao passo que a de Alexy repousa em especial sobre fundamentos de ordem dogmática e normativo-jurídica. Porém são convergentes no sentido aludido, de priorizar a igualdade jurídico-formal, sobre a igualdade fático-substancial, ao buscar harmonizar os valores de liberdade e de igualdade.

6.1.3 O Critério da Proporcionalidade como Vedação da Insuficiência

A igualdade jurídica ou formal se caracteriza por um alto grau de generalidade e abstração. A igualdade perante a lei nada dirá a respeito da igualdade substantiva, a não ser como um objetivo a ser alcançado. A igualdade formal, nesse sentido, é um ponto de partida. A igualdade fática, a realização do objetivo previsto, é o ponto de chegada.

A dimensão jurídico-formal abstrata é indispensável ao projeto da igualdade substantiva ao estabelecer, por exemplo, os direitos a algo: quer no sentido negativo, ou de direitos de defesa na denominação oferecida por Alexy²³², ao vedar e estabelecer discriminações em favor da igualdade fática; quer no sentido de ações positivas ao prever as obrigações de prestação em benefício de determinados indivíduos ou grupos sociais²³³.

Contudo, ainda na acepção de direitos à prestação, a desigualdade jurídica, na acepção de Alexy, não pode mais do que estabelecer um projeto de igualdade substantiva, o

subjetivos definitivos a prestações; a mais débil, as normas não-vinculantes, que fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado a prover prestações. (Ibid., p. 499-503).

²³⁰ Ibid., p. 418.

²³¹ Sobre o conceito de liberdade negativa em Alexy: “A liberdade negativa em sentido amplo vai além da liberdade em sentido estrito ou liberdade liberal. De um lado ela inclui essa liberdade liberal e, de outro, abarca outras coisas, como a liberdade econômico-social, a qual não existe se o indivíduo estiver submetido a uma situação de privação econômica que o embarace em seu exercício de alternativas de ação.” (Ibid., p. 351).

²³² Ibid., p. 196.

²³³ Ibid., p. 201.

que certamente não torna esta um objeto extrajurídico, estranho ao Direito. O Direito dispõe com base em e sobre situações concretas. Ele não abrange apenas a concepção das normas gerais e abstratas, mas todo o arco que parte da situação social concreta como inspiração da hipótese normativa abstrata, até retornar novamente a ela, através da aplicação concreta do abstratamente previsto.

Nesse aspecto, a realização dos direitos sociais como expressão da busca de igualdade substancial deverá permear todo o âmbito de manifestação do Direito. Da apreensão do comando de igualdade como norma fundamental com base na percepção da realidade fática, da previsão normativa abstrata através da edição dos dispositivos legais e normativos que visem ao seu fomento, até a aplicação concreta, por meio das diferentes esferas de decisão administrativa e judicial, que objetivem garantir a concreção do direito abstratamente concebido.

Diferentes instrumentos jurídicos concorrerão para a consecução desse objetivo: instrumentos normativos que prevejam as abstenções e obrigações estatais e dos particulares, instrumentos hermenêuticos interpretativos desses instrumentos normativos, o instrumento jurídico-político da formulação de políticas públicas, instrumentos de participação e negociação popular na formulação dessas políticas, instrumentos processuais que visem à tutela administrativa e jurisdicional dos direitos assegurados, instrumentos processuais de composição entre interesses individuais e coletivos, entre outros.

A ordenação proposta, entre outros, como visto, por Rawls e por Alexy, tem o intuito de equilibrar direitos de liberdade e de igualdade, em regra priorizando os primeiros. Em face dessa prioridade, algum mecanismo há de ser utilizado para que a proposta de igualdade fática não resulte em uma promessa vazia.

Um mecanismo proposto nesse sentido é o uso do critério da proporcionalidade²³⁴ como valor suprapositivo do Direito. No âmbito dos direitos de defesa, o critério normalmente é empregado no sentido da vedação do excesso (*Übermaßverbot*). Gilberto Cogo Leivas²³⁵, baseado na doutrina alemã²³⁶²³⁷, traz a proposta de aplicação do que denomina preceito da

²³⁴ A respeito da nomenclatura: princípio, máxima, regra ou postulado da proporcionalidade, conferir Virgílio Afonso da Silva, que adota a designação “regra”. Optou-se aqui por utilizar a expressão “critério”, a fim de evitar confusão com o conceito de regra contraposto ao de princípio. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 168.)

²³⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²³⁶ Doutrina formulada por Martin Borowski e Hartmut Maurer, a qual, por sua vez, tem origem em decisões do Tribunal Constitucional alemão. (Ibid., p. 76).

²³⁷ A decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão foi dada no campo penal em ação de controle normativo abstrato proposta pela Câmara Federal alemã, que declarou regra nula o dispositivo da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal, de 18 de junho de 1974, que havia tornado lícito o aborto praticado por médico com a

proporcionalidade no sentido da vedação da insuficiência (*Untermaßverbot*) ou da não-suficiência, conforme denominado pelo autor:

A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência.²³⁸

Trata-se de construção de inegável importância para a efetivação de direitos sociais de natureza prestacional. A proporcionalidade, nesse âmbito, passa a operar não meramente no sentido da restrição à exigibilidade das prestações correspondentes aos direitos sociais, em face de outros direitos fundamentais com eles confinantes, mas também no de sua efetivação e concretização.

O preceito da proporcionalidade no âmbito da proibição da não-suficiência, de acordo com a doutrina, seria decomposto em três preceitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²³⁹. Ana Carolina Lopes Olsen sumariza esses preceitos parciais da seguinte forma:

Nesta medida, uma determinada ação estatal deve ser adequada ao fim normativamente estabelecido (adequação), dentre as diversas possíveis, deve ser a que melhor alcança esta finalidade, ou seja, a que mais satisfaz (em sentido positivo) os direitos fundamentais envolvidos, causando os menores danos (em sentido negativo) aos direitos fundamentais de outros (necessidade), e a importância da satisfação da prestação deve ser de tal monta que justifique a intervenção em direitos fundamentais de outros (proporcionalidade em sentido estrito)²⁴⁰.

Virgílio Afonso da Silva²⁴¹ propõe que, através da explicitação de toda restrição a direitos fundamentais, esta opere não no sentido da diminuição do grau de proteção a estes, como poderia ser entendida, mas, pelo contrário, no sentido de aumentá-los ao estabelecer a exigência de fundamentação constitucional sempre que proposta a aplicação dessas restrições. Opõe-se o autor, dessa maneira, a figuras como a dos limites imanentes, conteúdos absolutos ou especificidade dos direitos fundamentais, as quais possam estabelecer exclusões *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção²⁴². Nesse âmbito, ganha importância o critério da proporcionalidade no triplice aspecto da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como formas de estabelecer contornos não-apriorísticos

concordância da gestante (BverfGE 88, 203, 1993). (GRIMM, Dieter, **A função protetiva do Estado: a constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-62.)

²³⁸ LEIVAS, op. cit., p. 76.

²³⁹ Ibid., p. 77.

²⁴⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 84.

²⁴¹ SILVA, op. cit.

²⁴² Ibid., p. 253.

para as restrições aos direitos fundamentais, entre eles os que prescrevem prestações positivas ao Estado e à sociedade.

Assim, em face de seu papel na ponderação entre princípios fundamentais, o critério de proporcionalidade, também em sua aplicação no sentido da vedação da insuficiência, há de ser utilizado em todo o arco de manifestação do Direito anteriormente mencionado, da elaboração das normas abstratas à sua aplicação última nas situações concretas, vinculando o legislador e o aplicador do Direito à sua observância. Impõe-se assim, ao legislador e ao aplicador do Direito, o ônus argumentativo sempre que a colisão fundamental de direitos for invocada como óbice à consecução das prestações sociais positivas exigidas pelo imperativo de promoção da igualdade substancial.

6.2 OS LIMITES DA IGUALDADE NO PARADIGMA SOCIAL

A igualdade proposta no paradigma social, de matriz constitucional, deveria responder, por um lado, como visto com Michel Rosenfeld, a todas as identidades e às diferenças relevantes em dada conjuntura histórico-cultural da sociedade. Ao fazê-lo, haver-se-ia de considerar a multiplicidade e pluralidade de objetivos e aspirações inerentes a toda sociedade livre. Promover a igualdade substancial implica forçosamente respeitar o equilíbrio entre liberdade e igualdade como valores fundamentais. Pode-se, nesse sentido, falar de um limite intrínseco e imanente à igualdade proposta no paradigma social, dado pela diversidade que se precisa e se deseja preservar.

Esse limite, ademais de necessário e desejável, é incontornável. Diante dele, é possível falar de uma igualdade da qual se pode sempre se aproximar um pouco mais, mas não realizar de forma integral, completa e definitiva. Eis que qualquer igualdade é dinamicamente definida e acarreta a composição de diferentes tensões sociais, que jamais serão simultânea e completamente resolvidas. Em relação a esse tipo de limite intrínseco e imanente, pouco se poderia fazer a não ser reconhecê-lo em benefício de uma postura mais realista e realizadora da igualdade social.

Já outros limites não de ser enfrentados e superados, pois consistem em desafios. Como é o caso do oferecido pela escassez de recursos materiais postos à consecução das prestações atinentes aos direitos sociais. Trata-se de uma limitação particularmente importante para a igualdade substancial. Ela determina a necessidade de ponderação entre direitos

fundamentais, pois, como visto na seção 3, implementar direitos implica prever e conciliar custos.

A escassez de recursos pode, em termos absolutos e instantâneos, constituir-se em um limite material incontornável. Estar-se-ia no campo das impossibilidades fáticas sobre as quais o direito não pode dispor. Há também uma esfera da limitação relacionada com a razoabilidade dos sacrifícios que se pode esperar da sociedade. Estes são limites sempre relativos, porque passíveis de ser contextualizados no tempo e no espaço. A escassez de recursos impõe limites que sempre admitirão equacionamento em alguma extensão, já que uma sociedade sempre poderá refazer suas escolhas básicas sobre o que produzir e para quem produzir, conforme assinalado por Calabresi e Bobbitt²⁴³, influenciando, portanto, sobre tais limites.

A discussão jurídica em torno dos limites materiais impostos à consecução dos direitos, marcadamente dos direitos sociais, cristalizou-se ao redor de duas figuras que passaram a ser conhecidas na doutrina jurídica e na jurisprudência como *reserva do possível* e *mínimo existencial*. Trata-se de dois eixos que têm instrumentalizado a discussão sobre a razoabilidade dos sacrifícios imponíveis ao indivíduo e à sociedade na consecução dos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, na consecução da solidariedade social.

Assim, empreender-se-á, nas duas próximas subseções, a análise desses limites à luz de cada uma dessas figuras jurídicas.

6.2.1 A Reserva do Possível

A *reserva do possível* encontra-se em franca discussão e aplicação na doutrina e jurisprudência brasileira²⁴⁴. Portanto, vai perdendo um pouco sentido discutir o modo como se

²⁴³ CALABRESI; BOBBITT, op. cit.

²⁴⁴ No Supremo Tribunal Federal, conferir a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45 MC/DF: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ [...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 jul. 2009. Conferir também: ADI 3768/DF e RE 410715 AgR/SP.

deu a importação do modelo alienígena²⁴⁵, isto é, sem a devida consideração às características do ordenamento e da sociedade brasileira, ou mesmo atribuindo àquela doutrina um sentido exorbitante de sua intenção original, na tentativa clara de direcioná-la meramente ao bloqueio da apreciação pelo Judiciário das pretensões exercitadas contra o Estado²⁴⁶.

Princípios, institutos e categorias jurídicas, de forma semelhante ao que ocorre com as normas do direito positivo, vão, com o tempo e a elaboração social, despegando-se de intenções e objetivos concebidos originariamente e servindo, não raro, à sustentação de posições opostas às que inicialmente oferecia suporte.

Importa discutir, no presente momento, a natureza e os contornos jurídicos que a *reserva do possível* deva receber no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o direcionamento que lhe deve ser dado com fins de incrementar o grau de efetividade dos direitos fundamentais. Há, ademais, que se evitar o entrincheiramento ideológico em torno da expressão, prevenindo, assim, sua manipulação discursiva.

Na busca de uma definição da natureza jurídica da *reserva do possível*, tentou-se já entendê-la, entre outras tentativas, como: um limite real oposto à consecução dos direitos fundamentais; uma cláusula geral do ordenamento jurídico; um princípio autônomo; um traço característico dos direitos fundamentais; ou, ainda, uma restrição ou limite desses direitos²⁴⁷.

A doutrina costuma classificar as limitações opostas à consecução dos direitos fundamentais em duas categorias: limitações fáticas, determinadas pela real existência de meios para cumprir a obrigação correspondente; e limitações jurídicas, referindo-se à existência da capacidade jurídica ou do poder de dispor sobre os recursos existentes²⁴⁸.

²⁴⁵ Com base na doutrina constitucional alemã, gerada pela decisão em 1970 do Tribunal Constitucional Alemão no caso denominado “*numerus clausus*” (BVerfGE 33, 303). Conferir: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215-221.

²⁴⁶ “Alguns autores brasileiros acataram a argumentação da ‘reserva do possível’ negando de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”. (KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 52.) “Há um paradoxo: vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais. Afirmam que – segundo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem.” (Ibid., p. 108)

²⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 17. Brasília. 2008. **Anais Eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3721-3744. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/11_369.pdf> Acesso em: 20 maio 2008.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. 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”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 28-29.

A impossibilidade fática absoluta pode ser reconduzida ao problema da esfera sobre a qual pode dispor o Direito. Observe-se o que Luís Roberto Barros cita a respeito dos limites das normas programáticas: “Uma regra que preceitue um fato que de antemão se saiba irrealizável viola a lógica do sistema. Não pode, portanto, integrá-lo validamente”²⁴⁹. Lembre-se também o conceito de “mínimo de eficácia” normativa de Hans Kelsen²⁵⁰ como a necessária conexão entre o mundo do ser e do dever ser, excluindo-se do jurídico a exigência do inexigível, porque impossível, e autorização do supérfluo, porque desnecessário²⁵¹. Resulta que o faticamente impossível, de forma absoluta, está fora do mundo jurídico e, ademais, fora das opções de ação e de escolha moral do ser humano.

Então restaria apenas considerar o que estivesse relativa ou transitoriamente fora das possibilidades fáticas, podendo, entretanto, tornar-se possível mediante ações, estas sim, acessíveis à escolha humana. Poder-se-ia considerar então o que no momento não é possível, mas que viria a sê-lo se adotadas ações nesse sentido. Recair-se-ia no campo das escolhas alocativas já exaustivamente tratadas neste trabalho. A impossibilidade jurídica, neste âmbito, ao introduzir a questão da capacidade jurídica, fará apenas crescer o problema da titularidade das decisões alocativas, sem resolver o problema fundamental de quais são seus limites perante o ordenamento jusfundamental.

Assumir a *reserva do possível* como uma cláusula geral, implícita no ordenamento, tampouco parece resolver o problema de sua natureza jurídica. No máximo resolve o problema de sua expressão formal normativa. Afirmar que a *reserva do possível* é uma cláusula geral diz algo sobre como a reserva pode revestir-se do instrumental formal-normativo de uma cláusula geral visando conferir abertura e flexibilidade ao sistema jurídico²⁵², porém nada diz sobre os objetivos jurídicos ou o preenchimento valorativo do conceito, não sendo esta afirmação suficiente para traduzir sua natureza jurídica.

²⁴⁹ BARROS, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 114.

²⁵⁰ “Uma norma que preceituasse um certo evento que de antemão se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que de forma alguma se poderá verificar, igualmente por força de uma lei natural.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 12.

²⁵¹ Nas palavras de Maria Helena Diniz: “O mínimo de eficácia é, portanto, a possibilidade da norma poder ser, concomitantemente obedecida e não aplicada pelo órgão competente; desobedecida e aplicada pela autoridade jurídica, ou melhor, ser desobedecida ou não aplicada, para que atinja concretamente os efeitos jurídicos para os quais foi elaborada.” (DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 84.

²⁵² “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale

A concepção da *reserva do possível* como princípio ou valor autônomo é manifestamente inadequada. A *reserva do possível* contraposta à exigibilidade de um determinado direito fundamental, em si, não consagra objetivamente nenhum valor intrínseco, embora haja valores outros que concorram para conferir-lhe algum significado. É o que ocorre, por exemplo, com a invocação do princípio da separação das funções estatais, ou o princípio da reserva legal, como garantias clássicas do Estado democrático de direito, para justificar a *reserva do possível* como um limite aos direitos econômicos e sociais em face da “soberania orçamentária do Legislador”²⁵³.

No escopo deste trabalho, a *reserva do possível* será tomada fundamentalmente diante do princípio da igualdade social no acesso às ações e aos serviços públicos de saúde, no sentido de que a prestação individual ou coletivamente requerida seja considerada justa e devida, se passível de ser universalizada, como exposto na seção 2 desta dissertação ao se tratar do conteúdo do direito à saúde.

Assim, pelos exemplos mencionados nos dois parágrafos anteriores, tem-se que a *reserva do possível*, oposta à pretensão ao exercício de um direito fundamental em face de sua razoabilidade, presta-se à ponderação de determinados princípios e valores, mas, em si, não se constitui em um valor autônomo²⁵⁴, funcionando apenas como um critério útil para ponderar outros princípios e valores cuja aplicação orienta.

Ademais, sob o ponto de vista normativo, a *reserva do possível*, ao contrário dos princípios que veiculam direitos fundamentais, não tem a aptidão de conferir direito subjetivo, constituindo-se, pelo contrário, em alguma forma de obstáculo ou de restrição à efetivação de pretensões fundadas nesses direitos subjetivos. Sob o aspecto normativo, a *reserva do possível* funcionaria como metanorma ou postulado na classificação de Humberto Ávila²⁵⁵.

Não sendo a *reserva do possível* um princípio ou valor com a mesma estrutura e *status* dos que veiculam direitos fundamentais, uma opção seria considerar uma condição ou

dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 341.

²⁵³ ISEENSEE, Joseph apud 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”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

²⁵⁴ “A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um amandado de otimização [como ocorre com os princípios].” (OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 200.)

²⁵⁵ “Normas sobre a aplicação de outras normas. [...] não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito [...]. Não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras [...] implicam-se reciprocamente [...] os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessários com outras normas.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122.

uma restrição aos direitos fundamentais. Neste caso, uma questão agitada na raiz do problema é a do grau em que esta condição ou restrição integraria a própria concepção do direito fundamental que condiciona e restringe.

Nesse aspecto, duas tendências ou teorias se opõem. A primeira considera as restrições aos direitos fundamentais como intrínsecas ou internas aos próprios direitos fundamentais, não havendo algo como o direito e sua restrição, senão que um todo único, constituído pelo direito e seu conteúdo; não há que falar de *restrição*, e sim da *delimitação* do direito.

Entende-se, no presente trabalho, que tal posição dilui a discussão em torno da ponderação entre direitos fundamentais, sendo um tanto artificial ao admitir limitações intrínsecas ao direito fundamental, independentemente da conflituosidade que emergirá apenas na sua aplicação concreta. Por tal motivo, também se entende que tal posição não favorece o amadurecimento da teoria em relação à reserva do possível como instrumento da efetivação dos direitos fundamentais.

A segunda teoria considera possibilidade de restrição como algo extrínseco ou externo aos direitos fundamentais. Há um direito não-restringido, o direito em si, e um direito restringido, após a incidência da restrição. Na teoria externa não há uma relação necessária entre o direito e a restrição; esta relação é construída com base em uma exigência externa ao direito em si²⁵⁶.

Alexy alerta que decidir-se entre uma e outra teoria depende de como se concebem os direitos fundamentais. Para o autor, os direitos fundamentais são veiculados por princípios que estabelecem posições jusfundamentais *prima facie*²⁵⁷, passíveis de ponderação e de restrição²⁵⁸. As reservas, portanto, são algo externo que se interpõe entre a posição jusfundamental *prima facie* e a sua garantia definitiva como direito subjetivo fundamental. O que se restringe é a posição *prima facie*, e não a posição definitiva. Assim, admitido o sistema normativo de regras e princípios, é correto falar de restrição a direitos fundamentais e é válida a teoria externa²⁵⁹.

A concepção da *reserva do possível* como condição/restrrição de direitos fundamentais se conecta com a questão dos custos dos direitos, tratada na seção 3 desta dissertação, ou, mais estritamente ainda, atém-se ao campo dos deveres e das obrigações

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

²⁵⁷ Ibid., p. 103.

²⁵⁸ Ibid., p. 276.

²⁵⁹ Ibid., p. 280.

estatais, à questão da previsão, autorização e realização orçamentária. Mas, sem dúvida, possui aptidão para ir além da questão do orçamento público ou dos custos financeiros em geral.

As condições/restrições podem dizer respeito à larga gama de fatores, que vão além das limitações de ordem material/financeira. Mesmo o direito à vida pode ser restringido e ponderado, por exemplo, quando se torna imoral ou indigno, em algumas situações, prolongar a vida artificialmente ou prolongar a vida de um indivíduo ao custo do sacrifício da vida de seus semelhantes. A *reserva do possível* como critério não-adstrito às limitações financeiro-orçamentárias permitiria a ponderação de ampla gama de direitos fundamentais, da mais variada origem.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo apontam uma terceira dimensão da *reserva do possível*. Esta não se condicionaria apenas à disponibilidade do recurso e ao poder de disposição do Estado, mas também a uma razoabilidade da própria pretensão, como o que se pode razoavelmente exigir da sociedade²⁶⁰. De fato, poder-se-ia conceber, em um extremo, que seria absurdo se exigir do Estado, além da necessidade ou com abuso de direito, por exemplo, prestações que se deveria esperar fossem suportadas com recursos próprios do pleiteante.

No caso da saúde, para exemplificar-se um pouco, seria desproporcional exigir, dos sistemas público ou privado de saúde, prestações relacionadas com benefícios em franca oposição à definição do conceito social e consensual de saúde; ou exigir, do poder público, prestação que esteja entre as já garantidas pelo seguro privado, com fins de desonerar a própria seguradora contratualmente obrigada a garantir o risco correspondente.

É possível perceber que a invocação da *reserva do possível* nessas hipóteses, conquanto possa ser considerada de restrição à exigibilidade do direito fundamental, pode e deve militar em favor da própria preservação do direito fundamental invocado.

Como síntese da reflexão encetada sobre a figura da reserva do possível, no presente trabalho, a posição que parece mais consentânea com a efetivação do direito fundamental à saúde é a de entendê-la como um critério de proporcionalidade específico, que possa aferir a razoabilidade das pretensões concretas deduzidas em face desse direito, especialmente perante a necessidade de se garantir a equidade nas condições de acesso às prestações a ele correspondentes.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. 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”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

Como mencionado, impossibilidades fáticas absolutas e permanentes não dizem respeito ao Direito. Impossibilidades fáticas relativas e transitórias, diante da dimensão e importância do direito fundamental à saúde, não podem resumir-se à consideração orçamentária, que diria pouco sobre a razoabilidade da pretensão.

A vinculação da exigibilidade do direito à saúde, tão-somente à previsão orçamentária ou outras formas de condicionamento à vontade do legislador, corresponde à opção de privilegiar a igualdade formal sobre a igualdade fática, ainda que sob argumentos de legitimidade democrática, que poderia equivaler, em termos práticos, ao retorno à superada tese que restringe a efetividade das normas constitucionais programática à sua previsão infraconstitucional.

A *reserva do possível* poderia ser vista como um critério de proporcionalidade entre princípios estabelecida em face da razoabilidade da pretensão requerida e da realidade da limitação dos recursos. A este critério de proporcionalidade não estariam sujeitos apenas os direitos sociais mas também os direitos de liberdade; não apenas os prestacionais como também os de defesa; já que todos, segundo a doutrina de Holmes e Sunstein exposta na seção 3 desta dissertação, seriam dependentes da atuação do Estado, envolvendo custos. Esta ideia é defendida por Flávio Galdino, que afirma:

[...] direitos da liberdade ou individuais também integram o rol dado às trágicas escolhas públicas [...] todo e qualquer direito fundamental integra o referido rol (podendo, portanto, ser preterido em razão da tutela de outro direito, cuja tutela seja considerada mais importante em um dado momento).²⁶¹

Será um grande passo à frente passarmos a reconhecer que também os direitos individuais consagram elevadas despesas e que, portanto, são tão sujeitos àquela reserva do possível quanto os direitos sociais.²⁶²

De fato, sói acontecer que a *reserva do possível*, na doutrina e jurisprudência nacional, passou a ser invocada única e exclusivamente em relação aos direitos sociais. É criada uma artificial e ilusória divisão dos direitos fundamentais em primeira e segunda dimensão. Os de primeira não dependeriam de recursos públicos, de autorização legislativa, devendo ter aplicação imediata. Já os de segunda dependeriam de recursos materiais para sua implementação e da autorização ou previsão legislativa prévia para poderem se converter em uma pretensão jurisdicionalmente tutelável. Em outras palavras, a *reserva do possível* seria aplicável aos direitos de segunda dimensão, mas não em relação aos de primeira.

Uma sociedade solidária há de inverter essa perspectiva, para equilibrar com mais propriedade a ideia de liberdade e igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e a tutela dos direitos sociais e direitos de solidariedade. Nada mais razoável do que empregar a reserva do

²⁶¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227.

²⁶² *Ibid.*, p. 233.

possível, aqui defendida como um critério de ponderação entre direitos fundamentais, para conferir proporcionalidade entre uma e outra categoria de direitos fundamentais, uma e outra dimensão dos direitos fundamentais.

Ademais, a eventual restrição da exigibilidade do direito fundamental à luz do critério da reserva do possível deve resultar sempre de uma avaliação à vista do caso concreto, de ponderação a estar presente em todo o arco de manifestação do Direito, da previsão normativa até sua aplicação administrativa e jurisdicional. Não pode tal restrição ser o resultado de um limite apriorístico nem a ponderação sobre sua aplicação ser afastada do aplicador do Direito, sobretudo do aplicador qualificado, investido da jurisdição.

Consoante com a ideia presentemente defendida, da permanente construção e reconstrução do direito fundamental à saúde, com a participação e responsabilidade de seus próprios destinatários, o conceito mais apropriado de *reserva do possível* a ser adotado é o que a posiciona como um critério de proporcionalidade, no aspecto normativo como uma metanorma, que permite a ponderação entre direitos fundamentais, mormente à vista do princípio da equidade no acesso às prestações concretas relacionadas com o direito à atenção à saúde.

Por essa manifestação do critério de proporcionalidade, toda pretensão à atenção sanitária que vise ao incremento na qualidade de vida e no nível de bem-estar do indivíduo e das coletividades, exercitada contra o poder público ou entre particulares, será tutelável pelo Direito sempre que resultar universalizável²⁶³ e, portanto, for passível de promover a inclusão social, pela generalização das ofertas à sociedade, não podendo ser afastada por raciocínios apriorísticos baseados na *reserva do possível*.

Sem dúvida, entre esse macrocritério, por demais genérico e abstrato, e sua aplicação prática, hão de permear critérios e diretrizes intermediários ou secundários²⁶⁴, mas a aplicação específica da reserva do possível na hipótese trabalhada deverá revelar básica e fundamentalmente, em sua aplicação concreta, que qualquer restrição do direito fundamental

²⁶³ “A reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.” (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 583.

²⁶⁴ Maria do Céu Patrão Neves, ao se referir a princípios e valores como os da dignidade humana, da partição, da equidade e solidariedade, para tratar da alocação de recursos sanitários escassos, diz que as ponderações neles fundadas estariam no patamar de uma *metaética* e de uma *macroalocação* de recursos, sendo necessário, para fins de aplicação, derivar *diretrizes* voltadas a orientar as escolhas e derivar *critérios* para a distribuição de recursos, que estariam no patamar de uma *mesoalocação* e de uma *microalocação*. (NEVES, Maria do Céu Patrão. Alocação de recursos em saúde: considerações éticas. **Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina**, v. 7, n. 2, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/alocarec.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

à saúde nela baseada deve partir das possibilidades de realização equânime desse direito, ou seja, da repartição equitativa dos ônus e bônus da colaboração social necessária ao adimplemento da prestação.

6.2.2 O Mínimo Existencial

O *mínimo existencial* se contrapõe à *reserva do possível* na medida em que nele se busca identificar um âmbito de bens protegidos de agressão, tanto sob a perspectiva garantística quanto prestacional, e neste aspecto implica as prestações que sempre seriam exigíveis perante o Estado e o particular, não comportando ponderações do tipo das que foram analisadas no tópico anterior. Contra esse núcleo mínimo de bens, não se poderiam opor restrições de ordem financeira-orçamentária, sob pena de nulificar objetivos mínimos de garantia da dignidade da pessoa humana que fundam a razão de ser do Estado.

O Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado sobre o tema do *mínimo existencial*:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]. “O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.²⁶⁵

A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos direitos individuais e sociais [...] que garantem que o princípio da dignidade humana”.²⁶⁶

Ricardo Lobo Torres propõe uma distinção entre *mínimo existencial* (ou direitos fundamentais sociais) e direitos sociais. Esses últimos não seriam exigíveis diretamente, pois

²⁶⁵ Voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45 MC/DF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

²⁶⁶ Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADI 3768/DF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADI 3768/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3768&classe=ADI>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

deperderiam da concessão do legislador, pelo menos na forma da lei orçamentária, neste caso “a pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos”. Diversamente ocorreria com o *mínimo existencial*, pois a fruição destes, ao contrário do que aconteceria com os demais direitos sociais, não depende da previsão orçamentária e tampouco da expressa formulação de políticas públicas²⁶⁷.

Já para Flávio Galdino não há como afastar o fato concreto de que também as prestações correspondentes ao *mínimo existencial*, à semelhança de quaisquer outras, estão materialmente na dependência da disponibilização de recursos econômicos e financeiros; a nota distintiva reside, entretanto, no tratamento preferencial que àquelas deve ser dispensado²⁶⁸.

O estabelecimento de mínimos existenciais, embora não equacione integralmente a questão da igualdade substantiva, milita indubitavelmente no sentido de sua promoção, ao estabelecer um patamar de garantia mínimo, comum a todos os indivíduos. Importante é salientar, nesse sentido, as observações de Dirley da Cunha Júnior sobre a importância de que se reveste a consideração de um padrão mínimo de prestações sociais em países como o Brasil, onde viceja uma brutal desigualdade social²⁶⁹.

Percebe-se também a afinidade do conceito de *mínimo existencial* com o princípio da proporcionalidade como vedação da insuficiência tratado na subseção 6.1.3. Em ambas as hipóteses o resultado que se busca é assegurar a produção dos efeitos mínimos a que estão preordenados os direitos fundamentais, embora por mecanismos distintos. O entendimento adotado neste trabalho é o de que ambos os mecanismos são necessários e complementares.

A propósito do caráter abstrato ou concreto do *mínimo existencial*, há duas teorias sobre a configuração do núcleo mínimo, ou conteúdo essencial, que o compõem. A teoria

²⁶⁷ 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”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

²⁶⁸ “Por evidente, há o reconhecimento, explícito ou mesmo implícito, de que também as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter.” (GALDINO, 2005, p. 196)

²⁶⁹ “[...] Paradoxalmente o Brasil é um país que se encontra entre o dez países com maior economia do mundo, muito embora dados do IBGE mostrem que, em 1998, aproximados 14% (21 milhões) da população brasileira são famílias com renda inferior à linha de indigência e 33% (50 milhões) à linha de pobreza.” (CUNHA JR., Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JR., Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 106-107.

relativa e a absoluta, conforme referido por Robert Alexy²⁷⁰. Uma refere o núcleo mínimo como o resultado da ponderação pela proporcionalidade; a outra teoria, um núcleo mínimo abstratamente determinável e intangível.

Em quaisquer dos casos, entretanto, a lógica da aplicação segue distinta. O princípio da proporcionalidade como vedação da insuficiência adéqua-se melhor à ponderação em face do caso concreto, pois possui uma estrutura aberta e menos dependente de uma definição apriorística sobre a existência dos bens que compõem a esfera mínima de proteção. O princípio fixa-se no conteúdo do próprio direito fundamental invocado para determinar as prestações obrigatórias a fim de garantir sua eficácia e efetividade mínima. Já a consideração do *mínimo existencial* pressupõe uma consideração prévia sobre a natureza dos bens que integram a esfera de proteção mínima. Com esta definição prévia da esfera de bens protegidos pelo *mínimo existencial*, pode-se talvez perder algo em termos de amplitude e flexibilidade da proteção, mas se ganha em termos de sua concreção.

Por esta razão, para o fim de garantia do direito fundamental à saúde, entende-se necessária a cumulação das duas abordagens no que se refere à proteção de um núcleo mínimo dos efeitos a serem assegurados, quer pela ponderação pela proporcionalidade como vedação da insuficiência diante do caso concreto, quer pelo reconhecimento prévio de um conjunto de bens a serem assegurados, pertencentes ao elenco do mínimo existencial.

O campo dos bens atinentes à saúde humana, para alguns, estaria integralmente inserido no núcleo essencial ou mínimo existencial²⁷¹. Entretanto, inclusive pelo aqui exposto sobre a natureza das necessidades no campo sanitário (subseção 2.1.3), não se poderia entender dessa forma. Como alerta Maria Elisa Villas-Bôas, “um conceito muito vasto de mínimo [...] termina por torná-lo recurso retórico inútil, vez que socialmente ineficaz”²⁷². A realidade impõe o reconhecimento de que, também na saúde, há necessidades primárias e secundárias. O espectro da atenção sanitária no seu todo, em termos ideais, sozinho

²⁷⁰ “Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento [...]. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. [...] Já, segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma.” (ALEXY, 2008, p. 297-298)

²⁷¹ Ricardo Lobo Torres, na linha já aqui exposta, embora não os reconhecendo como direitos originariamente fundamentais, coloca alimentação, saúde e educação entre os direitos protegidos pelo mínimo existencial. (TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133.) Lembre-se também, em um momento anterior da discussão da eficácia das normas constitucionais, a posição de José Afonso da Silva, que excluía os direitos à saúde e à educação da categoria de normas programáticas, reconhecendo-os como regras jurídicas diretamente aplicáveis e vinculativas de todos os órgãos do Estado, não deixando de revestir-se do caráter de direito subjetivo exigível “[...] pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessária à fruição desses direitos.” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 151-152.)

²⁷² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, ano 2, n. 15, p. 70, 2007.

consumiria todos os recursos disponíveis, sendo necessário, a teor do apresentado nesta dissertação, considerar sistemas alocativos que visam precisamente prover necessidades humanas de maneira seletiva e justa.

José Joaquim Canotilho, reconhecendo que “o direito à saúde implica um feixe de prestações”, questiona: “Como determinar o núcleo essencial do direito à saúde?”²⁷³. Em um nível já mais pragmático da abordagem, a solução apontada pelo autor é a da introdução de:

[...] *guidelines* de boas práticas, ou de *standards* possibilitadores de controle e que, primariamente, dirão respeito as mecanismos de *governance* e de *accountability*, mas que poderão constituir também elementos de fato para a eventual jurisdicionalização dos conflitos prestacionais.²⁷⁴

Para tal solução, Canotilho enfatiza a necessidade de abertura interdisciplinar do Direito Constitucional:

Se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação). E a conclusão parece-nos clara: a governação clínica (*clinical governance*) é um esquema de boas práticas concretizador do direito à saúde.²⁷⁵

Em conclusão, na linha que vem sendo trabalhada no presente estudo, a questão da definição do *mínimo existencial*, no que concerne ao direito à saúde, depende de uma definição prévia do conceito de saúde e de necessidades sanitárias. Definição a ser construída pelo próprio destinatário das prestações correspondentes ao direito, o indivíduo e a sociedade considerada, conforme exposto na seção 2. O exposto não impede o reconhecimento de alguns padrões que por sua generalidade e fundamentalidade, se tornem universais. A distinção entre necessidades essenciais e não-essenciais e a consequente delimitação de um núcleo mínimo essencial, ao mesmo tempo em que limita, também determina o conteúdo do direito à saúde, conferindo-lhe identidade e concretude.

É necessário que o aparato dogmático jurídico dirigido a delimitar direitos fundamentais sociais seja operado no sentido não de mutilar ou nulificar quaisquer desses direitos, mas de conferir-lhes forma e identidade, permitindo sua concreção no mundo dos fatos. Assim ocorre com o limite da igualdade substancial no paradigma social que, pelo aqui exposto, deve constituir-se e ser compreendido não como um fator de sua diminuição, senão que, sobretudo, como um fator de sua revelação e conformação.

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

²⁷⁴ Ibid., p. 263.

²⁷⁵ Ibid., p. 265.

7 O SISTEMA DUAL BRASILEIRO: A SAÚDE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

O campo da atenção à saúde é, sem dúvida, muito peculiar para a aplicação de qualquer teoria sobre a justiça distributiva ou os direitos humanos e fundamentais. Nesse campo emergem situações fáticas e tensões éticas de grande complexidade, reveladoras de diversos paradoxos da condição humana e que desafiam um grande esforço normativo e exegético para prover as soluções jurídicas adequadas aos fatos e valores em jogo.

A hipótese assumida no início deste trabalho foi a da complementaridade entre sistemas público e privado de saúde e da necessidade de que o acesso social a ambos fosse provido de maneira equitativa. No esforço de testar a hipótese, tratou-se nas seções antecedentes, por um lado, das peculiaridades da saúde e do direito à saúde e, por outro, das soluções e limitações oferecidas pelo paradigma liberal, que inspira o sistema privado de saúde, e pelo paradigma social, o qual inspira o sistema público de atenção à saúde, nas respectivas tarefas de prover a alocação de recursos sanitários escassos.

Nesta seção, abordar-se-ão alguns dos fatores que determinam ou confirmam a conveniência de sistemas plurais de atenção sanitária, público e privado, na perspectiva da promoção da universalidade e equidade no acesso às ações e serviços que tais sistemas visam prover, tendo por base as características do sistema de saúde adotado no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

7.1 DESAFIOS FÁTICOS NA UNIVERSALIZAÇÃO DA ATENÇÃO À SAÚDE

O sistema público de saúde de caráter universalista no Brasil é ideia nascida no bojo do movimento sanitarista, conforme visto na subseção 2.2.1, e acolhida pela Constituição de 1988²⁷⁶, tornando-se a experiência pioneira, no país, de política social universalizante, com vocação inequivocamente redistributiva, já que todo cidadão passaria a ter acesso à atenção sanitária, financiada pelo orçamento fiscal e previdenciário, independentemente de qualquer contribuição ou contrapartida, considere-se ademais que estes orçamentos sejam suportados

²⁷⁶ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifo nosso)

por um sistema tributário informado pela progressividade, para caracterizar um sistema de redistribuição de rendas.

A mesma Constituição admitiu também, expressamente, a exploração dos serviços de saúde pela iniciativa privada²⁷⁷, e, decorridos vinte anos da promulgação da Constituição, a despeito do notável desenvolvimento do sistema público de saúde brasileiro, a universalização pretendida adquiriu algumas características curiosas.

Paulo Faveret Filho e Pedro Jorge de Oliveira, já em 1990, apontavam o fato de que o projeto de reforma sanitária brasileira, apesar de estar implicitamente inspirado no modelo inglês de universalização com predominância do setor público, tendia estruturalmente para o modelo norte-americano de predomínio do setor privado e ação estatal compensatória. O resultado concreto desse processo, entretanto, indicava que os caminhos trilhados pelo sistema brasileiro incluíam “graus significativos de redistribuição, não previstos por seus reformadores”²⁷⁸.

Os autores explicam o processo da seguinte maneira: a viabilização do desenvolvimento do setor privado de saúde, a partir da década de 70 do século passado, através de uma nova forma de financiamento, os planos e seguros de saúde, permitiu uma crescente autonomia do setor privado em relação ao setor público. Por outro lado, no setor público, a transição do sistema contributivo para o sistema universalista, sem a correspondente expansão da oferta de serviços, determinou a incidência de vários “mecanismos de racionamento”, tais como queda da qualidade do serviço, demora no atendimento, filas de espera, etc. O dois fatos combinados implicaram a exclusão do sistema público de segmentos sociais de maior poder aquisitivo, que passaram a buscar o sistema privado. A esse fenômeno, que Faveret Filho e Oliveira denominam *universalização excludente*, os autores atribuem a viabilização da função redistributiva inicialmente prevista no modelo da reforma sanitária. Nas palavras dos autores:

Portanto, a Universalização no caso brasileiro, dadas as suas especificidades parece estar assumindo a função, não de incluir os segmentos sociais na alçada do atendimento público de saúde, mas de garantir o atendimento aos setores mais carentes e resistentes aos mecanismos de racionamento. Com essa caracterização específica do processo de universalização, ou seja, excluindo para o subsistema privado os segmentos médios em diante, abre-se espaço para que o Estado se capacite a atender mais eficientemente os setores sociais que continuaram possuindo no subsistema público o seu referencial básico de assistência.²⁷⁹

²⁷⁷ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

²⁷⁸ FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, n. 3, p. 140, jun. 1990.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 155.

Embora se deva reconhecer a ocorrência do mecanismo descrito pelos autores, há que se fazer algumas observações quanto à interpretação destes, a começar pela denominação “universalização excludente”, que, como visto, refere-se à saída de segmentos sociais de maior poder aquisitivo do sistema público.

Primeiro, porque a saída desses segmentos do setor público é contrabalançada pela entrada de segmentos muito mais amplos na população brasileira²⁸⁰, antes não contemplados. Depois, porque, considerando o sistema público de saúde no todo, não houve propriamente qualquer exclusão de segmentos, pois aqueles, em tese, excluídos, na verdade, apenas migraram do subsistema público para o subsistema privado e, como será visto na sequência, tratam-se de sistemas de diferentes modos acoplados, incidindo muitas formas de financiamento do setor privado pelo setor público.

Processos semelhantes, dentro de suas peculiaridades históricas, ocorreram também na evolução dos modelos paradigmáticos inglês e norte-americano. Esses modelos sofreram e sofrem alterações ao longo do tempo que vão modificando sua concepção original.

O modelo inglês de universalização com predomínio do setor público, que possui sua origem no segundo pós-guerra²⁸¹, embora tenha persistido até os dias atuais, passou a conviver com experiências no campo dos serviços privados a partir da década de 70 do século XX como forma de acomodação da demanda à oferta de serviços e com a oferta de serviços complementares oferecidos com preços diferenciados e também atendendo à reivindicação dos usuários por maior liberdade de escolha. Passou a admitir, por exemplo, a utilização privada de leitos públicos mediante o pagamento de taxas adicionais pelo atendimento particularizado²⁸².

Já o sistema norte-americano, que sempre privilegiou o espaço privado como o *locus* por excelência da autorregulação entre oferta e demanda de serviços em saúde, passou, na década de 60 do século passado, a sofrer pressões do movimento pelos direitos civis (*The Civil Rights Revolution*), que resultaram na criação, em 1965, de dois programas governamentais. Um de caráter contributivo, com vistas a viabilizar o acesso de idosos aos

²⁸⁰ “[...] o Estado [...] continua sendo responsável por um sistema nacional de saúde que oferece cobertura ampla para cerca de 75% da população.” (MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil**: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 285.) “O SUS atende a 80% da população brasileira, aproximadamente 150 milhões de pessoas, e consome 45% do total de gasto com saúde no país. Enquanto o setor de saúde suplementar, representado pelos planos de saúde, tem 40 milhões de usuários, que representam 20% da população e consomem 55% desse total de gastos.” (MIRANDA, Aloísio Tibiriçá. **SUS completa 20 anos, mas não implanta seus princípios fundamentais**. Disponível em: <http://www.crmpr.org.br/lista_ver_artigo.php?id=153>. Acesso em: 22 jul. 2009.)

²⁸¹ O Serviço Nacional de Saúde (National Health Service – NHS) foi criado em 1948, inaugurando o Estado do Bem-Estar Social inglês.

²⁸² FAVERET FILHO; OLIVEIRA, op. cit., p. 142-143.

serviços de saúde, o *Medicare*; e outro de caráter assistencial, voltado ao atendimento dos indivíduos comprovadamente sem condições de acesso aos serviços oferecidos pelo mercado, o *Medicaid*²⁸³.

A ação estatal nos Estados Unidos, entretanto, continuou a se limitar a grupos sociais bastante específicos e restritos, absolutamente incapacitados ao acesso à atenção sanitária através do mercado. O modelo privado de atenção à saúde norte-americano, entretanto, sofre intensa crítica pelo fato notório de incorrer em alto custo e baixa eficiência²⁸⁴. As pressões internas mais recentes sobre o governo norte-americano parecem determinar a orientação para uma maior atuação estatal, principalmente pela via dos subsídios ao seguro privado de saúde, visando beneficiar determinados segmentos sociais²⁸⁵.

O fenômeno observado, quer no modelo brasileiro, quer nos modelos paradigmáticos que o inspiram, apenas revela a importância da dinâmica da participação pública e privada na configuração de um sistema nacional de saúde, que é também fruto da evolução histórico-cultural da sociedade envolvida.

²⁸³ “Este processo culmina durante o movimento pelos direitos civis dos anos 60, quando o Congresso aprova o Ato dos Direitos Civis de 1964, provavelmente a legislação mais progressiva da história norte-americana. O ato proibia a discriminação em acomodações públicas, escolas e serviços de saúde. O que tornou possível em 1965 a legislação do Medicaid-Medicare, que conduzirá à melhoria do estado de saúde de afro americanos e de outros grupos étnico-raciais minoritários.” (“This process peaked during the civil rights movement of the 1960s, when Congress passed the Civil Rights Act of 1964, probably the most progressive legislation in American history. The act outlawed discrimination in public accommodations, public schools, and health care facilities. It also made possible the Medicaid-Medicare legislation of 1965, which led to improved health status of African Americans and other racial and ethnic minority groups.” (ENCYCLOPEDIA.COM. **Civil Rights Act of 1964**. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3404000183.html>>. Acesso em: 22 jul. 2009. (tradução nossa))

²⁸⁴ “Um dos exemplos notórios do alto custo dos sistemas privados de seguros na área da saúde é o caso dos Estados Unidos, que gastam 14% do seu PIB com esse setor, deixando de fora pelo menos 40% da sua população, ao passo que o sistema inglês gasta cerca de 6% do seu PIB com um sistema público universal de saúde.” (SOARES, Laura Tavares. O público e o privado na análise da questão social brasileira. In: HEIMANN, Luíza Sterman; IBANHES, Lauro Cesar; BARBOZA, Renato (Org.). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec; OPAS; IDRC, 2005. p. 63.) “O custo de saúde *per capita* nos Estados Unidos ultrapassa o de muitos outros países desenvolvidos. [...] Embora nos Estados Unidos os custos sejam maiores, estes não garantem um maior acesso aos serviços médicos do que em outros países. Em 2004, havia 45.8 milhões de americanos sem cobertura de atenção à saúde.” (“Per capita health care cost in the United States surpasses that of most other developed countries. [...] Despite this, U.S. cost are high, they have not enabled greater access to medical care in the United States than elsewhere. There were 45.8 million Americans without health care coverage in 2004.”) (PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth O. **Redefining health care**. Harvard Business School Press, 2006. p. 17. (tradução nossa))

²⁸⁵ O sistema americano de seguro privado de saúde acaba favorecendo os empregados em grandes empresas em face do poder negociação destas no estabelecimento de coberturas abrangentes a preços razoáveis. Os subsídios públicos seriam direcionados a indivíduos e empresas pequenas, para que estes tenham acesso a planos de saúde similares aos disponíveis para os grandes empregadores.

7.2 AS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE

A atenção à saúde, no Brasil atual, é quase integralmente financiada pelo seguro, público ou privado, de saúde. A expressão *saúde suplementar*, usada no Brasil para designar a assistência privada de saúde refere uma classificação, usual no setor, que reconhece três possibilidades de relações entre o seguro público e privado:

Alternativa: permite a opção para que o cidadão escolha entre seguro público ou privado.

Complementar: supõe a existência e a limitação de cobertura do sistema público. O seguro privado complementa a cobertura de determinados serviços.

Suplementar: existe um serviço público de caráter obrigatório e é permitida a opção de pagar um seguro privado a despeito da manutenção da obrigatoriedade da contribuição para o seguro social.²⁸⁶

A cobertura da seguridade social brasileira, no que à saúde se refere, implica a cobertura integral pelo seguro público, decorrente da opção pela universalidade da assistência. Sendo que, a esta cobertura integral, se superpõe a possibilidade de cobertura pelo seguro privado e, obviamente, a possibilidade de pagamento dos serviços diretamente pelo usuário.

Há que se atentar para algumas particularidades da complexa relação público-privada. Existem diferentes formas pelas quais os subsistemas público e privado de saúde interagem entre si. Discutir-se-ão neste tópico algumas dessas interações, com base no modelo brasileiro pós-Constituição de 1988.

Um fato inicial a ressaltar são as formas pelas quais o sistema público financiou e continua financiando a capitalização do sistema privado. O financiamento público indireto está na própria origem e fortalecimento do sistema privado empresarial de saúde, como já mencionado na subseção 2.2.1. Como assinala Favaret e Oliveira, as empresas privadas de serviços de saúde cresceram em um ambiente de estufa²⁸⁷. A partir de 1964, o sistema de saúde brasileiro assumiu um modelo médico assistencial que privilegiou a subcontratação de serviços dos produtores privados, filantrópicos e lucrativos. A partir de 1978, a opção privatista tornou-se clara com a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps). Por um lado – a Previdência Social cobria grande parte do

²⁸⁶ BAHIA, Lígia. **Mudanças e Padrões das Relações Público-Privado: Seguros e Planos de Saúde no Brasil**. 1999. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ), Rio de Janeiro, p 97.

²⁸⁷ FAVARET, op. cit., p. 148.

custeio dos serviços privados²⁸⁸ –, enquanto, por outro lado, o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS)²⁸⁹ financiava a expansão da rede privada.

Mas o crescimento do setor privado com subsídio público não tem apenas sua faceta histórica. Também, como já exposto na seção 4, o setor público continua a financiar o crescimento do setor privado contratando e terceirizando serviços de saúde por meio de diversos instrumentos, em especial os concebidos no bojo da reforma de Estado neoliberal através da terceirização de serviços, a exemplo da utilização das organizações sociais, figura criada pela Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Há ainda outras formas indiretas de subsídio do sistema privado pelo público, entre os quais a renúncia tributária em relação ao imposto de renda dos valores pagos ao setor privado de saúde. Existe ainda uma seleção entre serviços que serão demandados ao sistema público e os que serão demandados ao setor privado. O seguro privado cobre os riscos cuja cobertura se apresenta economicamente rentável, deixando-se para o setor público os não-rentáveis, que irão concorrer, no setor público, com os demais serviços, atinentes aos outros níveis de atenção. É o que ocorre em alguns níveis da atenção básica preventiva, como as campanhas de imunização, com a assistência farmacêutica, não coberta pelas empresas de saúde suplementar, e com alguns níveis de atenção que exigem alta tecnologia, por exemplo, os transplantes de órgãos, realizados quase exclusivamente pelo sistema público.

A utilização do serviço público pelos beneficiários de planos e seguros privados, em procedimentos que deveriam ser por estes cobertos, determinou a criação da figura do *Ressarcimento ao SUS*, através do dispositivo inserto na Lei Federal nº 9.656, de 03 de junho de 1998²⁹⁰. Os dados pertinentes às internações hospitalares e aos procedimentos de alta complexidade realizados no SUS são cruzados com dados dos beneficiários de planos e seguros de saúde, pela Agência Nacional de Saúde (ANS), que, ao identificar a utilização do

²⁸⁸ “A maior parte das internações realizadas no país era financiada pela Previdência Social, a maioria delas (mais de 90% durante toda a década de 70) sendo comprada aos hospitais privados. Apenas cerca de 16% do total de internações realizadas na segunda metade da década de 70 eram feitas em hospitais públicos. Progressivamente os serviços hospitalares comprados de terceiros vão representando a quase totalidade dos gastos com a assistência médica previdenciária, representando, em média, 90% da despesa geral do INPS no período de 1969 a 1975.” (MENICUCCI, 2007, p. 82)

²⁸⁹ “Um instrumento importante para concretizar essa política [privatização da assistência médico hospitalar] foi o financiamento público a hospitais privados por intermédio do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), criado pela lei 6.168, de 9/12/74, [...] empréstimos a juros baixos beneficiaram o setor privado, proporcionando impulso à remodelação e ampliação dos hospitais da rede privada no eixo Rio-São Paulo.” (Ibid., p. 82-83)

²⁹⁰ “Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras a que alude o art. 1º os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.”

sistema público pelo beneficiário do plano privado, deverá cobrar da respectiva operadora de seguro-saúde o ressarcimento ao SUS.

O sistema público, ao oferecer atenção integral, engloba também procedimentos de alta complexidade ou inovadores, assistência farmacêutica e outros serviços não-cobertos pelo seguro privado de saúde. São tratamentos que, no financiamento do sistema público, concorrem por recursos com os demais níveis de atenção. Esse fato possui claras implicações sobre a equidade no acesso, em face da maior facilidade de acesso da população de maior renda, inclusive pela via jurisdicional, a essas prestações de alto custo não-cobertas pelo setor privado e que competirão com a atenção primária no setor público, o qual atende basicamente a população excluída daquele mercado.

Daí um dos aspectos da necessidade de que os princípios que visam realizar o direito à saúde e garantir a equidade e justiça no acesso passem a reger não apenas a relação vertical entre o Poder Público e o cidadão usuário do sistema de saúde público, mas também a relação horizontal de prestação contratual dos serviços de saúde privados, os quais também são reconhecidos pela Constituição Federal como serviços de relevância pública²⁹¹, a fim de que a exploração econômica do setor cumpra a função social a que se destina.

7.3 A JUSTIFICAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DOS SISTEMAS PLURAIS DE ATENÇÃO

A questão ética do acesso social universal à atenção sanitária, pela contiguidade com as questões relacionadas à vida e à dignidade da pessoa humana, tem sido objeto da Bioética, campo de estudo e conhecimento que se origina na busca de reconciliar as ciências biológicas com os valores éticos²⁹², e vai adquirindo as características de um campo multidisciplinar preocupado com os projetos de tolerância da diversidade e de reconhecimento da pluralidade moral da humanidade²⁹³.

Nesse contexto de pluralidade moral, um impasse que particularmente interessa a este estudo é aquele que ocorre entre a necessidade de preservação da liberdade individual no exercício da prudência em relação aos cuidados com o próprio corpo e mente e a necessidade

²⁹¹ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

²⁹² POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

²⁹³ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 67.

de proteção social para que o acesso a tais cuidados seja o mais amplo e justo possível; impasse permeado pela questão da escassez de recursos materiais e da repartição dos encargos e benefícios da colaboração social. Uma proposta frequente que emerge na discussão bioética do tema é a da combinação de um subsistema público de atenção à saúde, garantindo um mínimo de atenção universalizável, com um subsistema privado, assegurando a margem de eleição e autonomia individual.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress, após analisar diferentes conceitos de justiça e sua aplicação à questão da atenção sanitária²⁹⁴, oferecem o conceito do *mínimo decente* (*decent minimum*) como um compromisso possível entre libertaristas, utilitaristas, igualitaristas e comunitaristas, ao incorporar algumas premissas morais que cada uma dessas teorias acentua. O direito a um *mínimo decente* de atenção em saúde como ponto de vista moderado requer acesso universal e equitativo apenas aos cuidados fundamentais de saúde e aos recursos a eles relacionados. Segundo os autores:

Com este fim, a abordagem do mínimo decente garante aceitação de duas ordens de sistemas de atenção em saúde alinhados: impõe uma cobertura social para necessidades básicas ou resultantes de eventos catastróficos (ordem 1), juntamente com uma cobertura privada e voluntária para outras necessidades e desejos de atenção em saúde (ordem 2). Na segunda ordem, serviços melhores, tais como hotelaria hospitalar de luxo, odontologia estética, estão disponíveis para compra a custo pessoal. A primeira ordem distribui atenção em saúde baseada na necessidade e reconhece necessidades para o acesso universal a serviços básicos. Esta ordem presumivelmente cobre no mínimo as proteções à saúde pública, ao cuidado preventivo, ao cuidado primário, aos cuidados a doenças graves e serviços sociais especiais para pessoas com deficiências. Nesta concepção, as obrigações da sociedade não são ilimitadas, mas recaem sobre um modelo geral de uma rede segura para todos.²⁹⁵

Assim, para os utilitaristas a proposta seria útil ao minimizar a insatisfação pública e maximizar a utilidade social e permitir que as decisões alocativas sejam também baseadas na prudência individual e em análises de custo-efetividade, e não exclusivamente no critério da necessidade. Para os igualitaristas o *mínimo decente* não deixa de significar um princípio de igualdade no acesso ao sistema. A proposta comunitarista²⁹⁶ também não restaria

²⁹⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 241-248.

²⁹⁵ “To this end, the decent-minimum approach entails acceptance of a two-tiered system of health care: enforced social coverage for basic and catastrophic health needs (tier 1), together with voluntary private coverage for other health needs and desires (tier 2). At the second tier, better services, such as luxury hospital rooms and optional, cosmetic dental work, are available for purchase at personal expense. The first tier distributes health care based on need, and meets needs by universal access to basic services. This tier presumably covers at least public health protections and preventive care, primary care, acute care, and special social services for those with disabilities. In this conception, society’s obligations are not limitless but fall under a general model of a safety net for everyone.” (Ibid., p. 260)

²⁹⁶ Corrente na teoria da justiça que entende que princípios e práticas de justiça só adquirem significado no contexto da tradição e costumes padrões de uma comunidade. Conferir: WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003.

negligenciada, já que um consenso social sobre valores, ainda que apenas grosseiro e incompleto, seria exigido por um sistema prático ao definirem-se com maior ou menor abertura os níveis de cobertura básica. Finalmente, os libertaristas encontrariam uma oportunidade substancial para a produção e distribuição pelo mercado livre. O sistema de duas ordens proveria oportunidades de atenção em saúde para indigentes que de outra maneira não estaria disponível, mas deixa uma ordem para livre escolha e caridade. Ademais, várias formas de competição e incentivos poderiam ser usadas como ferramentas para aumentar a produtividade do sistema e a qualidade da atenção em saúde.

H. Tristram Engelhardt Jr., embora mais identificado com a perspectiva liberal de privilégio da liberdade e autonomia individual, propõe também um sistema de “assistência à saúde” de “várias camadas” como um compromisso entre a liberdade de contratar os serviços de saúde que o cidadão deseje segundo a importância que dá a estes, com a garantia de atenção mínima fundada na “solidariedade social geral:

Uma tarefa bastante séria é decidir como definir e proporcionar um nível mínimo decente ou básico de assistência como piso de apoio para todos os membros de uma sociedade, ao mesmo tempo em que se permite que o dinheiro e a livre escolha permitam formar camadas especiais de serviços para os mais bem aquinhoados.²⁹⁷

A proposta do autor, portanto, é pela divisão da atenção sanitária, em uma parte básica e primária, de acesso universal, e em outra sujeita às regras de regulação da oferta e da demanda no acesso pelo mercado. Chega a essa proposta após analisar os princípios da permissão e beneficência²⁹⁸ e a questão do direito à propriedade. Tais sistemas funcionariam de forma a minimizar, posto que impossível eliminar, as tragédias da natureza, assim como as decisões baseadas no egoísmo das pessoas, constituindo-se em um projeto destinado a aliviar as ansiedades do indivíduo associadas ao medo da incapacidade, do sofrimento, das enfermidades e da morte.

Engelhardt, na defesa da autonomia, chega mesmo a propor um princípio da alocação de recursos para a “assistência à saúde”, expresso da seguinte forma: “As pessoas têm liberdade para comprar a assistência à saúde que podem comprar e fornecer assistência a outros que desejem, ou vendê-la”. Esse princípio reconheceria, entre outras, a seguinte restrição moral: “As inadequações em assistência à saúde são moralmente inevitáveis, porque os indivíduos são livres e diferem quanto à abrangência de suas necessidades e recursos”.

²⁹⁷ ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. 3. ed. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 2008. p. 483.

²⁹⁸ Pelo princípio da permissão, a justiça é, acima e antes de tudo, dar a cada um o direito de ser respeitado como indivíduo livre, incluindo-se as questões relativas à sua própria saúde. Pelo princípio da beneficência, a justiça se traduz na realização do bem, segundo uma particular interpretação da moralidade, justiça ou imparcialidade, antes que o atendimento da vontade do indivíduo. (Ibid., p. 479-480)

Indica também uma máxima correspondente: “Dê àqueles que precisam ou desejem a assistência à saúde pela qual eles, você e outros estejam dispostos a pagar ou oferecer gratuitamente”²⁹⁹.

No Brasil, um dos grandes temores do movimento pela reforma sanitária era de que a bipartição do sistema e a priorização da atenção pública aos segmentos populacionais menos favorecidos originasse um sistema público para os pobres ou um duplo padrão de qualidade em saúde, um para os ricos e outro para os pobres.

É um temor fundado. A migração do sistema público para o privado de segmentos com maior poder aquisitivo, com a priorização do atendimento público à população mais carente de acesso, poderia determinar, para o sistema público, a perda da capacidade de mobilização política e vocalização de demandas dos segmentos mais favorecidos da população. Este, entretanto, é um temor que precisa ser enfrentado e não deve inibir a ousadia em conceber soluções que preservem o caráter distributivo do sistema público de saúde, priorizando, portanto, as camadas da população com menos possibilidades de acesso aos serviços de saúde.

A fundamentação de um sistema público seletivo encontra respaldo no próprio conceito de direito social, que envolve a ideia da seletividade inclusiva, como visto na seção 6 desta dissertação³⁰⁰. Os objetivos da Conferência de Alma-Ata também orientavam para a universalização de uma atenção primária (básica) em saúde, visando a sua universalização em termos globais, como exposto na subseção 2.2.1. O ordenamento constitucional brasileiro não deixa de acolher o princípio da seletividade nas prestações atinentes à seguridade social, entre as quais figuram as alusivas à saúde³⁰¹.

De acordo com o exposto previamente neste estudo, indicam a razoabilidade de se adotar um sistema nacional de atenção à saúde que combine os setores públicos e privado na prestação da atenção à saúde: a natureza das necessidades humanas de atenção à saúde, as quais admitem uma hierarquização, conforme visto na subseção 2.1.3; a necessidade de se garantir certa margem de liberdade individual e autonomia na eleição dos cuidados em saúde almejados pela população destinatária, como verificado em 2.1.1; a necessidade de racionalidade na alocação de recursos, com mecanismos de alocação que considerem,

²⁹⁹ Ibid., p. 488-489.

³⁰⁰ “O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Dossiê judiciário**, n. 21, p. 116-25, mar.-maio. 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>>. Acesso em: 27 fev. 2002.

³⁰¹ “Art. 194. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e atendimento; [...] III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.”

segundo exposto na seção 3; a necessidade de respeito às particularidades individuais e grupais na promoção da equidade, conforme visto em 6.1.1; a necessidade de estender também ao particular e à iniciativa privada as responsabilidades e obrigações pertinentes aos direitos fundamentais sociais, conferindo a estes uma eficácia horizontal, de acordo com o abordado na seção 4; a necessidade de garantir a igualdade material, pelo tratamento diferenciado em razão das necessidades e situações também diferenciadas na população destinatária, como visto em 6.1.2; e, por fim, mas não menos importantes, as condições fáticas em torno do desenvolvimento sistema de atenção à saúde brasileiro, conforme explanado em 7.1.

A forma como esses setores serão combinados no objetivo de preservar a igualdade e justiça no acesso é uma pauta a ser construída e que, na verdade, já vem sendo elaborada nestes vinte anos da experiência brasileira de atenção universalista. Por um lado, com a estruturação de um sistema público nacional de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS), com base em sua previsão constitucional e na regulação infraconstitucional através da Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Por outro, com a experiência da regulação estatal do setor privado, principalmente a partir do marco regulatório do setor com a Lei Federal nº 9.656, de 03 de junho de 1998, e com a o advento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

7.4 CONVERGÊNCIAS: SERVIÇO PÚBLICO E REGULAÇÃO PRIVADA DA SAÚDE

A tutela jurídica do direito à saúde como direito social, nos primeiros momentos após a sua constitucionalização, era normalmente dividida em duas esferas: a pública e a privada.

Na esfera pública, a tutela se desenvolveu, como descrito na subseção 2.2.3, pelo reconhecimento da existência de um dever estatal de garantir a saúde a todos em correspondência com o direito subjetivo público à saúde, individual e coletivamente exercitável em face do Estado.

Na esfera privada, talvez devido à tradição civilista até pouco predominante na cultura jurídica do país, a tutela se deu, inicialmente, em face da proteção contratual. Logo seguida pela especial proteção consumerista, que também vinha de receber assento constitucional em 1988, ganhando impulso com a edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pela Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Porém, não tardou a evidenciar-se a necessidade de uma proteção específica e setorial em relação ao mercado dos planos e seguros de saúde, o qual, como vimos, cresceu sobremaneira após a universalização do sistema público. A formação do marco regulatório, com a Lei Federal nº 9.656, de 03 de junho de 1998, resultou da pressão de vários atores sociais, nem sempre com objetivos convergentes, mas que poderiam se beneficiar da regulação: usuários dos planos, trabalhadores do setor de saúde, conselhos profissionais, associações e órgãos de defesa do consumidor e dos próprios empresários do setor que almejavam uma disciplina do mercado. A tutela jurisdicional evoluiu finalmente para o reconhecimento de que os direitos e deveres no âmbito setorial da saúde suplementar também se fundam no direito fundamental social à saúde.

A regulação do setor trouxe vários avanços sob o ponto de vista da proteção nos termos anteriormente referidos. Com ela houve: a criação de planos de referências e padronização de coberturas, não permitindo mais a segmentação da cobertura nos níveis antes praticados e favorecendo a informação para o consumidor; a proteção contra a rescisão unilateral do contrato, com a contemplação do direito de aposentados, desempregados e recém-nascidos, limitando prazos de carência e proibindo algumas restrições abusivas, como a limitação da internação hospitalar.

Com a criação e o funcionamento da ANS, outras proteções foram sendo viabilizadas, entre elas: a garantia da mobilidade (ou portabilidade dos planos e seguros de saúde), possibilidade de comparação entre as diferentes operadoras com a criação do Índice de Desempenho da Saúde Suplementar (IDSS), adoção de programas de incentivo à promoção da saúde e ações preventivas.

A regulação econômica e social do setor de saúde suplementar, sem dúvida, converge para a proteção dos fundamentos constitucionais alusivos à dignidade da pessoa humana no âmbito privado. Porém a discussão do próprio papel da saúde suplementar, especialmente no contexto mais amplo do sistema de saúde e das suas relações fáticas e jurídicas com o sistema público em suas funções redistributivas visando à promoção da equidade, é, e continuará sendo, uma pauta aberta.

Nilson do Rosário Costa e José Mendes Ribeiro apontam que a combinação entre os objetivos da política redistributiva e os objetivos da política regulatória é questão crucial no campo da provisão de bens cuja oferta direta pelo mercado é controversa, como é o caso da saúde, e indicam uma dificuldade estrutural de conciliação dessas políticas:

[...] a redistribuição, por exemplo, é uma política pública de jogo de soma zero, produzindo vencedores e perdedores da decisão pública. Implica a transferência direta de rendas ou benefícios de um segmento social a outro. As políticas

regulatórias são políticas de soma positiva, ou seja, podem ser operadas pelos agentes públicos na perspectiva de que todos os setores afetados pela intervenção do governo sejam ganhadores pelo bem público gerado.³⁰²

Pelo exposto na presente seção, entretanto, embora ao sistema público reste a obrigação indeclinável de exercer a função distributiva, nada impede que o sistema privado seja um coadjuvante na tarefa, quer pelas conexões existentes entre os dois sistemas a serem progressivamente desenvolvidas no sentido de promoção do acesso justo.

A horizontalização dos direitos fundamentais na seara do setor privado de saúde é uma das formas em que pode e deve evoluir a proteção da saúde no âmbito privado. Princípios como o da universalidade e equidade no acesso, da integralidade da atenção e outros não devem ser pensados restritivamente em relação ao setor público, embora neste devam ser absolutamente sobressalentes. Também no setor privado cabe falar em acesso universal e equitativo, ainda que com base contratual e remuneratória, por exemplo, se forem consideradas as vedações à discriminação no acesso aos planos e seguros de saúde. Da mesma maneira cabe falar em atenção integral pela vedação da segmentação aleatória ou das exclusões abusivas de cobertura. Boa parte da pauta dos problemas a serem resolvidos pelo subsistema público é comum também ao subsistema privado, como a racionalização dos custos e a incorporação tecnológica em saúde.

Um efeito talvez mais difuso, mas não menos importante da regulação e da horizontalização dos direitos fundamentais em sua manifestação na seara da saúde suplementar está precisamente nas possibilidades de organização de uma cidadania ativa³⁰³, em que o usuário/consumidor se converte em agente de transformação da sociedade, pela percepção de que os produtos e serviços de atenção à saúde não constituem meramente uma mercadoria, mas integram aquela soma de recursos sociais que, por sua escassez, exigem responsabilidade na utilização, adotando-se medidas e comportamentos de racionalização dos custos da assistência em benefício de todos³⁰⁴.

³⁰² COSTA, Nilson do Rosário e RIBEIRO, José Mendes. A política regulatória e o setor saúde: nota sobre o caso brasileiro. SIMPÓSIO “REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE”, 2001. **Anais...** Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p 26. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/Simposio.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

³⁰³ “Atribuindo ao poder estatal toda a gama de funções a serem desempenhadas em relação ao setor privado de saúde, os indivíduos esquecem-se do exercício da cidadania e deixam que os fatos sejam projetados para atenderem aos interesses particulares daqueles que dominam a referida seara, não-conscientes de que passam a ser atores desse quadro, caracterizado pela completa mercantilização da saúde. A inércia e omissão dos indivíduos quanto aos desmandos cometidos no campo da saúde suplementar contribuem, destarte, para a instalação da ordem atual.” (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 554.)

³⁰⁴ Conferir também: CORTINA, Adela. **Por una ética del consumo**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2003.

8 CONCLUSÃO

Sociedades reais são complexas, ambíguas e dinâmicas, não menos que os indivíduos que as compõem, demandando agilidade quando se busca, no plano jurídico, soluções às profundas questões fáticas e éticas em torno do desafio distributivo que emerge do processo de cooperação social. Teorias abstratas da justiça ajudam a pensar a sociedade e a refletir eticamente sobre seus fenômenos, mas não podem ser confundidas com a realidade concreta que pretendem descrever, refletir e propor.

Teorias distributivas unilaterais, de caráter liberal ou social, normalmente representam visões parciais do fenômeno social, ao enfatizarem, por um lado, a demanda por liberdade e emancipação do indivíduo e, por outro, a demanda por sua proteção em face das adversidades naturais ou sociais a que está sujeito. Teorias unilaterais findam por inclinar-se a visões parciais, tanto dos fundamentos morais que as sustentam como dos resultados obtidos pela ação que orientam.

A presente dissertação buscou constituir-se em uma contribuição para a defesa de concepções plurais sobre a alocação e distribuição dos recursos materiais escassos e dos bens socialmente produzidos e relacionados com as necessidades de atenção à saúde humana. Concepções que devem estar unidas, entretanto, pelo vetor axiológico da promoção da equidade.

Nesse sentido, a presente pesquisa conduziu, a par de conclusões mais específicas tratadas em cada uma das seções precedentes, às seguintes conclusões de caráter geral:

01) A análise do conceito de saúde revela a necessidade de se considerar não apenas as necessidades, mas também os desejos, anseios e ambições humanas no campo sanitário. Revela ainda que a permeabilidade do meio social aos agravos e o fato de que a saúde humana não se resume às funcionalidades físico-biológicas, mas também às funcionalidades mentais e sociais relacionadas com os modos e estilos de vida, determinam que as condicionantes da saúde só possam ser entendidas no espaço social e que a assunção de responsabilidades individuais e sociais por parte dos destinatários da atenção à saúde integrem a própria concepção de direito à saúde.

02) Os esforços direcionados aos avanços da medicina e das ciências da saúde envolvem a participação de toda a sociedade, resultam de esforços comuns que vão da prestação do serviço de saúde à pesquisa em saúde, da formação de recursos humanos à experimentação em seres humanos, resultando no imperativo ético de que, à colaboração

social que envolve a todos os membros da sociedade, corresponda um acesso social igualmente amplo, equitativo e justo ao produto dessa colaboração.

03) A tutela da saúde pelo Direito, perpassa por todas as dimensões dos direitos fundamentais. Como direito de primeira dimensão impõe o dever de respeito à vida e à integridade biopsíquica de toda pessoa humana, protegendo-a de toda indevida agressão. Como direito de segunda dimensão impõe o dever de promoção das condições mínimas que permitam a cada indivíduo o desenvolvimento pleno de suas capacidades para realização de seus projetos de vida. Por fim, como direito de terceira dimensão, projeta-se para além da perspectiva da liberdade e igualdade individual, alcançando, como direito difuso e coletivo, proteger a vida humana digna em sociedade, conectando o tema da saúde à pauta ambiental, ecológica, da preservação da paz e da identidade cultural, entre outras, no campo dos direitos de solidariedade.

04) A efetividade da tutela jurisdicional do direito fundamental social à saúde foi operacionalizada, no Brasil, através do reconhecimento do direito público subjetivo à prestação concreta da atenção à saúde. O direito subjetivo, categoria historicamente desenvolvida no âmbito do individualismo liberal, pode não ser suficiente para a tutela da saúde como direito de segunda e terceira dimensão, especialmente se a prática processual continuar a priorizar a tutela individual sobre a coletiva. Novos instrumentos e práticas processuais são necessários para o maior equilíbrio entre direitos individuais e coletivos na tutela jurisdicional da saúde humana.

05) 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 de recursos materiais necessários ou, em outra perspectiva, a alocação de recursos determina quais direitos serão implementados e quais deixarão de sê-lo em virtude 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. Economia e Direito como mecanismos de organização social, isoladamente, são limitados para consecução de seus fins, fazendo-se necessário a permeação recíproca das lógicas respectivas, visando combinar a racionalidade econômica com a racionalidade ética na utilização de recursos escassos.

06) Uma sociedade justa e solidária procurará minorar a dor e o sofrimento ao buscar alocar socialmente os recursos escassos, evitando as denominadas *escolhas trágicas*. A percepção dessas *escolhas trágicas* em uma sociedade é dependente de mecanismos de acomodação, como a separação entre decisões de primeira ordem (o que e quanto produzir) e

decisões de segunda ordem (para quem produzir), para 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, mantidas ou refeitas.

07) Há distintos modelos pelos quais uma sociedade pode alocar recursos escassos. Dois modelos paradigmáticos antagônicos no desenvolvimento histórico ocidental são os de alocação pelo mercado e de alocação pelo dispêndio público. O primeiro defendido pelo pensamento político-filosófico liberal, privilegia a autonomia e a liberdade dos agentes privados econômicos. O segundo, defendido pelo pensamento político-filosófico social em seus diferentes matizes e intensidades, privilegia também em diferentes matizes e intensidades, a intervenção do Estado na economia. A evolução histórica da humanidade determinou a superação de ambos os modelos como alternativas exclusivas, originando a possibilidade de diferentes combinações entre mecanismos de um e outro modelo.

08) O pensamento liberal relaciona-se mais proximamente com os direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, os que veiculam direitos de proteção à liberdade individual perante o Estado e perante os demais membros da sociedade. O pensamento social relaciona-se mais proximamente com os direitos fundamentais de segunda dimensão, isto é, direitos de prestação voltado a garantir recursos mínimos existenciais a todos os membros da sociedade. Uma terceira dimensão de direitos fundamentais, entretanto, enfatiza a necessidade de se considerar, para além das perspectivas individuais de proteção e prestação social, a necessidade de reconhecimento e implementação de direitos de solidariedade, visando alcançar a vida humana digna em sociedade, com o recíproco respeito aos interesses da sociedade como um todo, por parte de todos os seus membros.

09) O contexto da globalização da economia, da organização dos Estados em blocos políticos transnacionais, a expansão da regulação jurídica internacional dos direitos fundamentais, os limites materiais do poder público na promoção do bem estar social, são alguns dos fenômenos que determinam certa retração da intervenção do Estado na economia. Tal retração, entretanto, há de ser acompanhada de uma correspondente autorregulação privada. O caráter público dos direitos fundamentais sociais não pressupõe o caráter exclusivamente estatal de sua promoção e tutela. Uma das opções que se abrem é a da horizontalização dos direitos fundamentais, isto é, a vinculação não apenas do Estado, mas também dos particulares a sua observância. A horizontalização dos direitos fundamentais também recoloca a pauta dos direitos de solidariedade e dos deveres e obrigações recíprocas entre os membros da sociedade na promoção do bem viver e da vida humana digna.

10) O vetor axiológico da igualdade está presente em quaisquer das dimensões de direitos analisadas. Em termos de sua fundamentação moral, demonstrou-se ser possível, especificamente no campo sanitário, a derivação de um plexo de princípios de justiça fundado na equidade, bem como de um plexo de critérios éticos uniformes e comuns que orientem a distribuição de recursos escassos tanto sob perspectiva liberal, regida pelo mercado, quanto sob perspectiva social, regida pelo dispêndio público.

11) No âmbito do pensamento liberal a equidade está fundada na igualdade das condições iniciais necessárias a preservação da liberdade individual e na promoção da coesão social pelo compartilhamento, por toda a sociedade, de uma concepção comum de justiça na repartição dos encargos e benefícios da cooperação social. A teoria da igualdade liberal de John Rawls subordina, em uma ordenação lexicográfica, o princípio da igualdade ao princípio da liberdade, e, ademais, admite a presença da desigualdade na medida em que desta possa resultar em benefícios de todos, inclusive dos menos favorecidos pela distribuição desigual, em face do princípio da eficiência.

12) Uma das críticas à teoria da justiça como equidade de Rawls como doutrina insuficientemente igualitária, diz respeito a esta ter se fixado na distribuição igualitária de bens primários, o que pode não ser suficiente quando se considera a diversidade dos indivíduos e dos agrupamentos sociais. Amartya Sen propõe como parâmetro sensível para aferir condições de equidade as capacidades e desempenhos (*functionings*). Parâmetro de grande interesse no tema do acesso aos recursos sanitários, uma vez que o próprio conceito de saúde pode ser determinado em termos das possibilidades de utilização das capacidades e funcionalidades humanas para realização dos seus projetos de vida.

13) No âmbito do pensamento social a equidade está fundada na promoção ativa da distribuição e redistribuição de bens socialmente produzidos, visando obter uma igualdade substantiva, de resultados e não meramente de meios, a partir da compensação de déficits e desvantagens existentes ou gerados dentro das sociedades em uma seletividade inclusiva. A promoção da equidade, nestes termos, pressupõe a compreensão das diferenças definidoras das identidades do indivíduo e da sociedade, que como tal devem ser preservadas. A igualdade promovida deve respeitar as distintas necessidades e aspirações dos indivíduos e sociedades. Considerando as características dinâmicas de toda sociedade, a busca da igualdade substancial deve ser objeto de constante construção e reconstrução identitária.

14) A igualdade jurídico-formal, entendida estritamente, exclui a igualdade fático-substantiva e vice-versa. A obtenção ativa da igualdade substantiva na forma descrita no item anterior implica o tratamento desigual sob ponto de vista formal. Há necessidade de

discriminar o faticamente desigual para fins de promover a igualdade fática. O tratamento formalmente igualitário permite aplicação imediata, o tratamento substancialmente igualitário, exige a prévia justificação pela desigualdade que se pretende compensar. A conciliação das duas igualdades, entretanto, deve ocorrer mediante a ponderação, legislativa, administrativa e jurisdicional, entre o caráter garantístico da igualdade formal e o caráter social da igualdade substantiva.

15) O projeto de igualdade substantiva que possa ser normativamente plasmado em um ordenamento jurídico terá que ser realizado pela aplicação da norma ao caso concreto. Especialmente em face das limitações oferecidas pela escassez de recursos materiais, um instrumento da ponderação de grande utilidade é o critério da proporcionalidade como vedação da insuficiência. Por esse critério exige-se que o aplicador do direito (incluindo o legislador que aplica a norma constitucional) esteja limitado não apenas pela vedação do excesso, mas também pela vedação da insuficiência, obrigando-se a alcançar os limites mínimos de efetivação dos direitos previstos.

16) A par dos limites imanentes à promoção da igualdade substancial no paradigma social, determinados pela diferenças que ontologicamente constituem a identidade de indivíduos e grupos sociais, a questão dos limites impostos pela escassez de recursos merece especial atenção pela discussão de um limite por ela imposto à concepção e realização de direitos, bem como pela discussão de uma esfera mínima de proteção dos direitos sociais, através de duas figuras que se convencionou chamar *reserva do possível*, e *mínimo existencial*.

17) Neste trabalho, a *reserva do possível* foi assumida como um critério específico de proporcionalidade a ser utilizado em todo o arco de manifestação do Direito, da previsão normativa abstrata até a aplicação contratual civil, administrativa ou judicial da norma abstratamente prevista, voltado, especialmente no âmbito da saúde, a equilibrar as pretensões individuais e coletivas com os sacrifícios que razoavelmente se pode esperar da sociedade, sob perspectiva eminentemente igualitária. A *reserva do possível* só deveria afastar da tutela pelo Direito, pretensões que malfirmam essa razoabilidade.

18) Por outro lado, há uma esfera de bens que devem ser preservados de forma absoluta perante o Direito, pois sua preterição retiraria do Estado e do próprio Direito a sua razão de ser. Trata-se do *mínimo existencial*, como parcela de prestações a serem garantidas a todos os indivíduos como um requisito mínimo para a vida digna. A distinção entre prestações de saúde essenciais e não essenciais, na perspectiva da dignidade humana, deve determinar

também um núcleo mínimo essencial sanitário que ao tempo que delimita, também colabora para definir e determinar o conteúdo do direito fundamental à saúde.

19) Revelou-se, neste estudo, que os subsistemas público e privado de atenção à saúde podem concorrer para proporcionar sistemas globais mais justos e eficazes na produção de resultados, contemplando a esfera mínima de proteção social, da qual uma sociedade solidária não pode declinar, com a possibilidade de livre exercício da prudência na contratação dos serviços suplementares, também estes regidos por apropriados critérios de equidade no acesso.

20) Demonstrou-se que o Direito, como disciplina das relações humanas, oferece uma ampla gama de recursos para organizar a colaboração social: instrumentos normativos que preveem as abstenções e obrigações do Estado e dos particulares em relação ao direito à saúde; instrumentos hermenêuticos interpretativos que conciliam a norma com seu substrato fático e com os valores que a inspiram; instrumentos jurídico políticos para a formulação, a execução e o controle de políticas públicas; instrumentos de participação e negociação popular na formulação dessas políticas; instrumentos processuais que visem à tutela administrativa e jurisdicional dos direitos assegurados; instrumentos processuais no âmbito das relações privadas; instrumentos processuais de composição entre interesses individuais e coletivos, entre outros.

21) O sistema dual de saúde brasileiro concebido pela Constituição Federal de 1988 tem demonstrado aptidão para resolver diversos aspectos do problema do acesso universal aos serviços de saúde, combinando a atenção universalista através de um subsistema de caráter público, com a flexibilidade oferecida por um subsistema privado e contratual, social e economicamente regulado. O arranjo permite ao sistema, como um todo, garantir o exercício da liberdade individual, sem afastar o imperativo moral da proteção social.

22) A construção de um sistema justo de acesso aos bens sanitários, entretanto, é tarefa que incumbe a toda a sociedade, na permanente construção e reconstrução do próprio conceito de saúde e de direito à saúde, na assunção da responsabilidade individual e social pela utilização dos recursos escassos, na ponderação de compromisso entre a liberdade individual e a proteção social solidária, que devem resultar, em última análise, da evolução histórica e cultural da própria sociedade.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; CASSIOLATO, José Eduardo. **As especificidades do sistema de inovação do setor saúde**: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro. São Paulo: USP, 2000. (Estudos FESBE I).

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde uma discussão a partir da literatura sobre economia e tecnologia. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9 n. 2, p, 277-294, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20385.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA. I Conferencia Panamericana de Educación en Salud Pública. XVI Conferencia de ALAESP. **Informe final**, Rio de Janeiro, ago. 1994.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAHIA, Lígia. **Mudanças e Padrões das Relações Público-Privado: Seguros e Planos de Saúde no Brasil**. 1999. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ), Rio de Janeiro.

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.

_____. **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: 06 jul. 2008.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of biomedical ethics**. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2009.

BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.

_____. **Globalização, equidade e saúde**. Conferência proferida no II Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e saúde” em 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.arsalgarve.min-saude.pt/site/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=258&Itemid=113>. Acesso em: 14 jun. 2009.

BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: reverses de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 327-331.

BRASIL. Ministério da Saúde. Coordenação Geral de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. **Anais da I Conferência Nacional de Ciência e Tecnologia em Saúde – I CNCTS**. Brasília: Coordenação Geral de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 1994. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/anais_conf_nac1.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: desenvolvimento econômico, bem-estar social. São Paulo: Saraiva, 1982.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Dossiê judiciário**, n. 21, p. 116-25, mar.-mai. 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>>. Acesso em: 27 fev. 2002.

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

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.

CAYUSO, Suzana Graciela. El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación. In: FARINATI, Alícia (Coord.). **Salud, derecho y equidad**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 29-45.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 435-445.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil**: políticas e organização de serviços. 4. ed. São Paulo: Cortez; Cedec, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTINA, Adela. **Por una ética del consumo**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2003.

_____. **Ética del consumo**. Disponível em: <<http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

COSTA, Nilson do Rosário; RIBEIRO, José Mendes. A política regulatória e o setor saúde: nota sobre o caso brasileiro. SIMPÓSIO “REGULAMENTAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE”, 2001. **Anais...** Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 22-35. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/Simposio.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JR., Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Temas de teoria da constituição e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 71-112.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 91-100.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

DANIELS, Norman. **Just health care**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOSI, Giovanni. Sources, procedures and microeconomics effects of innovation. **Journal of economic literature**, v. 26, p. 1120-1171, sept. 1988.

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

_____. Justice in the distribution of health care, **McGill Law journal**. v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. 3. ed. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 2008.

FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, n. 3, p. 139-161, jun. 1990.

FIGUEIREDO, Lízia de; NORONHA, Kenya Valéria; ANDRADE, Mônica Viegas. **Os impactos da saúde sobre o crescimento econômico na década de 90**: uma análise para os Estados brasileiros. Belo Horizonte: UFMG; Cedeplar, 2003. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20219.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: M. Fontes, 2006.

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

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: M. Fontes, 2008.

GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa**, n. 22, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

GRIMM, Dieter, **A função protetiva do Estado**: a constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LORENZI, Sabrina. Crise financeira ameaça metas do milênio. **Gazeta mercantil**, São Paulo, 15 abr. 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=9039>. Acesso em: 08 jul. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil**: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

MIRANDA, Aloísio Tibiriçá. **SUS completa 20 anos, mas não implanta seus princípios fundamentais**. Disponível em: <http://www.crmpr.org.br/lista_ver_artigo.php?id=153>. Acesso em: 22 jul. 2009.

MONTT, Julio. **Justicia sanitaria**: análisis del modelo chileno. México: Curso Taller OPS/OMSCIESS, Legislación en salud, 1995.

MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARZT, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 11-25.

NEGRI, Barjas; DI GIOVANNI Geraldo (Org.). **Brasil**: radiografia da saúde. Campinas, SP: Instituto de Economia da Unicamp, 2001.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Alocação de recursos em saúde: considerações éticas. **Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina**, v. 7, n. 2, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/alocarec.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and utopia**. Oxford: Blackwell Publishers, 1974.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 17. Brasília, 2008. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/11_369.pdf>. Acesso em: 20 maio 2008. p. 3721-3744.

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

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth O. **Redefining health care**. Harvard Business School Press, 2006.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: Bridge to the future**. New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. **Derechos y libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano 3, n. 6, p. 411-444, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Nobel, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. 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”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. 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”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

VIDAL, Susana. Introducción general y antecedentes. In: CURSO DE BIOÉTICA CLÍNICA Y SOCIAL DEL PROGRAMA DE EDUCACIÓN PERMANENTE DE BIOÉTICA DE UNESCO. Redbioética-UNESCO, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, ano 2, n. 15, p. 69-99, 2007.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003.

WHO Constitution. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

WORLD BANK. World Development Report 1993: investing in health. Oxford: Oxford University. Disponível em: <<http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006.