



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

Jaqueline Prazeres de Sena

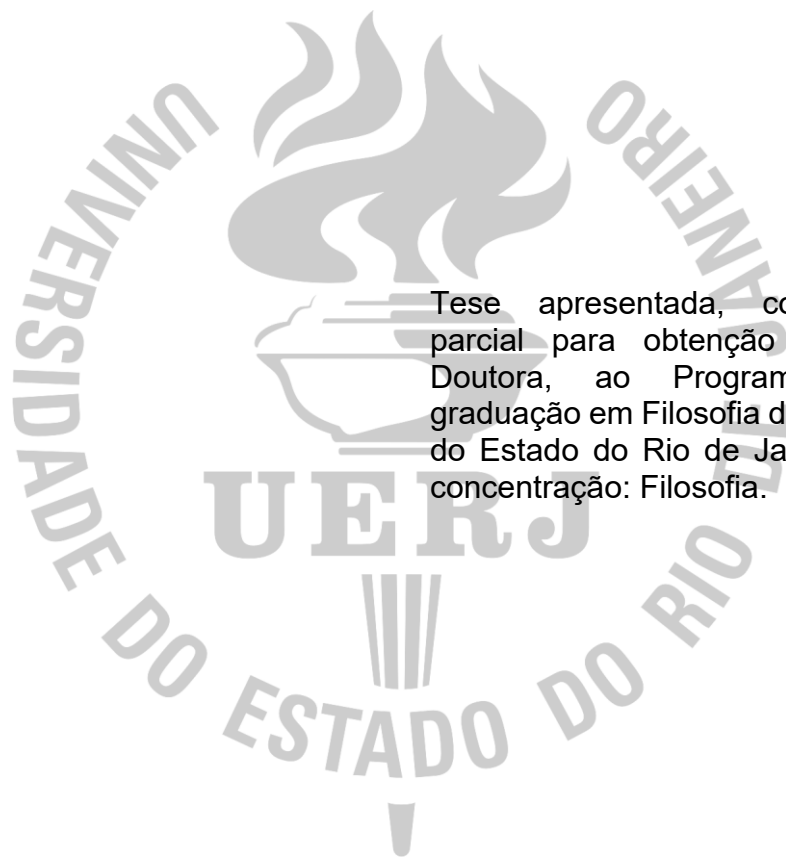
**Ética e saúde: uma análise dos princípios de justiça e dos critérios
utilitaristas em relação ao direito à saúde**

Rio de Janeiro

2022

Jaqueline Prazeres de Sena

**Ética e saúde: uma análise dos princípios de justiça e dos critérios utilitaristas
em relação ao direito à saúde**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Filosofia.

Orientador: Prof. Dr Marcelo de Araújo

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CCS/A

S474 Sena, Jaqueline Prazeres de.
Ética e saúde: uma análise dos princípios de justiça e dos critérios utilitaristas em relação ao direito à saúde / Jaqueline Prazeres de Sena. – 2022.
115 f.

Orientador: Marcelo de Araújo.
Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Ética - Estados Unidos - Teses. 2. Direito à saúde - Teses. 3. Justiça - Teses. 4. Utilitarismo - Estados Unidos - Teses. I. Araújo, Marcelo de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

CDU 17:342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Jaqueline Prazeres de Sena

**Ética e saúde: uma análise dos princípios de justiça e dos critérios utilitaristas
em relação ao direito à saúde**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Filosofia.

Aprovado em 09 de junho de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo de Araújo (Orientador)
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UERJ

Profa. Dra. Taís Silva Pereira
Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da
Fonseca

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Daniel de Vasconcelos Costa
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Delmo Mattos da Silva
Universidade Federal do Maranhão

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

À minha família, especialmente,
Ana Tereza, Maria Luiza e Sofia.

AGRADECIMENTOS

À Deus, Pai de Toda Bondade, pelas bênçãos que me concedeu.

Ao Prof. Doutor Marcelo de Araújo pela atenção, ajuda e incentivo na realização deste trabalho. Que soube com paciência e dedicação me auxiliar a desbravar as complexas questões sobre Ética e Filosofia Política.

Aos Professores da Universidade Estadual do Rio de Janeiro pelos ensinamentos e acolhida aos alunos do Programa DINTER.

Ao Prof. Doutor Natalino Salgado Filho e ao Prof. Doutor Aldir Araújo Carvalho Filho pelo apoio nos momentos mais difíceis da minha vida profissional.

À Profa. Edith Ramos, à Profa. Taís Pareira, ao Prof. Delmo Mattos, ao Prof. Daniel Vasconcelos pela atenção e considerações valiosas na qualificação deste trabalho.

Aos amigos Saulo Martins, Silvio Mesquita e Daniela Arruda pela oportunidade de realizar esse sonho.

Aos meus pais, Adão e Serrate, referenciais de amor, respeito, dedicação e perseverança.

Às minhas filhas Ana Tereza e Luiza e minha sobrinha Sofia por entenderem a minha ausência e por todo amor incondicional nesta vida.

Às minhas irmãs e aos meus amados sobrinhos por todo carinho e alegria.

À minha família do Rio de Janeiro Márcia Helena Soares, Adriano Pessoa, João Guilherme, Maria Eduarda e Maria Antonia pela acolhidade e carinho durante o meu estágio do doutorado.

À família Ramos Paulo Roberto, Márcio Flávio, Eliene, Davi, Paulinho, Miguel e Roberto Paulo pelo apoio durante toda minha profissional. De modo especial, agradeço a José Bernadino e Marlene Ramos (in memoriam), que me apoiaram em todos os momentos. A vocês toda a minha saudade.

Aos amigos Alexandre Moura, Amanda Madureira, Renato Lopes, Ana Carolina, Danilo Mohana, Flavio Soares e Ana Paula pelo incentivo e compreensão nos momentos de ausência.

Aos amigos da Universidade Federal do Maranhão do Programa DINTER, especialmente, Edna, Danielton e Roberto, minha imensa gratidão pelo apoio a mim

dedicado.

Aos amigos da Universidade Ceuma indispensáveis no meu convívio.

RESUMO

SENA, J.P. *Ética e saúde: uma análise dos princípios de justiça e dos critérios utilitaristas em relação ao direito à saúde*. 2022. 115 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A presente tese tem como objetivo o estudo da Ética e do direito à saúde a partir da análise dos princípios de justiça em John Rawls e dos critérios utilitaristas. Põe-se, também em destaque, as ideias principais da teoria da justiça de John Rawls e da teoria utilitarista, propondo uma análise da justiça como conjunto de princípios que rege a definição e distribuição equitativa dos direitos entre indivíduos de uma mesma sociedade. Busca-se com a presente pesquisa compreender o direito à saúde a partir de dois parâmetros: dos princípios de justiça de John Rawls e dos critérios utilitaristas. Essa proposta deve-se ao fato de que, na contemporaneidade as questões sanitárias provocam vários debates no mundo, resultando na necessidade de uma atuação mais efetiva dos organismos internacionais com o objetivo de enfrentar e solucionar os problemas em relação à saúde. Utilizou-se para esta pesquisa o método indutivo, desenvolvendo-se o estudo, do abstrato ao concreto, com a sustentação de diversos procedimentos de pesquisa, de fontes e de sujeitos, interessados nesse processo. Para se alcançar o objetivo dessa pesquisa, a utilização de material bibliográfico visou a um aprofundamento teórico para a efetivação do esclarecimento do motivo da abordagem. Ademais, realizou-se análise documental de forma descritiva e exploratória das normas jurídicas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e do sistema constitucional brasileiro no tocante à saúde.

Palavras-chave: ética; direito à saúde; princípios de justiça; utilitarismo.

ABSTRACT

SENA, J. P.de. *Ethics and health: an analysis of the principles of justice and utilitarian criteria in relation to the right to health*. 2022. 115 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

This thesis aims to study Ethics and the right to health from the analysis of John Rawls' principles of justice and utilitarian criteria. The main ideas of John Rawls's theory of justice and of the utilitarian theory are also highlighted, proposing an analysis of justice as a set of principles that govern the definition and equitable distribution of rights among individuals in the same society. This research seeks to understand the right to health based on two parameters: John Rawls' principles of justice and utilitarian criteria. This proposal is due to the fact that, in contemporary times, health issues provoke several debates in the world, resulting in the need for a more effective action by international organizations in order to face and solve problems in relation to health. The inductive method was used for this research, developing the study, starting from the abstract to the concrete, with the support of several research procedures, sources and subjects interested in this process. In order to achieve the objective of this research, the use of bibliographical material aimed at a theoretical deepening to effectuate the clarification of the reason for the approach. As well, a descriptive and exploratory documentary analysis of the legal norms of the international system for the protection of human rights and the Brazilian constitutional system regarding health was carried out.

Keywords: ethic; right to health; principles of justice; utilitarianism.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	SAÚDE COMO DIREITO HUMANO.....	11
1.1	Direitos Naturais: contexto anterior aos direitos humanos.....	14
1.2	Sistema Internacional dos Direitos Humanos e o Direito à Saúde.....	19
1.3	Constituição Federal de 1988 e o direito à saúde como direito fundamental.....	28
2	PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA EM JOHN RAWLS E O DIREITO À SAÚDE: uma interpretação para o direito à saúde.....	34
2.1	Contratualismo Contemporâneo de John Rawls e a Justiça como equidade	38
2.2	Princípios de Justiça e o Direito à Saúde.....	52
2.3	Princípio da Igualdade de Oportunidades, Universalidade e Escassez de Recursos na Saúde.....	64
3	ÉTICA UTILITARISTA E O DIREITO À SAÚDE.....	78
3.1	Pressupostos Teóricos do Utilitarismo e o Princípio da Utilidade.....	79
3.2	Utilitarismo Contemporâneo e o Direito à Saúde.....	91
	CONCLUSÃO.....	106
	REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

A presente tese tem como objetivo o estudo da Ética e do direito à saúde a partir da análise de critérios utilitaristas e dos princípios de justiça em John Rawls. Essa análise envolve as questões humanas, que são próprias da Filosofia Moral e da Filosofia Política, considerando, ainda, que suas ideias e suas práticas norteiam os comportamentos dos homens, tanto como indivíduos quanto como cidadãos.

No decorrer da história, surgiram algumas doutrinas éticas consideradas fundamentais para a compreensão do comportamento humano, em destaque: a Ética da Virtude (Aristóteles, Alasdair McIntyre), a Ética Deontológica (Immanuel Kant, David Ross, John Rawls) e a Ética Consequencialista (Jeremy Bentham, John Stuart Mill). Enquanto a Ética da Virtude prioriza o valor moral das intenções do indivíduo, a Ética Deontológica eleva o valor moral encontrado nas regras morais. E, em outro sentido, a Ética Consequencialista analisa as consequências do ato sobre o bem-estar do maior número de pessoas (VASQUEZ, 2017).

Põe-se, também, em destaque as ideias principais da filosofia política de John Rawls a partir da obra *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, propondo uma análise da justiça como conjunto de princípios que rege a definição e distribuição equitativa dos direitos entre indivíduos de uma mesma sociedade. Rawls, ao formular uma teoria da justiça, promove uma discussão no plano da Teoria Política, já que Justiça é considerada uma virtude que se refere à estrutura de base das instituições políticas e sociais.

A discussão sobre o direito à saúde está envolta de problemas práticos, cuja solução não se restringe, em regra, a uma pessoa, mas a um número significativo de indivíduos que sofrerão as consequências em relação às ações e decisões a serem tomadas. É em busca da solução dos problemas práticos que os indivíduos recorrem às normas, cumprem os atos a eles determinados, formulam juízos, utilizam-se de argumentos para motivar as suas decisões. Desta forma, torna-se tão importante agir moralmente como pensar nas soluções para os problemas apresentados. Refletir sobre o comportamento prático como objeto do pensamento humano é algo fundamental no período contemporâneo.

Busca-se com a presente pesquisa compreender o direito à saúde a partir de dois parâmetros: dos princípios de justiça na visão de John Rawls e da ética utilitarista contemporânea. Essa proposta, deve-se ao fato de que, na contemporaneidade, as

questões sanitárias têm provocado vários debates no mundo, resultando na necessidade de uma atuação mais efetiva dos organismos internacionais com o objetivo de enfrentar e solucionar os problemas em relação à saúde.

Diante desse contexto, foram estabelecidas metas como: formas de combater a fome e a miséria; erradicar a tuberculose, malária, aids, doenças tropicais; reduzir a mortalidade infantil; promover o acesso aos serviços essenciais de saúde; alcançar o acesso a saneamento e higiene, entre outros. E, por último, a maior ambição da sociedade mundial em relação à preservação da saúde – o fim da pandemia causada pela Covid – 19 (OMS, 2021).

Nessa realidade, a análise do direito à saúde perpassa pela reflexão sobre valores que são necessários à dignidade humana – a igualdade e a liberdade. A igualdade, porque um dos objetivos de uma organização política democrática é conciliar ou garantir direitos iguais a todos em uma sociedade permanentemente desigual, que apresenta iniquidades socioeconômicas e escassez de recursos necessários ao serviço de saúde. E a liberdade pelo fato de que somente num Estado desenvolvido econômico, social e culturalmente o indivíduo será livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social (ONU, 2020).

1 SAÚDE COMO DIREITO HUMANO

Neste capítulo, analisa-se a fundamentação dos direitos humanos a partir da perspectiva contratualista, que conceitua os direitos humanos como direitos morais anteriores à constituição de uma comunidade política (ARAÚJO, 2009, p.1). Recorre-se, também, à análise de documentos internacionais, que proporcionaram o reconhecimento dos direitos humanos e, em específico, o direito à saúde como essencial ao ser humano. E, por fim, discute-se, ainda, a presença do direito à saúde numa perspectiva interna aos estados nacionais, previstos nos respectivos ordenamentos constitucionais.

Na obra *On Human Rights*, James Griffin (2008, p.16) parte da crença de que ainda não há uma ideia clara sobre o que são direitos humanos, devido as suas múltiplas abordagens. A análise dos direitos humanos pode ser realizada pela política, pela dogmática jurídica e pela Ética. Verifica-se que não há um consenso em relação ao conceito de direitos humanos, que parece estar relacionado ao próprio desenvolvimento histórico do termo. Com o advento da modernidade, a noção de direitos humanos perde a referência teológica (adotada pela teologia cristã medieval), surgindo a ideia de que os direitos humanos são frutos da razão humana (GRIFFIN, 2008, p.16). Nesse sentido, o autor pontua que:

O termo “direito natural” (*ius naturale*), em seu sentido moderno de uma prerrogativa da pessoa apareceu primeiramente no fim da Idade Média. Imaginava-se que Deus havia posto em cada um de nós disposições naturais relativas à bondade, disposições essas que dariam origem a preceitos condutores das atitudes. Esses preceitos expressavam leis naturais, das quais derivavam os direitos naturais. O conteúdo teológico da ideia de um direito natural foi abandonado em etapas durante os sécs. XVII e XVIII, quando pensadores progressivamente aceitaram que os direitos humanos estavam acessíveis à razão humana por si mesmos, sem necessitar da crença em Deus. A ideia transpôs a biblioteca para as barricadas no séc. XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, e os franceses marcaram a secularização do conceito ao mudar seu nome de “direitos naturais” para “direitos humanos” (*les droits de l’homme*). Na sua forma secular ao final do Iluminismo, ainda era comum pensar em tais direitos como derivados do direito natural, mas este direito natural até lá reduziu-se grandemente a não mais do que um princípio moral independente do direito e do costume (GRIFFIN, 2008, p. 16, tradução nossa).¹

¹ The term ‘natural right’ (*ius naturale*), in its modern sense of an entitlement that a person has, first appeared in the Middle Ages. God was thought to have placed in us natural dispositions towards the good dispositions giving rise to action-guiding precepts. These precepts expressed natural laws, from which natural rights could be derived. The theological content of the idea of a natural right was abandoned in stages during the seventeenth and eighteenth centuries, when thinkers increasingly accepted that human rights were available to human reason alone, without belief in God. The idea

Griffin (2008, p.17) ensina que existem duas concepções sobre os direitos humanos: a primeira está relacionada a ideia de direitos humanos pelo simples fato de o indivíduo ser humano e a segunda diz respeito à universalidade. Ambas as concepções estão diretamente vinculadas à dignidade da pessoa humana - direitos humanos como proteção da condição de seres humanos. Essa é uma ideia restrita da universalidade, vinculando direitos humanos à concepção ética de humanidade.

Pollmann (2007, p.12) destaca que os seres humanos têm "direitos" que lhes correspondem por natureza ou pelo mero fato de ser humano. O que se faz é oferecer uma explicação filosófica da vida humana e da existência de obrigações morais ou jurídicas que dela derivou. Por outro lado, Araújo (2009, p.9), num primeiro momento, pondera que o conceito de direitos humanos se encontra vinculado às teorias do direito natural do século XVII e que, após celebração de um contrato social, os direitos naturais estariam efetivamente protegidos por uma comunidade política. Direitos naturais entendidos como "certas prerrogativas morais" usufruídas pelos indivíduos não somente perante outros, mas também perante o Estado em que vive.

A expressão "direitos naturais" sustenta-se numa concepção jusnaturalista, direitos ainda não positivados, mas aptos à proteção do homem e válidos em todos os tempos. São direitos que ainda não se encontram nos textos dos tratados internacionais de proteção ou nos documentos constitucionais. Após a inserção dos direitos naturais nas Declarações Internacionais, ocorre o seu reconhecimento como direitos humanos.

Araújo (2009, p. 11) diz que: "Direitos humanos são criações humanas, e não entidades do mundo natural. Mais especificamente, direitos humanos são tipos específicos de direitos morais". O autor ressalta, ainda, que o reconhecimento dos direitos humanos depende de mecanismos presentes em uma comunidade política, como, por exemplo, a Constituição, que traçaria uma forma de garantir a satisfação dos "interesses transcendentais" dos cidadãos. Interesses transcendentais, na visão de Otfried Höffe, consistem em "[...] desejos ou interesses básicos em função dos quais os direitos morais foram criados em primeira instância" (ARAÚJO, 2009, p. 9).

moved out of the library on the barricades in the eighteenth century with the American and French revolutions and the French marked the secularization of the concept by changing its name from 'natural rights' to 'human rights' (les droits de l'homme). In its secular form at the end of the Enlightenment it was often still thought to be derived from natural law, but natural law by then widely reduced to no more than a moral principle independent of law and convention.

O respeito ao ser humano enseja uma demanda pela satisfação das condições básicas (garantia dos direitos à vida, à saúde, à educação, à liberdade de expressão, dentre outros) para uma existência digna, promovendo a busca por valores compartilhados que possam ser descritos sob a rubrica de direitos universais e igualitários (DIAS, 2016, p.5). Trata-se, portanto, de um ideal compartilhado pela humanidade, na medida em que o termo “direitos humanos” reflete “[...] um parâmetro ético universal de agir, que deve ser seguido por governos, instituições e indivíduos” (DIAS, 2016, p. 5).

Os direitos humanos possuem validade "universal", o que torna inadmissível qualquer tipo de discriminação em relação ao ser humano. Em momentos da história, a discriminação era algo comum, considerando que nem todos os seres humanos eram sujeitos de direitos, como exemplo: os escravos, membros de minorias indígenas, trabalhadores, mulheres, crianças, imigrantes ou exilados. Com os conflitos que resultaram na libertação de escravos, nas guerras de independência das colônias, no movimento feminista ou movimentos migratórios após as grandes guerras – exige-se o reconhecimento da ideia de direitos humanos como forma de garantir os direitos de todos os seres humanos (POLLMANN, 2007, p.12).

Na esteira de Jeremy Bentham, deve-se ressaltar a distinção entre o desejo de ter direitos e os próprios direitos, contradição presente nas teorias modernas do contrato social (ARAÚJO, 2009, p.9). De outra forma, pode-se compreender que, antes da formação de uma comunidade política, existe o desejo de ter direitos, mas ainda não existem os direitos. Essa problemática formulada por Bentham é um grande desafio para qualquer explicação filosófica sobre os direitos humanos (ARAÚJO, 2009, p.9).

Deste modo, Jeremy Bentham pode ser considerado o primeiro filósofo que percebeu que as teorias dos direitos naturais confundiam o desejo de ter direitos com os próprios direitos, em razão da ausência de instituições políticas, tanto na esfera nacional como internacional (ARAÚJO, 2020, p.2). O autor salienta que a benevolência, compaixão ou caridade já não eram meios suficientes para garantir a proteção de interesses relativos à integridade corporal, liberdade e propriedade privada, pois há uma necessidade de ter direitos e os meios para reivindicar esses direitos, pois desejar ter um direito não é o mesmo que ter um direito (ARAÚJO, 2020, p.2).

Os direitos humanos, portanto, consistem em um tipo particular de reivindicação

moral, ou seja, uma reivindicação que é dirigida ao estado ou sistema de estados como um todo. Embora os direitos humanos sejam importantes reivindicações morais, considerados um padrão mais importante de moralidade pública nas sociedades democráticas, não há razão para reduzir a moralidade a um discurso de direitos humanos (ARAÚJO, 2020, p.4).

Antes de uma abordagem mais específica sobre os direitos humanos, é necessário analisar o contexto anterior a esses direitos, que pertence à discussão sobre os direitos naturais, fundada na teoria contratualista clássica e, em específico, no pensamento de John Locke.

1.1 Direitos Naturais: contexto anterior aos direitos humanos

Historicamente, os direitos humanos são produtos da época moderna, mais precisamente dos séculos XVII e XVIII, períodos em que residem as teorias tradicionais do contrato social. O contratualismo moderno é uma escola que apresenta como principais expoentes Thomas Hobbes (*Leviatã*), John Locke (*Dois Tratados sobre o Governo Civil*) e Jean Jacques Rousseau (*O Contrato Social*), que defendem uma estrutura teórica básica constituída pelo estado de natureza, contrato social e estado civil, que pretendem explicar o surgimento da sociedade e justificar a autoridade política a partir de um acordo de vontades que põe fim ao estado de natureza e dá início à sociedade civil.

No âmbito da teoria política, foram muitos os conceitos que ganharam sentido e passaram a ser usados de forma associada direta e indiretamente ao contratualismo, tais como: soberania, estado de natureza, estado, poder político, direitos civis, direitos naturais e direitos humanos. Põe-se em destaque os direitos naturais (posteriormente denominados direitos humanos) que, na concepção de Locke (1973, p.20), são direitos cuja validade seria anterior à formação do Estado. Trata-se dos direitos que todo homem possuiria no chamado estado de natureza. Embora a tese segundo a qual todo ser humano seria por natureza sujeito de direitos naturais, não é, na verdade, demonstrada, apenas admitida como autoevidente (ARAÚJO, 2009, p.10).

Nessa esteira, Locke (1973, p.10) entende que o homem, no estado de natureza, goza de uma liberdade plena em que poderá dispor de si mesmo ou de seus bens. Esse estado é regido por um Direito Natural que se impõe a todos, em que toda

a humanidade é consciente de que os homens são livres e iguais, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens. Destemodo, o indivíduo é “[...] obrigado não apenas a conservar sua própria vida [...]” (LOCKE, 1973, p. 12) e não abandonar voluntariamente o ambiente onde vive, mas também, na medida do possível e todas as vezes em que sua própria conservação não está em jogo, “[...] velar pela conservação do restante da humanidade.” (LOCKE, 1973, p. 11). Essa assertiva lockeana nos leva a perceber que as teorias do contrato social tradicionais não foram propriamente tipos de teorias morais, mas, notadamente, tipos de teorias políticas (ARAÚJO, 2009, p.10).

Na visão contratualista, a sociedade civil, como sociedade criada pelo homem de modo convencional, é apresentada como a melhor possibilidade de satisfazer as necessidades humanas e de assegurar o direito dos indivíduos. São direitos que, por meio de um acordo entre homens, podem ser criados em uma sociedade que dispõe do Estado e de leis indispensáveis que visam garantir a própria natureza humana. Na visão de Locke (1973, p.11):

Nenhum homem na sociedade civil pode estar isento de suas leis. Pois, se algum puder fazer o que bem lhe aprouver e não houver nada na Terra a que se possa apelar, para reparação ou segurança, contra qualquer malefício que ele venha causar, pergunto se ele ainda não estaria no mais absoluto estado de natureza, não podendo, portanto, ser parte ou membro dessa sociedade civil, a menos que alguém diga que o estado de natureza e a sociedade civil são a mesma e única coisa, e ainda não encontrei nenhum patrono tão grande da anarquia que chegasse a afirmar isso.

A Teoria de Locke encontra-se na esfera do liberalismo individual assentada em uma sociedade que apresenta um conjunto de direitos naturais existentes no estado de natureza e cuja positivação dependeria de um estado civil para estabelecer formas de limitação à atuação do próprio Estado, no sentido de garantir os direitos naturais.

A teoria política contratualista, no sentido mais tradicional, preocupar-se-ia em justificar a importância da presença de uma comunidade política e, com ela, instrumentos que buscassem proteger valores que são caros aos homens – os seus direitos naturais. Assim sendo, Locke (1973, p.15), quando remete ao contrato social, entende que a única forma pelo qual o indivíduo pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em unir-se em uma comunidade, para viverem confortável e pacificamente uns com os outros, num gozo de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não

fazem parte.

Daí, então, surge o estado civil enquanto comunidade política, instituído para garantir a vigência e proteção dos direitos naturais que se encontravam ameaçados no estado de natureza. Os conflitos e necessidade de um *tertium* (árbitro) motivaram os homens a formar regras que constituem o modo de vida regido pelo Estado e pelas leis.

Devido à sua importância, o contratualismo surge sob novos moldes emmeados do século XX com as abordagens de John Rawls (*A Theory of Justice*, 1971) e Thomas Scanlon (*What We Owe to Each Other*, 1988) sobre o sistema de justiça e David Gauthier (*Morals by Agreement*, 1986) trata do contratualismo moral.

No entanto, os contratualistas contemporâneos não partem da ideia de contrato social como forma de justificar o surgimento de uma sociedade civil, pois os indivíduos já se encontram em sociedade. Desta forma, visam explicar outros princípios necessários ao convívio social. Nesse sentido, Rawls (2000a, p.12), por exemplo, aduz que

não se deve pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original.

Deve-se considerar que uma das grandes dificuldades da teoria política contratualista é demonstrar a legitimidade e a justificação moral das leis, tendo em vista que em certas circunstâncias os indivíduos, quando não observados, podem buscar mecanismos para maximizar seus próprios interesses, em contradição aos princípios da moralidade. Mas, destaca-se em Gauthier (1987, p.262) que a adesão aos princípios da moral implica em uma restrição voluntária à liberdade individual, pois, quando o ser humano adere aos princípios da moral, ele renuncia à realização de certas ações que estariam, ao menos em princípio, dispostos a realizar caso não aderisse aos princípios da moral. Para Araújo (2009, p.8)

a adesão aos princípios da moral, por outro lado, não implica na renúncia à promoção de nossos interesses. Pelo contrário, compreendida nesses termos, a moral consiste em um sistema de restrições mútuas que, em últimas instâncias, viabilizaria a busca do auto interesse.

Seja pelo paradigma de uma teoria política ou de uma teoria moral, os direitos humanos já existiam no âmbito de uma “política doméstica” de alguns Estados. Tornou-se, entretanto, necessário o reconhecimento desses direitos na esfera

internacional (ARAÚJO, 2009, p.19).

Pensamento expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa, em 1789, no Bill of Rights, de 1791, e, em outra época, na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948. A ideia central contida nesses documentos internacionais e as que se seguiram é a de que, apesar de suas várias diferenças políticas, sociais, econômicas, psicológicas e culturais os seres humanos devem ser considerados iguais em aspecto importante do ponto de vista moral. Trata-se de identificar uma qualidade ou capacidade comum a todos os seres humanos e que, de alguma forma, seja definidora da sua realização enquanto pessoa humana. No entanto, Araújo (2007, p.99) entende que

se, por um lado, importantes eventos da história política do século 18 como, por exemplo, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 foram influenciados pela aceitação ampla da idéia de 'direitos naturais', por outro lado, é também já no contexto do século 18 que os fundamentos filosóficos desse tipo de teoria começaram a ser sistematicamente questionados. Jeremy Bentham, por exemplo, sustenta que 'direitos naturais', anteriores e independentes de 'direitos positivos', simplesmente não existem. Direitos são sempre direitos positivos e existem em virtude de existência de instituições políticas no contexto das quais o próprio vocabulário do direito adquire significado.

Nesse momento, torna-se fundamental analisar as declarações de direitos humanos que buscaram promover o reconhecimento e a observância universal aos direitos humanos com a adoção de medidas internacionais e nacionais pelos Estados, além da participação de organismos internacionais por meio da cooperação mútua na preservação desses direitos.

Desta forma, com o propósito específico de abordar o direito à saúde como direito de todo ser humano, discute-se, neste capítulo, seu objeto e fundamentos. A abordagem da temática sob esta ótica implica, necessariamente, a discussão sobre o direito à saúde como direito universal, devendo ser ofertado a toda e qualquer pessoa. Essa assertiva está assentada na perspectiva de Araújo (2007, p.100) quando assevera que

a ideia segundo a qual todos os indivíduos têm certos 'direitos inalienáveis', independentemente de suas respectivas nacionalidades, confissões religiosas, filiações partidárias, etnias, sexo, preferências sexuais etc. Avaliamos a qualidade moral das instituições jurídicas e políticas dos estados modernos tendo em vista a sua capacidade e disposição no sentido de proteger os 'direitos mais fundamentais' de seus cidadãos.

Nesse contexto de referências aos "direitos mais fundamentais", busca-se destacar a qualidade moral das instituições jurídico-políticas de regulação e proteção

do direito à saúde. As diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) são referências obrigatórias para compreensão do direito à saúde a partir do processo de dignificação do ser humano e da melhoria para as condições de vida das pessoas - meio ambiente, saneamento básico, moradia, alimentação, educação, trabalho e outros bens necessários. Essa perspectiva coaduna com a afirmação de Araújo (2007, p. 101) ao destacar que sua intenção, na construção teórica desenvolvida no texto “Multilateralismo e Governança”, é preservar a tese fundamental de Bentham segundo a qual

direitos são sempre positivos e mostrar por que razão, ainda assim, não é equivocado falarmos em ‘direitos humanos’ no contexto das relações internacionais. Meu objetivo, assim, não é apresentar uma defesa sistemática do positivismo legal, mas mostrar que ele não é incompatível com a idéia de direitos humanos (ARAÚJO, 2007, p. 101).

É seguindo essa linha de raciocínio que se recorre ao sistema de proteção do direito à saúde como forma de demonstrar que saúde é um direito a ser perseguido por toda a humanidade. Partindo desta perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consiste em um dos principais documentos que proporcionou a reconstrução e o reconhecimento dos direitos humanos como valores imprescindíveis à existência humana. Deve-se considerar que Araújo (2007 p.101) faz um alerta fundamental ao afirmar que:

Segundo Richard Falk a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) foi aceita internacionalmente sem maiores reservas, logo após a Segunda Guerra, porque a maior parte de seus signatários estava convencida de que o documento era meramente retórico e não teria de fato qualquer força vinculatória. No entanto, a previsão feita pelos principais líderes políticos à época da publicação da *Declaração* mostrou-se falsa, pois o ideal de proteção dos direitos humanos, quer em âmbito doméstico quer em âmbito global, tornou-se ‘politicamente mais potente’ do que se poderia supor há cerca de cinquenta anos.

Trata-se de um conjunto de direitos e garantias sem os quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Deste modo, inicialmente, pretende-se analisar o direito à saúde a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Depois, segue a análise do direito à saúde no âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto de Alma Ata e, por fim, na Constituição Federal de 1988.

1.2 Sistema Internacional dos Direitos Humanos e o Direito à Saúde

Paralela à produção dos Códigos dos grandes Estados modernos, com a produção de textos cada vez mais técnicos, surgiram outros instrumentos que visavam à proteção dos direitos humanos – as Declarações de Direitos Humanos. Começa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1779, depois Bill of Right, de 1791, a Declaração Universal das Nações Unidas, de 1948, em seguida a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950.

Para Arendt (1979, p. 324), a Declaração dos Direitos Humanos tornou-se um instrumento necessário para a proteção de direitos, uma vez que os indivíduos não se encontravam mais protegidos pelos seus Estados. Não estavam mais certos de seus direitos sociais e humanos que, até então, eram resguardados por um sistema de valores sociais, espirituais e religiosos, dependiam de uma ordem política. No século XIX, o entendimento era que os direitos humanos tinham de ser invocados, quando o indivíduo precisava de proteção contra a soberania do Estado e arbitrariedades da sociedade. Desta forma, segundo Arendt (1979, p. 324)

a soberania do povo (diferente da do príncipe) não era proclamada pela graça de Deus, mas em nome do Homem, de sorte que parecia apenas natural que os direitos 'inalienáveis' do Homem encontrassem sua garantia no direito do povo a um auto-governo soberano e se tornassem parte inalienável desse direito.

A Carta da nova organização das Nações Unidas, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiu em decorrência das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, que se alastrou no período de 1939 a 1945, causando grandes ruínas (fome e miséria) pela Europa e Ásia. Milhares de pessoas morreram, ficaram mutiladas e miseráveis. Diante desse quadro de ofensa aos direitos do homem, em abril de 1945, delegados de cinquenta países reuniram-se em São Francisco (EUA) para constituir a Conferência das Nações Unidas com o intuito de promover a paz e prevenir futuras guerras. Depois, em 1948, a nova Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sob a presidência de Eleanor Roosevelt, a viúva do presidente Franklin Roosevelt, defensora dos direitos humanos, elaborou uma proposta de documento que viria a converter-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela III Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº. 217 A, em 10 de dezembro de

1948. Foi aprovada por unanimidade por 48 Estados que constituíam a Assembleia, sem voto contrário, com oito abstenções. Deste modo, em razão das barbáries (seis milhões de judeus mortos e perseguição a outras minorias), cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a Declaração surgiu como uma forma de construir um mundo baseado em novos alicerces ideológicos, políticos e morais, assim como demonstra o preâmbulo da Carta de 1948 ao declarar:

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem resultaram em atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que seres humanos tenham liberdade de palavra e de crença, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como mais alta inspiração do homem (ONU, 2020, n. p.).

Na visão de Piovesan (2019, p.31), a Declaração Universal dos Direitos Humanos tornou-se um novo paradigma de uma ética universal ao dispor em seu texto um conjunto de valores universais a serem respeitados pelos Estados. A autora ensina que

a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28) (PIOVESAN, 2019, p. 32).

Para Bobbio (2004, p. 18), a Declaração Universal representa um fato novo na história, já que, pela primeira vez, um sistema de valores fundamentais da conduta humana foi reconhecido, através de seus respectivos governos e pela maioria dos indivíduos. Essa declaração pode ser considerada um sistema de princípios fundamental e universal, na medida em que há um consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os valores mais primordiais dos indivíduos. É após a Declaração Universal que se tem a certeza histórica de que a humanidade partilha de alguns valores universais.

Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu também da necessidade de garantir negociações sobre conflitos internacionais como forma de evitar guerras e promover a paz e a democracia. Norberto Bobbio, na obra *A Era dos Direitos*, assevera que

a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade, não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (BOBBIO, 2004, p. 20).

É certo que a Declaração traz em seu texto os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Trata-se de um instrumento contra o totalitarismo², dando origem a uma nova política de Direito. Uma política protetiva dos direitos humanos e não dos direitos dos Estados. René Cassin, Prêmio Nobel da Paz em 1968 por seu trabalho na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma o seguinte:

A Declaração Universal foi comparada a um vasto pórtico de um templo, cuja praça é formada pelo Preâmbulo que afirma a unidade da família humana e cujos os fundamentos são constituídos pelos princípios gerais da liberdade, da igualdade, não -discriminação e fraternidade proclamados nos artigos 1 e 2 (CASSIN, 1996, p. 289, tradução nossa)³

A Declaração de 1948 retirou da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o que continha de universal – os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Foi mais longe ao dispor sobre as discriminações por motivo político, de sexo, raça, língua ou religião, opiniões, origem, nacional ou social, fortuna e nascimento.

Deste modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representou um avanço moral e jurídico importante, pois, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que criou o moderno conceito de cidadão, a Carta de 1948, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais, manteve o antigo conceito (cidadão) e criou outro novo, o da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2019, p.30). A partir da interpretação do seu texto, tem-se a liberdade e a igualdade como princípios que acompanham o ser humano de modo inseparável e incondicional, ao longo da sua existência. É um documento que apresenta a dignidade como fundamento dos direitos humanos, considerada força matriz de todo o sistema internacional de proteção desses direitos.

Bobbio (2004, p.16) pondera que surge, no entanto, o entendimento de que a Declaração, uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, formalmente não possuiria a força de um tratado internacional (embora materialmente a Declaração seja importante fonte de normas morais). Nesse sentido, Norberto Bobbio(2004, p.16)

² Considerada forma de governo e de dominação, baseado na organização burocrática de massas, no terror e na ideologia.

³ La Déclaration Universelle a été comparée par nous au vaste portique d'un temple, dont le parvis est formé par le Préambule affirmant l'unité de la famille humaine et dont le soubassement, les assises, sont constitués par les principes généraux de liberté, d'égalité, de non-discrimination et de fraternité proclamés dans les articles 1 et 2.

afirma que a Declaração de Direitos Humanos configura algo mais que um sistema doutrinário, porém algo menos que um sistema de normas jurídicas. Defende que a Declaração proclama princípios que representam um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações. O autor considera que:

Um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram de fato, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade). Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. Esse universalismo foi uma lenta conquista (BOBBIO, 2004, p. 17).

Finalmente, em 1966, os direitos humanos receberam importante positivação internacional por meio de dois Pactos celebrados no âmbito da ONU: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos resultou da combinação de dois discursos – o liberal e o social, relacionando o valor da liberdade ao valor da igualdade. Entretanto, não há como negar a existência de uma aparente colisão entre esses dois princípios quando postos de forma absoluta (PIOVESAN, 2019, p.28). Por outro lado, o equilíbrio entre esses dois valores torna-se essencial para que existam no mundo real. Equilíbrio, formalmente, previsto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao estabelecer que “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade [...]” (ONU, 2020, n. p.).

Observa-se, então, que os esforços na proteção dos direitos humanos foram também no sentido de conjugar a liberdade e a igualdade de oportunidades, visando garantir as condições básicas para uma vida digna.

No entanto, afirma Domenico Losurdo que a desigualdade em relação às condições econômico-sociais acaba por restringir a liberdade, por mais que esteja formalmente garantida nos documentos jurídicos (LOSURDO, 2013, p.3). Ademais, para o autor:

As desigualdades não são privadas, isto é, não estão situadas – e nem podem

estar – fora da dimensão da esfera pública. É indevido associar-se a liberdade ao público e a igualdade ao privado, de forma a situar somente a liberdade no plano da regulação estatal para a sua proteção, especialmente pelo direito civil e pelo direito penal. Nada há no sistema jurídico que permita comparar o nível de proteção da liberdade com o nível de proteção da igualdade, em seu sentido material. A igualdade formal permanece somente como o eixo legitimador do sistema liberal de atribuição de direitos. Porém, exatamente porque o exercício da igualdade material está geneticamente ligado ao exercício da liberdade, torna-se a primeira (a igualdade) de fundamental relevância para a esfera pública, impondo a ação do Estado para sua proteção, especialmente com a implementação depolíticas.

A discussão sobre os princípios da liberdade e da igualdade baseia-se na correlação entre o discurso liberal e o discurso social. Relação que se torna importante à medida que os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais se comunicam ao longo da história e se apresentam nas suas diversas formas.

A saúde, enquanto direito social, consiste em uma espécie do gênero direitos humanos e, desta forma, presume-se dotado da característica universalidade. A ideia de universalidade dos direitos sociais está presente no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao afirmar que:

Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, 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 fora do seu controle (ONU, 2020, n. p.).

Esse artigo abrange uma ampla gama de direitos, incluindo o acesso à alimentação adequada, água, saneamento, vestuário, habitação e cuidados médicos, bem como proteção social cobrindo situações além do controle, tais como deficiência, viuvez, desemprego e velhice. A ideia de um mínimo existencial implica em um rol de condições materiais sem as quais se torna impossível a vida com dignidade. Desse modo, é certo que a inviolabilidade do direito à saúde a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos sustenta-se nas condições minimamente aceitáveis para que esse padrão se verifique. Essa ideia projeta-se no conceito de saúde apresentado pela OMS que compreende “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social” (OMS, 1946, n. p.). Na visão de Anón (2009, p.40):

Apesar de todos os inconvenientes, o conceito de saúde da OMS tem, frente às concepções anteriores de saúde, a vantagem de enfatizar determinados aspectos que não devem ser esquecidos, apresentando a novidade do abandono da visão puramente medicalizada: a proteção e promoção da saúde não é unicamente uma questão médica e tampouco limitada à assistência sanitária, uma vez que há outros esforços e políticas públicas que podem contribuir em grande medida com este objetivo. Assim, essa

concepção integra a proteção da saúde em um marco geral, reconhecendo o seu duplo caráter individual e social (isto é, ainda que em última instância a saúde se refira à saúde dos indivíduos, existem fatores que são sociais – e o que talvez seja o mais importante, modificáveis – que incidem na mesma). Com isso, entende-se que a saúde implica também a existência de condições para o desenvolvimento das pessoas, sendo inseparável da paz, da eliminação da pobreza, da redução do desemprego, da preservação do meio ambiente, etc. Significa a existência de uma correlação entre saúde das pessoas e o desenvolvimento socioeconômico. Esta concepção se opõe àquela que se baseia na oposição saúde/enfermidade. E, além disso, neste sentido, parece frisar a possibilidade de ser guiada por estratégias não meramente curativas, mas também por estratégias amplas de promoção da saúde.

Dáí, há a necessidade de determinar as condições essenciais que possibilitarão o desenvolvimento físico, mental e social como garantia e manutenção da própria vida. Nesse sentido, Krell (2002, p.23) reconhece a saúde como direito humano fundamental, permitindo-se compreendê-la a partir de características nobres e essenciais para a valorização da condição humana.

A concepção da saúde na Declaração é ampla e condiz com as diretrizes adotadas pela Organização Mundial de Saúde. Percebe-se que os cuidados médicos são apenas um dos elementos da saúde. O dispositivo citado é de caráter exemplificativo nas suas especificações, ou aproximações, que faz acerca da saúde. Veja-se que todo contexto social e econômico é determinante para o conteúdo da saúde, que envolve, além da preservação da integridade física e mental, o direito à alimentação, ao vestuário, ao saneamento e à moradia. Não apenas o artigo 25, mas também outros dispositivos da Declaração pressupõem a existência de um direito à saúde. Assim é com o direito à vida (artigo 3º) e com a proibição da tortura (artigo 5º).

Da mesma forma, quando na leitura do artigo 2º, § 1º, da Declaração, pressupõe-se que todos são capazes de gozar dos direitos e liberdades fundamentais, sem qualquer distinção, vedada a segregação preconceituosa por razões de saúde, ou melhor, de doença – especialmente as doenças contagiosas.

O direito à saúde “[...] parece não ser suscetível de uma consideração simplista, apresentando-se mais como um direito complexo, isso porque agrupa uma série de direitos diversos, ou porque se desdobra em uma série de elementos de diferente alcance” (AÑÓN, 2009, p. 41). Nesse desiderato, o direito à saúde não pode ser compreendido na dimensão puramente individual, no sentido de que ser saudável depende tão somente do indivíduo. Ao contrário, envolve uma série de fatores individuais e coletivos, mostrando-se a um só tempo direito individual e social. É

individual porque envolve o direito de não sofrer violações por parte de terceiros e do Estado e social por exigir do governo a prestação de serviços públicos para a prevenção de doenças e para a promoção, proteção e recuperação da saúde (RAMOS; DINIZ, 2017, p.10). Como bem coletivo, exige a presença do Estado e da sociedade na sua promoção, conforme bem realçado na Constituição da OMS (1946, n.p.):

A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados. Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos. A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum. [...]. Os governos têm responsabilidade na saúde de seus povos, a qual só pode ser integralmente cumprida mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Apesar de que, em determinados contextos, percebe-se a saúde mais como um meio do que como um fim, é certo que cabe a todos os Estados e à sociedade criar condições sociais, políticas e econômicas para que o direito à saúde seja efetivado. Estabelece, ainda, a Constituição da OMS sobre a necessidade da cooperação entre os Estados no sentido de promover ações que garantam a proteção do direito à saúde. Contexto esse que se deve à globalização e seus efeitos, tais como o intenso fluxo de pessoas e mercadorias, que favorecem “[...] a difusão e propagação de doenças, de forma que o combate só será eficaz se todos empreenderem esforços para o alcance de um nível de desenvolvimento semelhante na proteção da saúde e no combate às doenças” (OMS, 1946, p. 2).

A cooperação mútua entre os Estados e a participação de organismos internacionais na criação de medidas sanitárias (enfrentamento de doenças e preservação da saúde) passaram a fazer parte de uma nova realidade, países desenvolvidos em apoio social e econômico aos países subdesenvolvidos. Até porque, em relação à saúde, as prevenções e os cuidados tornaram-se grande preocupação para os Estados.

Passou-se a exigir dos Estados, por meio de tratados e convenções, um compromisso maior com a promoção da saúde, além da elaboração de políticas públicas que contribuiriam para a efetivação do direito à saúde. O texto normativo da OMS, portanto, tornou-se uma referência obrigatória para a compreensão dos principais aspectos relacionados à saúde: conceito, caráter social e coletivo, indissociabilidade das condições de vida das pessoas (alimentação, moradia,

saneamento) e a necessidade da participação da sociedade e do Estado na sua garantia.

Diante de tudo que foi apresentado, a análise sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos não está condicionada de forma restrita apenas à vinculação obrigatória ou não do seu texto aos Estados e a outros sujeitos internacionais. Em meio a esse contexto, tornou-se um paradigma no reconhecimento dos direitos de todo ser humano, servindo como base para dois tratados sobre direitos humanos da ONU de força legal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, datado de 1966 e promulgado no Brasil em 1992, engloba um rol extenso de direitos e liberdades. A título de exemplificação, tem-se: à direito à igualdade entre homens e mulheres, direito à autodeterminação; direito ao processo judicial; direito à vida e à integridade física (proibição da tortura, proibição da escravidão, servidão e trabalho forçado); liberdade e segurança pessoal, liberdade de circulação e de residência; direito à justiça; liberdade de opinião, de expressão e informação; direito de reunião; liberdade de associação; direito de votar e de ser eleito; igualdade de direito perante à lei e ainda direitos da família, das crianças, das minorias étnicas, religiosas e linguísticas. Alguns dispositivos do referido Pacto fazem referência indireta ao direito à saúde ao dispor do direito à vida e do direito à integridade física. No artigo 7º do Pacto, vê-se a vedação da tortura e o uso da pessoa em experimentos médicos ou científicos sem livre e legítimo consentimento (BRASIL, 1992).

É importante dizer que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabeleceu instrumentos no sentido de garantir o cumprimento dos direitos consagrados, na medida em que os Estados possuem o dever de encaminhar ao Comitê de Direitos Humanos relatórios sobre ações legislativas, judiciárias e administrativas adotadas para cumprimento das obrigações. O artigo 2º do Pacto representa uma autoaplicabilidade de seu texto, como segue:

Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de outra situação.

Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a adotar, de acordo com os seus processos constitucionais e, com as disposições do presente Pacto, as medidas que permitam a adoção de decisões de ordem legislativa

ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estiverem em vigor.

Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a:

Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais;

Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado, estatua sobre os direitos da pessoa que forma o recurso, e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional;

Garantir que as competentes autoridades façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificado (BRASIL, 1992, n. p).

Considerando um sistema de monitoramento do Pacto sobre direitos civis e políticos, foi criado um Protocolo facultativo que possibilitou um Estado denunciar outro Estado que tenha violado os direitos humanos. Foi possível também a criação de um sistema de petições individuais, proporcionando ao Comitê de Direitos Humanos apreciar os pedidos a respeito das violações de direitos previstas no pacto. Ao lado disso, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, prevê, além do direito à saúde, um elenco de direitos que possuem interação maior com o direito à saúde: direito ao trabalho, direito à previdência e assistência social; direitos da mulher durante a maternidade; direitos da criança, incluindo proibição ao trabalho infantil; direito a um padrão de vida razoável que inclua alimentação, vestuário e moradia; direito a todos seres humanos de estarem a salvo da fome; direito à saúde mental e física; direito à educação.

Historicamente, os direitos econômicos, sociais e culturais foram definidos como direito de segunda geração, enquanto os direitos civis e políticos são chamados de direito de primeira geração. Independentemente das nomenclaturas e classificações adotadas, sabe-se que a disposição dos direitos econômicos, sociais e culturais tem um propósito de proteger os direitos do homem e a sua existência digna. Entretanto, não se percebe aqui, a exemplo dos direitos civis e políticos, uma produção de efeitos imediatos em relação aos direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pois tais direitos dependeriam de uma progressiva implementação de medidas socioeconômicas pelos Estados como forma de assegurar a efetividade dos direitos humanos.

Um dever agir do Estado, diferentemente da abstenção ou não intervenção desse Estado em relação às liberdades públicas, relaciona-se às novas demandas diante das desigualdades verificadas na realidade social. Nessa linha, o direito à saúde depende, para a sua efetivação, de ações que deverão ser implementadas

tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito nacional, voltadas para a assistência de saúde. É um panorama resultante de uma preocupação com as desigualdades referentes ao tratamento e procedimentos sanitários, em razão do desenvolvimento econômico e social dos países.

Na esfera nacional, o direito à saúde passou a ser garantido, constitucionalmente, no Brasil, em 1988, como direito social, previsto no artigo 6º e, em específico, no Capítulo da Ordem Social – artigo 196 a 200 (BRASIL, 1990). Entendendo direitos sociais, segundo J. Gomes Canotilho (2000, p. 432), como “autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas. (...) Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção desses direitos”. Desta forma, no próximo capítulo, pretende-se analisar o direito à saúde como direito fundamental social, considerando-o a partir de uma perspectiva individual e coletiva.

1.3 Constituição Federal de 1988 e o direito à saúde como direito fundamental

Após o estudo do direito à saúde como direito humano fundamental, surge aqui a análise do direito à saúde enquanto direito fundamental social, que apresenta como princípio norteador o da dignidade da pessoa humana, com o propósito de garantir o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo nos diferentes contextos sociais.

Analisa-se o direito à saúde em sua dimensão individual de liberdade como forma de garantir a todos as condições objetivas para realização de escolhas pessoais, legítimas e justas em relação à saúde. A dimensão individual do direito à saúde tem por objetivo assegurar o direito de agir ou não agir, exigindo que o Estado não promova ações, leis ou políticas que restrinjam de forma injustificada a autonomia pessoal, impossibilitando ao indivíduo a realização de suas escolhas (DIAS, 2016).

Compreende-se o direito à saúde também a partir da igualdade, ou seja em sua dimensão social, considerando que cabe ao Estado garantir a todos o acesso à saúde (ideia de universalidade). A dimensão social é aquela que representa acoletividade e deve garantir as condições necessárias para o alcance da saúde e bem-estar geral de todos. Essa análise é uma das mais complexas, pois está relacionada às prestações

positivas em relação à atuação do Estado, que deve possibilitar as políticas públicas e ações sanitárias (DIAS, 2016).

A expressão direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, representa um rol de direitos que sem eles o ser humano não existiria ou não seria capaz de desenvolver e de participar plenamente da vida social e política. São considerados por Martinez (1998) como direitos atribuídos a pessoa e aos grupos sociais, relativos à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que esteja relacionado ao desenvolvimento integral das pessoas em sociedade de homens livres. Constituem-se em: “Direitos que deverão ser garantidos pelos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação [...]” (MARTINEZ, 1998, p. 7). Ainda, na percepção do autor:

Os direitos fundamentais têm sua origem no campo da moralidade. Eles são um conceito histórico do mundo moderno que nasceu no campo da moral, dos valores, ou seja, no campo das regras que norteiam todo o desenvolvimento de seres humanos. Mas, se não tiverem o apoio do Estado, não vão transformar-se em direito positivo e, portanto, não terá força para orientar a vida social em um caminho favorável ao seu fim moral: o progresso da condição humana (MARTINEZ, 1998, p. 7).

Nesse sentido, para o autor, os direitos fundamentais surgem da moralidade, no entanto são positivados na lei e só se tornam efetivos por meio de uma ação política, ou seja, pela atuação do Estado; visão essa associada à perspectiva de se analisar o direito à saúde enquanto direito fundamental social.

Do ponto de vista de Cláudia Toledo (2013, p. 10), os direitos fundamentais sociais, por exigirem uma prestação positiva por parte do Estado, são tanto mais efetivos quanto “mais sólida é a vivência democrática de um Estado e quanto mais desenvolvida for a sua economia”. Para que isso aconteça, a autora considera dois motivos:

- i) considera-se um Estado, de fato, como democrático, se seu povo tiver instrução formal mínima e uma esfera pública minimamente plural para definir, ainda que basicamente, suas ambições e, portanto, suas exigências;
- (ii) um Estado somente pode satisfazer pretensões materiais de sua população, que demandam ações de forte impacto econômico, se dispuser de condições econômicas factíveis para tanto. Para que o ser humano possa não apenas gozar formalmente, mas viver faticamente os direitos fundamentais individuais que lhe foram atribuídos já desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, é preciso não só ser titular de direitos fundamentais sociais, mas ser capaz de concretamente exercê-los. Não obstante, como ressaltado, a satisfação das pretensões dos indivíduos, mediante ações positivas estatais, demanda do Estado montante vultoso de recursos financeiros. É então irrefutável o conflito entre as duas situações, ambas igualmente verdadeiras: tanto os direitos fundamentais

existem, porque foram constitucionalmente positivados, quanto as dificuldades materiais para seu cumprimento são empiricamente presentes (TOLEDO, 2013, p.10).

Por oportuno, Krell (2002, p. 30) registra que o conteúdo social, incluindo aqui o direito à saúde, possui caráter heterogêneo, em razão da presença de diversos interesses e desejos numa sociedade que revela um ambiente econômico desigual. O direito à saúde, assim como todos os direitos sociais, são, igualmente, influenciados pela pluralidade presente nos fenômenos sociais (fome, violência, desemprego, inflação, aumento na produção de riquezas, taxas de mortalidade e crescimento econômico), emergindo novas possibilidades de diálogos e interpretações sobre a garantia da saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao adotar o modelo de seguridade social para assegurar os direitos relativos à previdência, saúde e assistência social, determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado. No entanto, as políticas públicas se materializam através da ação concreta de sujeitos sociais e de atividades institucionais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados. Por isso, o acompanhamento dos processos pelos quais as políticas públicas são implementadas e a avaliação de seu impacto sobre a situação existente devem ser permanentes. Em específico, o artigo 196 da CF/1988 consagra a saúde como direito de todos, portanto o direito à saúde em âmbito constitucional é simultaneamente direito individual e coletivo. Desta forma, o direito à saúde deve ser ofertado a todos em igualdade individual de condição. Nas políticas de saúde, verifica-se a existência de contradições sociais relacionadas à pobreza: falta de saneamento e de moradia, analfabetismo, desnutrição, fome, ausência de trabalho e renda, entre outros.

Assim, o direito à saúde pode ser compreendido a partir de condições e pressupostos econômicos bem diferenciados, restando evidente que certos direitos sociais possuem maior “carga utópica” e estão mais distantes das possibilidades reais de sua efetivação (KRELL, 2002, p.31). Isso se deve ao fato da impossibilidade do Estado garantir todos os direitos sociais, ao mesmo tempo e o tempo todo.

Para realizar o direito à saúde, o Estado deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” que viabilizem o gozo efetivo do direito à saúde. Vale esclarecer que as normas que regulam a assistência à saúde não representam apenas recomendações ou preceitos morais com eficácia

meramente política, mas constituem direitos diretamente aplicáveis, porém de densidade variável. Desta forma, escolhas serão realizadas, baseadas nas necessidades sanitárias da população em determinado momento ou época. No entanto, em um país onde as ações do poder público são centralizadas, pouco transparentes e muitas vezes interpretadas como paliativas, é fundamental que se compreenda a formulação das políticas públicas para promoverem efetivamente o direito à saúde (DALLARI, 2010). Por sua vez, Lucchese (2004, p.30) considera que

as políticas públicas podem ser definidas como conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público.

No Brasil, desde 1988, as políticas públicas de saúde estão dispostas na Constituição Federal (CF/1988), visando melhorias na condição de vida da população, no ambiente natural, social e do trabalho (BRASIL, 1990).

As políticas públicas de saúde são regidas pelos princípios da universalidade, da equidade e da integralidade do atendimento e de participação da comunidade e na organização de um sistema único de saúde em todo território nacional. São consideradas ações de governo oriundas de produção de serviços pelo próprio Estado e de atividades de outros agentes econômicos (LUCCHESI, 2004).

Segundo Travassos e Monteiro de Castro (2012, p. 276), a proteção social em saúde tem melhor desempenho onde ela é pública, universal e prioriza modelos de atenção integrais e estruturados com base na atenção primária. Na defesa da universalidade em relação às medidas presentes nas reformas neoliberais, em que a intervenção governamental na atenção à saúde volta-se para grupos pobres e vulneráveis, registra-se que os “sistemas construídos para todos”, e acessados por todos, têm mais chance de serem equitativos. Para Travassos e Monteiro de Castro,

A construção de sistemas universais e públicos é também um desafio por envolver grandes interesses econômicos. A área da saúde é um importante setor de acumulação de capital com interesses privados de grandes corporações transnacionais, que controlam boa parte dos insumos e da tecnologia necessária à oferta ampla e apropriada de serviços e ações de saúde. No entanto, a maioria dos países dispõe de recursos escassos (2012, p.277).

Para garantia efetiva do direito à saúde, deve-se reconhecer a existência de determinantes multidimensionais e complexos em relação a esse direito. Por consequência, demandam políticas públicas também complexas e integradas, que

dependem de recursos. Assim, para que o direito à saúde seja efetivado, de um modo geral, se exige um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua garantia e efetivação (TRAVASSOS; CASTRO, 2012, p.279).

Não há, portanto, como negar que, o direito à saúde, assim como os outros direitos fundamentais, implica em um custo e que a efetiva realização das prestações reclamadas em relação à saúde não será possível sem que se destine algum tipo de recurso (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 255). No entanto, como afirma Newdick (2005, p. 39), as demandas por cuidados médicos excedem os recursos destinados para a saúde. Registra-se que as demandas de saúde são muitas, no entanto os recursos destinados a atendê-las são poucos. Apesar da compreensão de que a saúde é um bem destinado a todos, ela faz parte de um contexto muito maior em relação às necessidades sociais. Concorre com outros bens tão importantes quanto.

Por outro lado, a escassez de recursos em relação às demandas na saúde, indica que os recursos disponíveis ao Estado para a realização de políticas públicas não se destinam somente à saúde, conseqüentemente, reconhece-se que a saúde compete com outras áreas em que o Estado é também obrigado a investir. Desta forma, ainda que haja uma quantidade significativa de recursos destinados exclusivamente à saúde, haverá sempre menos recursos disponíveis que os necessários para atender a todas as necessidades de saúde da população. Isso implica, evidentemente, na necessidade de fazer escolhas, muitas vezes difíceis, entre as diversas políticas de saúde possíveis (NEWDICK, 2005, p. 46). Torna-se necessário que as políticas de saúde devam se fundamentar em um modelo de desenvolvimento que promova, simultaneamente, crescimento econômico sustentado e geração de renda e emprego, com redução das desigualdades e ampliação dos direitos sociais em todos os seus aspectos (HOLMES; SUSTEIN, 2019).

Ademais, no caso da alocação de recursos públicos para a saúde, a discussão é também sobre os princípios que norteiam a distribuição destes recursos. Discussão extremamente relevante nos países em que os recursos disponíveis são escassos, até porque, se os recursos não fossem escassos, seria possível falar na universalidade de acesso e uso ilimitado da saúde. Porém, diante dessa escassez, é preciso, na maioria das vezes, escolher quem tem direito ao acesso à saúde.

Por isso que, na discussão atual sobre a saúde, pretende-se adotar duas abordagens: a primeira reside na ideia de universalidade e equidade a partir

das teorias de John Rawls e Norman Daniels e, em um segundo momento, recorre-se a teoria utilitarista contemporânea para subsidiar os debates sobre políticas sanitárias e as escolhas na saúde.

2 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA EM JOHN RAWLS E O DIREITO À SAÚDE: UMA INTERPRETAÇÃO PARA O DIREITO À SAÚDE

Neste capítulo, a discussão sobre o direito à saúde está centrada na Filosofia Política de John Rawls, buscando, em alguma medida, demonstrar, que o embate entre o utilitarismo e o contratualismo contemporâneo pode propiciar orientações razoáveis para a resolução das questões sociais e às discussões sobre os princípios da justiça, o direito à saúde e a ideia de universalidade. Conceitos como justiça, posição original, véu da ignorância, liberdade e igualdade tornaram-se fundamentais na compreensão da teoria rawlsiana. Farão parte dos debates relacionados ao direito à saúde, em específico, os argumentos do autor Norman Daniels que ampliou a abordagem de Rawls sobre justiça e a sua aplicabilidade à saúde.

A escolha pela teoria da justiça de John Rawls deu-se também pelo seu posicionamento crítico em relação à teoria utilitarista. Rawls critica o princípio do utilitarismo, afirmando que esta teoria fracassa enquanto teoria moral. Rawls apresenta a sua teoria como uma alternativa tanto ao utilitarismo quanto ao intucionismo, no sentido adotado por Henry Sidgwick (RAWLS, 2000a, p.24). Segundo Rawls (2000a.p. 25) a ideia principal do utilitarismo de Sidgwick é “a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros.” A proposta de Rawls é promover uma fundamentação não utilitarista para os princípios morais.

O princípio de justiça na visão do utilitarismo caracterizava-se, essencialmente, pela satisfação coletiva na busca da maior felicidade. Esse pensamento era o que predominava à época. A partir daí Rawls oferece com a sua teoria uma visão inovadora que pretende lidar de uma forma melhor com o problema da justiça. Mattos (2016, p.86) afirma que

as discussões acerca da justiça tal como é proposta pelo filósofo estadunidense explicita, através da figura do contrato, a necessidade de que os princípios da justiça sejam decorrentes, e não exclusivamente, de um acordo consensual. Por sua vez, essa justificativa tem como pressuposto oferecer uma alternativa aos preceitos e princípios fundamentais da argumentação utilitarista.

Como já dito, o ponto de partida da teoria da justiça de Rawls é a crítica ao

utilitarismo, doutrina moral e política de traço consequencialista, que define justiça como maximização do bem-estar social aferida pela soma do bem-estar de cada indivíduo. Rawls acredita que esta perspectiva teórica não é capaz de estabelecer um critério razoável de comparação, pois ela supõe que aquilo que vem ser racional e benéfico para um indivíduo possa valer para o conjunto da sociedade. Os pressupostos do utilitarismo “estariam concentrados na eficácia de uma ‘maximização da felicidade coletiva’ sem, contudo, uma mínima preocupação com a forma pelo qual está igualmente distribuída a todos os membros da sociedade” (MATTOS, 2016, p.86). Para Sandel (2010, p. 45) o utilitarismo tornou-se um fundamento para a construção da vida moral e política da sociedade. Tanto para o cidadão comum, como também para os legisladores. Relata Sandel (2010, p. 45) que a maioria das leis se preocupa em tornar a felicidade como a expressão máxima da justiça. A lei, portanto, é o benefício do maior número de pessoas possível. Além do mais, no princípio da utilidade, a justiça não está separada da moral e o bem ocupa uma posição de destaque acima da própria justiça. Por outro lado, Rawls entende que a justiça deve prevalecer às consequências, ainda que estas sejam boas.

A ideia de um bem-estar pela maximização da felicidade afeta não apenas o indivíduo, mas os seus efeitos ressoam para toda a comunidade, visto que há na sociedade uma maneira de pensar que torna mais fácil supor que a concepção de justiça utilitarista seja a mais racional por conta dessa ideia de maximização do bem (RAWLS, 2000a. p. 21). Assim, cada pessoa ao realizar os próprios interesses é livre para medir as perdas e os ganhos. Esse senso comum é o que aproxima as pessoas do pensamento utilitarista.

Ocorre que uma pessoa age de maneira correta quando a ação que pratica visa o bem-estar, a maximização da felicidade, e disso não resulta a violação ao direito de outrem (RAWLS, 2000a. p. 25). Sandel (2010, p 44) afirma que, no utilitarismo benthamiano o indivíduo é visto apenas como objeto no cálculo de preferências, já na teoria de Rawls ele aparece como destinatário da justiça, porque o autor busca uma imparcialidade que possa substituir o princípio da utilidade pelos princípios da justiça. Assim como os demais utilitaristas, Sidgwick esteve preocupado com o bem-estar da sociedade em detrimento à vontade individual. Pensava-se, especialmente, no bem-estar das minorias, ou dos que não pudessem representar os desejos e as aspirações coletivas. Rawls atribui a Sidgwick o utilitarismo que refuta. O problema no utilitarismo de Sidgwick é o mesmo das outras versões: afronta ao direito à liberdade por uma

instituição de regra moral que prioriza o interesse da comunidade. Segundo Rawls: [...] não há razão, em princípio, para que os ganhos maiores de alguns não compensem as perdas menores de outros; ou mais importante, por que a violação da liberdade de poucos pode não ser corrigida pelo bem maior compartilhado pela maioria. (RAWLS, 2000a, p. 23).

A crítica apontada ao utilitarismo clássico envolve, inicialmente, o contratualismo contemporâneo de John Rawls e a teoria da justiça como equidade. São colocadas, em destaque, os princípios de justiça e a possibilidade de aplicação desses princípios nos debates sobre equidade. Defende um conceito de justiça como equidade, buscando conciliar os conceitos de liberdade e igualdade, essenciais para um pensamento político liberal que defende uma concepção filosófica e política de justiça em uma sociedade democrática contemporânea.

O autor descreve um sistema de justiça baseado no contratualismo, no qual um pacto social realizado por pessoas racionais resultaria na escolha de princípios de justiça mais adequados para serem aplicados a toda sociedade. A teoria rawlsiana fundamenta-se na utilização de dois princípios básicos que asseguram as liberdades individuais e a diminuição das desigualdades sociais, legitimando a existência de uma sociedade democrática (RAWLS, 2000a, p. 13).

O pensamento democrático de Rawls tem como base duas concepções: primeiro, o que chama de “posição original”, situação hipotética em que pessoas livres e iguais escolhem, sob o véu da ignorância, os princípios de justiça que devem governar a estrutura básica da sociedade; segundo, a “sociedade bem ordenada”, regulada por concepção política e pública de justiça, aceita por todos, nos termos equitativos da cooperação social (RAWLS, 2000a, p. 13).

Rawls descreve, então, dois princípios básicos de justiça: o princípio da liberdade, no qual cada indivíduo deve ter igual direito à mais ampla liberdade compatível com igual liberdade para os outros, e o princípio da igualdade, que garantiria iguais oportunidades para todos, mas que aceitaria as desigualdades sociais e econômicas desde que em benefício de toda a sociedade. Destaca-se a igualdade de oportunidades para aqueles que têm talentos similares e disposição semelhante para conquistá-los e praticá-los. Além disso, vale sublinhar o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades socioeconômicas só são moralmente aceitáveis se tiverem por objetivo maximizar os recursos disponíveis à parcela mais desfavorecida da sociedade (RAWLS, 2000a, p. 64).

Na teoria de justiça rawlsiana, existe a preocupação com a distribuição igual de direitos e deveres básicos. Pelo princípio da diferença, seriam compensadas as desigualdades injustas, garantindo-se a todos iguais oportunidades. O propósito foi a distribuição dos bens primários sociais essenciais, mas não incluiu a saúde, considerada “bem primário natural”.

Nas principais obras de Rawls, o autor não trata da saúde como um bem primário social a ser distribuído aos indivíduos. Por outro lado, observa-se que por ser considerada uma concepção política, voltada para questões relacionadas à justiça social, a teoria de Rawls se encontra nos principais debates sobre igualdade/desigualdade, escassez e distribuição de recursos materiais e acesso à educação e à saúde para os menos favorecidos.

Ainda, o legado de Rawls “subsidiou a extensão da teoria da justiça para a saúde” (DANIELS, 2008, p.47), de maneira que o princípio da igualdade equitativa de oportunidades seja aplicado à distribuição dos bens de saúde, com a finalidade de mitigar as disparidades no atendimento dos usuários pelas instituições da estrutura básica de saúde (DANIELS, 2008, p.47). Assim, a saúde, em seu sentido amplo e com *status* moral especial, deverá ser protegida pelos princípios de liberdade, diferença e igualdade de oportunidades.

Na sociedade muitas situações podem ser caracterizadas como justas e injustas. Pensar na justiça a partir da teoria de Rawls é pensar em refletir sobre o justo e o injusto das instituições. Na visão de Rawls, para constituir uma teoria da justiça com a finalidade de superar o utilitarismo, deve-se ater à justiça distributiva de direitos e deveres no âmbito das instituições sociais básicas por meio de constituições políticas e pactos econômicos e sociais. Teoria que expressa a ideia de universalização e o ordenamento por princípios que regulam o agir humano e social. A proposta de Rawls define uma espécie de acordo hipotético entre as partes, voltado para a escolha dos princípios da justiça, vinculados às instituições sociais e representando um sistema público de regras de conduta, que norteará determinada sociedade (RAWLS, 2000a, p.146).

Deste modo, a análise da teoria da justiça como equidade torna-se um ponto de partida para o estudo do direito à saúde, considerando os seus aspectos teóricos e práticos, que recaem sobre um modelo universal de justiça e a pretensão em formular os instrumentos necessários para que as instituições sociais auxiliem na distribuição dos bens. Além do mais, o propósito de Rawls é construir uma teoria da

justiça que busca conciliar liberdade (valor supremo da vida humana) e igualdade (valor fundamental na convivência política). Nesse ponto, a liberdade e a igualdade são valores primordiais que garantirão as condições necessárias para formular a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2000a, p.32).

Ressalta-se que o pensamento de John Rawls se situa em um movimento de proporções mais amplas – chamado de contratualismo contemporâneo, que surge em meados do século XX, possibilitando o ressurgimento da ideia do contrato social, sob novos moldes e com significado diverso do contratualismo clássico. Assim, sua ideia de justiça, fundamentalmente, resgata a noção de contratualismo do século

XVII. No entanto, a sua hipótese parte da análise da posição original das partes (ideia diversa do estado de natureza) para realização do pacto com a finalidade de definir e estabelecer os princípios de justiça que irão reger a sociedade.

2.1 Contratualismo Contemporâneo de John Rawls e a Justiça como equidade

No estudo do contratualismo contemporâneo, privilegia-se o pensamento de John Rawls presente nas obras *Uma Teoria da Justiça* (1971), *Liberalismo Político* (1993) e *Justiça como Equidade: uma reformulação* (2001).

Na análise da teoria da justiça de Rawls, percebe-se alguns questionamentos, quais sejam: O que é uma sociedade justa? Quais seriam os critérios adotados na distribuição de recursos sociais escassos numa estrutura social? O que deve ser feito quando interesses individuais diversos não podem ser plenamente satisfeitos? Quais seriam os princípios de justiça a reger uma determinada sociedade? Questionamentos estes que se tornam o ponto de partida para compreensão da teoria da justiça de Rawls.

John Rawls escreveu a obra *Uma Teoria da Justiça* entre o final da década de 1950 e ao longo da década de 1960. Período em que o utilitarismo se destacava na filosofia política e moral como uma teoria que defendia a existência do princípio da utilidade como princípio moral e, que apresentava como imperativo buscar a maior felicidade para o maior número de pessoas; por sua vez a felicidade é o resultado do gozo do prazer e da ausência de dor como base da moralidade (BENTHAM; MILL, 1974, p.9).

Rawls define como objetivo elaborar uma teoria da justiça que represente uma

alternativa aos pensamentos utilitário e intuicionista (RAWLS, 2000a, p.28). Pretende, ainda, apresentar uma concepção de justiça baseada, sob novos moldes na teoria do contrato social, desenvolvida, entre outros, por John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant (RAWLS, 2000a, p.20). Assim, o propósito de Rawls é elaborar “[...] uma teoria da justiça que generaliza e leva a um nível mais alto de abstração o conceito tradicional do contrato social” (RAWLS, 2000a, p. 3).

Considera-se que a teoria da justiça de Rawls, na segunda metade do século XX, tornou-se uma importante crítica às concepções tradicionais formuladas no âmbito da filosofia política e moral ao propor uma análise da justiça concebida como um conjunto de princípios que deve reger a definição e distribuição equitativa dos direitos e deveres entre os membros de uma sociedade. Surge, portanto, uma teoria baseada no contratualismo, próxima das concepções kantianas e considerada válida para as sociedades democráticas.

O contratualismo pode ser abordado na sua concepção clássica (Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant e Jean Jacques Rousseau) e na sua concepção contemporânea (John Rawls e David Gauthier). É certo, então, que o Contratualismo tem ocupado um lugar central no âmbito da filosofia política, em que o objetivo primordial é encontrar a explicação ou fundamento para as discussões políticas e morais. Assim, o argumento contratualista, adotado pela filosofia política moderna e contemporânea, demonstra a relevância da teoria contratualista na fundamentação dos diversos institutos pertencentes à ordem social e política (MATTOS, 2020, p.8).

A teoria contratualista tradicional, pensamento que se tornou referência no século XVII, surgiu com a finalidade de explicar o surgimento da sociedade, a partir da ideia de contrato social e justificar a necessidade de uma autoridade política como forma de regular e administrar as relações sociais. Parte-se da ideia de que um certo número de indivíduos, que se encontra em um estado de natureza, concorda em celebrar um pacto para constituir uma sociedade organizada. A sociedade civil, então, é constituída da necessidade mútua entre os homens e pela vontade comum de se unirem para garantia dos direitos dos indivíduos. Entende-se que o papel do Estado, neste caso, era o de promover a proteção das liberdades e dos direitos dos indivíduos, almejando uma sociedade mais justa e igualitária.

No final do século XX, com a obra *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls, ressurgiu o contratualismo com significações distintas em relação à teoria tradicional do contratualismo. Este movimento, denominado neocontratualismo, aborda questões

como justiça e igualdade, sem, no entanto, abandonar a questão dos interesses individuais e de autonomia perante o Estado.

A teoria da justiça como equidade de John Rawls propõe uma ideia de justiça que generaliza e leva a um nível mais alto de abstração o conceito tradicional do contrato social (RAWLS, 2000a). Destaca-se, no entanto, que alguns elementos pertencentes à teoria tradicional não farão parte da teoria contratualista contemporânea. Enquanto os contratualistas tradicionais partem do estado de natureza para justificar o surgimento da sociedade e do Estado, Rawls (2000a) defende a ideia da posição original como ponto de partida para a escolha dos princípios diretores da sociedade. O autor enfatiza que a posição original

é caracterizada de tal modo que a unanimidade é possível; as deliberações de qualquer pessoa em particular são típicas de todas elas. Além disso, a mesma situação se verifica para os juízos ponderados dos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada e efetivamente regulada pelos princípios de justiça (RAWLS, 2000a, p. 291).

Para Rawls, a justiça deve ser pensada como uma forma de se atingir a equidade, através de aplicação de princípios universais racionais dentro da estrutura de uma sociedade bem organizada. Assim, “a justiça como equidade” pressupõe a escolha de determinados princípios de justiça através de um contrato. O propósito é, como afirma Mattos (2016, p. 86) “fundamentar uma perspectiva que possa efetivamente garantir e justificar os direitos e deveres assegurados pelas sociedades democráticas aos seus respectivos cidadãos.”

Segundo Rawls os pressupostos básicos fundamentais para entender a teoria da justiça⁴ como equidade são: escassez; o fato do pluralismo e as duas capacidades morais intrínsecas do indivíduo – a racionalidade e a razoabilidade (RAWLS, 2000b, p. 110).

No primeiro pressuposto, que é a escassez moderada dos recursos, Rawls entende que, numa perspectiva política e econômica, a totalidade dos recursos a ser distribuída é menor do que a demanda. Deste modo, observa-se que a questão da justiça não se coloca no interior de um regime de abundância, mas se encontra em meio a um regime de escassez (RAWLS, 2000^a, p.160). Para Rawls (2000b, p.222)

⁴ Após a publicação da obra Uma Teoria da Justiça, outras obras surgiram, em contato com a doutrina da teoria da justiça, tais como Direitos dos Povos, Liberalismo Político, Justiça como equidade- Uma Reformulação. Em 1990, Rawls publica uma edição revisada de Uma Teoria da Justiça. Apesar da crítica à edição original, Rawls não abandona esboço anterior, visto que a edição revisada não consiste em um novo livro.

A justiça como equidade é apresentada, desde o começo, como uma concepção política de justiça. Vale ressaltar que o liberalismo político apresenta uma concepção política de justiça para as principais instituições da vida política e social, não para a vida como um todo, no sentido de afirmar certos direitos e liberdades básicos, atribuindo-lhes certa prioridade. Entende-se que o justo e o bem são complementares e uma concepção política deve se basear em várias ideias do bem.

Então, observa-se que uma concepção política de justiça não pode depender de uma única concepção do bem, pois não abrange todos na sociedade, mas, por outro lado, também não pode se fundar inteiramente no justo. Então pode-se dizer que o justo e o bem se complementam e que uma concepção de justiça deve combinar as ideias do justo e as ideias do bem (RAWLS, 2000b, p.222). Jon Elster, na obra *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, indica três tipos de bens considerados importantes para a teoria da justiça contemporânea:

Em princípio, existem bens que podem ser alocados, como dinheiro, bens materiais e serviços. Existem, no segundo momento, bens que não podem ser alocados, mas cujas distribuições podem ser afetadas pela alocação de outros bens. As distribuições de autorrespeito, bem-estar, conhecimento ou saúde dependem em grande medida da alocação de dinheiro, bens e serviços. E, por fim, há as capacidades mentais e físicas cujas distribuições não podem ser afetadas por alocação, porque elas são geneticamente determinadas ou são sujeitas a acidentes irreversíveis (ELSTER, 1992, p. 186).

Essas reflexões relativas à justiça distributiva Elster denomina de Justiça Local. Terminologia adotada porque esse tipo de justiça está ancorada em um plano que não corresponde à pessoa beneficiada e nem a uma entidade nacional. Assim, no caso da justiça local, existe uma organização que é considerada, relativamente, autônoma que por si mesma distribui os bens relevantes e elege o princípio da distribuição. Deste modo, a palavra local refere-se ao modo como os diversos setores institucionais utilizam diferentes princípios materiais para distribuição dos bens mais relevantes (ELSTER, 1992, p.186).

Elster (1992, p.76), quando se refere, especificamente, ao âmbito das decisões médicas, sugere que há pelo menos quatro princípios de justiça local: princípios igualitários, princípios vinculados ao tempo, princípios vinculados à posição e os princípios baseados na necessidade, eficácia e mérito. Os princípios igualitários podem ser aplicados quando o bem a ser distribuído é indivisível (por exemplo, um órgão para transplante ou uma vaga na universidade), podendo ser alocado, segundo as circunstâncias, sorteio ou rodízio. Princípios ligados ao tempo podem ser aplicados nos casos em que há uma lista de espera por antiguidade ou experiência (nos casos

de transplante de órgãos em que se considera um marco temporal para o doador). Já os princípios ligados à posição se baseiam em características biofísicas (obesidade impede que seja doador), jurídicas (idade obrigatória para votar) e sociais (idade para ingressar na escola). Por fim, os critérios de necessidade, eficácia e mérito prevalecem sobre os anteriores quando se trata de se estabelecer procedimentos necessários e mais eficazes em relação aos procedimentos médicos.

Mesmo que se tenha como propósito a construção de teorias que sustentem que as demandas de saúde sejam resolvidas ou que o acesso à saúde seja efetivamente possível, pressupõe-se que a escassez de recursos seja uma realidade presente na distribuição relacionada à saúde. As escolhas trágicas na saúde surgem neste contexto. Embora a escassez possa ser evitada para alguns bens, tornando- os disponíveis sem custo para todos, ela não pode ser evitada para todos os bens. Na distribuição de bens escassos, a sociedade tem que decidir quais métodos de distribuição usar e, é claro, cada um desses métodos – mercados, alocações políticas, loterias e assim por diante – pode ser modificado ou combinado com outro (CALABRESI; BOBBITT 1978, p.17-18).

A distribuição de alguns bens acarreta grande sofrimento ou morte. Quando a atenção está voltada para essas distribuições, elas despertam emoções de compaixão, indignação e terror. É então que se desnudam os conflitos entre, por um lado, os valores pelos quais a sociedade determina os beneficiários das distribuições e os perímetros de escassez e, por outro lado, aqueles valores morais humanísticos que valorizam a vida e o bem-estar (CALABRESI; BOBBITT 1978, p.19).

Desta forma, Holmes e Sustain (2019, p. 255) preconizam que “[...] os direitos que demandam prestações estatais, frequentemente entram em colidência, por ser inevitável uma opção trágica, no sentido de que algum direito não será atendido ao menos em alguma medida”. Assim, embora se tenha que fazer escolhas trágicas sobre os recursos destinados à proteção da saúde, isto não significa que os beneficiários e os que não o são tenham que ser vistos respectivamente como ganhadores e perdedores (AÑÓN, 2009, p.199). Assim, é óbvio que critérios deverão ser adotados para a realização das escolhas no âmbito da saúde. A questão é definir a natureza desses critérios: jurídicos, médicos, sociais, econômicos, éticos, dentre outros. Por exemplo, no sentido econômico, argumenta Amaral (2001, p. 136):

Que a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo,

qualquer referência a custo é repugnante, ou é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável. Além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.

Desta forma, afirmar que um bem é escasso é dizer que não existem em número suficiente para satisfazer a todos. Nesse ponto, torna-se difícil defender a universalidade como característica do direito à saúde. De tal modo que, quando se refere à universalidade, denota-se que é um atributo necessário para a defesa do direito à saúde como direito de todo ser humano. No entanto, o que se discute no âmbito da saúde é que a universalidade do direito à saúde em relação à titularidade é uma característica formal da definição de direitos humanos. Mas, de uma forma geral, “é também uma exigência do princípio da universalidade moral, posto que não seria justificável que uma pessoa fosse titular de um direito à saúde e outra pertencente a mesma classe não fosse considerada também como titular” (RAMOS; DINIZ, 2014, p. 6).

O segundo pressuposto básico é o reconhecimento do fato do pluralismo, pois para Rawls (2000b, p.239), não há uma única doutrina do bem, e as sociedades atuais são marcadas pela existência de um intenso pluralismo. O fato do pluralismo⁵ é o reconhecimento da existência de diversas concepções de bens defendidas por indivíduos e grupos que compõem uma sociedade democrática moderna.

A Filosofia Política Clássica tinha como objetivo a identificação do bem supremo e, de acordo com esse bem, seria, aí sim, possível definir a forma de organização política que melhor conduziria o homem à realização do modo mais excelente de vida humana. Segundo Vásquez (2019, p.45), para a Filosofia Política Moderna, foi importante o estabelecimento de princípios de justiça que pudessem regular a vida em comum de indivíduos que nasceram e permaneceram livres em direitos. Deste modo, liberdade e igualdade foram considerados valores fundamentais no pensamento moderno, mas, no contexto de uma sociedade plural, esses valores são de difícil articulação. Por outro lado, deve-se reconhecer a existência de um pluralismo, uma vez que é mais comum o conflito de ideias do que a univocidade de pensamentos, o

⁵ O liberalismo político considera ponto pacífico não somente o pluralismo, mas o fato do pluralismo razoável; e, além disso, supõe que, entre as principais doutrinas abrangentes e razoáveis existentes, algumas sejam religiosas. A concepção de "razoável" comporta essa possibilidade. O problema do liberalismo político consiste em formular uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que a pluralidade de doutrinas razoáveis — característica da cultura de um regime democrático livre — possa endossar (RAWLS, 2000b, p. 26).

que não torna menos complexo estabelecer princípios de justiça em meio à adversidade e conflitos de opiniões.

Assim, a concepção de política de Rawls (2000a, p.100) surge como uma possibilidade de acolher as várias concepções de bem que se encontram na sociedade plural. Estabelece um acordo entre essas concepções como forma de garantir uma certa harmonia para a ordem social. Percebe-se a necessidade de que a estabilidade ocorra numa sociedade plural e, assim, definir os termos equitativos entre os cidadãos. Não seria razoável utilizar o poder do Estado para obrigar uma única concepção de bem. Pensa-se que uma ideia de bem só seria adequada se for possível o diálogo entre as mais variadas concepções de bem, considerando, também, os diversos valores que para justiça como equidade são fundamentais: (liberdade civil, política, social, dignidade e respeito mútuo. Isto é, a unidade social, numa sociedade bem ordenada, a concepção de justo, baseia-se na ideia de indivíduos livres e iguais que possuem concepções de bem diferentes ou até mesmo contraditórias (RAWLS, 1982, p.159).

Na teoria desenvolvida por Rawls, a análise do autor volta-se para a distribuição dos bens primários sociais essenciais, considerados por ele como sendo: a liberdade, a oportunidade, a renda, a riqueza e as bases do autorrespeito. Segundo Rawls, a saúde é considerada uma consequência em uma sociedade justa, por isso afirma que a discussão sobre os seus efeitos distributivos não é ponto central da sua teoria. A partir da teoria da justiça como equidade de Rawls, Daniels (2008) ampliou a visão sobre a saúde e, relacionando-a ao princípio da oportunidade, desenvolveu uma teoria na qual destacou a importância moral da saúde, em virtude de seu impacto nas oportunidades de vida das pessoas.

Para Rawls (2000b, p.228), o bem como racionalidade é uma ideia básica a partir da qual, em conjunto com outras concepções, pode-se elaborar outras ideias do bem, quando necessário. Afirma o autor que:

O bem como racionalidade representa parte de uma estrutura que desempenha dois papéis: primeiro, ajuda-nos a identificar uma lista viável de bens primários; e, segundo, a confiança numa lista desses bens possibilita-nos tanto especificar os objetivos (ou a motivação) das partes na posição original quanto explicar por que esses objetivos (ou motivação) são racionais. A lista básica de bens primários (que pode aumentar, caso seja necessário) pode ser dividida nas cinco categorias seguintes: a. os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista; b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; c. poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;

d. renda e riqueza; e. as bases sociais do auto-respeito (RAWLS, 2000b, p. 228).

Segundo Rawls, esses bens devem ser distribuídos igualmente, a não ser que a distribuição de forma desigual de um ou de todos esses bens seja realizada como forma de beneficiar todos. Se não for assim, tem-se uma injustiça considerada uma desigualdade que não serve ao bem de todos (RAWLS, 2000b, p.228). No entanto, ainda que a teoria da justiça rawlsiana não trate, especificamente, sobre saúde, é possível que relacione os bens primários elencados pelo autor a outros bens, inclusive, a saúde. O autor pondera que:

Os bens primários de renda e riqueza não devem ser identificados apenas à renda pessoal e à fortuna privada, pois temos controle, ou controle parcial da renda e riqueza, não só como indivíduos, mas também como membros de associações e grupos. Os membros de uma seita religiosa têm certo controle sobre as propriedades da igreja; os membros de uma instituição de ensino superior têm certo controle sobre a riqueza da universidade entendida como meio para levar adiante seus objetivos de formação e pesquisa. Como cidadãos também somos beneficiários do fornecimento pelo Estado de vários bens e serviços pessoais a que temos direito, como no caso da assistência médica, ou do fornecimento de bens públicos (no sentido que os economistas dão a eles), como no caso de medidas que garantam a saúde pública (ar puro, água limpa, etc.). Todos esses itens podem (se necessário) ser incluídos no índice de bens primários (RAWLS, 2000b, p. 228).

Daniels (2008, p.24) pontua que a saúde não é considerada um bem social primário, no entanto não pertence a esse rol, por outro lado, também a comida, a roupa, a moradia ou outras necessidades básicas. Assume-se que as necessidades básicas serão adequadamente sustentadas com a porção justa de renda e riqueza. Desta forma, a importância especial e a distribuição desigual de necessidades de cuidado de saúde, assim como as necessidades educacionais, são reconhecidas à medida que se conecta as necessidades às instituições que proveem a igualdade equitativa de oportunidade. Mas a oportunidade, e não o cuidado de saúde, permanece o bem social primário (DANIELS, 2008, p.24).

Por essas razões, Daniels considera que a estratégia mais promissora para estender a teoria de Rawls sobre a justificativa de um direito à saúde é, antes, incluir as instituições relacionadas à saúde entre as instituições encarregadas de oferecer uma oportunidade igual e justa. Neste sentido, o direito à saúde seria um caso especial do direito à igualdade de oportunidades de acordo com um dos princípios de justiça (DANIELS, 2008, p.35).

O terceiro pressuposto refere-se às capacidades morais consideradas intrínsecas ao indivíduo: a racionalidade e a razoabilidade. O propósito é que os

indivíduos sejam capazes de formular uma concepção de bem e desenvolver um senso de justiça. Então, os bens primários são os bens necessários para que os cidadãos tenham a possibilidade de se desenvolver e desempenhar as duas faculdades morais do homem: a capacidade de ter um senso de justiça, de entender e de aplicar os princípios de justiça política e a capacidade de formar uma concepção do bem (DE MARIO, 2013, p.20).

A racionalidade decorre da possibilidade de o sujeito ser moralmente capaz de escolher fins e metas; capaz de modificar/repensar sobre aqueles bens que achava como essenciais e que podem deixar de ser essenciais e buscar outros bens. Isto é, cada indivíduo possui a capacidade de escolher, modificar e tentar realizar sua própria noção do bem, por um senso de justiça. Por outro lado, a razoabilidade reside na possibilidade de compreender, de aplicar e de agir segundo esses princípios e não apenas em conformidade com eles (RAWLS, 2000b, p.126).

Assim, as partes são racionais porque conseguem definir, coerentemente, seus fins últimos; deliberam, também, com base em princípios, como: “[...] adotar os meios mais eficazes para atingir os próprios fins; escolher a alternativa mais propícia à promoção de tais fins; e organizar as atividades de modo que a maioria desses fins seja satisfeita” (RAWLS, 2003, p. 20). Em outro sentido, a concepção política mais razoável para nós é aquela que melhor se ajusta a todas as convicções refletidas e as organiza numa visão coerente.

Baseado nestes pressupostos, Rawls (2003, p.20) afirma que não é possível encontrar os princípios de justiça capazes de ordenar uma estrutura básica da sociedade, onde os indivíduos razoáveis (que são capazes de elaborar princípios gerais) e racionais (que são capazes de escolher fins e metas) possam chegar a um acordo, a não ser que se adote um método de justificação para uma nova forma de contrato social – a chamada posição original. Partindo desse pensamento, o autor assevera que:

Está claro, portanto, que eu quero afirmar que uma concepção da justiça é mais razoável do que outra, ou mais justificável no que diz respeito à ‘justiça como equidade’, quando pessoas racionais na situação inicial escolhem seus princípios para o papel da justiça preferindo-os aos de outra concepção. As concepções da justiça devem ser classificadas por sua aceitabilidade perante pessoas nessas circunstâncias. Entendida dessa forma a questão da justificativa se resolve com a solução de um problema de deliberação: precisamos definir quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual. Isso associa a questão da justiça à escolha racional (RAWLS, 2003, p. 19).

Rawls (2000a, p. 20) esclarece que a questão da escolha racional, de um modo geral, apresenta uma resposta definitiva, quando se tem conhecimento das crenças e dos interesses das partes, das relações entre si, das alternativas apresentadas, do processo pelo qual se devem tomar as decisões. Diante dos diferentes cenários, os princípios a serem adotados são diversos. Desta forma, o método mais adequado para a escolha inicial, na perspectiva da teoria da justiça, é o da posição original, considerada por Rawls como algo puramente hipotético (RAWLS, 2000a, p.20).

As partes, na visão de Rawls (2003, p.41), devem realizar um acordo sobre certos princípios de justiça e, ao fazê-lo, seguem as instruções daqueles que representam. Estas instruções direcionam as partes a fazer o melhor que puderem por aqueles que representam. Aqueles que se encontram na posição original estão sujeitos às restrições de informação. Para representar as restrições desejadas, imagina-se uma situação na qual todos estejam privados de informações sobre seus atributos naturais, físicos ou psíquicos, além de sua posição social e econômica. Não poderiam nem mesmo conhecer sobre as suas concepções de bem e seus projetos de vida. Fica excluído, portanto, o conhecimento dessas contingências que criam disparidades entre os homens e permitem que eles se orientem pelos seus preconceitos.

Os pressupostos que determinam, nessa perspectiva contratualista, o paradigma adequado para os “princípios de justiça aceitáveis”. Rawls (2000a, p. 20) ressalta que “[...] parece razoável e geralmente aceitável que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios”. Também parece razoável supor que as partes na posição original são iguais (RAWLS, 2000a, p. 20). Em complemento, o autor explicita:

Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça. Toma-se como base da igualdade a similaridade nesses dois pontos. Assim, afirma-se que certos princípios de justiça se justificam porque foram aceitos consensualmente numa situação inicial de igualdade (RAWLS, 2000a, p. 21).

Para Añón (2009, p.113), essa concepção de justiça em Rawls tem como objetivo maior articular as ideias de liberdade e igualdade, com a finalidade de conciliar as diferentes concepções morais que existem nas sociedades pluralistas,

assegurando a todos as condições necessárias para alcançar os princípios da boa vida.

Segundo Chandran Kukathas e Philip Pettit (1990, p.50), o contrato da posição original buscou analisar a viabilidade ou não da estrutura básica da sociedade, visando identificar o que se busca quando esta é procurada. Para esses autores, a tarefa a que Rawls se propôs é estabelecer quais princípios morais devem governar a estrutura básica de uma sociedade justa. Assim, pergunta-se: quais princípios são realizáveis e viáveis e quais princípios seriam escolhidos de forma imparcial?

A resposta de Rawls é que a escolha recai sobre dois princípios de justiça, o primeiro garantindo as liberdades individuais fundamentais (de expressão, associação e culto, entre outros), e o segundo assegurando que as desigualdades são organizadas para oferecer o maior benefício possível para os mais desfavorecidos da sociedade, ao mesmo tempo em que defende a igualdade de oportunidades. Para Rawls, estes são os princípios que seriam escolhidos pelas partes do contrato hipotético acordado na posição original (KUKATHAS; PETTIT, 199, p.50). Entendem, no entanto, Chandran Kukathas e Philip Pett (1990, p.52) que os princípios morais só podem ser tematizados a partir de sociedades reais, a partir das práticas que prevalecem nas sociedades reais.

A justiça como equidade é uma concepção de justiça que possibilita uma explicação sobre liberdades e direitos fundamentais vinculados a um contexto de igualdade democrática, conduzindo ao surgimento dos dois princípios de justiça: o da igualdade e o da diferença. Quanto ao primeiro, tem-se que “[...] cada indivíduo deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades idêntico para todos [...]” (RAWLS, 2000a, p. 64) e ao segundo, “[...] as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de modo que, simultaneamente, (a) estejam vinculadas a posições e funções abertas a todos, em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades; e (b) redundem nos maiores benefícios para os menos beneficiados [...]” (RAWLS, 2000a, p. 64).

Na obra *Justiça como Equidade: uma reformulação* (2003), Rawls afirma que um dos objetivos da justiça como equidade é fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e, assim, responder à questão de como entender as exigências da liberdade e da igualdade. Para tanto, recorre às ideias fundamentais que deverão ser utilizadas para organizar e possibilitar uma estrutura

ao conjunto da teoria da justiça como equidade (RAWLS, 2003, p.11). O conceito de equidade é fundamental, pois posiciona as pessoas em condições de igualdade ao não permitir privilégios oriundos de qualquer tipo de barganha (ACHESON, 1998, p.13). Devido a esse contexto, a consequência é a exclusão do uso de quaisquer formas arbitrárias que possam ameaçar as partes ou o funcionamento das instituições (ACHESON, 1998, p.14).

Constata-se que uma sociedade democrática é tida como um sistema de cooperação social, em que a justiça está associada à maneira como as pessoas se correlacionam. E, refletir, por assim dizer, sobre a questão da igualdade entre pessoas e como cidadãos de uma mesma sociedade democrática, com vistas a atingir a justiça social. Por outro lado, Michael Sandel, na obra *Justice: What's the Right Thing to do?* (2010) parte do seguinte questionamento: “Como podemos raciocinar claramente no disputado terreno da justiça e da injustiça, da igualdade e da desigualdade, dos direitos individuais e do bem comum?” (SANDEL, 2010, p. 37). A vida nas sociedades democráticas está repleta de desacordos sobre certo e errado, justiça e injustiça, igualdade e desigualdade. As eleições são ganhas e perdidas nessas divergências. As chamadas guerras culturais são travadas por causa delas. Diante de tantos conflitos, adota-se uma reflexão moral, que permite revisar o julgamento sobre a coisa certa a fazer ou repensar o princípio que inicialmente se defende (SANDEL, 2010, p.38).

Sen aponta a concepção de John Rawls sobre “Justiça como equidade” em função do que se pode esperar que seja escolhido em “[...] uma hipotética posição original na qual os indivíduos não sabem que serão, permite uma compreensão adequada das exigências de equidade e revelam os aspectos antidesigualdade que definem os princípios de justiça.” (SEN, 2000, p. 114). Observa o autor que as desigualdades na sociedade, que são patentes, tornam-se difíceis de serem justificadas para os membros da sociedade por meio da razoabilidade. Assim, afirma que “[...] as desigualdades graves não são socialmente atrativas e as desigualdades importantes podem ser flagrantemente bárbaras” (SEN, 2000, p. 114). Ademais, o senso de desigualdade também pode abalar a coesão social, e alguns tipos de desigualdade podem dificultar a obtenção da eficiência.

Compreender a saúde a partir de princípios como igualdade, justiça e equidade possibilita de alguma forma estabelecer algumas políticas sanitárias em um contexto político em que o ser humano está envolvido. Santos (2020, p 230) afirma que

igualdade, justiça e equidade são conceitos utilizados “para pensar a complexa realidade das políticas públicas e sua insuficiência no combate à extrema pobreza que aflige boa parte do mundo, sobretudo parcela significativa da população dos países em desenvolvimento”.

No âmbito da saúde, aponta-se para uma questão que emerge em razão da desigualdade e da busca pela igualdade: como uma sociedade democrática deve distribuir, alocar e realocar produtos, considerando os recursos escassos e as necessidades e reivindicações distintas? Numa sociedade democrática, deve-se levar em conta as demandas políticas e morais impostas pela igualdade (ROEMAR, 1998). Ocorre que, nesse contexto, escolhas deverão ser realizadas e todas as escolhas envolvem uma discussão moral onde está presente a dialética composta pelas opiniões pessoais e os princípios morais que se afirmam (SANDEL, 2010). A reflexão “[...] moral é sempre uma busca dialética, busca que nunca é realizada sozinha, mas sempre de forma social” (SANDEL, 2010, p. 39). Esta busca “[...] avança e recua entre os julgamentos que fazemos em situações concretas e os princípios que guiam esses julgamentos” (SANDEL, 2010, p. 39). Nesse trilhar, Mooney (2014, p.24) enfatiza que:

A equidade pode ser vista como sinônimo da ideia de justiça ou imparcialidade. Em geral, é definida como igualdade na distribuição de um fenômeno ou fenômenos (por exemplo, bens, bem-estar ou direitos). A igualdade em si, todavia, raramente consegue equiparar-se à equidade; costuma haver uma ressalva ou restrição acompanhando a afirmação de igualdade (tal como necessidades iguais).

As desigualdades em saúde se tornaram uma preocupação central no âmbito das políticas públicas de diversos países, pois à medida que os problemas de saúde aceleraram, a extensão e a profundidade das desigualdades em saúde no mundo tornaram-se óbvias demais para serem ignoradas. Em determinados momentos, pensava-se que as desigualdades em saúde era uma consequência tão somente da desigualdade de acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, poderia -se concluir que a saúde melhoraria e as desigualdades desapareceriam com a garantia do acesso universal ao atendimento. A história é outra (COBURN; COBURN, 2014, 136).

Em específico, a ideia de equidade em saúde permite considerar a diferença entre as pessoas em determinadas realidades, ou seja, em condições sociais e sanitárias específicas. Uma ação fundada na ideia de equidade acaba por garantir a satisfação de suas necessidades e possibilitar o desenvolvimento de suas capacidades.

Daniels (1995, p.60) entende que a discussão sobre saúde não está relacionada somente ao problema da desigualdade. Torna-se fundamental desenvolver uma teoria das necessidades de atenção à saúde, com o objetivo de compreender por que a maioria das sociedades entende que a atenção à saúde é especial e deve ser tratada diferentemente de outros bens sociais.

O justo em saúde quer dizer proteger as oportunidades dos indivíduos, pois os recursos públicos são finitos, mas as demandas em saúde não são. Nesses casos de alocação e realocação de recursos, exigiria-se do Estado adotar políticas de saúde para escolher suprir as necessidades consideradas legítimas. Os aspectos em relação às necessidades de saúde são: “(a) se a saúde possui uma importância moral especial; (b) quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta; e (c) como podemos atender às necessidades de saúde se não consegue atender a todas as necessidades” (DANIELS, 2008, p. 67).

Uma teoria da justiça relacionada ao direito à saúde volta-se para as responsabilidades individuais e sociais sobre a garantia e efetividade do direito à saúde. A questão envolvendo saúde não deve se vincular tão somente aos aspectos de alocação de recursos e serviços de saúde, devendo abranger as grandes determinantes da saúde da população, tais como: renda e riqueza, educação, participação política, distribuição de direitos e poderes e oportunidade.

Na concepção de Añón (2009, p.198), o critério mais adequado de distribuição da atenção médica é o da necessidade médica. No entanto, alerta-se que a distribuição da proteção da saúde está associada também ao mercado sanitário e às consequências em relação à desigualdade.

No texto *Uncertainty and the welfare economics of medical care*, Arrow (1963, p. 10) afirma que o mercado sanitário, isto é, o mercado de assistência médica não pode ser visto como mercado competitivo, pois a assistência médica difere de outros bens, recursos e tópicos estudados em economia. Desta forma, a assistência médica não se ajusta ao modelo de oferta e demanda, que é fundamental na economia por seu valor descritivo e sua eficiência na alocação de recursos. Esclarece o autor que as demandas em saúde são muitas, e o fornecimento de assistência médica é apenas um aspecto da saúde. Particularmente, em níveis de renda mais baixos, outras mercadorias como nutrição, abrigo, roupas e saneamento podem ser muito mais necessárias.

Em relação à desigualdade, observa-se que os Estados que possuem maior

desigualdade social ou de renda e pobreza, em geral, expressam uma pior situação sanitária. A saúde nos últimos tempos se tornou umas das grandes preocupações no mundo. Nas batalhas envolvendo o direito à saúde e ao seu acesso, as políticas públicas e as instituições sociais e políticas são fundamentais para a melhoria nas condições de saúde. Nesta senda, Daniels (2008, p.87) postula:

Saber que a saúde é de especial importância moral devido ao seu impacto nos dá orientação geral no projeto de sistemas que atendem necessidades de saúde. Da mesma forma, saber que alcançar a equidade em saúde requer justiça social mais ampla nos dá uma orientação geral sobre a política social que afeta a saúde. Infelizmente, esta orientação geral não nos diz como para atender às necessidades de saúde de forma justa quando não podemos atender a todos. Os princípios gerais de justiça para a saúde que temos que discutir são muito gerais e indeterminados para resolver as disputas razoáveis sobre como alocar recursos de forma justa para atender à saúde, e não temos um consenso sobre princípios mais refinados. Além disso, não podemos evitar este problema. Surge em todos os sistemas de saúde, seja ou não, eles atendem a outros requisitos básicos de justiça - por exemplo, se eles fornecem ou não o acesso universal à saúde pública preventiva e curativa e serviços médicos (DANIELS, 2008, p. 87).

Daniels afirma as desigualdades são permitidas se acarretarem um ganho para aqueles que se encontram em pior situação, se comparadas a outros indivíduos numa mesma sociedade. Para o autor, as escolhas em relação à saúde, que envolvem o surgimento de vencedores e perdedores no tocante à alocação de recursos, estão relacionadas a uma questão de legitimidade, na medida em que demanda uma resposta sobre em quais condições os tomadores de decisão têm a autoridade moral para definir os limites impostos por suas decisões (AÑON, 2009, 199).

2.2 Princípios de Justiça e o Direito à saúde

O pensamento liberal tem demonstrado grande inserção nos campos da ética, da economia, da filosofia política e do direito, notadamente a partir da década de 1970. O reconhecimento do princípio da autonomia é fundamento das concepções liberais, embora nem todos os liberais compreendam esse princípio da mesma forma.

Para os utilitaristas, o liberalismo deve estar orientado para a ampliação da autonomia global de um grupo como se esse grupo fosse um único indivíduo. Para o liberalismo conservador libertário, a autonomia é distribuída espontaneamente, tendo em vista a ideia de autonomia que cada um alcança por si mesmo (NINO, 1989, p. 334).

O liberalismo perfeccionista entende que a vida autônoma é valiosa se os planos de vida forem aceitáveis e bons. E, por fim, o liberalismo igualitário, a partir de John Rawls, empreende esforços para maximizar as liberdades de cada indivíduo e garantir concomitantemente as liberdades de todos, com desigualdades presentes sendo superadas com benefícios aos mais vulneráveis. Assim, a justiça deve ser compreendida como imparcialidade (VÁSQUEZ, 2019, p.30).

Rawls (2000a, p.3) leciona que a justiça desempenha um papel necessário e substantivo em relação às leis ou instituições, pressuposto que determina seu afastamento de concepções que compreendem a justiça como circunstancial e contingente na Teoria da Justiça e enfatiza que:

Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas (RAWLS, 2000a, p. 3).

Embora as sociedades possam ser compreendidas como uma reunião de cooperações, nas quais os indivíduos buscam obter vantagens mútuas, estão marcadas por conflitos e por interesses individualizados. Na visão de Rawls (2000a, p. 4), o conflito de interesses surge quando os indivíduos deixam de ser indiferentes à maneira pela qual o aumento de produtividade resultante de sua colaboração vier a ser distribuído, pois, para o autor, para se atingir seus próprios objetivos, cada um dará preferência a partes maiores da partilha. Nessas circunstâncias, são exigidos princípios de justiça social (que determinarão a divisão das vantagens e assegurará um acordo para uma partilha correta). Os princípios de justiça social “[...] proverão a determinação de direitos e deveres das instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.” (RAWLS, 2000a, p. 5). Há consenso no que toca à necessidade de princípios de justiça social e no que diz respeito à desigualdade arbitrária entre os indivíduos Rawls (2000a, p.5) destaca:

Os que sustentam concepções diferentes de justiça podem, então, ainda concordar que instituições são justas quando não existirem distinções arbitrárias entre as pessoas na determinação dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecerem um equilíbrio entre as reivindicações de vantagens na vida social. Os homens podem concordar com esta apresentação de instituições justas, desde que as noções de distinções arbitrárias e de equilíbrio, que estão compreendidas no conceito de justiça, permaneçam abertas à interpretação própria de cada um, de acordo com os princípios de justiça que cada um aceitar. Estes princípios distinguem quais

as semelhanças e quais as diferenças entre as pessoas que são relevantes na determinação dos direitos e deveres, e especificam qual divisão de vantagens é mais apropriada.

Rawls (2000a, p 4) não ressalta que essa distinção entre o conceito e os vários conceitos de justiça não fixa claramente as questões mais importantes. Para o autor, essa distinção proporciona apenas a identificação dos princípios de justiça social (RAWLS, 2000a, p.5). Assim, um certo grau de coincidência nos conceitos de justiça não é, para Rawls, suficiente para o estabelecimento de uma comunidade humana viável, para ele existem outros problemas sociais fundamentais que também devem ser considerados e, de forma relevante, os problemas de eficiência, coordenação e estabilidade (RAWLS, 2000a, p.5). Pois veja-se:

Desta forma, os planos individuais precisam ser ajustados uns aos outros, de forma a que suas atividades sejam compatíveis entre si, para que possam ser implementados sem que nenhuma esperança venha a ser seriamente frustrada. Indo ainda mais longe, a execução de tais planos deverá levar à realização dos objetivos sociais, de forma que sejam eficientes e que estejam de acordo com a justiça. Finalmente, o esquema de cooperação social deverá ser estável e ser de certa forma consentido, ficando suas regras básicas influenciadas pelas tendências mais desejadas; quando alguma infração vier a ser cometida, forças estabilizadoras deverão estar presentes para evitar que novas violações ocorram e tendam a restaurar o consenso. Resulta, então, que esses três problemas estão inter-relacionados com o da justiça. Na ausência de um grau qualquer de entendimento sobre o que é justo ou injusto, será evidentemente difícil, para os indivíduos, coordenarem seus planos de eficiência de forma a garantir uma coincidência dos benefícios mútuos que poderiam vir a ser mantidos. As desconfianças e ressentimentos destroem os laços de união e levam os homens a suspeitar uns dos outros e a agir com hostilidade, atitudes que poderiam ter sido evitadas de outra forma. Logo, o papel distintivo dos conceitos de justiça leva à determinação dos direitos e deveres básicos, enquanto a maneira pela qual um conceito estabelece uma divisão apropriada da partilha afetará os problemas da eficiência, coordenação e estabilidade. (RAWLS, 2000a, p. 5).

No entender de Rawls (2000a, p. 6), “uma concepção de justiça é preferida a outra quando suas consequências gerais são mais desejáveis”. Um tipo de realismo ou teste empírico que permite moderar qualquer afirmação deontológica do tipo principialista ou fundamentalista (VÁSQUEZ, 2019, p.30). Rawls (2000a, p.22) elabora sua teoria da justiça como uma alternativa viável aos conceitos utilitários clássicos de justiça e aos intuitivos, doutrinas que no contexto anglo-saxão – especialmente o utilitarismo – têm dominado os debates filosóficos. Não cabe neste capítulo, desenvolver de forma minuciosa a crítica de Rawls a essas doutrinas, mas vale a pena destacar em linhas gerais a crítica rawlsiana ao utilitarismo, para valorar a força de sua aposta deontológica. Enquanto o utilitarismo:

1. Leva em conta todos os desejos e preferências de cada indivíduo,

ocorre que muitas dessas preferências podem ter origem questionável. Como determinar quais preferências são genuínas e quais não são?

2. Como não prejudicar esses desejos e preferências? Caso as preferências ou gostos sejam ofensivos, também devem valer?
3. É igualitário ao tentar maximizar o bem-estar geral sob o critério da maioria, a verdade é que o bem-estar geral é criticável como resultado se a responsabilidade das pessoas com relação aos seus próprios desejos não for avaliada – “[...] as pessoas são não portadoras passivas de desejos [...]” (VÁSQUEZ, 2019, p. 31).
4. Aceita a necessidade de fazer um balanço de custo-benefício no qual seja razoável pesar certos sacrifícios em prol de maiores benefícios futuros, a verdade é que parece desproporcional sacrificar indivíduos em benefício de outros – o utilitarismo não considera a independência das pessoas (VÁSQUEZ, 2019, p.31).

A justiça como imparcialidade, ou "neo-contratualista", permite responder a duas questões fundamentais, como bem destaca Gargarella (1999, p.20): O que a moralidade exige dos indivíduos e por que se deve obedecer a certas regras? À primeira questão, o contratante responde que se deve cumprir as obrigações decorrentes de um acordo voluntário em que as partes estabelecem a autoridade que nos obriga a cumpri-las. A segunda pergunta é respondida da seguinte forma: deve-se obedecer a certas regras para que haja um compromisso com elas (VÁSQUEZ, 2019, p.31). Como se pode observar, a autoridade é uma criação dos próprios seres humanos e não possui justificativa religiosa ou metafísica. Pressupõe uma clara secularização da moralidade, e o acordo gerado é exclusivamente voluntário.

Tais condições aparentemente triviais, especialmente para um jurista versado em teoria contratual, são extremamente poderosas contra qualquer acordo do tipo factual-hobbesiano em que diferenças prevaleceriam por razões de poder, *status* social, questões genéticas ou estados emocionais. A questão é chegar a um acordo imparcial, em condições ideais que possibilitem evitar diferenças factuais e viabilizar uma intuição básica de acordo com nosso “senso de justiça”, ou seja, “que todos nós contamos igualmente” (VÁSQUEZ, 2019, p.32).

Como afirmar que cada indivíduo tem um valor intrínseco e que, portanto, devemos priorizar a proteção dos mais vulneráveis quando entendemos que as

diferenças foram fruto de uma “loteria natural”? Nenhuma pessoa é naturalmente subordinada às outras e as desigualdades resultantes da arbitrariedade devem ser corrigidas porque são inerentemente injustas. A possibilidade de chegar a acordos imparciais pressupõe uma concepção robusta da pessoa coletiva (VÁSQUEZ, 2019, p.32).

Com forte inspiração kantiana, Rawls assume abertamente, de acordo com a análise de Vázquez, “[...] a segunda formulação do imperativo categórico e a consideração das pessoas como fins em si mesmas, o que implica a aceitação de algumas propriedades básicas” (VÁSQUEZ, 2019, p. 33):

- a) as pessoas morais são constituídas pela capacidade de escolher fins, adotar interesses e formar desejos;
- b) tal capacidade é anterior – se supõe um sujeito subjacente – a qualquer fim, interesse ou desejo;
- c) essa separação da pessoa de qualquer fim, interesse ou desejo também permite isolá-la do fluxo causal – econômico, histórico, político, social – em que este último, como qualquer fenômeno empírico, está imerso;
- d) as pessoas morais também estão separadas umas das outras. Isso significa que elas têm sistemas separados de fins e interesses e que são centros independentes de escolhas e decisões;
- e) em consequência de tudo o que foi apresentado, se algo é uma pessoa moral, nada que dela seja composto ou constituído a partir dela também pode ser compreendido como pessoa moral. Em outras palavras, as entidades coletivas não são entidades como pessoas morais (VÁSQUEZ, 2019, p.33).

No que diz respeito ao item “a”, é evidente que, se o objetivo de todo discurso contratual é o consenso, deve-se presumir que cada sujeito participante é capaz de escolher os princípios normativos que nortearão suas ações exclusivamente pelos motivos apresentados no contexto do mesmo discurso (VÁSQUEZ, 2019, p.33). Chama-se, a atenção da reflexão desenvolvida por Vázquez para o fato de que essa primeira característica da pessoa moral se refere ao valor da autonomia pessoal, entendida como a “capacidade” de escolher fins e não apenas como o “exercício” dessa capacidade (VÁSQUEZ, 2019). O universo de sujeitos morais passíveis de intervir no contrato não exclui aqueles que ainda não exerceram suas capacidades,

mas poderão fazê-lo se os obstáculos que os impedem puderem ser removidos (VÁSQUEZ, 2019, p.33).

A característica “b” se refere à identidade das pessoas morais. Deve-se excluir a possibilidade de encontrar alguma propriedade primitiva e absoluta da pessoa que defina sua identidade. Ao contrário, como afirma Derek Parfit, para se referir a uma continuidade do sujeito, deve-se apelar a um ponto de vista “complexo” da pessoa, que envolve considerar todo o conjunto de fenômenos psíquicos - memórias, avaliações, atitudes, crenças – concatenadas causalmente (PARFIT, 1984, p.219). Deste ponto de vista, a identidade da pessoa moral não se apresenta sob o tipo de “tudo ou nada”, mas de uma perspectiva gradual, o que implica a possibilidade de conceber a perda da identidade pessoal ou o seu desaparecimento em uma mesma vida biológica (VÁSQUEZ, 2019, p.33).

No que toca ao item “c”, é preciso reiterar que a concepção de pessoa que se pretende caracterizar não é a da pessoa empírica imersa no fluxo causal e sujeita a todas as contingências sociais, históricas e políticas, pelo contrário, da pessoa moral abstraída de tais contingências. A característica “d” se refere à separabilidade e independência das pessoas, como propriedades que impedem o indivíduo – pelo menos na versão mais crua do utilitarismo na chamada tese da “monstruosidade moral” – de ser sacrificado em benefício de outros ou ter violada sua integridade física e mental (VÁSQUEZ, 2019, p.34-35).

Finalmente, a característica “e” exclui o status de pessoa moral das comunidades em geral. As concepções extremas de sociedade, coletivistas ou holísticas em geral, acabam por subordinar a identidade do indivíduo à existência e identidade da própria comunidade. Do ponto de vista liberal, as entidades coletivas – comunidade, nação, Estado etc. – não possuem os atributos de individualidade, autonomia e dignidade que caracterizam a pessoa moral, e extrapolá-los, gratuitamente, para entidades coletivas é um claro exemplo de antropomorfização indevida (VÁSQUEZ, 2019, p.35).

Com base nessa concepção de pessoa moral, o objeto último do contrato é a construção e o estabelecimento de certos princípios de justiça. Mas antes de sua formulação, Rawls aponta alguns dos limites de sua aplicação, que para Vázquez (2019) são os seguintes: Estes princípios não visam resolver casos particulares, individuais ou familiares. Não são princípios para regular as relações interpessoais ou organizações civis: empresas, comunidades religiosas, organizações não

governamentais, universidades ou meios de comunicação de massa. Nem pretendem regular as relações entre os Estados: não pretendem ser princípios de justiça internacional. Em vez disso, eles se destinam a ser aplicados à estrutura básica da sociedade, sistemas sociais e instituições, que tem a ver com a forma como as instituições mais importantes – a Constituição, as principais disposições econômicas e sociais – distribuem direitos e deveres, encargos e benefícios (VÁSQUEZ, 2019, p.38).

Ainda consoante ao pensamento de Vázquez (2019, p.37), os princípios se aplicam a sociedades bem ordenadas, isto é, sociedades onde as circunstâncias de justiça prevalecem; onde as pessoas são mais ou menos iguais umas às outras e são tratadas como iguais. É claro que as sociedades ditatoriais, tirânicas, demagógicas, aquelas onde os direitos humanos são sistematicamente violados ou aquelas extremamente pobres e desiguais em recursos são excluídas. Rawls tem em mente sociedades democráticas liberais ou que se aproximem desse modelo. E por fim, segundo, embora não se possa concordar com todos os indivíduos sobre o que é justo fazer, com base em alguma visão abrangente de justiça, existem procedimentos que podem nos ajudar a alcançar resultados razoavelmente equitativos (VÁSQUEZ, 2019, p.39).

Estabelecidas as condições de aplicação dos princípios, Rawls pretende levar a teoria dos contratos a um “nível superior de abstração” em relação ao proposto pelos clássicos – Locke, Rousseau, Kant – e postula uma situação hipotética, a partir de uma posição original. Rawls esclarece que não se deve considerar o contrato original como um contrato para entrar numa sociedade particular ou para iniciar uma forma particular de governo. Destaca que seria melhor que a ideia principal fosse que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade fossem o objeto do acordo original (RAWLS, 2000a). O autor destaca que

Estes princípios são os que pessoas livres e racionais, reunidas pelos mesmos interesses, adotariam inicialmente quando todos estivessem numa posição de igualdade, para definir termos fundamentais da associação que estariam fazendo. Esses princípios irão regular todos os futuros entendimentos; iriam especificar os gêneros de cooperação social que poderiam vir a ser incluídos no governo, assim como determinariam as formas de governo. A esta maneira de ver os princípios de justiça chamaremos de justiça como equidade (RAWLS, 2000a, p. 6).

Rawls apresenta dois princípios de justiça que podem ser escolhidos na posição inicial. O primeiro dos dois princípios poderia ser formulado da seguinte forma: “[...]”

cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos” (RAWLS, 2000a, p. 64). O segundo princípio assevera que “[...] as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma que ambas: (a) correspondam à expectativa de que trarão vantagens para todos, e (b) que sejam ligadas à posição e a órgãos abertos a todos [...]” (RAWLS, 2000a, p.64), em condições de justa igualdade de oportunidades.

O primeiro princípio pressupõe que todo indivíduo, livre e racional, organize seu projeto de vida e que, para torná-lo viável, necessita de certos bens primários – direitos e liberdades, oportunidades e poderes, renda e riqueza – que constituem “[...] as bases sociais da dignidade [...]” (VÁSQUEZ, 2019, p. 37).

Com o primeiro princípio, Rawls busca, em primeiro lugar, definir um ideal democrático de cidadãos livres que tenham *status* cívico de igualdade e com poderes para influenciar a legislação de maneira igualitária e eficaz, participando da vida política pública. (...) Em segundo lugar, o primeiro princípio da Teoria da Justiça é parte do ideal liberal de Rawls de pessoas autônomas e livres que desenvolvem suas capacidades humanas que moldam e seguem modos de vida inerentemente compensadores.

O princípio da liberdade tem uma relação de prioridade lexicográfica com respeito ao segundo princípio, que é o mesmo que dizer que, numa sociedade que alcançou um mínimo de desenvolvimento social – caso contrário não se poderia falar em justiça, a liberdade sozinha pode ser limitada por liberdade. Como explica Vita (1999, p.45):

Rawls dispõe os princípios de justiça propostos por sua teoria em uma ordenação ‘léxica’ (ou serial). O primeiro princípio – que prescreve um esquema de liberdades iguais para todos – tem prioridade sobre a primeira parte do segundo princípio – que prescreve a igualdade equitativa de oportunidades para todos; este último, por sua vez, tem prioridade sobre o princípio da diferença – segundo o qual as desigualdades socioeconômicas são justificáveis se forem estabelecidas para o máximo benefício possível daqueles que se encontram na extremidade inferior da escala social. Essa disposição serial pode ser interpretada da seguinte forma. Ao comparar diferentes arranjos institucionais da ótica da justiça, devemos primeiro selecionar aqueles em que as liberdades civis e políticas encontram-se adequadamente protegidas (prioridade do primeiro princípio) e em que as instituições e políticas de promoção da igualdade socioeconômica não exigem, por exemplo, a conscrição do trabalho (prioridade da primeira parte do segundo princípio); em seguida, selecionamos o arranjo institucional no qual a distribuição de bens primários é igualitária (ou mais igualitária) de acordo com o critério estabelecido pelo princípio de diferença.

A lista proposta por Rawls em relação à liberdade inclui liberdade política, liberdade de expressão e reunião, de consciência e pensamento, liberdade da opressão psicológica, agressão física e desmembramento - integridade da pessoa -, o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão ou detenção arbitrárias. Todas essas liberdades garantidas na mesma Constituição, e não em estatutos secundários (VÁSQUEZ, 2019).

Ressalta, ainda, Vázquez (2019) que, no que diz respeito à igualdade de oportunidades, Rawls parte de uma distinção dentro da mesma justiça processual, entre aquela que supõe um critério independente para determinar o desfecho do processo; ou aquele que não precisa dele. Neste último caso, um resultado, qualquer que seja, será sempre justo ou imparcial se respeitar as regras de procedimento. O que se tentaria é que o sistema de cooperação alcançasse o grau de justiça puramente processual: garantir que todos tenham as condições básicas satisfeitas no ponto de partida. Por sua vez, a justiça processual, que requer critérios independentes, pode ser perfeita ou imperfeita (VÁSQUEZ, 2019). Neste último, Vázquez (2019) assevera que, mesmo cumprindo todos os procedimentos, pode-se chegar a um resultado errôneo, por exemplo, declarar um indivíduo culpado ou inocente na esfera penal. De acordo com Rawls, a igualdade de oportunidades é anterior - tem precedência lexicográfica – ao princípio da diferença (VÁSQUEZ, 2019).

O princípio da diferença, em termos de Pareto – uma situação S (uma alocação de recursos) é superior a outra situação S' se, pelo menos, uma pessoa é melhor e ninguém é pior em S do que em S' –, justifica a real desigualdade entre os indivíduos, contanto que sejam estruturados para o benefício dos menos favorecidos (VÁSQUEZ, 2019).

Assim, quando Rawls aborda os conceitos de posição original e véu da ignorância, parte do pressuposto que os indivíduos racionais são privados de conhecimentos acerca de suas próprias posições dentro da sociedade ou de seus atributos pessoais, seriam convidados a escolher os princípios que deveriam reger a repartição de bens essenciais.

Segundo Rawls a distribuição de recursos deverá ocorrer de duas formas: a distribuição igual de direitos e deveres básicos e a compensação das desigualdades injustas, particularmente aquelas que atingissem os mais desfavorecidos, garantindo-se a todos iguais oportunidades (RAWLS, 2000a. p 64). Na proposta rawlsiana, sua preocupação pauta-se na distribuição dos bens primários sociais essenciais,

considerados por ele como sendo: a liberdade, a oportunidade, a renda, a riqueza e as bases do autorrespeito (RAWLS, 2000a, p. 66). Por outro lado, a saúde é por ele compreendida como um bem primário natural, assim como o vigor, a inteligência e a imaginação. A saúde enquanto bem seria distribuído em uma sociedade em que as bases da justiça estivessem solidamente estabelecidas. Por isso, saúde, para Rawls, seria consequência de uma sociedade justa, razão pela qual alega que a discussão sobre os seus efeitos distributivos seria irrelevante (AÑON, 2009, p. 136).

A sua teoria é idealizada, partindo do pressuposto de que os indivíduos são participantes normais, plenos e ativos na sociedade. Rawls considera que todos apresentam as mesmas capacidades físicas e psicológicas dentro de parâmetros normais. Neste sentido, os princípios de justiça se aplicariam somente a indivíduos normais, ou seja, cidadãos plenamente envolvidos numa cooperação social (AÑON, 2009, p. 135).

Por isso, ninguém é merecido por situações que correspondem a uma loteria natural⁶, e essas não devem incluir apenas aquelas correspondentes ao nascimento ou características não intencionais, como cor da pele ou orientação sexual, mas também as mesmas capacidades mentais que em boa medida são condicionadas pela origem genética e de ambiente social. Se, mesmo garantindo a igualdade de oportunidades no acesso e no ponto de partida, deixar-se a diferenciação à mercê da natureza, os resultados desiguais seriam injustificáveis. Por essa razão, a resposta de Rawls, segundo o princípio da diferença, é que as desigualdades são aceitáveis se os mais favorecidos melhorarem a situação dos mais necessitados, vulneráveis ou menos favorecidos (RAWLS, 2000a).

Vita (1999, p. 46) compreende que tanto a loteria social como a loteria natural são arbitrárias. Por isso que, ao nascer com habilidades, capacidades físicas e talentos que são valorizados, é considerado tão arbitrário quanto as próprias desigualdades sociais. O autor defende que a igualdade democrática é o ideal a ser perseguido e a justiça almejada. Considera, ainda, que o reconhecimento de um talento não é um fundamento moral legítimo, portanto o indivíduo não pode exigir uma parcela maior dos benefícios da cooperação social (VITA, 1999, p. 48).

⁶ Loteria natural é uma expressão usada para identificar mudanças na sorte resultantes de forças naturais, e não diretamente da ação das pessoas. A loteria natural dá forma à distribuição de bens naturais e socialmente condicionados. Ela contrasta com a loteria social, expressão usada para identificar mudanças na sorte que não são resultado de forças naturais, mas da ação de pessoas (ENGELHARDT, 1998, p. 454).

Nessa concepção, é importante entender que nenhuma questão relativa a bens primários pode ser decidida de acordo com a regra da maioria. Portanto, a “reserva proibida” constitui-se como pré-requisito para qualquer tipo de consenso, ou seja, não é suscetível de qualquer negociação. A regra da maioria é aplicada para resolver problemas práticos relacionados aos desejos secundários dos membros da comunidade, mas nunca com respeito aos primários. Por isso, entende-se que a estratégia de negociação e comprometimento na busca de interesses secundários – próprios ou alheios – só é eticamente aceitável no contexto de uma sociedade homogênea que garanta verdadeira igualdade de oportunidades sem arbitrariedade própria de uma loteria natural, por exemplo (VÁSQUEZ, 2019).

Segundo Añon (2009, p. 78) a saúde (ou a falta de saúde) seria o resultado de uma loteria natural: uns gozam de melhor saúde que outros e, perdem ou ganham saúde em distintos momentos de sua existência. Além da loteria natural, Engelhardt também fala de uma loteria social, porém esta loteria social, mesmo utilizando-se da expressão social, não está vinculada a ações ou omissões de terceiros (AÑÓN, 2009, p. 78). Segundo Engelhardt (1998, p. 454)

Todos os indivíduos estão expostos às vicissitudes da natureza. Alguns nascem com saúde, e por sorte mantêm-se assim durante uma longa vida, livres de enfermidades e de grandes sofrimentos. Outros nascem com diversas e graves enfermidades congênitas ou genéticas, enquanto outros contraem, no início da vida, doenças fatais ou causadoras de incapacidades, e outros ainda são feridos e mutilados. Aqueles que ganham na loteria natural não precisarão de assistência à saúde durante a maior parte de sua vida. Poderão viver uma vida plena e ter uma morte pacífica e sem dor. Aqueles que perdem na loteria natural precisarão de assistência à saúde para minorar seu sofrimento e, quando possível, curar suas enfermidades e restaurar funções orgânicas.

Assim, as desigualdades entre as pessoas se devem a circunstâncias do acaso, que podem ter um caráter natural ou social, assim como se deveram ao acaso não podem reputar-se como justas ou injustas (ENGELHARDT, 1998, p.455). Então, supor que existe um direito à saúde é admitir que existe um imperativo de justiça relacionado à saúde. O autor admite que é difícil traçar uma distinção clara entre a injustiça e o acaso, mas sustenta que este é o único critério adequado para admitir reivindicações legítimas em matéria de saúde: será uma reivindicação legítima a que derive de um dano causado injustamente por terceiro, não uma simples necessidade. A saúde ou a falta de saúde seria então produto de uma loteria natural: uns têm melhor saúde do que outros.

Ainda que, neste contexto, considere-se a saúde como fruto de uma loteria natural, admite-se que em caso de negativa na prestação de um direito à saúde, torna-se legítimo ao cidadão recorrer ao Sistema de Saúde para obter os cuidados em saúde. Segundo Engelhardt (1988, p. 456) quando os indivíduos decidem “comprar a assistência à saúde”, aqueles menos afortunados na loteria natural, terão pelo menos em parte, a possibilidade de compensar aquelas perdas, por suas vitórias na loteria social. Será possível ao indivíduo, desfrutar da assistência à saúde, garantido melhores condições físicas e psíquicas. No entanto, aqueles que perdem na loteria natural e na loteria social terão necessidade de assistência à saúde, mas sem contar com os recursos para adquiri-la.

Por estes motivos, entende-se que Daniels ao adotar a teoria de Rawls para justificação de um direito à saúde, pesa melhor por incluir as instituições relativas ao cuidado da saúde entre as instituições encarregadas de proporcionar uma justa igualdade de oportunidades. Neste sentido, o direito à saúde seria um caso especial do direito à igualdade de oportunidades de acordo com o segundo inciso do segundo princípio de justiça (AÑÓN, 2009, p. 139).

Sendo assim, tanto a doença como a deficiência restringem a gama de oportunidades que de outro modo estariam abertas ao indivíduo. Deste modo, a proteção da saúde contribui para preservar a gama de oportunidades que o indivíduo terá em caso de não estar doente ou incapacitado, dados os talentos e as habilidades (AÑÓN, 2009, p. 139).

Diante do contexto apresentado, dentre os princípios de justiça, o princípio da igualdade de oportunidade, na visão de Daniels, é aquele considerado adequado para as discussões em relação à saúde. Para participar desse debate, insere-se a universalidade, temática considerada fundamental para a efetivação desse direito. De outro modo, a configuração da saúde como direito universal, provoca também debates sobre inclusão e exclusão, portanto sobre o acesso e a distribuição de recursos em relação à saúde.

2.3 Princípio da Igualdade de Oportunidades, Universalidade e Escassez de Recursos na Saúde

A proteção da liberdade e igualdade do indivíduo e a satisfação dos bens primários que são necessários para seu desenvolvimento requerem a imposição de deveres positivos. Proteger e desenvolver a autonomia das pessoas e contribuir para a igualdade de oportunidades, entendida não apenas como igualdade de acesso sob regras processuais imparciais, mas, sobretudo, como igualdade de oportunidades substantivas, ou seja, desde o início, o Estado deve intervir na distribuição equitativa de bens básicos (VÁSQUEZ, 2019, p.38). Isso significa implementar políticas redistributivas agressivas em termos de impostos progressivos e demandas sobre a própria sociedade civil e sobre os próprios indivíduos em termos de deveres positivos, não só especiais, mas também gerais, para além do altruísmo ou da caridade (VÁSQUEZ, 2019, p.40).

Uma das teorias mais seguidas é a teoria das necessidades, que enfoca a relevância dos interesses que são protegidos por meio do reconhecimento de direitos. As necessidades constituem razões boas ou suficientes para exigir a satisfação dos direitos humanos, de modo que, a partir da existência de necessidades, se pode fundamentar juridicamente os direitos, quando tais necessidades são básicas e não podem ser satisfeitas por si mesmas (AÑÓN, 2009, p.59). São várias as dimensões que integrariam uma noção de necessidades básicas, podendo compreender necessidades como estados de carência, como estados de dependência, elementos constitutivos da capacidade de ação como definição de necessidades fundamentais ou básicas em oposição às instrumentais e, por fim, o elemento de dano ou privação cuja insatisfação gera sofrimento no ser humano.

Em resumo, uma necessidade humana básica é aquela situação ou estado de coisas que, quando se refere a uma pessoa, é um elemento constitutivo de sua capacidade de ser um agente moral (ALMIÑANA, 2017, p.45). Da mesma forma, Hierro entende que ter um direito é ter uma necessidade cuja satisfação há motivos suficientes para exigir em qualquer caso (HIERRO, 1982, p.57). Em suma, essa ideia mostra a importância da exigência de obrigações para poder satisfazer direitos humanos de forma adequada e eficaz.

No que se refere à assistência à saúde, esta pode ser entendida como uma necessidade humana básica e, portanto, universalizável, na medida em que uma

doença pode permanecer ou se agravar, a menos que seja prevenida ou curada, não havendo alternativa de suprimento da doença, para curar a doença, além de tratá-la clinicamente (ALMIÑANA, 2017, p.45). Nessa linha, Doyal e Gough (1994, p.10) entendem a saúde (ainda que em referência apenas à saúde física), como uma necessidade humana básica universal, independentemente do contexto cultural. Os autores entendem a necessidade acima da mera sobrevivência para poder funcionar bem na vida diária. Por sua vez, Zimmerling (1990, p.40) entende as necessidades básicas como o "limite inferior" que delimita o campo da moral.

Da mesma forma, embora não se refira diretamente à saúde, a teoria liberal igualitária de Rawls também se refere à igualdade de oportunidades e, nesse sentido, à redução das desigualdades sociais e econômicas como um dos princípios que servem de base e guia para as relações políticas internacionais. Rawls concretiza sua teoria da justiça em dois princípios fundamentais que todas as pessoas aceitariam em uma posição original, onde decidiriam sobre seus interesses básicos de forma justa (ALMIÑANA, 2017, p.46). O primeiro princípio requer um esquema de igualdade de direitos e liberdades, enquanto o segundo requer que as desigualdades sociais e econômicas beneficiem os menos favorecidos e que eles estejam vinculados para posições abertas a todos a partir de uma oportunidade igual e justa. Nesse ponto, o autor defende que todas as pessoas devam ter acesso ao fornecimento completo de bens primários para ter suas necessidades básicas atendidas e, assim, realizar seus planos de vida, como a igualdade de oportunidades na educação, independentemente da renda.

Da mesma forma, em *The Law of Peoples* (1999), Rawls (1999, p.37) se refere ao respeito pelos direitos humanos (o que não inclui os direitos sociais) como um dos oito princípios de justiça que sociedades justas aceitariam para governar suas relações (RAWLS, 2001). Em qualquer caso, no esquema de direitos, Rawls não inclui o direito à saúde. Além disso, a teoria de Rawls levou a inúmeras críticas, particularmente de defensores da igualdade, como teorias de diferenciação e reconhecimento, pois apesar de formular o princípio da diferença, está sujeito ao esquema igualitário de direitos e liberdades e se destina mais a uma sociedade ideal do que a resolver desigualdades estruturais (ALMIÑANA, 2017, p.46).

A ideia de que o conceito de saúde pode dizer respeito tanto a um conjunto de necessidades coletivas quanto a interesses individuais, vinculados entre si não é novidade. O acesso à saúde parece ser daquelas temáticas que em algum sentido

configuram direitos quase inquestionáveis (DIETERLEN, 2001, p.20). Embora essa concepção esteja presente nos discursos das agências públicas oficiais, a efetivação dos chamados direitos sociais ainda está distante da realidade concreta (SOCOLOVSKY, 1997, p.48). Sistemas de saúde sofisticados e exclusivos, tratamentos de alta complexidade, promessas de beleza e juventude coexistem com a expansão de doenças como malária, dengue e cólera (para citar alguns exemplos) que ameaça setores da população que cotidianamente se veem afetados por mortes de doenças evitáveis. Pergunta-se: como pode se estruturar a igualdade de oportunidades substantivas de Rawls nesse contexto? Surge a tentação de qualificar de imoral uma civilização que dispõe de recursos para garantir a oferta de certos bens a todas as pessoas, mas deixa enormes contingentes de indivíduos em situação de vulnerabilidade. Pode-se dizer, tendo como fundamento a Teoria da Justiça de Rawls, que isso é injusto e que se trata de um problema de justiça? (SOCOLOVSKY, 1997, p.53).

Mas, essa acusação supõe uma sociedade que tem dever com seus integrantes; uma obrigação que, se existente, caracteriza-se pela provisão de recursos necessários à satisfação de certas demandas. No entanto, nenhuma dessas suposições é uma verdade absoluta, sancionada por uma ordem de justiça independente da justiça mesma que define os homens nas suas relações mútuas (SOCOLOVSKY, 1997). É necessário justificá-las. Propor uma ordem de coisas, um estado desejável para assuntos humanos, requer poder justificar sua necessidade e seu valor. Por que homens organizados em forma de coexistência e cooperação devem ser obrigados a atender certas necessidades individuais? Por que cuidados de saúde, enquanto direito individual, gerariam obrigações a toda organização social? (SOCOLOVSKY, 1997, p.53).

No artigo intitulado “For and Against equal acces to health care”, Gutmann toma uma definição bastante ampla acerca do princípio de igualdade de acesso à atenção à saúde, para apresentar as principais linhas em torno desse debate, intentando explicar os valores que subjazem a cada uma das grandes perspectivas (GUTMANN, 1981, p.549).

A defesa do princípio da igualdade supõe a possibilidade de demonstrar um status diferente para a atenção da saúde, ou seja, justificar por que, entre todos os bens desejáveis, a saúde merece ser garantida desse modo, haverá um conjunto de valores ou princípios mais fundamentais apoiando a perspectiva igualitária. Do mesmo

modo os críticos do princípio, que em geral argumentam em favor de um mecanismo de livre mercado para a distribuição dos bens de saúde, consideram a saúde em pé de igualdade com todos os demais bens que se dirigem a satisfazer todo tipo de preferências individuais, que devem ser assumidos pelos orçamentos particulares dos indivíduos (SOCOLOVSKY, 1997, p.54).

Esta explicação dos orçamentos em jogo, no âmbito dessa controvérsia, permite situar a discussão no terreno adequado e frutífero. Nesse sentido, indagar a teoria rawlsiana para comprovar sua capacidade de justificar uma perspectiva igualitária com respeito à atenção da saúde se torna particularmente significativa se tivermos em conta que, tal como sustentou Gutmann (1981, p.552), aqueles que argumentam contra um sistema de igual acesso à saúde, apoiam suas razões na defesa das liberdades individuais e na afirmação da impossibilidade do estabelecimento de critérios objetivos em função dos quais seria possível hierarquizar os desejos das pessoas e, conseqüentemente, aqueles bens que os satisfazem. A doutrina da justiça como equidade, por sua parte, não somente pretende oferecer uma concepção de justiça que coordene, em um mesmo esquema, as demandas historicamente conflitivas de liberdade e igualdade, além disso aporta um critério para identificar demandas adequadas das pessoas sobre os recursos disponíveis na sociedade, sem fazer referência a um fundamento subjetivo em relação à intensidade dos desejos individuais (SOCOLOVSKY, 1997, p.54).

Green (1981, p.113) se pergunta quais as possíveis razões que determinaram que Rawls não se preocupasse com o problema da atenção à saúde em sua Teoria da Justiça, e conclui afirmando que essa ausência se deve, simplesmente, a impossibilidade de tratar de todas as questões relativas à justiça em um único livro, por mais extenso que ele seja e por mais fundamentais que fossem as questões. Assim, propõe em realizar um tratamento rawlsiano do tema. Para isso busca redefinir o *status* da saúde, incorporando-a como bem social primário na lista estabelecida originariamente por Rawls. Ressalta-se que, mesmo tomando o conceito de saúde em sua significação mais restrita, depende em grande medida do que a sociedade outorga e dispõe de recursos para sua atenção e “[...] apesar de Rawls, então, a atenção à saúde deve ser considerada um bem social primário, em seus termos e deve ser diretamente considerada no âmbito da teoria da justiça.” (GREEN, 1981, p. 113).

Green (1981, p.114) também analisou as principais questões de justiça como equidade, e para a ordem lexicográfica dos princípios retomou o argumento segundo

o qual priorizando o primeiro princípio com respeito ao segundo, as partes que na posição original os selecionam, evitam a erosão que para o autorrespeito das pessoas implicaria as diferenças socioeconômicas (GREEN, 1981, p.114). Ele sustenta que mais que uma ação governamental, a saúde não é somente bem socialprimário, mas reclama que a saúde está nos primeiros lugares da lista que os detalha. O autor examina ainda vários problemas vinculados com o reconhecimento do caráter básico da atenção à saúde, procurando argumentar, guardando o ponto de vista dos agentes (GREEN, 1981, p.114), que, na posição original, seleciona os princípios de justiça para regular as instituições básicas da sociedade (SOCOLOVSKY, 1997, p.54).

Tendo considerado a saúde como um dos bens primários mais importantes, parece que as partes na posição original concordaram que a distribuição estivesse sujeita a um princípio equitativo, que aqui se traduz como um direito, para todos os cidadãos, a um acesso igualitário aos serviços de saúde de que a sociedade disponha, independentemente de sua situação econômica e social particular. Independentemente, sobretudo, de seu nível individual de renda e riqueza (SOCOLOVSKY, 1997, p.54). Mas, aponta Green (1981, p.115) que a igualdade se estende apenas ao acesso ao sistema de saúde. Dentro do sistema, a atenção seria distribuída sobre a base das necessidades ou de acordo com quaisquer outros princípios que os agentes racionais imparciais considerarem apropriados (GREEN, 1981, p.114).

Green ainda discute o problema da determinação da extensão da garantia de acesso igualitário aos serviços de saúde, o qual se resume na necessidade de estabelecer um limite aos recursos sociais atribuídos para cobrir as demandas de atenção à saúde, já que estas entram em concorrência com outras exigências sociais igualmente importantes ou ao menos suficientemente relevantes como se pretendesse desenvolver; coisa que não seria possível se, em uma estrutura de escassez (ainda que moderada) de recursos e de desenvolvimento tecnológico crescente, se queira responder não apenas às demandas de tudo, mas para todas as demandas (GREEN, 1981, p.116).

Daniels, como já mencionado, traz também uma abordagem que defende a igualdade de oportunidades, entretanto mais focada nas necessidades biomédicas das pessoas. Daniels coloca as instituições de saúde entre as responsáveis por proporcionar igualdade justa de oportunidades, incluindo, assim, os cuidados de saúde na proposta rawlsiana. A posição do autor é que a proteção da saúde ajudaria

a manter as capacidades dos indivíduos o mais próximo possível do “funcionamento normal” (DANIELS, 2008, p.38). O conceito de “funcionamento normal” de Daniels refere-se ao estado de ser, por exemplo, ser saudável, bem nutrido, protegido, educado e outras atividades ou estados que influenciam o bem-estar do ser humano (DANIELS, 2008, p.38).

Daniels (2008, p.39) elabora uma teoria das necessidades de saúde, em princípio independente da justiça como equidade. Mais tarde, ao discutir os pontos básicos daquela, almeja associá-la à teoria rawlsiana em busca de um quadro de princípios de justiça sobre as quais assentá-la. Partindo do conceito geral de “necessidades”, Daniels busca um critério objetivo que permita não somente avaliar as preferências das pessoas sem submeter-se ao arbítrio da intensidade dos desejos individuais, como praticar uma distinção entre o que poderia chamar “necessidades” em um sentido estrito e outro tipo de preferências, não relevantes deste ponto de vista da justiça (DANIELS, 2008, p.39).

Se uma teoria da justiça sustenta um princípio que garante a justa igualdade de oportunidades, então se deve considerar as instituições da saúde como governadas pelo referido princípio. Este é o caso da Teoria da Justiça de Rawls e Daniels, que procuram mostrar como é possível compatibilizar sua teoria das necessidades em saúde com os princípios da justiça como equidade. Segundo Daniels, a lista de bens primários estabelecido por Rawls constitui o que ele chama de uma escala truncada (*truncated or selective scale*), ou seja, uma lista que expressa uma ordem hierárquica e restrita de necessidades que sustentam demandas legítimas por parte dos cidadãos sobre as instituições sociais e, conseqüentemente, sobre os recursos disponíveis. Mas essa lista não inclui os serviços de saúde e tão pouco tem na Teoria da Justiça uma resolução dos problemas de distribuição neste âmbito (DANIELS, 2008, p.39-40). Vista essa limitação, Daniels (2008, 39-40) não está disposto a introduzir os serviços de saúde, ou a saúde mesma, na condição de bem primário, modificando assim a lista original de Rawls e criar um precedente para uma extensão indefinida de bens. Tão pouco aceita a saída que proporia que, garantindo um atributo mínimo de certos bens, uma parte desses bens permitiria a aquisição de seguros de saúde. Esta posição já foi rebatida, porque desloca a questão do terreno das necessidades de saúde. A situação seria manifestamente injusta ou se requereria fixar um mínimo adequado às porções de riqueza, sem ter resolvido o fundamento do critério pelo qual esse mínimo seria exigido (DANIELS, 2008, p.39).

Para além da igualdade de oportunidades e operações, formulou-se a teoria das capacidades humanas, entre cujos principais defensores se destaca Amartya Sen. Por um lado, a ideia de capacidades também está relacionada à ideia de “funcionamentos”, uma vez que reflete as combinações alternativas de funções sobre as quais uma pessoa tem a liberdade de fazer uma escolha efetiva, podendo, então, escolher, por exemplo, a oportunidade de uma boa saúde. Agora, a proposta de Sen (2000, p.95) está mais preocupada com a capacidade de as pessoas cumprirem funções. Na concepção de Sen (2000, p.95),

a capacidade de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível pra ela. Potanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos.

Daniels (2008, p.39), apesar de defender o igualitarismo sanitário e justificar a responsabilidade do Estado em garantir o direito a um mínimo de atenção à saúde, considera a participação de um sistema privado que permitirá a abertura de um mercado de saúde no qual as pessoas possam acessar outros tipos de serviços que não são considerados básicos (como cirurgias estéticas) de forma livre e motivado por suas preferências. Embora seja verdade que a presença de um mercado de saúde – regido pelas leis de oferta e demanda e amparado por uma posição libertária – gere desigualdade entre as pessoas, qual argumento seria apresentado como forma de proibir uma pessoa de usar saúde do setor privado, uma vez que o Estado tem garantido um mínimo de assistência à saúde de forma universal? (CAYÓN, 2018, p.95).

Rawls assevera que os bens primários são as diversas condições sociais e os meios de uso universal para que os cidadãos possam desenvolver-se adequadamente e exercendo plenamente suas duas faculdades morais e para que possam promover suas concepções específicas de bem. Assim como a finalidade dos princípios de justiça é regular as desigualdades por meio das instituições sociais, a finalidade dos bens primários será estabelecer as condições necessárias para o desenvolvimento de uma vida boa (CAYÓN, 2018, p.95).

Cayón (2018) diz que é importante ressaltar que, embora Rawls não fale em justiça sanitária, a teoria se estrutura de tal forma que seja possível encontrar os fundamentos necessários para desenvolvê-la. Do ponto de vista metodológico, Rawls parte de casos que podem ser considerados universais (pessoas normais com

capacidade de cooperação na sociedade) e desce para casos particulares, afim de explicar como uma sociedade deve ser estruturada e determinar os princípios básicos que devem regulá-la (CAYÓN, 2018, p.95).

Nussbaum (2012, p.121) considera que é perfeitamente compatível expor uma lista de necessidades básicas ou capacidades universalmente aceitáveis em todas as sociedades que, ao mesmo tempo, podem ser aplicáveis em casos particulares e obedecer às circunstâncias de uma pessoa que vive em uma determinada sociedade e época.

Cayón (2018, p.188) preconiza que as propostas de Daniels coincidirão com os requisitos mínimos sugeridos pela OMS para alcançar uma cobertura universal de saúde. São eles:

- 1) Um sistema de saúde forte, eficiente e funcional que atenda às necessidades de saúde prioritárias no âmbito da atenção centrada nas pessoas (incluindo serviços para HIV, tuberculose, malária, doenças não humanas);
- 2) Acessibilidade: deve haver um sistema de financiamento dos serviços de saúde, para que as pessoas não tenham que sofrer dificuldades financeiras para utilizá-los;
- 3) Acesso a medicamentos e tecnologias essenciais para o diagnóstico e tratamento de problemas médicos;
- 4) Uma oferta suficiente de pessoal de saúde bem treinado e motivado para fornecer serviços que atendam às necessidades dos pacientes.

Embora Daniels concorde com os requisitos mínimos de saúde sugeridos pela OMS, ele rejeita sua definição de saúde. Na visão da OMS (1946, n. p.), “[...] saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. Por sua vez, na percepção de Cayón (2018, p.188) e Daniels (2008, p.39), essa definição corre o risco de transformar toda filosofia social e todas as políticas sociais em uma necessidade de saúde. Nesse sentido, pode-se dizer que Daniels (2008, p.40) será a favor de uma suficiência sanitária, ou seja, na cobertura de um mínimo sanitário para todas as pessoas, mas não pretende atingir o estado completo de bem-estar físico e mental proposto pela OMS em sua definição.

No entanto, o que nos parece é que a teoria da justiça de Rawls está alheia às iniquidades sociais, entendida, portanto, como uma teoria que não se aproximada

realidade. Em específico, não aborda diretamente questões sobre a saúde, que são relevantes socialmente e que põem em discussão a questão da desigualdade no acesso à saúde. Para Santos (2020, p. 231), “a perspectiva de regular as desigualdades e ajustar seus efeitos mostra a pouca disposição de Rawls para mudanças estruturais na ordem social”. Segundo a autora, cada indivíduo deve ser “dono da inviolabilidade fundada na justiça”, que nem mesmo o bem comum da sociedade pode desconsiderar. Assim, numa sociedade considerada justa, os direitos garantidos pela justiça não poderiam ser objeto de negociação política, nem tão pouco poderiam entrar no cálculo dos interesses sociais (SANTOS, 2020, p. 232).

Sen demonstra na obra *Desenvolvimento como Liberdade* que as desigualdades e “iniquidades sociais” (pobreza extrema, fome coletiva, subnutrição, privação de direitos, carência de oportunidades, a opressão e a insegurança econômica, política e social) são males que assolam o mundo. Para Sen:

[...] é difícil defender desigualdades substanciais por meio de modelos de ‘equidade’. A preocupação de Adam Smith com os interesses dos pobres (e sua indignação com a tendência a negligenciar esses interesses) relacionou-se naturalmente ao seu imaginoso expediente de como um ‘observador imparcial’ veria a situação – uma investigação que proporciona insights abrangentes sobre os requisitos de equidade no juízo social. Analogicamente, a ideia de John Rawls sobre ‘justiça como equidade’ em função do que se pode esperar que seja escolhido em uma hipotética ‘posição original’ na qual as pessoas ainda não sabem quem serão, permite uma rica compreensão das exigências de equidade e revelam os aspectos antidesigualdade que caracterizam os ‘princípios de justiça’ de Rawls (SEN, 2000, p.115).

Destaca, ainda, o autor que as desigualdades graves não são atrativas e são consideradas difíceis de serem justificadas pela razoabilidade, dificultando a obtenção da eficiência e minando a coesão social (SEN, 2000, p.115). O que se percebe é que um número grande de pessoas é privado de liberdade de alguma forma: fomes coletivas, subnutrição, pouco acesso ao serviço de saúde, saneamento básico ou água tratada e morte prematura. Por isso, é necessário acabar com todas as privações de liberdade que limitam escolhas e as oportunidades de exercer a cidadania (SEN, 2000, p. 29). O autor cita, por exemplo,

alguém que é mais rico do que a maioria, mas tem uma doença cujo tratamento é muito caro, obviamente sofre privação em um sentido importante, muito embora, nas estatísticas usuais sobre distribuição de renda, essa pessoa não venha ser classificada como pobre (SEN, 2000, p.117).

A ideia de liberdade adotada por Sen (2000, p.31) diz respeito tanto aos processos que permitem a liberdade de ações e de decisões como as oportunidades

reais que as pessoas possuem. Deste modo, a privação de liberdade decorre de processos inadequados, bem como de oportunidades inadequadas. Segundo Santos (2020, p. 233), ao replicar o pensamento de Sen, afirma que “é possível pensar em uma liberdade em termos complexos, mas para tanto é preciso considerar as diferenças, levando em conta o bem-estar social”. É nessa perspectiva, em que a pessoa efetivamente possa realizar escolhas mesmo com as diferenças e realidades concretas, que reside a igualdade de oportunidades.

Nessa linha de raciocínio, Daniels (1995, p.164) entende que o direito à saúde é considerado um caso especial de direito à igualdade de oportunidades, conforme o segundo inciso do segundo princípio de justiça de Rawls. A proteção da saúde em todas as suas formas contribui para manter as capacidades dos beneficiários mais próxima da normalidade. Há uma tendência a acreditar que os direitos de igualdade de oportunidades só são violados no caso de práticas sociais injustas ou doenças curáveis ou evitáveis que interfeririam no plano de vida das pessoas, fazendo com que percam vantagens. No entanto, acredita-se no fato de que a distribuição natural de talentos e habilidades levará à desigualdade nos resultados sociais. Uma sociedade justa procurará mitigar os efeitos dessas desigualdades, além de eliminar as diferenças possíveis de serem eliminadas, considerando a capacidade de cada um. No que tange a inclusão faz-se necessário tratar do critério da universalidade,

pois o elemento nuclear é exatamente a titularidade do direito à saúde. Entende-se que o direito à saúde é universal e deve ser assegurado a todas as pessoas, de outra banda compreende-se no âmbito do problema da escassez que o direito à saúde não pode estar limitado à atenção médica, tendo em vista que os determinantes sociais da saúde podem e afetam com mais intensidade a vida das pessoas.

Para Ramos (2014, p. 207) a universalização é um requisito de todo juízo moral, pois, para que um juízo seja considerado moral precisa ser universalizável. A universalidade do juízo moral é uma condição necessária, mas não suficiente para sua configuração. Desta feita, não se pode aceitar um juízo moral sem que passe no teste da universalidade. Percebe-se que entre a forma universal dos direitos humanos e o requisito da universalização dos juízos morais há uma conexão e um paralelismo.

Pode-se destacar que os direitos sociais são universais, assim a universalidade em relação à titularidade se estende sem maiores restrições a todos os seres humanos. Embora perceba-se que essa conclusão esteja longe de ser unânime, compreende-se que a universalidade dos direitos humanos em relação à titularidade

independe do grupo a que pertence o indivíduo, tendo em vista que os direitos sociais, entre os quais o direito à saúde, são sempre universais em relação aos seus titulares, mesmo no conceito mais comum de universalidade (RAMOS, 2014, p. 208)

Pela análise aqui feita, registra-se a importância do reconhecimento da saúde como direito humano, previsto nas principais declarações internacionais e na Constituição Federal de 1988, além de legislações pertinentes ao direito à saúde. Esse reconhecimento implica, em princípio, na consideração do direito à saúde como um bem para a dignidade da pessoa humana, fazendo parte da ideia de que ao ser humano precisa ser garantido um mínimo existencial para uma vida digna. Daí, então que a ideia de universalidade é um pressuposto importante para a garantia do direito à saúde, mas não é, de fato, condição para o acesso à saúde, considerando que na distribuição de recursos escassos (como ocorre nos países em desenvolvimento), a prioridade será dos mais pobres e vulneráveis, enquanto, por outro lado, os mais ricos podem escolher o setor privado para a garantia dos cuidados em relação à sua saúde. A discussão sobre o princípio de universalidade do acesso à saúde está presente nos países com os sistemas de saúde mais igualitários. No Brasil, as desigualdades sociais no acesso e na utilização de serviços ainda são alarmantes e exigem respostas do Estado, do sistema de saúde e da sociedade, de modo a garantir o princípio constitucional de universalidade. As desigualdades sociais no acesso e na utilização de serviços de saúde resultam de uma complexidade de fatores que assumem importância específica nos diferentes contextos.

Ainda, no âmbito da saúde, fala-se em universalidade, quando nos referimos ao acesso às ações e serviços de saúde. Trata-se da titularidade do direito, e não de seu objeto. Em sendo assim, a garantia de acesso universal à saúde pode ser resumida na Constituição brasileira, por exemplo, como “a saúde é direito de todos”, vedando qualquer discriminação para o exercício desse direito. Todos, pela só condição de pessoa, têm direito à saúde e ao acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CR/88).

Portanto, registra-se a existência de uma política formal sanitária, pois regulamenta o direito à saúde. No entanto, não nos autoriza a concluir que essa política no seu funcionamento esteja de acordo com as diretrizes referenciadas nos documentos internacionais e na Constituição Brasileira, uma vez que a efetividade do direito à saúde está associada a um mínimo existencial para a garantia da dignidade humana. É possível destacar que o aparecimento e o agravamento das doenças decorrem

de causas sociais, tais como: pobreza, falta de saneamento, pouco acesso à educação, violência, ausência de alimentação saudável e desemprego.

Assim como na visão de Korpi e Palme (1998, p.14) considera-se a efetividade do direito à saúde está associada aos determinantes sociais da saúde e aos determinantes sociais das desigualdades em saúde. Os serviços de saúde são um desses determinantes, embora se possa afirmar que os próprios sistemas equitativos de assistência à saúde são produtos de algumas das mesmas lutas sociais e de classe associadas à diminuição das desigualdades sociais e de saúde.

Engelhardt (1998, p. 448) afirma que o direito à assistência social constitui “reivindicações de bens e serviços”. Diferentemente dos direitos individuais, a saúde, enquanto direito de prestação, exige-se que o Estado forneça bens e serviços de saúde. Para tanto, Engelhardt (1998, p. 449) aponta quatro objetivos que deverão ser largamente difundidos nas políticas de assistência à saúde. Quais seja: 1. A melhor assistência possível deve ser proporcionada a todos; 2. Deve ser garantida assistência com igualdade; 3. A liberdade de escolha de parte do fornecedor de assistência à saúde e do consumidor deve ser mantida; 4. Os custos da assistência à saúde devem ser contidos. Por isso, para o autor, “não é possível proporcionar a melhor assistência à saúde para todos e conter os seus custos” (ENGELHARDT, 1998, p.449).

Observa-se que o estudo sobre a universalidade do direito à saúde, mostrou-se com um grau de complexidade muito maior do que o esperado, considerando que transformar, efetivamente, a saúde em um direito universal requer um dispêndio orçamentário expressivo. Para tanto, Gustavo Amaral (2001, p. 20) defende a necessidade de se estabelecer critérios⁷ de solução específicos para os conflitos pelo emprego de recursos escassos. Avalia Amaral (2001, p. 21) que “escassez longe de ser uma situação anormal, é a regra e, em consequência, que as escolhas trágicas, escolhas muitas vezes de vida e de morte são inescapáveis.”

Por outro lado, Holmes e Sustain (2019, p.15) afirmam que direitos morais só terão um custo orçamentário se sua natureza e seu âmbito foram estipulados e interpretados politicamente – ou seja, somente se forem reconhecíveis dentro do sistema jurídico. Para os autores

⁷ Critérios sociais, compreendendo valor social, grupo favorecido, recursos necessários e responsabilidades especiais; critérios sociomédicos, compreendendo idade, habilidade psicológica e ambiente de apoio; critérios médicos, compreendendo benefício médico, morte iminente, probabilidade do benefício, extensão do benefício e qualidade do benefício e critérios pessoais, compreendendo disposição, capacidade de pagar e seleção aleatória (AMARAL, 2001, p. 187).

É verdade que o custo dos direitos pode ter um aspecto moral, pois uma teoria dos direitos que jamais desça das alturas da moral para um mundo onde os recursos são escassos será dolorosamente incompleta, mesmo do ponto de vista moral. Uma vez que “se deve poder fazer tudo o que se deve fazer”, mas a falta de recursos impede que certas coisas sejam feitas, os teóricos morais talvez devam prestar mais atenção à tributação e aos gastos públicos do que o fazem habitualmente. E não poderão explorar plenamente as dimensões morais da proteção dos direitos caso não levem em conta a questão da justiça distributiva. Afinal de contas, é muito comum que os recursos proporcionados pela coletividade sejam, sem nenhuma razão sólida, direcionados para garantir os direitos de alguns cidadãos em detrimento dos direitos de outros (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p.15).

A alocação de recursos para a saúde é, de fato, uma questão complexa, pois se torna necessário considerar, ao mesmo tempo, a satisfação das necessidades de saúde da população e a otimização dos meios disponíveis. Grosman (2008, p. 100) apresenta um estudo sobre saúde e escassez de recurso, considerando duas interpretações possíveis: quais sejam: 1) a ideia de saúde mínima que pode ser compreendida no sentido que todas as pessoas têm direito a gozar de um mínimo de saúde; e 2) a ideia de saúde como gasto mínimo, em outras palavras, que todos os indivíduos têm direito de exigir que o Estado reverta uma quantidade mínima de recursos na proteção de cada um.

Deve-se considerar que para o autor, o compromisso com o critério de saúde mínima significa a impossibilidade impedir a inclusão e o financiamento público de tratamentos de saúde considerados de alto custo ou experimentais, caso esses tratamentos pudessem melhorar em nível mínimo de saúde a qualidade de vida de alguém.

Importante considerar que a opção pela variante do gasto mínimo, significa compreender o direito à saúde como um direito de assistência sanitária, ao passo que, quando se aborda a variante mínimo de saúde deve-se considerar o problema do direito à saúde vinculada aos seus condicionantes sociais. Em Grosman (2008, p. 105) equidade em saúde significa que “(...) toda pessoa que necessite de serviços de saúde receberá a mesma quantidade de recursos que outra pessoa com necessidades semelhantes”. Para Engelhardt (1998, p.449)

Não se pode proporcionar assistência à saúde para todos e respeitar a liberdade de os indivíduos perseguirem pacificamente com outros as suas próprias visões de assistência à saúde, ou de usar de seus recursos e energias como bem entenderem. Não se pode manter a liberdade na escolha dos serviços de assistência à saúde ao mesmo tempo em que se procuram conter os custos de assistência. Talvez não se possa tampouco ser capaz de oferecer a todos uma assistência à saúde igual, que seja ao mesmo

tempo a melhor possível, por causa dos limites dos próprios recursos. O fato de poucas pessoas abordarem abertamente essas tensões morais fundamentais que encontramos nas raízes das políticas contemporâneas de assistência à saúde sugere que o problema está oculto por uma ilusão coletiva, uma falsa consciência, uma ideologia estabelecida, no âmbito da qual certos fatos são politicamente inaceitáveis.

O fato que a opção do gasto mínimo seja a mais seguida pelas políticas dos Estados nacionais contemporâneos, com a exclusão da ideia de mínimo de saúde, representa um prejuízo significativo no âmbito das discussões sobre a justiça social, os direitos humanos e o direito à saúde, haja vista que nesse contexto a compreensão de justiça em saúde se limitaria a uma discussão da atenção médica. Os recursos seriam, prioritariamente, destinados àqueles que mais precisariam dos cuidados médicos.

Ainda no âmbito das políticas sanitárias e escolhas em saúde, os debates realizados no terceiro capítulo dizem respeito aos argumentos da Ética Utilitarista, que busca conciliar, a partir da perspectiva da Filosofia Política e Moral, os princípios da liberdade e da igualdade. Para tanto, a proposta é analisar alguns conceitos do utilitarismo contemporâneo e, por fim, compreender o direito à saúde a partir de critérios utilitaristas, que poderiam influenciar as políticas de saúde.

3 ÉTICA UTILITARISTA E O DIREITO À SAÚDE

O contratualismo e o utilitarismo contribuíram para a construção das teorias políticas e morais contemporâneas, que possibilitaram as discussões sobre as instituições, as estruturas, as regras e as diversas políticas que moldaram as sociedades atuais.

As teoria utilitaristas surgiram no século XVIII, com apogeu no século XIX. No entanto, em relação ao aspecto central da teoria – que a moralidade e a política devem se voltar para a promoção da felicidade – não foi descartado totalmente pela reflexão política contemporânea, que passou a avaliar os códigos de regras morais e os sistemas de instituições políticas. Passa, então, o utilitarismo a influenciar a vida econômica e as diversas políticas públicas das sociedades contemporâneas (MULGAN, 2012, p.238).

A teoria utilitarista, atualmente, não ocupa um lugar de destaque em relação aos debates que envolvem os direitos humanos. No entanto, torna-se necessário compreender a ética utilitarista e as suas implicações nas teorias morais e políticas contemporâneas, considerando, em especial, o impacto dos argumentos utilitaristas nas políticas de saúde.

O utilitarismo foi objeto de várias análises e críticas que contribuíram para que se destacasse nos âmbitos da Filosofia Moral e Política. Em princípio, surge a teoria de Jeremy Bentham (1748-1832) que inaugura o utilitarismo como uma tradição do pensamento moral que causará forte influência na teoria de John Stuart Mill. A teoria de Bentham prosperará com Henry Sidgwick (*The Methods of Ethics*). Essa tradição da teoria moral é retomada no século XX sob novos moldes que abrange o utilitarismo contemporâneo com Richard M. Hare (*The Language of Morals*) e Peter Singer (*Practical Ethics*).

Um dos pressupostos teóricos para a compreensão do utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill é o princípio da utilidade, que está associado à ideia de felicidade. Essa análise se torna necessária à medida que o objetivo aqui não é buscar fundamentos para uma teoria dos direitos humanos a partir do utilitarismo, mas sim demonstrar que existem argumentos utilitaristas que estão presentes nas discussões atuais sobre o direito à saúde e às políticas sanitárias.

Observa-se, por exemplo, pela ótica de Jeremy Bentham, que o princípio da utilidade é usado como critério de julgamento ou de adequação de uma ação para

que se possa alcançar a felicidade e o prazer individual, como forma de evitar a dor e a infelicidade. Ao lado disso, ao reconhecer que a sociedade se expressa pelos interesses de seus indivíduos, regidos pelo princípio da utilidade, denota-se que este princípio passa a reger também a organização social. Deste modo, afirma-se que, em observância ao princípio da utilidade, as ações de governo devem buscar a maximização da felicidade de seus membros, mesmo que tal postura produza o descontentamento ou a insatisfação dos interesses de alguns indivíduos (BENTHAM; MILL, 1974, p.10).

Busca-se, neste primeiro momento, compreender os pressupostos teóricos do utilitarismo tradicional de Jeremy Bentham e de John Stuart Mill e o princípio da utilidade.

3.1 Pressupostos Teóricos do Utilitarismo e o Princípio da Utilidade

O termo “utilitarismo”, na acepção clássica, foi empregado, pioneiramente, nos trabalhos de Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill. Segundo Vasquez (2017), foi Bentham que enunciou a configuração geral do pensamento utilitarista com a obra *Fragments on Government* (1776) e anos depois publica o livro *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1789).

Considera-se o utilitarismo uma teoria tradicional caracterizada pela existência do princípio da utilidade como princípio moral. Numa visão hedonista⁸, toda conduta humana é motivada pela busca do prazer e pela ausência da dor. A felicidade é a presença do prazer e a ausência de dor. Deste modo, ao contrário da concepção clássica de hedonismo, que defende um prazer individual, o utilitarismo refere-se ao prazer do “maior número de pessoas”. Assim, o princípio da utilidade tem como imperativo buscar a maior felicidade para o maior número de pessoas; por sua vez a felicidade é o resultado do gozo do prazer e da ausência de dor como base da moralidade (BENTHAM; MILL, 1974, p.10).

No utilitarismo, uma “ação é moralmente correta se tende a promover a felicidade e incorreta se tende a produzir a infelicidade, considerada não apenas a

⁸ O hedonismo distingue-se do utilitarismo do século XVIII porque, para este último, o bem não está no prazer individual, mas no prazer do “maior número possível de pessoas”, ou seja, na utilidade social (ABBAGNANO, 2007).

felicidade do indivíduo da ação, mas também a de todos os outros” (MILL, 2005, p.

11). Ao aplicar o princípio da utilidade, constata-se uma realidade essencial da natureza humana: a de que toda conduta dos indivíduos e das sociedades é motivada pela busca do prazer e pela aversão à dor. Bentham (1974, p.9) destaca que:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente á eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.

Desta forma, buscar a máxima felicidade da maioria, tomada como pilar de uma ética consequencialista, fundada no princípio da utilidade, serve de parâmetro ao justo e ao injusto, portanto uma forma de promover a atuação do legislador em suas propostas de reforma social.

Ressalta-se que “[...] o único fundamento correto da ação é, em última análise, a consideração da utilidade, a qual, se for um princípio correto da ação e da aprovação em um determinado caso, sê-lo-á em todos.” (BENTHAM; MILL, 1974, p. 20). Bentham (1974) observa que outros princípios podem explicar por que esta ou aquela ação foi praticada, porém a utilidade constitui a única razão que explica por que a mencionada ação pode (moralmente) ou deve ser praticada.

As leis têm um objetivo geral que é aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visa, em primeiro lugar, excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir essa felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso. Bentham considera que

toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade - se tal princípio tiver que ser admitido -, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior. (BENTHAM, MILL, 1974, p. 65)

Philip Schofield, na obra *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy (2006)*, assevera que o reconhecimento de Bentham em relação ao princípio da utilidade como "fonte real" de dor e de prazer por indivíduos conscientes, é considerado um padrão de moralidade, permitindo-lhe traçar uma distinção entre a lei como ela é e a lei como deveria ser (SCHOFIELD, 2006, p. 64). Esta distinção, por sua vez, forneceu a base para sua estratégia de reforma social, para suas críticas em relação ao direito comum e ao direito natural – a doutrina dos direitos naturais (SCHOFIELD, 2006, p.64).

Devido à concepção jusnaturalista da teoria contratualista, na defesa de um direito natural, possibilitou o fortalecimento do utilitarismo como uma teoria política no início do século XIX. Jeremy Bentham, ao criticar as concepções do Direito Natural e de contrato social, excluiu toda origem natural e divina das leis. Para o autor, a observância à lei deve ser justificada por sua utilidade e não pela hipótese sobre um contrato entre governantes e governados, decorrente de pacto social (MULGAN, 2012, p.146).

Em uma organização social, todos os direitos que o homem poderia ter devem surgir da lei. Portanto, o princípio da utilidade tornou-se o padrão em função do qual todas as ações, leis e instituições seriam elaboradas e implementadas.

Discussão que se contrapõe ao contratualismo de Locke (1973, p.69) quando este declara que os homens possuem um conjunto de direitos inatos e que não são transferidos para o corpo político quando do estabelecimento do contrato social que dá origem ao Estado moderno. Para tanto, o autor sustenta que a lei positiva que contrarie os direitos naturais é considerada inválida, possibilitando aos súditos desobedecer a ela (LOCKE, 1973, p.70). Por outro lado, a lei positiva torna-se necessária em razão da necessidade de existência da própria sociedade civil. Nesse caminhar, Locke assevera que:

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade (LOCKE, 1973, p. 72).

No entender de Bentham (1974), a ideia da existência de direitos naturais e imprescritíveis é falsa, por pressupor a existência natural de homens fora de um corpo político. Está, portanto, exposta às mesmas críticas dirigidas ao contratualismo (BENTHAM; MILL, 1974, p.17). As declarações de direitos elaboradas a partir das ideias de liberdade, natureza e de liberdade natural trazem o risco de descumprimento das obrigações. Segundo Bentham (1974), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é rotulada como uma verdadeira obra metafísica (BENTHAM; MILL, 1974, p.17). Assim, aquilo que não tem existência não pode ser destruído – aquilo que não pode ser destruído não pode exigir nada para preservá-lo da destruição. Direitos naturais são simplesmente absurdos: direitos naturais e imprescritíveis são um absurdo retórico (BENTHAM, 1989, p.3).

Bentham (1974) evidencia que a origem do direito vincula-se à atuação do legislador. Desta forma, caberá ao direito organizar a vida em sociedade, aplicando o princípio da utilidade à elaboração de uma legislação de caráter universal. Assim, nesta perspectiva, a lei está associada a um sistema completo de direito (BENTHAM; MILL, 1974, p.10).

Bentham conceitua o princípio da utilidade como:

aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.

Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo (BENTHAM; MILL, 1974, p. 10).

Para Bentham a noção de direitos naturais, que sejam pré-legais ou supraleais, não faz sentido, em especial, os chamados “direitos naturais imprescritíveis” – direitos que não podem ser revogados pelo legislador (BENTHAM; MILL, 1974). Por isso, segundo Mulgan, “compete ao legislador e ao juiz direcionar, por meio das leis, a conduta dos indivíduos, à luz do princípio da utilidade e com vistas a atingir a maior felicidade para o maior número de pessoas

– o interesse geral” (MULGAN, 2012, p. 34).

O utilitarismo apropria-se de uma padrão moral – a regra do certo e do errado nas ações, que implica o dever de agir segundo a possibilidade de maximização do bem-estar ou do interesse próprio a cada ato particular. Nas palavras de Mill (2005, p.58),

[...] a felicidade que constitui o padrão utilitarista daquilo que está certo na conduta não é a felicidade do próprio agente, mas a de todos os envolvidos. Quanto à escolha entre a sua própria felicidade e a felicidade dos outros, o utilitarismo exige que ele seja tão estritamente imparcial como um espectador benevolente e desinteressado. (MILL, 2005, p. 58).

Na tradição utilitarista é comum distinguir o utilitarismo de atos e o utilitarismo de regras. A forma mais simples de utilitarismo é o utilitarismo de atos, então, o ato correto é aquele que produz mais bem-estar. Isto sugere que você deve almejar, em cada ocasião, maximizar o bem-estar. Mulgan (2012, p.141) alerta que uma razão primária para se abandonar o utilitarismo de atos é evitar as objeções de injustiça e de exigência. Desta forma, o utilitarismo de ato é a opinião de o que é correto ou o que é errado em relação a uma ação, deverá ser julgado pelas consequências da própria ação.

Por outro lado, no utilitarismo de regras são as regras morais que deverão ser avaliadas e não os procedimentos decisórios. Segundo Mulgan (2012, p.146) “o código ideal é o conjunto de regras cuja observância por parte de todos causaria melhores consequências do que aquelas causadas pela observância por parte de todos de qualquer outro conjunto de regras.” Sendo assim, o utilitarismo de regras parte do pressuposto de que o correto ou o equivocado de uma ação deve ser julgado pelas más ou boas consequências, em conformidade com as regras que noteariam as condutas análogas ao previsto. A ação moral é boa quando em observância a uma regras estabelecida.

Schofield (2006) leciona que a racionalidade utilitarista estaria em permitir a distinção entre aquilo que é bom e o que é ruim, e assim definir o que deve ser e o que não deve ser posto como Direito. Houve, no âmbito do Estado, a adoção de leis que se davam por meio da expressão do soberano; leis que deveriam ser observadas pelos seus respectivos súditos.

A ação humana será, portanto, uma ação utilitária, por isto podendo se entender uma conduta finalista motivada. A própria utilidade da ação humana está referida ao efeito de benefício, vantagem, prazer, bem, felicidade, que determinada ação pode proporcionar aos indivíduos de *per si* ou à comunidade. Nessa perspectiva, Bentham (1974) revela: “A missão dos governantes consiste em promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando” (BENTHAM; MILL, 1974, p.20). Por isso, a lei exerce uma função importante no sistema utilitarista de Bentham (1974), pois a finalidade da lei consiste em aumentar a felicidade global da coletividade, excluído aquilo que é pernicioso (BENTHAM; MILL, 1974).

Adepto da teoria de Bentham, John Stuart Mill foi conhecido pela suas obras *Princípios de Economia Política* (1848); *Sobre Liberdade* (1859), *Utilitarismo* (1863) e *Sujeição das mulheres* (1869). No entender de Mill (2005), a felicidade é um princípio fundamental na teoria utilitarista, e assim, por felicidade se entende o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer.

É uma teoria sobre os fundamentos da moralidade. Defende que o prazer, ou a felicidade, é o único fim último da ação e que a ação moral tem que procurar maximizar, imparcialmente, a felicidade de todos.

O livro *Sobre Liberdade* (1854) é considerado um dos textos clássicos da filosofia política, em que Stuart Mill defende princípio da liberdade, conhecido também como princípio do dano. Assevera Mill que:

O único objetivo pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de evitar danos a outros. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente (MILL, 2017, p.68).

Mill defendeu a ideia de que uma sociedade democrática precisava encontrar mecanismos que garantissem que o interesse dos indivíduos pudesse ser considerado tão necessário e uma forma de confrontar os outros interesses prevalecentes.

Os indivíduos, de uma forma geral, procuram maximizar sua satisfação e, minimizar seus desprazeres. Aqui, a satisfação desejada por cada indivíduo, presume-se ser diferente em relação aos outros. Inexiste a dúvida que na busca da satisfação se encontrariam as diferenças, o que resultaria em diversas escolhas. Este contexto só é possível, na medida em que prevalece a liberdade, pois em um ambiente social livre, reside a liberdade de opiniões, o conflito de ideias e a colisão de interesses (MILL, 2005, p.19).

A liberdade não era compreendida pelo utilitarismo como um direito natural, mas sim como um instrumento de desenvolvimento humano e de organização política. No desenvolvimento da individualidade, cada pessoa se torna mais valiosa para si mesma e, portanto, capaz de ser mais valiosa para os outros: “Há uma maior plenitude de vida em relação a sua existência, e, se há mais vida nas unidades, há mais vida composta por elas [...]” (MILL, 2017, p. 88). Afirma ainda o autor que:

não se pode prescindir de alguma compressão para impedir que os espécimes mais fortes da natureza humana avancem sobre os direitos dos outros, mas em relação a isso há uma ampla compensação mesmo do ponto de vista do desenvolvimento humano (MILL, 2017, p. 88).

Volta-se para a preservação da diferença no que se refere às relações entre os indivíduos em torno de sentimentos comuns e princípios e regras compartilhados. Observa-se que o indivíduo, ao ser impedido de satisfazer suas inclinações, compromete o seu desenvolvimento em razão do desenvolvimento de outros. Sujeitar-se a regras rígidas de justiça em consideração aos outros desenvolve os sentimentos e as capacidades que têm como objetivo o bem dos outros (MILL, 2017, p.20).

Frederick Rosen (2003, p.186), na obra *Classical Utilitarianism from Hume to Mill* realizou uma nova interpretação do princípio da utilidade na teoria moral e política com base na teoria utilitarista clássica de Hume e de John Stuart Mill. Apresentou uma nova análise da ideia de utilidade, seu papel no fundamento da moralidade, e sua

conexão com a justiça e a liberdade, baseada na investigação de Hume a respeito dos Princípios de Moral e nas obras *Sobre Liberdade e Utilitarismo de Stuart Mill*.

Na visão de Rosen (2003, p.186), John Stuart Mill define uma tradição utilitária clássica como um sistema para a compreensão de argumentos importantes na filosofia moral e política, tais como: justiça, direitos, liberdade, individualidade, igualdade e democracia. Rosen (2003) leciona que a preocupação não era apenas com o desenvolvimento de uma ética, mas também com a questão política em relação ao fato de a humanidade se tornar feliz ou não e em que consistia essa felicidade. Além disso, não haveria sentido em estabelecer as instituições e leis e seguir o caminho da reforma, a menos que a felicidade fosse atingível. Nesse contexto, Mill alega que não é possível negar que a maioria das pessoas vivia em um estado de infelicidade devido a vários fatores, como leis ineficazes, governos corruptos, pobreza, doenças, egoísmo, ignorância e a ausência de liberdade (ROSEN, 2003, p.189).

A liberdade e a igualdade compõem o princípio da utilidade na forma que seu uso contemporâneo admite. A partir da liberdade busca-se compreender alguns aspectos do utilitarismo de Stuart Mill. Os argumentos utilitaristas voltam-se para o livre mercado e as relações de produção. No entanto, ressalta que a liberdade de mercado deve possuir limites bem definidos, pois terão impacto sobre os indivíduos de uma forma geral. Entende-se que tanto o livre mercado, como as relações de produção serão regidas pelo princípio da utilidade à medida que se torna necessário conciliar liberdade e igualdade (MILL, 2017).

O utilitarismo, enquanto teoria moral, baseia-se nos interesses dos indivíduos que integram a sociedade política, buscando promovê-los de forma racional. Assim, por reconhecer a igualdade entre todas as pessoas e rejeitar fundamento religioso ou metafísico como base para escolhas públicas, o utilitarismo defende a tese de que o melhor caminho a ser seguido será aquele que promover, em maior escala, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas (MULGAN, 2012, p. 69).

Então, o utilitarismo defende que a melhor solução para cada problema político e social é aquela que promove a melhor escala dos interesses – seja na visão de Bentham, o prazer e, na perspectiva de Mill, a felicidade. Entende-se, portanto, o utilitarismo como uma concepção ética consequencialista, porque o juízo sobre um determinado ato depende não da sua conformidade com princípios morais anteriores, mas das consequências que ele produzirá sobre interesses dos membros da

sociedade (MULGAN, 2012, p.159).

Pedro Madeira (Mill, 2005, p.10), na Introdução da obra *Utilitarismo (1863)*, considera que a filosofia moral de Stuart Mill tem por base uma teoria do bom e uma teoria do correto. A primeira refere-se aos estados de coisas considerados bons, indicando também os critérios para que se possa compará-los, enquanto a teoria do correto trata de determinar o que deve ser fazer. Para o consequencialismo, “[...] o correto consiste em maximizar o bom, ou seja, consiste em gerar o melhor estado de coisas possível, se esse estado de coisa ainda não existe, ou em preservá-lo, se já existe” (MILL, 2017, p. 11).

Mill (2005, p.12) preconiza que o bom é o prazer. As únicas coisas boas são experiências sem dor. “Prazer” e “dor” devem ser entendidos de modo lato. Ao contrário de Bentham, Mill (2005, p.12) considera

que há prazeres superiores e inferiores, sendo que um prazer superior é sempre preferível a um prazer inferior, ainda que seja menos intenso e menos duradouro que este. Os prazeres superiores que Mill menciona, especificamente, são os que estão associados ao intelecto, a emoções, à imaginação e aos sentimentos morais (MILL, 2005, p. 13).

O autor chama atenção para o princípio moral que determina o dever de perseguir em cada ação o maior interesse ou a maior felicidade possível, na forma como permitem as experiências qualitativas de prazer e de minimização do desagrado ou da dor, bem ao contrário do que é pressuposto por outro grupo de objeções, que não tornam a ação inviável por enredá-la em cálculos intermináveis acerca de suas próprias consequências (MILL, 2005, p.20). Afirmar Mill (2005, p. 53) que “[...] antes da ação, não há tempo para calcular e pesar os efeitos de qualquer linha de conduta na felicidade geral.” No entanto, ao longo da história da humanidade, o indivíduo buscou descobrir suas ações através da experiência, dependendo dessa experiência toda a prudência, bem como toda a moralidade da vida. Mulgan (2012, p. 53) leciona que:

A moral utilitarista somente estaria suscetível aos infundáveis e paralisantes cálculos consequencialistas, apontados por alguns de seus objetores, no caso de desconsiderar a diferença elementar entre aquilo que serve de critério de julgamento e aquilo que serve de guia da ação, ou, em última análise, no caso de desconsiderar o curso histórico em que foram formuladas inúmeras e valiosas regras e prudência num jogo que supõe as experiências, mas também o influxo do padrão de utilidade. Mill não sugere que o pensamento moral deva estar exclusivamente ocupado com cálculos ou considerações utilitaristas. Por outro lado, o autor do *Utilitarismo* também sabe que tampouco devemos nos fiar inteiramente nas regras de conduta da moralidade comum. Isso não somente porque os princípios secundários de um determinado código moral podem entrar em conflito, forçando-nos uma escolha, mas também porque, em todo caso, vistos à luz da regra moral naquilo que por

vezes possam conter de preconceitos, esses princípios podem ser contraditórios com o critério do maior interesse ou felicidade.

Ocorre que nas sociedades organizadas a partir de uma economia de mercado, as instituições concebidas como sistemas públicos de regras favorecem certos indivíduos em detrimento de outros. O Utilitarismo apoia-se na justiça como a maximização do bem-estar social, aferida pela soma do bem-estar de cada indivíduo (MILL, 2005). No pensamento de Mill (2005, p.60):

Justiça é um nome para certas classes de regras morais que concernem ao essencial do bem-estar humano, e são, portanto, de obrigação mais absoluta do que quaisquer outras regras que servem para a orientação da vida; e a noção que nós temos defendido ser a essência da ideia de justiça, de um direito que reside em um indivíduo, implica e atesta em favor dessa obrigação compulsória.

A justiça consiste em ideia para algumas regras que estão associadas àquilo que é considerado socialmente conveniente (bem-estar humano), de caráter absoluto, imperativas e compulsórias. Sendo assim, a imparcialidade não está relacionada a tudo na vida, mas àquilo que diz respeito à utilidade social, ou seja, a imparcialidade não pode ser exigida independente da conveniência (MILL, 2005, p.24).

Afirma o autor que “[...] deve-se tratar igualmente bem todos aqueles que merecem o mesmo de nós, e que a sociedade deve tratar igualmente bem todos os que merecem o mesmo dela, isto é, todos os que merecem o mesmo tratamento em termos absolutos” (MILL, 2005, p. 60). Este é um modelo padrão da justiça social e distributiva para todas as instituições.

No entanto, este dever moral tem um fundamento que está implicado no próprio significado da utilidade. Da perspectiva do moralista ou do legislador, o igual direito de todos à felicidade implica um igual direito a todos os meios para a felicidade, exceto na medida em que surgem as inevitáveis condições da vida humana (doença, miséria, desigualdades, etc.) ou em defesa do interesse geral (do qual faz parte o interesse de todo indivíduo) que impõem limites a essa máxima – e esses limites devem estar rigorosamente definidos.

Por isso, todas as desigualdades sociais que deixaram de ser consideradas convenientes assumem o caráter não de inconveniências, mas de injustiças, e na medida em que são impostas, tornaram-se também toleradas, como exemplo, a escravidão, a miséria, a opressão etc.

No entender de Guisán (1995), John Stuart Mill é um dos autores que se destaca na Ética Utilitarista, pois buscou desenvolver uma ética baseada nos desejos

mais caros à humanidade: liberdade, igualdade, bem-estar, justiça, autorespeito. É um autor que corresponde às demandas contemporâneas de uma ética normativa, formulada como: a ética do bem-estar; a ética dos direitos e das liberdades, da imparcialidade e a justiça e a ética da virtude, da benevolência e do cuidado (GUISÁN, 1995).

A autora assevera que a ética e a política, ambas compreendidas criticamente, surgem como forma de corrigir as injustiças da vida, seja em razão de uma loteria social seja de uma loteria genética (GUISÁN, 1995). Para tanto, é necessário acabar com aquela "cadeia infinita de desigualdades imerecidas". Se não infinita, então muito numerosa: de infligir dor desnecessária ou privar desnecessariamente de alegria o ser humano.

São diversas as concepções sobre o utilitarismo, constatando-se que as análises sobre a teoria utilitarista têm continuado nos últimos anos. Rawls não pretendia abordar todos os aspectos e todas as formas do utilitarismo. A proposta é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, conseqüentemente, a todas as suas versões (RAWLS, 2000a). Na perspectiva de Rawls (2000, p.15), “[...] acredita-se que o contraste entre a visão contratualista e o utilitarismo permaneça essencialmente a mesma em todos os casos”. Portanto, apesar de Rawls ter proposto uma comparação entre a justiça como equidade com as conhecidas variantes do intucionismo, do perfeccionismo e do utilitarismo, propõe-se aqui apresentar as principais críticas de Rawls ao utilitarismo clássico, de uma forma geral.

A análise de Rawls mais específica sobre o utilitarismo situa-se nos argumentos apresentados por Henry Sidgwick na obra *The Method of Ethics* (1907), como síntese do desenvolvimento da teoria moral utilitarista. Rawls (2000a, p.15) elenca que:

A ideia principal é de que a sociedade está ordenada de forma mais correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros.

Nota-se que uma forma de ver a sociedade facilitaria na suposição de que o conceito mais racional de justiça é o adotado pela teoria utilitarista (RAWLS, 2000a). A análise a partir desta perspectiva está relacionada à possibilidade de que “[...] cada homem, ao realizar seus interesses, é livre para avaliar suas perdas e ganhos [...]” (RAWLS, 2000a, p. 25). Então, pode-se pressupor que existe uma forma de ver a

sociedade, em que se entenderia que o conceito utilitarista de justiça seria a concepção mais adequada (RAWLS, 2000a, p.26). Um dos motivos pelos quais o utilitarismo alcançou tanta projeção foi devido ao fato de ele apresentar uma estrutura de teoria moral teleológica. Nessa trilha, Rawls (2000a, p.26) afirma que:

Os dois conceitos principais de ética são os de justo e de bem: creio que deles deriva o conceito de uma pessoa moralmente digna. Então a estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pelo modo como ela define e interliga essas duas noções básicas. Ora, parece que a maneira mais simples de relacioná-las é a praticada pelas teorias teleológicas: o bem se define independentemente do justo, e então o justo se define como aquilo que maximiza o bem.

O problema que rodeia o utilitarismo de Sidgwick é o mesmo em relação às outras concepções utilitaristas a prioridade que uma instituição moral dá ao interesse da comunidade em detrimento do direito à liberdade (ESTEVES, 2002, p.34). Sidgwick (2001) defende o bem-estar da sociedade em relação à liberdade individual.

Na visão de Rawls (2000a, p.26), não há razão, inicialmente, para que as vantagens de alguns não possam compensar as perdas menores de outros; ou mais importante, por que a violação da liberdade de poucos pode não ser corrigida pelo bem maior compartilhado pela maioria? O autor pontua que:

Desta forma, como um indivíduo avalia vantagens presentes e futuras com perdas presentes e futuras, assim uma sociedade pode contrabalançar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos. Assim, por meio da observação dos fatos, chaga-se aos princípios da utilidade de um modo natural: uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações. O princípio da escolha para uma associação de seres humanos é interpretado como uma extensão do princípio da escolha para um único homem. A justiça social é o princípio da prudência aplicado a uma concepção somática do bem-estar do grupo (RAWLS, 2000a, p. 26).

Na obra *Os Métodos da Ética* (2001), Sidgwick descreve o método como o processo racional de se chegar a um meio de tomar decisões éticas. O objetivo é apresentar os diferentes métodos da ética que estão implícitos no raciocínio moral comum; apontar suas relações mútuas; e onde há conflitos para definir uma solução tanto quanto possível. Nesse contexto, discute-se as considerações que deveriam ser decisivas para determinar a adoção dos primeiros princípios éticos (SIDGWICK, 2001).

Nesse sentido, “[...] um método é uma maneira muito geral de se decidir o que fazer. Métodos dão origem a princípios – guias mais específicos para a ação, tais como as regras cotidianas de moralidade” (MULGAN, 2012, p. 46). Todas as tentativas

possíveis de método podem ser resumidas em três abordagens: egoísmo, utilitarismo e intuicionismo.

Segundo Mulgan (2012, p.46), o egoísmo refere-se à teoria que justifica uma ação em termos da felicidade que ela produz no agente do ato. O utilitarismo busca contribuir para a felicidade de todas as pessoas afetadas pelo ato. O intuicionismo indica que outros fins, que não a felicidade, podem ser aceitáveis e que outras diretrizes além daquelas que promovem a felicidade podem ser meios adequados para um fim. Sidgwick (2001, p.30) argumentou que nem o primeiro, nem o último poderiam, por si só, fornecer uma base adequada para uma conduta racional. Em vez disso, ele propôs um sistema de "hedonismo universalista" que, de uma maneira paralela ao imperativo categórico de Kant, procurou reconciliar o aparente conflito entre o prazer de si e o dos outros (MULGAN, 2012, p.46). No entender de Rawls (2000a, p.13), o utilitarismo é uma teoria teleológica e a teoria da justiça como equidade não é.

As teorias teleológicas parecem incorporar a ideia de racionalidade, quando consiste em maximizar algo e que, no aspecto moral, o que deve ser maximizado é o bem. Portanto, torna-se bastante atrativa a afirmação de que as coisas deveriam ser planejadas de modo a conduzir ao bem maior (RAWLS, 2000a, p.51).

Para os utilitaristas o que deve ser levado em conta na decisão do que é justo é a satisfação dos desejos que possui valor em si mesma. Assim sendo, “[...] o bem-estar social dependeria direta e exclusivamente dos níveis de satisfação ou insatisfação dos indivíduos” (RAWLS, 2000a, p, 34). Por outro lado, “na teoria da justiça como equidade, os indivíduos acordam sobre o princípio de liberdade igual e celebram este acordo desconhecendo seus próprios objetivos pessoais” (RAWLS, 2000a, p. 58).

Amartya Sen (2000) aponta que o utilitarismo exige que determinada situação seja avaliada pelo total global de bem-estar, mas o problema é que não existe apenas uma concepção utilitarista sobre bem-estar, e pode ser bem-estar associado à felicidade ou ao prazer (conforme filosofia de Bentham, de Mill e de Sidgwick); entretanto, os utilitaristas contemporâneos entendem bem-estar como sendo a satisfação das preferências com base em um comportamento racional e autointeressado como evidenciado por Hausman e Mcpherson (AÑÓN, 2009, p.34). Diante do contexto da teoria utilitarista tradicional, propõe-se, nesse momento, analisar o utilitarismo contemporâneo e a possibilidade de adoção dos critérios utilitaristas em relação ao direito e às políticas de saúde.

3.2 Utilitarismo Contemporâneo e o Direito à Saúde

O utilitarismo tornou-se uma referência teórica para a vida pública e política, em que a liberdade e a igualdade representam os fundamentos de uma teoria política e moral nas eras modernas e contemporâneas. De um lado posicionamentos liberais que defendem a liberdade e seus segmentos como elementos mais importante para a organização social: liberdade de expressão e de opinião, liberdade de religião e livre mercado. Do outro lado, um posicionamento pelo igualitarismo, que adota o princípio da igualdade como bem fundamental, na medida em que a sociedade apresenta objetivo primordial de reduzir as desigualdades sociais.

O que se percebe é que, depois de Sidgwick, não houve progresso original na discussão filosófica sobre o utilitarismo até os anos 1960. A partir dos anos 1960, o filósofo Richard M. Hare passa a defender o utilitarismo, ao rejeitar a análise emotivista dos termos morais como expressões de emoção (MULGAN, 2012, p. 74). R. M. Hare foi autor das obras *Freedom and reason* (1963), *Essays on Political Morality* (1989) e *Essays on Bioethics* (1993).

Diferentemente do utilitarismo clássico, em que ações corretas são aquelas que maximizam o prazer e minimizam a dor, o utilitarismo contemporâneo surge em um contexto de muitas críticas ao utilitarismo clássico. Dentre as concepções do utilitarismo contemporâneo é possível citar o utilitarismo das preferências, utilitarismo da norma e o utilitarismo prudencial.

Recorre-se a dois autores para uma explanação inicial sobre o utilitarismo contemporâneo: Richard Hare (estrutura lógica dos argumentos) e Peter Singer (princípio da igual consideração dos interesses).

Uma das mais importantes contribuições de Richard Hare é a teoria sobre "prescritivismo universal", visando fornecer um instrumento para análise dos argumentos presentes nas decisões morais. Nessa análise, aponta duas propriedades lógicas e semânticas fundamentais da linguagem moral: sua prescritividade (prescriptivity) e sua universalizabilidade (universalizability). Para Mulgan,

Hare define sua teoria como uma teoria metaética, isto é, uma teoria sobre a natureza, o significado e as propriedades lógicas dos conceitos morais. Esclarecendo que ela não inclui nenhum princípio moral substancial, mas tão somente formas de raciocínio que são usadas para argumentar em favor de tais princípios. Os princípios em si aparecem mais tarde, quando a estrutura lógica dos argumentos a seu favor ou contra estiver bem esclarecida. Ou, em outras palavras: A substância entra mais tarde, quando argumentamos a partir dos fatos do mundo de acordo com essas propriedades formais (MULGAN,

2012, p 100).

A segunda metade da prova de Hare visa derivar o utilitarismo do prescritivismo universal. O passo fundamental é a mudança da universalizabilidade para a imparcialidade – a ideia de que a lógica da moral deve ter em igual conta as preferências de todos. No entanto, segundo Hare, para que a prescrição universal seja considerada a sério, deve-se baseá-la não apenas nas preferências atuais do próprio indivíduo, mas também nas preferências que esse indivíduo teria se fosse outra pessoa. Para que essa afirmação seja válida, deve-se procurar refletir sobre as preferências de todos de maneira imparcial. E, Hare argumenta, a melhor maneira de fazer isso é perguntar a mim mesmo o que eu preferiria se eu (de alguma maneira) considerasse as preferências de todos os demais, além da minha própria (HARE, 1991, p. 45).

A imparcialidade, portanto, conduz diretamente a uma forma de utilitarismo baseada em uma teoria de preferência de bem-estar. Para Hare (1991, p. 76), a investigação ética resulta de uma análise lógica da linguagem que esclarece a argumentação moral sem propor, inicialmente, nenhum princípio normativo. Assim, a teoria ética pretende ser normativamente neutra e não confunde a estrutura formal dos enunciados morais com o seu conteúdo normativo. Outrossim, o significado de palavras consideradas propriamente valorativas, tais como: “bom”, “correto”, “errado”, “dever”, etc., são definidos ao serem empregados em uma sentença e podem ser esclarecidos unicamente pela análise de suas características lógicas. Robert Alexy sobre os princípios da universalizabilidade e da prescritividade de Hare afirma

O princípio da universalizabilidade de Hare já foi formulado como regra. A partir desse princípio, junto com o princípio da prescritividade, Hare obtém uma exigência como a seguinte. Toda pessoa deve poder aceitar as consequências de uma regra pressuposta em um enunciado normativo por ela afirmado para a satisfação dos interesses de toda e qualquer pessoa, também no caso hipotético de ela se encontrar na situação dessa pessoa. Resumindo: toda pessoa deve poder concordar com as consequências para todos da regra por ela pressuposta ou afirmada (ALEXY, 2014, 87).

Segundo Alexy (2014, p. 361) um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral compreende regras que exigem não-contradição, clareza de linguagem, certeza das suposições empíricas e sinceridade. Regras que dizem respeito também a consequências, ponderações, universalizabilidade e à gênese de convicções normativas. Essa estrutura de regras que “garantem liberdade e igualdade no discurso, através da concessão a todos do direito de participar no

discurso e de questionar e defender qualquer afirmação” (ALEXY, 2014, p.361). Essas regras do discurso expressam os princípios sobre liberdade e igualdade, servindo como justificativa para garantia direitos humanos. Segundo Alexy “os direitos humanos podem portanto ser considerados discursivamente necessários. Isso implica que uma negação dos direitos humanos é discursivamente impossível” (ALEXY, 2014, p.362).

É seguindo essa linha de raciocínio que Peter Singer, na obra *Ética Prática* (1993), desenvolve seu pensamento. A teoria de Singer, sob o ponto de vista ético, é, em grande parte, influenciada pelo prescritivismo universal de Hare, principalmente, no que se refere ao tipo de utilitarismo adotado por Singer – que é o das preferências.

Para Singer (1993, p. 15), a ética adota um ponto de vista universal, por isso não se pode justificar um princípio ético relativamente a qualquer grupo parcial ou local, ainda que se argumente interminavelmente sobre os méritos de cada uma destas caracterizações da ética. O que se têm em comum é mais importante do que as suas diferenças:

Não quer isto dizer que um determinado juízo ético tenha de possuir aplicação universal. Como vimos, as circunstâncias alteram as causas. Significa, isso sim, que, quando fazemos juízos éticos, vamos para além de preferências e aversões. De um ponto de vista ético, é irrelevante facto de ser eu o beneficiário de, digamos, uma distribuição mais equilibrada do rendimento e outra pessoa a prejudicada. A ética exige que nos abstraiamos do "eu" e do "tu" e que cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial ou do observador ideal, ou o que lhe quisermos chamar. Será que podemos usar este aspecto universal da ética para dele deduzir uma teoria ética que nos oriente sobre o bem e o mal? Os filósofos, dos estóicos a Hare e a Rawls, tentaram-no; mas nenhuma tentativa obteve aceitação geral (SINGER, 1993, p.16).

A proposta de Singer (1993, p. 16) é que o aspecto universal da ética possibilita uma razão convincente, ainda não conclusiva, para que seja adotada um posicionamento utilitarista. Para tanto os juízos éticos deverão ser elaborados do ponto de vista universal, entende-se que “os interesses do próprio indivíduo não podem contar mais do que os interesses de qualquer outra pessoa.” Assim, ao ter de escolher, por exemplo, se comerá os frutos que colheu ou se os repartirá com outros, a pessoa considera os seus interesses desde que seja compatível com os interesses dos outros (SINGER, 1993, p.16).

Singer (1993, p. 34) com base no princípio da igual consideração dos interesses, como princípio básico de igualdade, tem a pretensão de formular um juízo ético, capaz de transpor os interesses individuais ou do grupo do qual se faz parte. Dessa forma, ao realizar uma ação deve-se levar em conta os interesses de todos os

seres envolvidos e atribuir a cada interesse peso igual. De acordo com esta teoria raça, sexo, capacidade intelectual ou personalidade moral são irrelevantes para a consideração dos interesses, pois o que conta são os interesses em si.

Deste modo, Singer (1993, p.40) estabelece a diferença entre interesse e preferência de um indivíduo. Enquanto, no primeiro, existe relação de dependência do sujeito em relação a uma situação; no segundo, o sujeito manifesta agrado por uma situação em comparação a outra. O exemplo que o autor aponta de evitar a dor e sentir prazer é do interesse de todos os seres humanos, por outro lado, algumas pessoas preferem colocar fim à própria vida a viver uma existência repleta de dor. Ressalta-se, no entanto, que, pelo princípio da igual consideração de interesses, não se impõe tratamento igual para todos os envolvidos. Singer exemplifica com o seguinte:

Imaginemos que, depois de um terremoto, encontro duas vítimas, uma delas com uma perna esmagada, agonizante, e a outra com um pouco de dor provocada por um ferimento na coxa. Tenho apenas duas doses de morfina. O tratamento igual sugeriria que eu desse uma a cada pessoa ferida, mas uma dose não seria suficiente para aliviar a dor da pessoa com a perna esmagada. Ela ainda sentiria muito mais dores do que a outra vítima e, mesmo depois de ter-lhe aplicado a primeira dose, a segunda traria um alívio muito maior do que se eu aplicasse na pessoa com uma dor insignificante (SINGER, 1993, p. 42).

Nessa situação, portanto, a igual consideração de interesses leva àquilo que alguns poderiam ver como um resultado não-igualitário: “duas doses de morfina para uma pessoa e nenhuma para a outra” (SINGER, 1993, p.42). Além do mais, na realidade não se pode prever todas as situações e circunstâncias no tocante às escolhas a serem feitas. Mesmo em relação “a escolhas mais significativas, haveria o perigo de, em muitos casos, calcular as circunstâncias longe das ideais” (SINGER, 1993, p.64). Na visão de Hare, afirma Singer (1993, p.64) seria melhor adotar princípios éticos gerais para a vida cotidiana. Isso porque a sociedade pluralista em que se vive, atualmente, não comporta uma mesma resposta para os problemas morais, mas múltiplas interpretações de diferentes sistemas morais pertencentes a diversas comunidades.

Sendo essencialmente a vida e a morte do ser humano, faz com que as soluções encontradas pela sociedade para as suas interrogações morais reflitam-se na Ética e nas políticas de saúde. Discute-se, nesse contexto, uma racionalidade que possa guiar o cidadão de uma sociedade plural e democrática em questões relativas à esfera da dignidade humana e da sua natureza peculiar. Não se trata, portanto, apenas da definição de normas que regulem as questões sobre saúde, mas da

assunção pela sociedade da responsabilidade de definir procedimentos que preservem, em face das descobertas científicas e suas aplicações médicas e tecnológicas, a dignidade da pessoa humana.

A busca ética no nosso tempo, principalmente no âmbito das ciências biológicas e das tecnologias médicas, expressa o entendimento essencial ao ser humano de que, para além das convicções individuais, encontra-se a necessidade de se estabelecer um balanceamento entre os custos e os benefícios do mais ambicioso projeto da Pós-Modernidade adiar a morte (ENGELHARDT, 1998, p. 134). Fala-se de uma perplexidade que tomou conta da sociedade civil, face aos progressos conhecidos e o futuro desconhecido da pesquisa científica, de um modo geral. Diante desse contexto, entende-se que a questão maior a ser analisada diz respeito aos critérios utilitaristas para se definir políticas sanitárias de acesso à saúde e a ideia universalidade do direito à saúde.

Atualmente, alguns debates mais significativos sobre o utilitarismo, encontram-se na intersecção entre a economia e a filosofia. Registra-se que as “preferências reveladas” são a base da economia moderna por serem consideradas um dos critérios mais confiáveis do bem-estar, especialmente, quando instituições são avaliadas. Como afirma Mulgan (2012, p.91) que um dos principais desafios na economia atual é criar instituições em que os indivíduos tenham oportunidades desiguais de revelar as suas preferências, ainda que vários fatores possam interferir nessas preferências: deficiências no poder político, liberdade de expressão, alfabetização, nutrição e saúde básica.

Na visão de Singer (1993, p.39), o utilitarismo das preferências “serve de base para o pensamento ético proveniente da universalização dos interesses individuais considerando-os como interesses coletivos.” Propõe o autor que os juízos éticos devam ser formulados de um ponto de vista universal, considerando que os seus interesses pessoais não podem contar mais do que os interesses de qualquer pessoa. Assim, para o autor (1993, p.16)

a minha preocupação natural em defender os meus interesses tem de se, alargar, quando penso eticamente, aos interesses alheios. Suponhamos agora que começo a pensar eticamente, a ponto de reconhecer que os meus interesses, pelo simples facto de serem os meus interesses, já não podem contar mais que os interesses alheios. Em lugar dos meus interesses, tenho agora de tomar em consideração os interesses de todas as pessoas que serão afectadas pela minha decisão.

Entende Singer (1993, p.14) que a visão universalista da ética está associada

ao princípio da igual consideração de interesses: “atribuir aos interesses alheios o mesmo peso que atribuímos aos nossos.” A ética para Singer consiste na busca de uma ação universalizável que visa as melhores consequências e, após considerar todas as opções, favorece os interesses daqueles que foram afetados.

Assim sendo, torna-se oportuno destacar a importância do utilitarismo contemporâneo (Utilitarismo das preferências) para os debates sobre o direito à saúde, considerando que é um segmento do utilitarismo (pautado na teoria das preferências) que mais se aproxima das análises sobre o acesso à saúde.

No caso da saúde, as discussões que demandam escolhas, preferências e igualdade de oportunidades estão relacionadas ao acesso à saúde, como exemplo, o fornecimento de medicamentos e produtos de saúde e oferta de leitos. O que ocasiona situações de extrema desigualdade em que uns teriam acesso e outros não. O que resulta, intuitivamente, em decidir sobre o certo ou sobre o errado ou adotar critérios morais para as referidas escolhas.

Rawls (2000a, p. 42) critica o utilitarismo sobretudo por “[...] adotar para a sociedade como um todo o princípio de escolha racional para um homem [...]”, o que significa dizer que “[...] não leva em conta seriamente a distinção entre pessoas” (RAWLS, 2000a, p. 43). Enquanto critério que busca orientar as escolhas pública, o utilitarismo incorpora diversos desejos, objetivos e valores que almejam conseguir a adesão dos indivíduos em um sistema único de desejos que, então, deve ser maximizado para o maior número (VITA, 1999).

O cálculo da melhor escolha depende de como se compara o bem, as consequências e as preferências. Para realizar julgamentos morais definitivos, torna-se necessário definir uma padrão de preferências a ser satisfeitas, das consequências a ser atendidas, das utilidades a ser garantidas e dos prazeres a ser experimentados; desta forma, exige-se escolhas entre diferentes pesos e comparações do bem, das consequências, dos prazeres e das utilidades (ENGELHARDT, 1998, p.73). Como argumenta Amartya Sen (2000, p. 45),

o utilitarismo é permissivo o suficiente para considerar tudo -interesses, ideais, aspirações e desejos - como preferências, mas singularmente restritivo no que se refere a que preferências são relevantes. Assim é que o princípio correto para a escolha pública, de um ponto de vista utilitário, não deveria se basear nas preferências efetivas dos agentes (que podem ser confusas, equivocadas ou egoístas) e sim nas preferências que o agente teria se completamente informado, se raciocinasse corretamente, se estivesse no estado mental conducente à escolha mais racional e assim por diante. Somente preferências ‘perfeitamente prudentes’ contam, tais como

interpretadas por um legislador utilitário ideal.

Sen (2000, p. 59) assevera que isso contraria não só as éticas pluralistas, que descartam a existência de uma magnitude cuja maximização possa se constituir na única consideração relevante do ponto de vista moral, e que adotam uma concepção mais complexa de pessoa – utilitarismo só se interessa pelas pessoas enquanto portadoras de utilidades, mas também o próprio apelo intuitivo da ética utilitarista: o de permitir que as pessoas façam e obtenham o que elas desejam.

Para Vita (1999, p.37), a adoção de critérios utilitaristas pode resultar na ausência de consideração em relação às diferenças entre os indivíduos, oferecendo aos direitos uma base excessivamente frágil. Por outro lado, em relação à teoria da justiça de John Rawls, segundo Vita (1999, p 37), percebe-se uma teoria mais sólida no estabelecimento de direitos e de liberdades para os indivíduos. Rawls (2000a, p. 64) pondera que:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na Justiça que mesmo o bem-estar da sociedade como um todo não pode sobrepujar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade por alguns possa ser justificada pelo bem maior compartilhado por outros. A justiça não permite que os sacrifícios impostos a alguns possam ser compensados pela soma maior de benefícios desfrutados por muitos. Em uma sociedade justa, por esse motivo, as liberdades da cidadania igual são vistas como estabelecidas; os direitos assegurados pela justiça não são sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.

Nesse processo, questiona-se se haveria um padrão moral objetivamente válido a partir do certo e do errado pelo menos no que se refere a algumas das questões da vida coletiva. A existência de um padrão objetivamente válido, torna-se necessário para orientar as escolhas práticas, especialmente, se elas precisam ser realizadas em situações de forte pressão. Por exemplo, o de não oferecer leito ao paciente que está em pior situação de saúde e que apenas pode ter uma ligeira melhora, em relação ao paciente que está em melhor situação de saúde e pode recuperar-se por mais tempo (RAWLS, 2000a).

Gustavo Amaral na obra *Direito, escassez e escolha* (2021) aborda os direitos, a escassez dos meios e a necessidade de escolhas trágicas, que garantirão direitos para alguns, mas não para outros. Existem demandas em relação aos direitos fundamentais cuja satisfação exige disponibilidade de meios materiais. Esses meios são finitos e as demandas infinitas (AMARAL, 2001, p. 136). Afirma o autor que “[...] dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a

todos” (AMARAL, 2001, p. 120). No caso do direito à saúde, os meios são mais escassos, uma vez que são direitos que necessitam de uma prestação positiva por parte do Estado.

Para Añón, as políticas sanitárias adotadas pela maioria dos Estados voltar-se-ão para critérios com uma aproximação utilitarista, pois propõe avaliar as consequências de uma ação ou de uma situação sobre o bem-estar ou a utilidade, como forma de medir a bondade ou a justiça dessa ação ou situação, não mediante suas características intrínsecas (AÑÓN, 2009, p.206). O critério de justiça do utilitarismo consiste na maximização da soma de todos os elementos de bem-estar (utilidade) dos indivíduos (SEN, 2000).

Para Añón (2009, p. 207), no âmbito da saúde, as políticas sanitárias mais adequadas seriam as que buscassem maximizar a soma dos estados de saúde dos indivíduos (que neste caso seria equivalente ao bem-estar ou a utilidade). Comparar duas políticas sanitárias alternativas poderia ocorrer a partir da confrontação de suas consequências enquanto bem-estar ou utilidade (o nível de saúde) agregado (compreendido como a soma dos estados relevantes de saúde dos indivíduos). Deste modo, um sistema sanitário justo seria aquele que conseguisse aumentar ao máximo a saúde agregada, considerando todos os cidadãos do Estado. Mas, enquanto se trata de maximizar o nível de saúde agregado dos cidadãos, retorna-se novamente à dificuldade de determinar com maior precisão o conceito de saúde. O utilitarismo em geral não é alheio a esta questão (AÑÓN, 2009, p.207). Na percepção do autor:

Analogicamente, pode-se entender que no momento de definir uma política de saúde em conformidade com os critérios utilitaristas, deve-se ater a um critério (mais ou menos) objetivo, tal como o de saúde-utilidade, ou optar-se por um critério mais atento à satisfação das preferências, o que, por outro lado, permitiria ser sensível a importância relativa que os indivíduos outorgam a seu estado de saúde em relação à satisfação de outras preferências. Este último privilegia políticas de saúde favoráveis ao mercado e aos sistemas de seguro saúde (eventualmente obrigatórios) para mensurar a satisfação das preferências (AÑÓN, 2009, p. 209).

Se existem escolhas, é possível que haja exclusões em relação ao acesso à saúde. As exclusões na esfera da saúde envolvem, principalmente, a condição da pessoa idosa. Para A. B. Shaw, no texto “In defence of ageism”, o direito ao tratamento também deve ser considerado conforme o benefício obtido. Há o dever de proporcionar a todos os cidadãos a vida com qualidade e duração mínimas, mas sem obrigação de conceder longevidade extrema a alguns indivíduos. Defende que uma vez que as pessoas idosas já haviam desfrutado de mais tempo de vida e que a elas

restava menos tempo, a idade constituiria, assim, um critério ético, objetivo e eficiente para racionalizar a atenção da saúde (SHAW, 1994, p.374).

Shaw (1994, p.374) afirma que o critério de escolha em relação à idade tem uma referência moral, uma vez que o acesso ao serviço de saúde é limitado. Desta feita, tais recursos devem ser alocados no sentido de atingir o maior número possível de pessoas. Ressalte-se que, para Shaw (1994) todas as vidas possuem o mesmo valor, no entanto deve-se salvar, em primeiro lugar, as pessoas com maior probabilidade de tempo de vida. Assim, “o utilitarismo se não for suficiente para tomada de decisões éticas é crucial nas decisões em que vigoram situações de racionamento de recursos” (SHAW, 1994, p. 375).

Añón (2009, p.151) registra também que políticas de acesso à saúde podem apresentar algumas exclusões extremamente significativas em relação à condição da pessoa idosa, quais sejam:

Exclusões relativas à falta de reconhecimento (falta de reconhecimento de que a idade produz mudanças, não doenças); a falta de especialistas na saúde dos idosos (ou a infantilização do idoso); falta de respeito pela autonomia e a intimidade do idoso. Outra exclusão está relacionada aos medicamentos utilizados pelos idosos, não raro, testados apenas em pessoas jovens, tendo em vista que os protocolos de pesquisa de medicamentos excluem da investigação pessoas idosas (AÑÓN, 2009, p. 150).

Ainda com base no autor, para verificar a análise do utilitarismo sobre as políticas da saúde, concorda-se que a maximização da utilidade ou do bem-estar é substituída pela maximização da saúde, mas, em geral, o utilitarismo também tem que responder à questão do que é utilidade ou bem-estar, para a qual, em princípio, diferentes versões do utilitarismo deram respostas diferentes (AÑÓN, 2009, p.210). O utilitarismo clássico optou por dar uma resposta hedonista ao que é utilidade. Bentham (1748) falou de prazer e dor, identificando a justiça com o que em sua conhecida fórmula – “dá maior prazer a um número maior” (BENTHAM; MILL, 1974, p. 26). No entanto, o utilitarismo contemporâneo considera esse hedonismo muito estreito e prefere raciocinar em termos de “preferências” individuais: a utilidade consistiria no indicador da satisfação das preferências, independentemente de essa satisfação se manifestar em termos de prazer. O que estaria envolvido neste caso é maximizar a satisfação das preferências, independentemente do seu conteúdo, com a única restrição de que fossem racionais, ou seja, não baseadas em erro fático e nem contraditórias (AÑÓN, 2009, p.154).

No entender de Engelhardt (1998), a ética (bioética) tornou-se um dos pontos

de partida para a discussão sobre a saúde, pois é possível abordar o direito à saúde e as políticas sanitárias, considerando: a própria essência das reivindicações éticas, em intuições, no que parece declarar como autoevidentemente certo ou errado; as consequências das escolhas morais; em uma ideia de escolha sem preconceito, no ideal de um observador imparcial ou grupo de contratantes sem preconceito e a escolha moral racional ou no próprio discurso (a ideia de imparcialidade). Em relação ao utilitarismo, o que interessa diz respeito às consequências das escolhas morais (ENGELHARDT, 1998, p.75). Nesse trilhar, o autor relata que:

Ao imaginar um utilitário tentando avaliar os méritos comparativos de dois métodos principais de distribuição de assistência à saúde, um que proporciona cuidados agudos e crônicos e alguns cuidados preventivos, diante de um sistema que concentra seus recursos na medicina preventiva e no cuidado agudo de curto prazo, mas com recursos pequenos dedicados ao cuidado agudo de longo prazo e à assistência à saúde crônica. Cada um terá diferentes custos e benefícios, inclusive morais. No primeiro sistema, por causa da ênfase sobre os cuidados agudos e crônicos, as reivindicações dos indivíduos que procuram por esses tipos de tratamento serão mais bem atendidas que no segundo, onde eles poderão ter o tratamento recusado, com a observação de que, no fim, o maior bem poderá ser alcançado pela pesquisa e aplicação da medicina preventiva. Claro que as pessoas que estão sob o segundo sistema terão seus interesses pela medicina preventiva atendidos mais adequadamente que no primeiro. Se estes forem considerados interesses muito importantes pelos proponentes do segundo sistema, eles também poderão afirmar consistentemente que seu sistema levará ao bem maior de um maior número de pessoas (ENGELHARDT, 1998, p. 71).

Caso uma determinada sociedade resolva adotar políticas de saúde voltadas à adoção de critérios utilitaristas, parece necessário que se tenha a adoção de critério de caráter mais objetivo. Añón (2009, p.206) cita como exemplo de critério objetivo, o critério quantificador da utilidade-saúde – *Años de Vida Ajustados por Calidad* (AVAC). Afirma o autor que:

A maximização dos níveis de saúde como critério utilitarista a respeito das políticas sanitárias exige estabelecer uma medida do nível de saúde que permita medidas interpessoais. O critério óbvio parece ser o da mortalidade: ao estabelecer medidas com relação à maximização dos níveis de saúde e ao fazer cálculos de custo-benefício nas ações de saúde, a saúde será maximizada na medida que vidas fossem salvas (AÑÓN, 2009, p. 15, tradução nossa).⁹

Anos de vida ajustados pela qualidade consiste em uma medida de resultados

⁹ La maximización de los niveles de salud como criterio utilitarista respecto a las políticas sanitarias exige establecer una medida del nivel de salud que permita mediciones interpersonales. el criterio obvio parecería ser el de mortalidad: a la hora de establecer mediciones con respecto de la maximización de los niveles de salud y a la hora de realizar calculos de coste-beneficio en las actuaciones sanitarias, la salud se maximizaría en cuanto se salvarse vidas.

de saúde que permite realizar comparações entre tratamentos com a finalidade de adotar escolhas mais razoáveis. Geralmente associa-se o critério AVAC com o utilitarismo no sentido de que seria um critério de medição da utilidade. Este método pode ser utilizado para decidir qual tratamento pode ser mais eficaz em relação a um paciente específico. Também pode ser utilizado na decisão sobre que tipo de tratamento a ser adotado, considerando a distribuição dos recursos disponíveis (AÑÓN, 2009, p.207).

Com a propagação de uma teoria utilitarista, constata-se que a igualdade de acesso à saúde e a universalidade do direito a saúde tornou-se uma questão fundamental e extremamente complexa para a compreensão da efetivação do direito à saúde no mundo. Considera-se, portanto, que a liberdade e a igualdade devem nortear mais uma vez a discussão sobre o direito à saúde.

No primeiro momento, percebe-se que os direitos sociais privilegiam a liberdade em sua mais ampla acepção, pois as pessoas devem ser livres para onde pretendem viver, o trabalho a ser realizado, em caso de doença, o tipo de tratamento e procedimento médico a ser adotado, o lazer que lhe convém e o tipo de educação que deseja. Ainda sob a ótica individual, o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado, desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento (DALLARI, 2010, p.34).

Por outro lado, na saúde, enquanto direito e obrigação do Estado serão observados critérios como a equidade e a universalidade. Portanto, não pode, de uma forma geral, observar os mesmos parâmetros do livre mercado em relação ao recurso destinados à sua efetividade. Em que pesem argumentos contrários, a comercialização de bens sociais vitais, como a saúde, provoca desigualdades sociais. Deste modo, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade.

As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente das vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos, é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à

notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade (DALLARI, 2010, p.35).

É claro que, enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde de todos. O que significa que a avaliação competente e regular do impacto de todas as políticas implementadas e instrumentos de regulação do mercado sobre a igualdade na saúde deve ser institucionalizada nos níveis nacionais e internacional.

Parece que a proposta de John Rawls visa à conciliação entre o igualitarismo e o individualismo. Seu modelo teórico apresenta dois princípios básicos de justiça que constituem a estrutura fundamental da sociedade (propostos por indivíduos em um momento originário sob o véu da ignorância): o princípio da igualdade e o princípio da diferença. No primeiro, o autor pontua que “[...] cada indivíduo deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos” (RAWLS, 2000a, p. 52).

As liberdades individuais devem ser iguais para todos, servindo para fundamentar o princípio da universalidade dos direitos fundamentais. A questão aqui formulada é se, em relação ao direito à saúde, a universalidade seria considerada uma característica imprescindível. Qual o entendimento razoável em relação à ideia de universalidade no tocante ao direito à saúde? Rawls (2000a, p.50) leciona que o princípio da diferença retrata que:

as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de modo que simultaneamente estejam vinculadas a posição e funções abertas a todos, em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades e redundem nos maiores benefícios para os menos beneficiados.

Deste modo, uma sociedade, para ser considerada justa, deve apresentar como propósito superar as diferenças em relação aos seus membros. Adotar princípios válidos para todos, possibilitando melhores condições de vida no meio social e de realização da justiça. Desta forma, a ideia de universalismo em Rawls pressupõe que

os agentes, apesar de terem algumas características individuais próprias, possuem características substanciais idênticas definidas abstratamente e as quais vão permitir o tratamento de seus problemas concretos. Rawls admite que um consenso universal pode ser obtido na medida em que este se

fundamenta em ideias intuitivas que refletem ideais implícitos ou latentes na cultura pública de uma sociedade democrática, essas ideias se expressariam através dos "consensos parciais" ou *overlapping consensus*. (RAWLS, 2000a, p. 37).

Añón (2009, p.115) pondera que, em relação ao direito à saúde, a própria denominação deste direito, bem como seu conceito, seu alcance normativo e os instrumentos jurídicos para sua proteção, está longe de apresentar clareza e muito menos consenso. Dos vários sentidos, tem-se direito à assistência sanitária, direito de proteção à saúde e direito a um mínimo decente de assistência sanitária (AÑÓN, 2009, p.115). Estende-se essa análise à interpretação dos textos das Declarações de Direitos Humanos, quando cita o artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dispõe:

Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem estar de si mesmo e da sua família, 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 fora do seu controle (ONU, 2020, n. p.).

Nesse texto, o que se propõe a garantir é um direito a um padrão de vida que possibilite assegurar a saúde e outros bens necessários ao ser humano para uma existência digna. Observa-se que o objetivo maior é possibilitar uma capacidade humana de suprir as suas próprias necessidades. Capacidade humana que pode ser entendida como “potência pessoal de conseguir a vida que se deseja racionalmente” e o fim último do desenvolvimento, o bem das pessoas, é associado à liberdade (autonomia). Añón (2009, p.40) distingue pelo menos três elementos diferentes, que devem ser compreendidos em relação aos efeitos no tratamento relativo ao direito à saúde:

- a) Direito a um nível de vida adequado que lhe assegure saúde e bem-estar;
- b) Direito a assistência médica e a serviços sociais necessários e;
- c) Direito ao seguro doença (para enfrentar a enfermidade na medida em que supõe enfrentar a doença na medida em que envolva perda de meios de subsistência – trabalho – devido a circunstâncias independentes da vontade (AÑÓN, 2009, p. 41).

Assim, a abordagem do direito à saúde não pode ser simplista, pois se apresenta como um direito complexo, em razão de agrupar uma série de elementos de alcance diferentes. Não se pode deixar de considerar que as discussões sobre a saúde estejam vinculadas ao nível e às condições de vida dos sujeitos em todos seus

aspectos: moral, religioso, econômico e jurídico.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma série de situações sobre o direito à saúde ao mesmo tempo que indica como necessárias as medidas de proteção e reparação em relação a este direito. Assim, o artigo 12 declara:

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. §2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistências médicas e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL, 1992, n. p.).

Portanto, a universalidade dos direitos humanos, entre os quais, presume-se os direitos sociais e entre estes o direito à saúde, apresenta-se enfraquecida diante da difícil tarefa em analisar o direito à saúde como um bem que se destina a todos e não apenas àqueles que mais necessitam. Assim, conforme Ramos, parece inequívoco que, se apenas determinados bens e serviços, objeto dos direitos sociais, não estão ao alcance de todas as pessoas, então os direitos sociais são direitos de algumas pessoas e não direitos universais (RAMOS; DINIZ, 2014, p.26).

Desta forma, frequentemente, se refere a que o valor dos direitos humanos não é relativo a uma cultura determinada. Independente de uma origem histórica e geográfica concretas, a característica da universalidade se refere à constituição de um mínimo ético aceitável por toda a humanidade no momento presente.

Considera-se que as políticas públicas devem ser implementadas como forma de garantir o acesso de todos ao direito à saúde, “não sob a ótica de um observador imparcial” (RAWLS, 2000a, p.5) que tem o papel de maximizar o acesso ao direito à saúde de forma indistinta:

as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens que desfrutam muitos [...] (RAWLS, 2000a, p. 4).

Observe-se que não se trata de um assunto completamente desvinculado da

universalidade moral dos direitos, mas que tem suas próprias particularidades. Veja-se que, se os direitos humanos são universais e que seu valor não depende do contexto social, então é lógico que não se pode imaginar que alguém deixe de ser titular de direitos humanos por estar em um determinado contexto social ou cultural.

Diante do exposto, não é possível desconsiderar a ideia de universalidade em relação ao direito à saúde, por ser considerada uma característica fundamental dos direitos humanos, portanto, também do direito à saúde. Deste modo, não se sustenta a concepção de que a universalidade não seria um atributo do direito à saúde, uma vez que nem todos teriam acesso aos cuidados de saúde. A questão aqui debatida é que, a ideia de universalidade permite definir o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado.

No entanto, sabe-se que, de fato, nem todos teriam acesso à saúde e, que critérios deveriam ser definidos quanto ao processo de escolha em relação aos cuidados de saúde. Por isso, há o reconhecimento de que as teorias utilitaristas contemporâneas se tornariam mais adequadas aos propósitos das políticas sanitárias dos países que não apresentam problemas de desigualdades sociais e econômicas.

A releitura e aproximação do direito à saúde e utilitarismo retrata a falência do sistema de saúde, que se deve, notadamente, da impossibilidade financeira do Estado arcar com os elevados custos dos diferentes procedimentos de saúde para um ou para um grupo de indivíduos, sem que isso, acabe causando graves danos a toda a coletividade.

A garantia absoluta do direito à saúde escancara a crise do sistema político. Isto porque, nenhum Estado consegue efetivar a saúde de forma universal. Haja vista que se o Estado deve ser garantidor do acesso à saúde a toda a coletividade, de outro, há todos os custos envolvidos em sua promoção.

Compreende-se que o ideal utilitarista impõe um conjunto de limitações oponíveis a concretização do direito à saúde, baseando-se na premissa do benefício à coletividade em detrimento ao individual. E, ainda que haja uma tendência a adoção de critérios utilitaristas em relação às políticas sanitárias, principalmente, nos países desenvolvidos, a ideia de universalidade não pode ser preterida em razão de escolhas entre direitos e restrições financeiras.

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o estudo sobre o direito à saúde desenvolveu-se a partir das principais ideias da filosofia política de John Rawls a partir da sua obra *Uma Teoria da Justiça* (1971), propondo uma análise da justiça como um conjunto de princípios que rege a definição e distribuição equitativa dos direitos entre indivíduos de uma mesma sociedade. A justiça considerada uma virtude refere-se à estrutura de base das instituições políticas e sociais. Ademais, buscou-se traçar um mapa comparativo entre a teoria da justiça de Rawls e a teoria utilitarista contemporânea sobre o direito à saúde, registrando dilemas éticos em relação à saúde. Dilemas configurados nos debates entre a ideia de universalidade do direito à saúde, a escassez de recursos e adoção de critérios utilitaristas nas escolhas e nas políticas de saúde.

No primeiro capítulo analisou-se o direito à saúde enquanto direito humano a partir de seu reconhecimento internacional, presente nas declarações internacionais, que possibilitaram um significado valorativo do direito à saúde a partir da dignidade da pessoa humana. Ainda que seja perceptível a ausência de força coercitiva nos instrumentos internacionais, constatou-se que o direito à saúde é um direito a ser perseguido por toda a humanidade.

Foi a partir desta proposta, que o direito à saúde passou a fazer parte de um conjunto de direitos e garantias sem os quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Analisou-se, portanto, o direito à saúde a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segue a compreensão da saúde no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto de Alma Ata e também na Constituição Federal de 1988.

A ideia central contida nesses documentos internacionais e as que se seguiram é a de que, apesar de suas várias diferenças políticas, sociais, econômicas, psicológicas e culturais os seres humanos devem ser considerados iguais em aspecto importante do ponto de vista moral. Trata-se de identificar uma qualidade ou capacidade comum a todos os seres humanos e que, de alguma forma, seja definidora da sua realização enquanto pessoa humana.

Diante do foi exposto, registra-se a importância do reconhecimento da saúde como direito humano, previsto nas principais declarações internacionais e na Constituição Federal de 1988, além de legislações pertinentes ao direito à saúde. Esse reconhecimento implica, em princípio, na consideração do direito à saúde como

um bem para a dignidade da pessoa humana, fazendo parte da ideia de que ao ser humano precisa ser garantido um mínimo existencial para uma vida digna. Conclui-se, nesse primeiro momento, que o direito à saúde alcançou uma tendência universalizadora e fornecimento incondicionado a partir da ideia de que o direito à saúde é universal e deve ser assegurado a todas as pessoas.

No segundo capítulo, objetivou-se desenvolver a análise do direito à saúde a partir dos valores liberdade e igualdade como princípios norteadores para as discussões sobre saúde e o acesso à assistência à saúde. Como marco teórico para esse debate adotou-se a obra Uma teoria da justiça de John Rawls (1971) e, para fins de complementação a concepção de justiça de Norman Daniels, ampliando os debates sobre a teoria da justiça para o direito à saúde.

Na sociedade muitas situações podem ser caracterizadas como justas e injustas. Por isso, pensar na justiça a partir da perspectiva de Rawls é também pensar sobre o justo e injusto das instituições. Deste modo, a análise da teoria da justiça como equidade torna-se um ponto de partida para o estudo do direito à saúde, considerando os seus aspectos teóricos e práticos, que recaem sobre um modelo universal de justiça e a pretensão em formular os instrumentos necessários para que as instituições sociais auxiliem na distribuição dos bens. Além do mais, o propósito de Rawls é construir uma teoria da justiça que busca conciliar liberdade (valor supremo da vida humana) e igualdade (valor fundamental na convivência política).

Dáí, então que a ideia de universalidade é um pressuposto importante para a garantia do direito à saúde, mas não é, de fato, condição para o acesso à saúde, considerando que na distribuição de recursos escassos (como ocorre nos países em desenvolvimento), a prioridade será dos mais pobres e vulneráveis, enquanto, por outro lado, os mais ricos podem escolher o setor privado para a garantia dos cuidados em relação a sua saúde

No terceiro capítulo, o utilitarismo, em sua perspectiva ética, tem Bentham e Mill como seus principais expoentes. Funda-se no princípio da utilidade social, em outras palavras, na maximização do bem-estar e/ou minimização da dor, desprazer ou sofrimento da maioria. Assim, o utilitarismo encampa a ideia de maior felicidade ao maior número de pessoas. Esse argumento apresenta imperativos importantes na solução de casos difíceis e complexos, mas também pode ser utilizado na garantia de privilégios e ações injustas. A perspectiva de condicionalidade de distribuição do benefício a todos, e na sua impossibilidade, o deve desse benefício ser

garantido ao maior número de pessoas, demonstra os limites das teorias utilitaristas na construção de um sistema de saúde justo e equânime. O dilema ético do bonde escancara os obstáculos éticos da posição utilitarista na concretude dos direitos sociais.

A presente pesquisa realizou uma análise reflexiva sobre as questões éticas que envolvem os desafios da universalidade do direito à saúde. Para tanto, realizou-se uma construção teórica com a finalidade de demonstrar os limites e possibilidades da teoria utilitarista na garantia do direito à saúde, em outra medida, buscou-se compreender a teoria rawlsiana como pêndulo interpretativo das demandas marginalizadas em decisões técnicas e políticas puramente utilitaristas.

O direito fundamental à saúde revela um embate ético-filosófico que entrelaça a garantia subjetiva de saúde e sua configuração enquanto bem jurídico coletivo. Engloba as obrigações do Estado de propiciar o acesso às prestações materiais necessárias a consecução do direito. A questão que se impôs na presente reflexão foi atuação do Poder Público na tomada de decisões sobre a distribuição e alocação de recursos em saúde. Para atingir esse propósito buscou-se analisar os principais aspectos utilitaristas e se valeu do artifício argumentativo de Rawls, estruturado no binômio posição original e véu da ignorância.

Da análise empreendida foi possível perceber que, se de um lado, há a inviabilidade racional de se adotar qualquer sistema ético-filosófico assentado no compromisso de garantir tudo a todos em matéria de saúde, de outro lado, deve-se buscar a construção de um sistema argumentativo que fixe critérios equânimes e justos que garantam o acesso à saúde aos cidadãos, como condição mínima de dignidade.

Ao pôr em xeque a universalidade do direito à saúde, resta constatar o conjunto de limitações impostas ao feixe prestacional do Estado, e como consequência, o reconhecimento que o direito as prestações positivas em saúde não são ilimitadas, na medida que a ilimitabilidade do direito à saúde conduziria a ilimitabilidade de todos os direitos sociais (direito à alimentação, direito à moradia, direito ao trabalho etc). Esse percurso analítico visibiliza que a universalidade pode, ao fim, projetar para a sociedade e para o próprio Poder Público um conjunto de obrigações inatingíveis.

Observou-se que o princípio da Justiça rawlsiano apresenta-se fincada na equidade. A equidade se refere à condição, o estado e a qualidade de coisas iguais, diante das diferenças e necessidades. Perante a impossibilidade fática de acesso

universal a todos os benefícios tecnológicos, médicos e sistêmicos de saúde, busca-se um modelo que sirva aos cidadãos de forma justa, atendendo às necessidades e reduzindo às vulnerabilidades individuais e sociais.

Tem-se consciência dos obstáculos do processo de construção de um conceito de Justiça que atenda às demandas em saúde de todos os indivíduos, no entanto, entende-se que a estipulação de critérios de Justiça deve ocorrer na própria formação das bases de uma sociedade, por meio de critérios definidos pelos próprios integrantes, baseada em um sistema de cooperação, respeito e benefícios mútuos. Os argumentos apresentados por teóricos como Rawls e Daniels demonstram que as escolhas sociais impactam nas condições gerais de saúde dos indivíduos de determinada sociedade. Percebeu-se que a saúde é um valor a ser preservado e distribuído em consonância com o pluralismo moral, por meio de políticas públicas orçamentárias dirigidas à eliminação ou redução das diferenças evitáveis de indivíduos e grupos sociais mais vulneráveis.

Daniels esclareceu que a teoria rawlsiana apresenta elementos suficientes para o estabelecimento de uma conexão entre saúde e oportunidades, essa conexão permite embasar o argumento de existência de uma obrigação da Justiça de proteger as oportunidades. Essa perspectiva, além de garantir o exercício das liberdades básicas, assegura a distribuição de bens primários essenciais de forma equânime. Esse processo permite, na medida do possível, que as loterias biológicas e sociais sejam compensadas. Rawls e Daniels são fundamentais a análise da universalidade do direito à saúde na medida que apresentam importante debate questões como liberdades, as bases da igualdade, distribuição de rendas e riquezas, alocação de recursos escassos, distribuição de oportunidades e cooperação social.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ACHESON, Donald. **Independent inquiry into inequalities in health report**. London: The Stationery Office, 1998.
- ALMIÑANA, Maria Dali. **La titularidade universal del derecho a la salud**: algunos limites em su implantación. Tesis (Doctoral) – Univesitat de Valencia, 2017.
- 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.
- AÑÓN, Lema Carlos. **Salud, justicia, derechos**: el derecho a la salud como derecho social. Madrid: DYKINSON, 2009.
- ARAÚJO, Marcelo de. **A fundamentação contratualista dos direitos humanos, Ethic@**: Revista Internacional de Filosofia da Moral, Florianópolis, v. 8, 2009.
- ARAÚJO, Marcelo de. **Human rights and assisted reproductive technologies (ART): a contractarian approach**. *Canadian Journal of Bioethics*, v. 3, n. 3, p. 192-201, 2020. DOI: <https://doi.org/10.7202/1073798ar>.
- ARAÚJO, Marcelo de. **Multilateralismo e governança: a institucionalização difusa dos direitos humanos no contexto da política internacional**. *Ethic@*: Revista Internacional de Filosofia da Moral, Florianópolis, v. 6, n. 1, 2007. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>.
- ARROW, K. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*, v. 53, n. 5, 1963.
- BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Introdução aos princípios da moral e da legislação**: sistema de lógica dedutiva e indutiva. São Paulo: Abril, 1974. Coleção Os Pensadores.
- BENTHAM, Jeremy. **Anarchical Fallacies**. Nonsense upon Stiles. Article II. https://is.muni.cz/el/1423/jaro2016/POL478/um/Bentham_-_Anarchical_fallacies.pdf, Acesso em: 5 jul. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Gen LTC, 2004. 240 p.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

CALABRESI, Guido; BOBBITT Philip. **Tragic Choices**. W. W. Norton & Company, 1978.

CASSIN, René. **La declaration universelle et la mise em ouvre des drotis de l'homme**. [S. l.: s. n.], 1996.

CAYÓN, Ana Regina Luévano. **Justicia sanitária**: las teorías de la justicia distributiva aplicadas al ámbito de la salud. 2018. Tesis (Doctoral) – Universidad del Madri, 2018.

COBURN, David; COBURN, Elaine. **Saúde e desigualdades sociais em saúde em um mundo globalizado neoliberal**. In: MCLNTYRE, D.; MOONEY, G. (org.).

Aspectos econômicos da equidade em saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2014.
DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Revista de Saúde Pública, v. 22, 2010.

DANIELS, Norman. **Just health care**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

DANIELS, Norman. **Just health**: meeting health needs fairly. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DE MARIO, Camila. **Saúde como questão de justiça**. 2013. 332 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, SP, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/281029>. Acesso em: 22 jul. 2021.

DIAS, Maria Clara. **Os direitos sociais básicos**: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos. Curitiba: CRV, 2016.

DIETERLEN, Paulette. **Derechos, necesidades básicas y obligación institucional**. En: _____. **Pobreza, desigualdad social y ciudadanía: los límites de las políticas sociales en América latina**. Buenos Aires: CLACSO, 2001.

DOYAL, L. GOUGH, I. **Teoría de las necesidades**. Barcelona: Icaria, 1994.

ELSTER, Jon. **Local justice**: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

ENGELHARDT, H. Tristan. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

ESTEVES, Julio Cesar. **As críticas ao utilitarismo por Rawls**. Ethic@: Revista Internacional de Filosofia da Moral, Florianópolis, v. 1, n. 1, 2002.

GARGARELLA, Roberto Ve'ase. **Las teorías de la justicia despés de Rawls**. Barcelona: Buenos Aires: Paidós, 1999.

GAUTHIER, DAVID. **Morals by Agreement**. Oxford University Press, 1987.

GOODIN, Robert E. *et al.* **Ethical Dimension of Public Policy**. In: THE OXFORD Handbook of Public Policy. New York: Oxford University Press, 2008.

GREEN, Ronald. Health care and justice in contract theory perspective. In: SHEL, Earl (ed.). **Justice and health care**. Boston: Reidel Publishing Company, 1981.

GRIFFIN, James. **On human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GUISÁN, Esperanza. **Introducción a la ética**. Madri: Cátedra, 1995.

GUTMANN, Amy. For and against equal acces to health care. **Health and Society**, v. 59, n. 4, 1981.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**, Belo Horizonte: Del Rey, 2013

HARE, RM. **The language of Morales**. New York: Oxford University Press Inc, 1991.

HIERRO, L. **Derechos humanos: necessidades humanas? Problemas de um conceptp**. Sistema, n. 42, 1982.

HOLMES, Sthephen; SUSTEIN, Cass. **O custo do direito**. São Paulo: WMF, 2019.

KORPI, Walter; PALME, Joakim. The paradox of redistribution and strategies of equality: welfare state institutions, inequality, and poverty in the western countries. **American Sociological Association**, 1998.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: a theory of justice and its critics**. New York: Stanford University Press, 1990.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1973. Clube do Livro Liberal.

LOSURDO, Domenico. **Marx, a tradição liberal e a construção histórica do conceito universal do homem**. Rede Virtual de Biblioteca Lexml, 2013.

LUCCHESI, Patrícia T. R. **Políticas públicas em saúde pública**. Coord.: Dayse Santos Aguiar *et al.* São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba *et al.* **Derechos positivos de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1998.

MATTOS, Delmo. **O argumento contratualista moderno de Hobbes e a perspectiva contratualista contemporânea de Rawls**. Revista Modernos e Contemporâneos, Campinas, SP, v. 4, n. 8, jan./jun. 2020.

MATTOS, Delmo. **Contratualismo, Utilitarismo e Pluralismo na Teoria da Justiça**

de Rawls. Santa Catarina: Ethic@, v. 15, n. 1, p. 85-109, 2016.

MILL, Stuart John. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. São Paulo: Penguin, 2017.

MILL, Stuart John. **Utilitarismo**. Lisboa: Gradiva, 2005.

MINAYO, Maria Cecília. **Violência e saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. 132 p. DOI: <https://doi.org/10.7476/9788575413807>.

MOONEY, Gavin. **A equidade no contexto da diversidade cultural e da diversidade de sistemas econômicos**. In: McIntyre, D.; Mooney, G. (org.). Aspectos econômicos da equidade em saúde. Trad.: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2014.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução Fabio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

NEWDICK, Christopher. **Who Should We Treat? Rights, Rationing, and Resources in NHS**. New York. Oxford University Press Inc., 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: ensayo de fundamentacion**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

NUSSBAUM, Martha. Las fronteras de la justicia. **Consideraciones sobre la exclusion**. Barcelo: Paidós, 2012.

OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde [1946]**. Disponível em:

<<http://www.fdu.edu.br/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>>. Acesso em: 01 jan. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos [1948]**. Web site Nações Unidas Brasil. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PARFIT, Derek. **Reasons and persons**. Oxford: Clarendon Press, 1984.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

POLLMANN, Arnd. **Filosofia de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad**, 2007.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. **O direito à saúde e a ideia de proteção social na Constituição Federal de 1988: notas iniciais**. *Revista Direito em Debate*, v. 26, n. 48, p. 159-184, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.159-184>.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. **Universalidade do direito à saúde**. São Luís: EDUFMA, 2014.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Organizado por Erin Kelly; Tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São

Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000b.

RAWLS, John. **Social unity and primary goods**. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (org.).

Utilitarianism and beyond. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

RAWLS, John. **The law of peoples**: with the idea of public reason revisited. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad.: Vamireh Chacon. Brasília, DF: Unb, 2000a.

ROEMER, John E. **Theories of distributive justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ROSEN, Frederick. **Classical utilitarianism from Hume to Mill**. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justice**: what's the right thing to do? New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

SANTOS, Ivone Laurentino dos. **Igualdade, equidade e justiça na saúde à luz da bioética**. Revista Bioética, Brasília, V. 28. 2020. <https://doi.org/10.1590/1983-80422020282384>

SCANLON, T. M. Contractualism and utilitarianism. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (org.).

Utilitarianism and beyond. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SCHOFIELD, Philip. **Utility and democracy**: the political thought of Jeremy. New York: Oxford University Press Inc., 2006.

SEN, Amartyan. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SINGER, PETER. **Ética Prática**. Tradução: Álvaro Augusto Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SHAW, A. B. In defense of ageism. **Journal of Medical Ethics**, v. 20, n. 3, p. 188-194, 1994. DOI: 10.1136/jme.20.3.188.

SIDGWICK, Henry. **Essays on ethics and method**: British moral philosophers. Oxford: Clarendon Press, 2001.

SOCOLOVSKY, Maria Yamile. **La salud em el marco de la teoria de la justicia como equidade: uma evolução de dos prepuetas**. Memoria Académica: Serie Monográfica, v. 1, n. 1, p. 39-62, 1997. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.4301/pr.4301.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

TRAVASSOS, Claudia; CASTRO, Mônica Silva Monteiro. **Determinantes e Desigualdades Sociais no acesso e na utilização de Serviços de Saúde**. Revista Política e Sistema de Saúde no Brasil. Org. Giovanella, L. et al. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012. 2ed. ISBN 978-85754-349-4.

VASQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

VÁSQUEZ, Rodolfo. **Teorias contemporáneas de la justicia**: introducción y notas críticas. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

VITA, Álvaro de. **Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls**. Dados, v. 42, n. 3, 1999.

ZIMMERLING, R. **Necesidades básicas y relativismo moral**. Doxa, n. 7, 1990.