

Atualização Científica

Esta seção destina-se a apresentar documentos de interesse relevante para a bioética

LEIVAS, PGC. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos.

Bioética 2006; 14(1):9-15.

Neste artigo Cogo Leivas, Procurador Regional da República, apresenta a tese dos direitos fundamentais sociais como princípios e como direitos *prima facie*. Demonstra sua proficuidade quanto ao estabelecimento de critérios adequados para a condução das decisões sobre a concessão de bens e serviços que satisfaçam os direitos sociais, como o direito à saúde. Tais decisões têm-se constituído tarefa delicada, justamente por situar-se num contexto social marcado pela escassez dos recursos a serem distribuídos, como ocorre no Brasil. Para tanto, argumenta o autor que, ao reconhecer a tese supramencionada, torna-se coerente conceber a realização de tais direitos em diferentes graus, situando-os, portanto, na condição de sujeitos à reserva do possível. Explica, ainda, que o conjunto destes critérios jurídicos norteadores (proporcionalidade em sentido amplo) deve ser complementado por princípios adicionais, como o princípio de justiça.

Leivas inicia o texto ponderando que a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais enunciados na Constituição Federal de 1988, bem como a ampla aceitação de uma teoria constitucionalista favorável ao fortalecimento da atuação judicial em sua defesa e promoção, tem gerado uma práxis que reconhece justiciabilidade plena a tais direitos, apesar de sua genérica enunciação. Entende tal reconhecimento como uma vitória da cidadania, integrando uma concepção ampla de direitos humanos, segundo a qual direitos de primeira e segunda geração, como o direito à saúde, são considerados como indivisíveis e interdependentes. Reconhece, contudo, um sentimento generalizado de perplexidade frente à falta de critérios e carência de fundamentação para as decisões judiciais que concedem benefícios, em geral na área da saúde, sem maiores considerações sobre suas conseqüências para as políticas públicas e para a realização

de direitos sociais de outros indivíduos, muitas vezes com maiores necessidades que as do próprio autor da ação.

Tal perplexidade tem gerado três atitudes básicas: a primeira nega justiciabilidade aos direitos sociais, seja repudiando-lhes eficácia plena ou admitindo somente a eficácia restrita às prestações que compõe um mínimo existencial (o nível básico de saúde, por exemplo); a segunda não aceita restrição alguma aos direitos sociais, por razões pragmáticas ou normativas. E a terceira, à qual se filia o autor, reconhece plena justiciabilidade aos direitos sociais, desde que entendidos como princípios e como direitos *prima facie*, posicionamento que desenvolve em linhas gerais.

Na primeira seção do texto, Leivas explica o que significa considerar direitos sociais como princípios e como direitos *prima facie*, sujeitos à reserva do possível. Os direitos *prima facie*, como o direito à saúde, discorre, exigem realização tão ampla quanto possível, sendo admitidos, porém, graus diferentes para o seu cumprimento. Isso ocorre porque o fato de que um princípio que valha para um caso não implica em validade absoluta, por apresentar razões que podem ser deslocadas por razões opostas.

A definição destes graus de cumprimento, que exige uma avaliação de possibilidades tanto fáticas quanto jurídicas, constitui a chamada reserva do possível. É somente após tal avaliação que se torna possível alcançar o grau definitivo de realização dos direitos sociais, que pode variar do zero (inexistência do direito social definitivo), ao mediano (como a concessão de medicamentos em alguns casos e não em outros) ou máximo (quando o pedido é aceito na íntegra).

Esta análise envolve aspectos empíricos e normativos, explica. Os aspectos empíricos estão ligados às condições de recursos/bens existentes e recursos/bens pretendidos: a quantificação de recursos financeiros previstos no orçamento público, de leitos em UTI ou de órgãos disponíveis para transplante e a verificação do grau de eficácia/efetividade do recurso/bem pleiteado, por exemplo. Os normativos dizem respeito à observância, por parte dos órgãos administrativos e judiciais, dos critérios estabelecidos pela Constituição, pelas leis e pelas normas infra-legais para a definição dos bens e serviços a serem prestados e de seus respectivos beneficiários.

Como os recursos para a realização dos direitos sociais são escas-

sos, sua distribuição exige, caso se queira justiça, o uso dos critérios normativos para o reconhecimento do direito definitivo a uma prestação social; o que, por sua vez, pressupõe sempre um conhecimento o mais exato possível das questões empíricas, de preferência embasadas nas melhores evidências científicas disponíveis. Tais critérios referem-se a garantias legais de prioridade na distribuição de bens (como no caso de crianças, idosos e outras populações específicas), ou na definição concreta de bens/serviços e seus destinatários, como a distribuição gratuita de medicamentos excepcionais a pessoas carentes. Contudo, uma vez que a legislação não estabelece normas suficientemente claras, precisas ou não contraditórias entre si, torna-se necessário recorrer a normas e critérios não-positivados, que constituem os cânones da interpretação: estes são os argumentos não-jurídicos, como os princípios concretos de justiça, que serão explicitados pelo autor na última seção do texto.

Antes disso, porém, na segunda seção do texto, cuida o autor do chamado preceito da proporcionalidade em sentido amplo, que apresenta critérios jurídicos para decisão nos casos de direitos sociais. Tal metodologia de decisão, desenvolvida pelo Direito Constitucional contemporâneo, pode ser utilizada no processo de justiciabilização dos direitos sociais e compõe-se de três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para esclarecer sua utilização, o autor toma como exemplo de direito social *prima facie* o direito à saúde. Assim, de acordo com o raciocínio exposto, a ampla interpretação do direito *prima facie* exige que sejam levadas em consideração todas as medidas requeridas para sua realização e cada uma dessas medidas (bens/serviços) serão avaliadas, portanto, de acordo com sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira etapa, discorre o autor, quando se avalia a adequação ou efetividade da medida, verifica-se, por exemplo, se um determinado medicamento é adequado/efetivo para aquele paciente. Entretanto, aduz, a avaliação da eficácia pressupõe a compreensão do fim ou objetivo a ser alcançado enquanto exigência da norma; o que implica, no caso do direito à saúde, numa reflexão prévia sobre o conceito de saúde que esteja sendo levado em consideração em cada caso concreto. Assim, se a saúde for entendida como a ausência de qualquer enfermidade, uma medida seria adequada se levasse à cura de deter-

minada doença, ou mesmo se contribui, em algum grau, para o alcance da cura. Se é entendida como completo bem-estar físico, mental e social, então uma medida é adequada se conduz a este estado, ou ainda se traz um aumento de bem-estar em comparação com o estado anterior ao uso do medicamento.

Na segunda etapa, quando tem lugar a reflexão sobre a necessidade da medida, avalia-se: 1) a eficácia da medida pleiteada em comparação com a eficácia de outras medidas disponíveis, e 2) os efeitos e/ou impactos desta medida nos direitos de outros indivíduos ou bens jurídicos coletivos. Tanto a eficácia quanto o impacto podem ser medidos em escalas como as triádicas simples (graus leve, médio e forte) ou as triádicas duplas (graus leve-leve, leve-médio ... grave-grave) etc. Se, por exemplo, o medicamento pleiteado produz um leve aumento de bem-estar e forte impacto em outros bens jurídicos, e se outro medicamento disponível produz um forte aumento do bem estar (saúde) e médio impacto no orçamento da saúde ou nos direitos à saúde de outros indivíduos, há que se julgar não necessária a medida pleiteada, fazendo jus o demandante ao outro medicamento.

E na terceira etapa, prossegue, ainda que a medida em questão seja considerada adequada e necessária, cabe a análise da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, que implica também em comparação, desta vez entre direitos e princípios opostos. Supondo que o medicamento pleiteado é adequado e necessário, a ponderação exige, agora, a verificação do impacto da medida em direitos de outros indivíduos e da coletividade e do grau de benefício alcançado pelo indivíduo caso seja deferido o bem/serviço pleiteado. "A medida não será proporcional em sentido estrito", conclui, "se o grau de realização do direito for menor que o impacto em direitos de outros indivíduos ou da coletividade". E exemplifica: se o benefício for pequeno e o impacto grave, então o indivíduo não fará jus àquela prestação; já se o benefício for maior que o impacto, então fará jus à prestação.

Na terceira e última seção do texto, Leivas discorre sobre os princípios concretos de justiça, dos quais não se pode prescindir, pois levam à concretização do chamado princípio formal de justiça, que corresponde à idéia de igualdade. No caso do direito à saúde, esta igualdade implica no dever do Estado de tratar igualmente a todos os indivíduos na prestação de bens/serviços, e pode ser entendida de di-

ferentes formas. Apresenta, então, uma descrição sucinta e crítica dos seis princípios selecionados por Perelman, que expressam as posições centrais de diversas discussões sobre justiça.

O primeiro deles - a cada um a mesma coisa - implica igualdade absoluta sem, contudo, prescindir de outros critérios que definam grupos específicos de pessoas e direitos a eles atribuídos, enquanto o segundo - a cada um segundo seus méritos - traz dificuldades para estabelecer critérios capazes de medir os méritos das pessoas; pois, neste caso, o que valeria? A ação, a intenção ou o sacrifício realizado? Sua aplicação termina sendo altamente discutível na saúde, avalia o autor, pois traria como conseqüência, por exemplo, a priorização de uma pessoa que levou uma vida saudável em detrimento de outra que levou uma vida mais desregrada. Como o terceiro - a cada um segundo suas obras - leva em consideração não a intenção ou o sacrifício, e sim o resultado da ação, pois, por exemplo, nos casos de concurso público é selecionado o candidato aprovado sem que tenha sido medido o sacrifício para alcançar tal resultado, sua aplicação no caso da saúde é também discutível.

O quarto princípio - a cada um segundo sua posição - é, na visão do autor, uma fórmula aristocrática de justiça que, lamentavelmente, é aplicada no Brasil em relação à saúde (serviço público e privado) e educação (escola pública e privada). Considera o autor que o quinto princípio - a cada um segundo o que a lei lhe atribui - seria o mais adequado, caso as leis não apresentassem os problemas e lacunas já discutidos. Pois, ainda que possa ser aplicado em um Estado de Direito como o brasileiro, não resolve todos os problemas levantados. O sexto princípio - a cada um segundo suas necessidades - é aquele considerado pelo autor o princípio por excelência a ser aplicado na distribuição dos recursos de saúde, pois permite definir graduações de necessidade e priorizar quem mais necessita. Tal princípio deve ser combinado com um critério adicional de eficácia e efetividade da medida que satisfaça essa necessidade, bem como com os critérios legais de priorização de crianças, idosos e populações específicas definidas. E deverão, além disso, ser aplicados por ocasião da análise da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito do bem pleiteado perante a Administração Pública e o Poder Judiciário.

Por fim, conclui o autor que a aplicação combinada do princípio

da proporcionalidade em sentido amplo, do princípio da igualdade e do princípio concreto de justiça a cada um segundo suas necessidades, em conjunto com outros critérios legais, efetivamente permite que os direitos sociais constitucionais sejam levados a sério sem que resultem, desta justiciabilidade, iniquidades que muitas vezes são provocadas por decisões judiciais, que não procedem à aferição da proporcionalidade da medida e ignoram a exigência da reserva do possível.

Dessa forma, o artigo traz parâmetros concretos para a aplicabilidade da justiça, principalmente em contexto de recursos escassos, subsidiando as discussões da bioética social, as quais apontam a necessidade de ir além do Princípioalismo, seja na clínica ou na pesquisa, para alcançar - de fato - a equidade em saúde.

Kênia Cristina Martins Alves

Procuradoria da República no Rio de Janeiro, Brasil.

kenia@prpj.mpf.gov.br