

Direito à saúde e sua base político-filosófica: uma decisão coletiva fundamental à luz do utilitarismo e do contratualismo rawlsiano

Right to health and its political-philosophical basis: a fundamental collective decision in the light of utilitarianism and Rawls's contractualism

  Rogério Gesta Leal¹

  Vinícius Secco Zoconi²

Resumo: O direito fundamental à saúde revela um embate político-filosófico: a decisão coletiva acerca da obrigação da sociedade e, portanto, do Estado, de propiciar a seus membros o acesso às respectivas prestações materiais. Para se atingir o significado dessa decisão, vale-se do artifício argumentativo de John Rawls, estruturado no binômio posição original e véu da ignorância, que depura o processo decisório relativo a aspectos sociais estruturantes. Nesse palco teórico, tal decisão coletiva é apresentada: garantir ou não aos membros da comunidade o acesso a prestações de saúde em todo e qualquer caso, ainda que em vista de condições particulares, não vivenciadas pela maioria. Para o ideário contratualista de Rawls, enunciado por seus princípios da justiça (princípio do *maximin*), examina-se essa decisão pela ótica da parte mais prejudicada pelo arranjo resultante. Tal abordagem levará ao compromisso irrestrito

¹ Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1997) e Doutor (2000) pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP, nos cursos de graduação e mestrado em direito. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros - ENFAM, e membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Conselheiro Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com ID Lattes: 7185339028226710 ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5212-2622>

² Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista em Ciências Criminais. Membro do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. E-mail: vszoponi@uol.com.br ID Lattes: 5089027631771576 ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7755-1690>

de atender aos reclamos individuais, já que, nas condições dadas, não é possível identificar quem reclamará cuidados particularizados. Contudo, a abordagem utilitarista aponta vícios de racionalidade nessa proposta, a amparar a conclusão de que tal arranjo não seria escolhido na posição original: de um lado, a escassez moderada de recursos sinaliza a impossibilidade de se honrar tal compromisso; de outro lado, confere-se um peso excessivo a cenários de baixa probabilidade, os quais, na posição original, não orientariam a decisão. Pelas conclusões desse embate, atinge-se um referencial político-filosófico a orientar a decisão objeto de reflexão: a inviabilidade racional de se perfilhar qualquer modelo assentado no compromisso coletivo de garantir tudo a todos em matéria de saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; Utilitarismo; Contratualismo; John Rawls.

Abstract: The fundamental right to health reveals a political-philosophical conflict: the collective decision about the obligation of society and, therefore, of the State, to provide its members with access to health entitlements. In order to reach the meaning of this decision, one can consider the argumentative artifice of John Rawls, structured in the binomial of the original position and the veil of ignorance, which depurates the decision-making process regarding structuring social aspects. In this theoretical stage, such collective decision is presented: to guarantee or not access to health provisions to members of the community in all cases, despite of any particular conditions, not experienced by the majority. For Rawls's contractualist theory, enunciated by its principles of justice (principle of maximin), this decision has to be examined from the point of view of the least advantaged individual by the resulting arrangement. That approach will leads to the unrestricted commitment to provide all individual claims, since that from Rawls's conditions, it is not possible to identify who will need special care. However, the utilitarianism approach points to flaws in the rationality of Rawls's proposal, supporting the conclusion that such arrangement would not be chosen in the original position: on the one hand, the moderate scarcity of resources indicates the impossibility of honoring such commitment; on the other hand, low probability scenarios is taken too seriously, which, in the original position,

would not be consider to guide that decision. From the conclusions of this encounter, one can reach a political-philosophical reference to make the decision examined in this article: the rational impossibility of embracing any model based on the collective commitment to guarantee everything to everyone in health issues.

Keywords: Right to health; Utilitarianism; Contractualism; John Rawls.

Data de submissão do artigo: Agosto de 2017

Data de aceite do artigo: Junho de 2020

Introdução

É inegável que o Direito e sua técnica argumentativa têm embasamento no produto oriundo de outros ramos do conhecimento humano, particularmente a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia e a Economia, tendo em vista que todas elas, ao fim e ao cabo, são ciências que têm o ser humano e suas relações como objeto de estudo. Em vista disso, é prática generalizada em obras jurídicas a inclusão de tópicos, geralmente introdutórios ou como alinhamento de premissas e pressupostos, com considerações alheias ao domínio estritamente jurídico, na busca de se dar à análise técnica que se seguirá um alicerce seguro.

Entretanto, superadas essas considerações de entrada, o que se vê, na imensa maioria das propostas, é uma desconexão imediata entre esse alicerce e o conhecimento jurídico nele alicerçado, no exato instante em que se faz presente um problema jurídico real. A necessária resolutividade do Direito parece gerar um recuo epistemológico por parte do operador jurídico, voltando-se ele ao tecnicismo puro para o enfrentamento argumentativo das questões concretas que se levantam – seja por técnicas simples de aplicação da lei, como o silogismo jurídico, seja por construções argumentativas mais refinadas, não necessariamente mais resolutivas e, por vezes, desnecessariamente herméticas.

No presente artigo, de proposta centrada na Filosofia Política, busca-se, em alguma medida, demonstrar que a compreensão da base filosófica de um embate pode ser instrumental à resolução de questões jurídicas que nascem justamente desse embate. Em outras palavras, no presente artigo, como tese implícita, busca-se sustentar a relevância do exercício político-filosófico por parte do operador do Direito, especialmente diante de graves problemas jurídicos, para os quais, ao que tudo indica, o isolamento da Ciência Jurídica, enquanto plano decisório, não tem se mostrado suficiente, além de não ser nada recomendado.

Esta proposta, iniciada no antagonismo entre o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano, será transportada para o direito fundamental à saúde e a questões fulcrais a sua concretização, em um exame crítico das saídas que cada uma dessas proposições filosóficas oferece por si só e, por conseguinte, para o Direito. Para tanto, na seção 2 será apresentada a construção argumentativa de John Rawls, amparada na binômica posição original e véu da ignorância, tomando-a como pano de fundo para a proposta analítica deste artigo. Na sequência, na seção 3, serão alinhados os princípios estruturantes para um modelo de organização social a partir de duas referências teóricas, a saber o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano, focalizando-se propriamente o dissenso entre tais referências. Por fim, na seção 4, será conduzido um exercício político-filosófico voltado à extensão ou exequibilidade do direito fundamental à saúde, manejando-se as referências filosóficas então apresentadas.

1. O artifício argumentativo de John Rawls

A Filosofia é, antes de uma Ciência ou de um ramo do conhecimento humano, uma postura intelectual, de viés eminentemente reflexivo, ou seja, não prático, que se volta ao exame de questões humanas elementares, individuais e societárias, para sua compreensão analítica e argumentativa. Pela multiplicidade de temas enfrentados, que vão, verba gratia, da potencialidade do conhecimento humano – a epistemologia – à compreensão da funcionalidade do pensamento – a lógica, é comum segmentar-se o trabalho filosófico em grandes áreas, dentre as quais se encontra a Filosofia Política.

A Filosofia Política, por definição metodológica, volta-se ao exame da natureza gregária do ser humano, ou seja, de sua dimensão coletiva ou social, sem descuidar da posição do indivíduo, dentro da qual questões estruturais da sociedade humana são analisadas, em particular aquelas que guardam relação estreita com as figu-

ras do Estado e do Direito. Desde o marco zero do pensamento filosófico, encontrado, ao menos no Ocidente, na cultura grega, as indagações relativas ao meio social humano ocupam uma posição de destaque, particularmente a partir do pensamento atribuído a Platão³.

Ao longo dos séculos, a evolução do pensamento político-filosófico foi, ao mesmo tempo, impelida e amparada pela mutação da organização social das comunidades humanas, que percorreu um longo caminho construtivo entre as figuras das cidades-estados gregas e o Estado moderno. Nesse devir, tanto do pensamento, quando das formas sociais de organização, encontram-se obras de pensadores diversos, de matizes variadas e as vezes inconciliáveis, de Hobbes⁴ a Marx⁵, dentre muitos outros.

Uma das principais correntes de pensamento da Filosofia Política é o contratualismo, assente, por exemplo, nos trabalhos desenvolvido por John Locke, a partir de sua obra "Segundo Tratado sobre o Governo Civil", de 1690 (LOCKE: 1994; 132-133) e principalmente por Jean-Jacques Rousseau, em "O Contrato Social", de 1762 (ROUSSEAU: 1996; p. 20-21). O eixo da abordagem contratualista,

3 "Significó un viraje en la cultura y el pensamiento griegos que Platón interpretara la máxima "conócete a ti mismo" en un sentido completamente nuevo. Esta interpretación introdujo un problema que no sólo era extraño al pensamiento presocrático sino que iba también mucho más allá de los límites del método socrático. Sócrates se ha acercado al hombre individual para cumplir con la exigencia del dios deífico, para cumplir el deber religioso de autoexamen y autognosis. Platón se dio cuenta de las limitaciones que llevaba con siglo el método socrático de investigación. Para resolver el problema tenemos que proyectarlo en un plano más amplio. Los fenómenos que encontramos en nuestra experiencia individual son tan varios, tan complicados y contradictorios que apenas si podremos explicarlos. Hay que estudiar al hombre, no en su vida individual, sino en su vida política y social. La naturaleza humana, según Platón, es como un texto difícil cuyo sentido tiene que ser descifrado por la filosofía, pero en nuestra experiencia personal este texto se halla escrito en caracteres tan menudos que resulta ilegible. La primera labor del filósofo habrá de consistir en agrandar estos caracteres. La filosofía no nos puede proporcionar una teoría satisfactoria del hombre hasta que no ha desarrollado una teoría del Estado. La naturaleza del hombre se halla escrito con letras mayúsculas en la naturaleza del Estado" (CASSIRER: 1967; 57).

4 Em sua obra de referência - "Leviatã" (2003), datada de 1651, Thomas Hobbes apresenta o homem em seu "estado natural", com suas plenas potencialidades para a fruição de bens, mas também para a causação do mal, do que decorre a tendência a um conflito generalizado entre os membros de uma coletividade. Diante dessa sorte inevitável, Hobbes anuncia a imperiosidade de um pacto social, em um viés contratualista, por meio do qual o homem, então livre, renuncia a parcela de sua liberdade em nome de um único ente soberano, associado por Hobbes ao poder monárquico. Há mérito no pensamento de Hobbes, já que, com primazia na Filosofia Política, busca secularizar o fundamento político-social do governo monárquico, até então balizado por razões divinas; todavia, a obra de Hobbes, ainda que por outras bases, apresentou-se à época como um reforço à legitimidade do poder absoluto do rei. Na perspectiva do presente texto, a secularização das razões de legitimidade do poder estatal figura como ponto de partida de um longo movimento, tanto teórico, quanto social, em busca da ampliação da legitimação do Estado diante da sociedade, com o progressivo reconhecimento de direitos aos membros do corpo social, seja na perspectiva estritamente individual, seja em vista da dimensão coletiva - como o é para o direito à saúde.

5 Por sua vez, no materialismo histórico dialético de Marx, a dicotomia indivíduo e coletividade é reconhecida, porém de modo a se enfatizar a predominância desta sobre aquele, na medida em que a política é reconhecida como parte de uma superestrutura que espelha a predominância da base da sociedade, que explica seu real funcionamento. O pensamento de Marx, particularmente na obra "O Capital", de 1868, em continuidade ao que já desvendara Hegel, aprofunda a constatação de uma postura polarizante e excludente da sociedade civil, em vista da realidade da economia capitalista, na simbiose de uma análise simultaneamente filosófica, sociológica e econômica, como é próprio das obras deste autor. A perspectiva teórica negativa da política em Marx não é em si negativa na conformação da Filosofia Política, uma vez que traz o mérito de apresentar o ente estatal despojado de arranjos teóricos ou constructos argumentativos que desviam a atenção do importante fenômeno da luta de classes (BORON: 2007).

em uma redução conceitual, está na busca de fundamentos para a justificação da sociedade politicamente organizada e dos poderes exercidos pelo corpo coletivo em face do indivíduo. Na hipótese dos contratualistas, a vida em sociedade, em alguma medida, gera restrições ao status de plena liberdade do indivíduo, assim considerado em um momento pré-sociedade; logo, para que essa intervenção do coletivo sobre o indivíduo seja legítima, além de gerar um incremento às próprias possibilidades da vida individual, deve haver um grande consenso, ainda que hipotético, sobre os termos que orientarão a estrutura social, consenso esse que repousa na figura (simbólica) de um contrato social.

O ideário contratualista mostrou-se um profícuo campo para o trabalho filosófico, dada a amplitude e sagacidade de sua proposta argumentativa, tendo encontrado eco, ainda que não como objeto principal de análise, em diversos outros pensadores⁶. Além disso, há um apelo didático muito forte para a roupagem político-filosófica do contrato social, que, por sua elegância e simplicidade conceitual, torna-se facilmente apreensível a despeito de um maior conhecimento ou interesse pela Filosofia e seus temas, o que amplifica ainda mais sua profusão como elemento do conhecimento.

Entretanto, não se pode ignorar que, com a entrada do século XX, a temática do contrato social esvaneceu em alguma medida, um pouco por conta do esgotamento do tema, com a substituição progressiva pela proposta utilitarista de arranjo das estruturas sociais, outro tanto porque a própria Filosofia Política, nessa época, perdeu espaço de indagação filosófica para outros novos campos, em particular a Filosofia da Linguagem⁷, da Matemática e da Lógica, a partir do pensamento, dentre outros, de Ludwgi

6 “De tal ordem é a preeminência dessa doutrina, que não será exagero dizer que a história do contratualismo é a história mesma da cultura jurídica individualista burguesa. Representando, de início, uma simples justificação, muitas vezes implícita, da origem e da autoridade do Governo (pactum subjectionis), a ideia do contrato social veio se transformando, aos poucos, na explicação originária da própria sociedade e do Estado (pactum unionis civilis), à medida que o individualismo se afirmava como tendência peculiar da época. Ao mesmo tempo, esse fortalecimento da doutrina exigia explicações mais refinadas e sutis, de sorte que o primitivo contratualismo, que repousava sobre a crença na historicidade do “estado de natureza” (contratualismo de caráter histórico, que ainda é o de Grócio e de Locke) se converteu em uma explicação racional da ordem jurídica sobre um pressuposto de ordem psicológica (contratualismo como pressuposto psicológico, tal como no-lo apresentam Hobbes e Rousseau), para, afinal, sublimar-se em um mero pressuposto lógico, em uma ficção racionalista (contratualismo de ordem lógica, de Kant e Fichte)” (REALE: 1942; p. 119).

7 Como objeto de indagação, a Filosofia da Linguagem volta-se essencialmente ao fenômeno linguístico, com seus diversos desdobramentos, tais como o processo comunicacional, o aprendizado e uso criativo da linguagem e o processo cognitivo de construção individual e coletiva de significados linguísticos e suas referências (COSTA: 2015; p. 11-17).

Wittgenstein, Ferdinand de Saussure e Bertrand Russel (SHAPIRO: 2003; 110-115) É diante desse panorama que se encontra a obra de John Rawls.

Rawls conseguiu, a um só tempo, trazer novamente para o centro do debate filosófico o ideário contratualista (VITA: 1992) e também nele inserir novos elementos argumentativos, em reforço à proposta reflexiva que marca essa corrente de pensamento: compreender a justificação e, mais do que isso, os próprios termos de um contrato social, como base do consenso para definir a estrutura social básica.

Não se pode ignorar, contudo, que a produção científico-filosófica de Rawls é um tanto peculiar, pois esse autor estruturou a base de seu pensamento em um conjunto de artigos escritos nas décadas de 1950 e 1960, que circularam pelo meio acadêmico por quase uma década, rendendo a sua produção diversas críticas. Em face delas, Rawls refinou e compilou o produto de seu pensamento, levando à edição, já no ano de 1971, da obra "A Theory of Justice". Essa dinâmica, contudo, continuou nas décadas seguintes, com algumas reformulações da obra matriz (em 1975 e 1999) e também com achegos teóricos substanciais em obras paralelas, como "Political Liberalism" (1993) e "The Law of Peoples" (1999), e alguns artigos de destaque, tal como "Justice as Fairness: Political not Metaphysical" (1985), culminando-se com a obra do ocaso de sua vida "Justice as Fairness: a Restatement" (2001).

Em uma simplificação estrutural, é possível segmentar a proposta contratualista de Rawls em dois pilares⁸: no primeiro, o autor fixa pressupostos e condições para se atingir um cenário adequado – a posição original – para a deliberação coletiva acerca do conteúdo de um contrato social; no segundo, o autor argumenta qual, em sua visão, seria o produto dessa deliberação coletiva, alinhando-se os alicerces desse consenso inaugural da vida social humana – os princípios da justiça. O artifício argumentativo de Rawls é deveras atraente, porque ambos os pilares estão atrelados com firmeza.

⁸ Dada a independência entre as duas partes da teoria de Rawls, é possível aceitar uma das partes sem necessária e automaticamente perfilhar a outra (NUSSBAUM: 2013; 216-217).

A rigor, o principal argumento em favor da aceitação dos princípios da justiça, a quintessência do contrato social para Rawls, está na própria conformação do plano decisório, caracterizado pela ideia de posição original, a partir do qual se apresenta a aceitação dos princípios da justiça por ele alinhados como a opção mais racional para o indivíduo e para o grupo. A consequência do raciocínio rawlsiano é arguta: se a opção pelos princípios da justiça na posição original é a decisão mais racional a ser tomada pelos membros de uma coletividade, tal referencial passa a ser obrigatória na regulação concreta da vida em sociedade, funcionando para a fixação da estrutura social básica.

Neste tópico do artigo, limita-se a exposição a apresentar os conceitos-chaves para compreensão do cenário da posição original, pano de fundo da discussão que ganhará corpo nos tópicos seguintes. Veja que o objetivo declarado da argumentação que aqui se constrói é a condução de um exercício político-filosófico, voltado a algumas discussões essenciais ao direito fundamental à saúde, exercício esse que será realizado tendo como palco a posição original de Rawls. No tópico seguinte, firmada a posição original, serão examinadas, por uma visão panorâmica, as linhas mestras do pensamento social do contratualismo rawlsiano e do utilitarismo, duas propostas filosóficas para a estipulação dos princípios regentes da estrutura social. Por fim, no tópico 4, serão ambas as propostas filosóficas examinadas em vista das questões elementares trazidas pelo direito fundamental à saúde, sempre respeitados os pressupostos e as condições da posição original.

Como já dito, a obra rawlsiana é marcada por um processo constante de reajustes e refinamentos, de modo que um mesmo conceito é, por vezes, lançado em mais de um texto teórico. Contudo, no presente artigo, haja vista a instrumentalidade dos conceitos de Rawls para o tema de fundo, priorizam-se as últimas colocações do autor sobre os pontos a serem apresentados, colhidos da obra "Justice as Fairness: a Restatement" (2001), sem prejuízo de se retomar e aprofundar ideias trazidas em outros de seus trabalhos.

O referido autor é, também como dito, um teórico da Filosofia Política e, nessa posição e fiel a sua proposta argumentativa, não busca examinar propriamente uma sociedade em concreto, em vista de seus problemas e da dinâmica real entre seus cidadãos, instituições e espaços. Pelo contrário, volta-se Rawls a um modelo teórico de sociedade, erigido a partir de algumas condições de funcionamento, denominado de sociedades bem-ordenadas. A consideração de uma sociedade em abstrato, ainda que passível de críticas, atende aos fins da proposta rawlsiana, pois, de um lado, afasta sua teoria de vícios de raciocínio casuísticos, impelidos pela realidade de uma determinada sociedade em concreto (a norte-americana, por exemplo), e, de outro lado, permite que seu modelo teórico seja posto à prova diante de sociedades em concreto que atendam às condições de funcionamento fixadas na definição de sociedades bem-ordenadas.

Esclarecidos esses pontos, é possível defrontar-se, de pronto, com o binômio teórico introdutório e fundamental John Rawls – a posição original e o véu da ignorância.

A posição original é um “procedimento de representação” ou um “experimento mental” a partir do qual nós – “aqui e agora” – identificaremos o teor de um “acordo hipotético e ahistórico” firmado pelas partes, consideradas pessoas livres e iguais, e que tem por objeto “os primeiros princípios de justiça para a estrutura básica” da sociedade, do qual se extraem os “termos equitativos de cooperação” entre os membros dessa comunidade. (RAWLS: 2003; p. 23-24)

Pela altíssima relevância do teor desse acordo, já que fixa os parâmetros essenciais da própria funcionalidade social, é imprescindível que o produto desse consenso inaugural seja verdadeiramente justo. Para garantir esse atributo da justiça, agrega-se como elemento desse “procedimento de representação” a circunstância de as partes exercitarem suas escolhas, na situação da posição original, sob o denominado “véu da ignorância”. O véu da ignorância é uma premissa de método e de argumento para Rawls, por meio da qual se afirma que as partes, na posição original igno-

ram seus predicados pessoais e suas posições perante doutrinas abrangentes específicas, de modo a garantir uma plena isonomia de largada no processo intelectual para a tomada de decisões na posição original.

Pelas palavras de Rawls (2003; 21-22) externa-se a preocupação com a justiça do acordo que será construído na posição original e como o emprego do véu da ignorância funciona como garantia de consecução deste resultado:

A dificuldade é a seguinte: devemos determinar um ponto de vista a partir do qual se possa concertar um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais; mas esse ponto de vista tem de ser distanciado das características e circunstâncias particulares da estrutura básica existente e não ser distorcido por elas. A posição original, com sua característica que denominei de “véu de ignorância” (Teoria, § 24), inclui esse ponto de vista. Na posição original, não se permite que as partes conheçam as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. [...] Um dos motivos pelos quais a posição original tem de abstrair as contingências – as características e circunstâncias particulares das pessoas – da estrutura básica é que as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios primeiros de justiça para aquela estrutura têm de eliminar as posições vantajosas de negociação que, com o passar do tempo, inevitavelmente surgem em qualquer sociedade como resultado de tendências sociais e históricas cumulativas. “A cada um de acordo com seu poder de ameaça” (ou com seu poder político, riqueza ou dons naturais de facto) não serve de base para a justiça política. Vantagens históricas contingentes e influências acidentais originadas no passado não deveriam afetar um acordo sobre os princípios que devem reger a estrutura básica do presente em direção ao futuro.

Não há como negar a elegância, pela simplicidade e precisão, da saída encontrada por John Rawls para justificar (no sentido de 'tornar justo') o produto do consenso original e estruturante da sociedade. O autor reconhece que os atos contratuais em geral tendem a desvirtuar-se do valor da justiça por conta dos predicados circunstanciais que marcam cada uma das partes contratantes, sejam eles de origem pessoal (o sexo, a inteligência, a força etc.), familiar (a riqueza, a influência de familiares etc.) ou social (a classe social, os atributos valorizados pelo meio social etc.). Em vista disso, com o recurso do véu da ignorância, todas as partes são colocadas em um mesmo lugar-comum, alheias ao conhecimento das circunstâncias que potencialmente os diferenciam uns dos outros, de onde exercitarão as escolhas que levarão à estipulação dos princípios de justiça, regentes das estruturas básicas da sociedade⁹. Segundo Rawls, "o objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria" (RAWLS: 1997; 147)

Logo, a título exemplificativo (RAWLS: 2003; 30; SHAPIRO: 2003; 123-124) ao examinarem a questão da laicidade do Estado na posição original, as partes contemplariam duas alternativas: a primeira, do Estado laico, e a segunda, de um Estado confessional, a professar uma determinada religião. Ora, por conta do véu da ignorância, as partes, pessoas livres e iguais, desconhecem sua posição em relação à religião (podem ser agnósticos ou ateus; podem confessar a religião oficial; podem confessar uma outra religião). Diante disso, ao exercitarem a escolha diante da questão posta, o indivíduo não será influenciado por essa circunstância pessoal e, por consequência, não estará inclinado a decidir em favor da alternativa que, em concreto, lhe geraria maior benefício na vivência social. Com isso, depura-se o processo decisório, de modo a dele se extrair a decisão que melhor atenda ao referencial da justiça, já que, ao fim e ao cabo, o que for decidido sujeitará a todos indistin-

⁹ A estrutura básica da sociedade é, para Rawls, o próprio objeto da justiça e, por conseguinte, o campo de incidência dos princípios da justiça. Não é demais lembrar que a estrutura básica da sociedade não se confunde com a estrutura do Estado, não obstante aspectos estruturais do Estado estarão contidos na estrutura básica da sociedade. Em suas palavras: "Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais" (1997; 7-8).

tamente. Nessa linha, Rawls afirma que “elas [as partes na posição original] devem escolher princípios cujas consequências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam”¹⁰ (RALWS: 1997; 147)

Cumprido apontar que a noção de véu da ignorância, ainda que cause alguma estranheza inicial, não é um parâmetro científico-argumentativo peculiar à obra de Rawls. Pelo contrário, no âmbito da Economia e da Matemática, particularmente no campo da Teoria dos Jogos, cuida-se de um pressuposto analítico comum. Nessa ambiência teórica, entende-se por “jogo” toda e qualquer situação, regida por regras e por um espectro de resultados possíveis, em que os “jogadores” devem tomar uma decisão isolada ou um conjunto de decisões sucessivas. Para bem compreender um “jogo”, uma das variáveis, ao lado da identificação dos jogadores e da relação das ações possíveis para cada um deles, está na compreensão de quais informações estão disponíveis para cada jogador. Em vista das informações disponíveis, os jogos podem ser classificados como: (i) jogos de informação completa: todas as informações para a tomada de decisão estão presentes; (ii) jogos de informação incompleta: apenas uma parte das informações está ao acesso dos jogadores (PINHO; VASCONCELLOS: 2006; 246-248)

Em vista desses cenários, a Teoria dos Jogos busca estudar e estabelecer um procedimento racional para orientar os jogadores na tomada de decisão em cada modalidade de jogo, valendo-se, para tanto, de construções lógico-matemática. Como exemplo de procedimento decisório, tem-se a concepção do princípio *maximin* ou simplesmente *maximin*, por meio da qual o “jogador procura maximizar o mínimo que ele pode assegurar para si, independentemente das estratégias dos outros jogadores. A estratégia *maximin* é a que garante o ganho mínimo para o jogador”¹¹(PINHO; VASCONCELLOS: 2006; 253-254). Ao lado dele,

10 Linhas a frente, esse autor afirma: “A avaliação dos princípios deve proceder em termos das consequências gerais de seu reconhecimento público e aplicação universal, supondo-se que todos obedecerão a eles. Dizer que uma certa concepção da justiça será escolhida na posição original equivale a dizer que a deliberação racional que satisfaz certas condições e restrições atingiria uma certa conclusão” (1997; p. 149).

11 Em uma linguagem mais técnica para a Teoria dos Jogos, é possível dizer que: “The strategy s_1^* is a maximin strategy for player i if, given that the other players pick strategies to make i's payoff as low as possible, s_1^* gives i the highest possible payoff.” (RASMUSEN: 1985; p. 115).

ainda a título de exemplo, encontra-se o conceito de equilíbrio ou solução de Nash, cujo trabalho rendeu a John Nash, ao lado de Reinhard Selten e John Harsanyi o prêmio Nobel de Economia em 1994.

Logo, a situação de incerteza, própria ao véu da ignorância, não é um atributo peculiar a ela (HARSANYI:1975) pelo contrário, em situações ordinárias da vida individual e social, pessoas e instituições devem exercitar o seu poder de decisão em cenários de informações incompletas, sem que isso signifique abdicar de atingir seus interesses ou, no mínimo, de maximizar a proteção a eles conferida.

Veja, nessa perspectiva, que a situação do indivíduo na posição original não é de total ignorância, já que o véu somente faz cegos os aspectos circunstanciais que poderiam deturpar o processo decisório e maculá-lo de injustiças. De resto, os cidadãos, pessoas livres e iguais, têm acesso a todos os demais conhecimentos necessários para exercitar um processo decisório racional e, como garantido pelo véu, justo¹².

Assim, na posição original, sob o véu da ignorância, porém com o acesso a tais conhecimentos gerais, as partes conduzirão um processo racional de escolha dos princípios de justiça. Para Rawls, os indivíduos atuam com base em uma “racionalidade mutuamente desinteressada”, em que cada indivíduo quer a satisfação de sua pauta de objetivos, mas sem necessariamente agir motivado pela busca de benefícios próprios ou prejuízos alheios¹³.

12 Ao examinar esse ponto, Rawls afirma: “na medida do possível, o único fato particular que as partes conhecem é que a sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e a qualquer consequência que possa decorrer disso. Entretanto, considera-se como um dado que elas conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade humana. Elas entendem as relações políticas e os princípios da teoria econômica; conhecem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana. De fato, presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça. Não há limites para a informação genérica, ou seja, para as leis e teorias gerais, uma vez que as concepções da justiça devem ser ajustadas às características dos sistemas de cooperação que devem regular, e não há razão para excluir esses fatos” (1997: 147-148).

13 “O conceito de racionalidade invocado aqui, a não ser por uma característica essencial, é aquele conceito clássico famoso na teoria social. Assim, de forma genérica, considera-se que uma pessoa racional tem um conjunto de preferências entre as opções que estão a seu dispor. Ela classifica essas opções de acordo com a sua efetividade em promover seus propósitos; segue o plano que satisfará uma quantidade maior de seus desejos, e que tem as maiores probabilidades de ser implementado com sucesso. A suposição especial que faço é que um indivíduo racional não é acometido pela inveja”. Em vista disso, “a suposição da racionalidade mutuamente desinteressada, portanto, resulta nisto: as pessoas na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seus sistemas de objetivos da melhor forma possível. Elas fazem isso tentando garantir para si mesmas o maior índice de bens sociais primários, já que isso lhes possibilita promover a sua concepção do bem de forma efetiva, independentemente do que venha a ser essa concepção. As partes não buscam conceder benefícios ou impor prejuízos umas às outras; não são movidas nem pela afeição nem pelo rancor. Nem tentam levar vantagem umas sobre as outras; não são invejosas e nem vaidosas” (RALWS: 1997; 154-155).

Além disso, na posição original, o processo decisório deve também partir da pressuposição de que a sociedade, cuja estrutura básica se busca regular pelos princípios da justiça, instala-se em um ambiente marcado por uma escassez moderada de bens e recursos. Veja que esse pressuposto está a serviço da racionalidade do processo decisório e, por duas razões distintas, dão consistência interna à tese de Rawls. Por um lado, a escassez de recursos é a própria razão de ser da vida em sociedade, pois, se houvesse recursos infinitos, não enfrentaria o ser humano justamente as limitações que o fazem viver em grupos comunitários maiores¹⁴. Por outro lado, tal pressuposto já poderia ser considerado incluído dentro do conhecimento geral acessível pelo indivíduo na posição original, já que a afirmação feita nada mais é do que dos elementos do binômio que marca a própria razão de ser de toda e qualquer teoria econômica: de um lado, a finitude de recursos, de outro lado, a infinitude das necessidades humanas.

Vale atentar-se que essas três últimas considerações – conhecimentos gerais, racionalidade e escassez moderada – são pontos relevantíssimos para o objeto deste artigo, pois é a partir deles que se identificam inclusive algumas críticas à própria adequação do modelo representacional da posição original.

Por fim, para esgotar a apresentação sucinta deste fragmento do modelo teórico de John Rawls, vale também firmar o conceito de sociedade bem-ordenada, no qual culmina toda a utilidade teórica da discussão acima: cuida-se de um sistema equitativo de cooperação, pautado por uma concepção pública de justiça, na qual cada cidadão (i) aceita e sabe que os demais aceitam a mesma concepção política de justiça (os mesmos princípios de justiça), (ii) sabe ou, no mínimo, por bons motivos, acredita que a estrutura básica da sociedade (as principais instituições políticas e sociais) respeita esses mesmos princípios de justiça; (iii) tem um senso normalmente efetivo de justiça, que permite a cada um entender

14 “Em segundo lugar, há uma condição de escassez moderada implícita, para atender a uma ampla gama de situações. Os recursos naturais ou de outro tipo não são abundantes a ponto de tornarem supérfluos os esquemas de cooperação, e nem as condições são tão difíceis a ponto de condenarem empreendimentos frutíferos ao insucesso. Embora as ordenações mutuamente vantajosas sejam factíveis, os benefícios gerados por elas ficam aquém das exigências apresentadas pelos homens” (RAWLS: 1997; p. 137).

e aplicar os princípios de justiça, cumprindo seus deveres e obrigações. (RALWS: 2003; p. 11-12).

Em outras palavras, em uma sociedade bem-ordenada, os princípios de justiça, ou seja, o produto do consenso coletivo e cerne do contrato social, vale como critério regente simultaneamente da vida pública de cada cidadão, das relações entre os cidadãos na vida pública, do funcionamento das instituições de maior relevo e, por fim, da relação entre tais instituições e os cidadãos. É nítida, portanto, pela funcionalidade dos princípios de justiça em uma sociedade bem-ordenada, a relação de seu conceito com a posição original.

Com essas breves linhas, tem-se exposto um ponto relevante da teoria contratualista rawlsiana, com os recortes estritamente necessários para o fio argumentativo que conduz o objeto do presente artigo. No próximo capítulo, além de se avançar sobre o ponto fulcral da teoria de Rawls – os princípios da justiça em si, alinha-se também o viés principiológico utilitarista, força teórico-filosófica motriz da própria produção rawlsiana e que permitirá reflexões úteis às questões de fundo que serão examinadas no tópico 4 subsequente.

2. Princípios estruturais da organização social para o utilitarismo e para o contratualismo rawlsiano

Apresentado o artifício argumentativo de Rawls da posição original, toma-se, como elemento teórico subsequente para condução desta análise, a compreensão, também perfunctória, do antagonismo teórico existente entre dois movimentos relevantes no âmbito da Filosofia Política: de um lado, o utilitarismo; de outro lado, o contratualismo rawlsiano.

Há duas razões bastantes para essa opção. A primeira, porque a obra de Rawls tem suas raízes na construção de uma crítica substancial ao utilitarismo (ou, no mínimo, a uma das correntes utili-

taristas), modelo de pensamento vigente no âmbito da Filosofia Política ao tempo de seus primeiros escritos, ainda na década de 1950¹⁵; logo, há uma necessária conexão entre esses dois modelos que não pode ser ignorada, sob pena de se prejudicar a própria compreensão da teoria rawlsiana. A segunda, porque no exercício político-filosófico que ora se propõe, nas decisões a serem tomadas na situação da posição original atrelada ao direito fundamental à saúde, o ideário utilitarista figurará como uma alternativa aos princípios da justiça de Rawls, cada qual desaguando em opções distintas de arranjo social.

A segunda razão, acima apresentada, também justifica o porquê de se discorrer, de modo fragmentado ou progressivo, sobre a teoria da justiça como equidade de Rawls: a posição original no tópico anterior e seus princípios de justiça aqui. Para a execução da proposta reflexiva ora exposta, instrumentaliza-se a teoria de Rawls para atingir dois fins diversos: primeiro, toma-se sua peculiar construção da posição original como cenário da apreciação e da decisão relativa ao direito fundamental à saúde; segundo, consideram-se seus princípios de justiça apenas como uma alternativa de arranjo social, contrapondo-se, até por sua relação histórica, com os princípios do utilitarismo, amplificando-se o campo de decisão coletiva na posição original.

Postas tais considerações, segue a apresentação, ainda que perfunctória, dos princípios estruturais da organização social para cada um dos movimentos contrapostos, buscando-se, desde já, o diálogo crítico e reflexo entre eles.

Inicia-se pelo utilitarismo. Cuida-se de uma corrente teórica, com projeções na Filosofia, Economia, Sociologia e no Direito, inaugurada no final do século XVIII e início do século XIX, particularmente a partir do trabalho de pensadores ingleses, com o destaque, por sua primazia, à obra de Jeremy Bentham (“An

15 Rawls, já no Capítulo I de sua obra “Uma Teoria da Justiça”, deixa clara essa conexão argumentativa com o utilitarismo: “Meu objetivo é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e consequentemente a todas as suas diferentes versões. Acredito que o contraste entre a visão contratualista e o utilitarismo permanece essencialmente a mesma em todos os casos. Portanto, compararei a justiça como equidade com as conhecidas variantes do intuicionismo, do perfeccionismo e do utilitarismo a fim de mostrar as diferenças subjacentes da maneira mais simples. Tendo em mente esse objetivo, o tipo de utilitarismo que descreverei aqui é a rigorosa doutrina clássica que em Sidgwick tem talvez sua formulação mais clara e acessível” (RAWLS: 1997; p. 24-25).

Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, de 1789), ao que se seguiu a produção científica de John Stuart Mill (dentre outras, “Utilitarianism”, de 1863) e de outros, abrindo-se diversas matizes utilitaristas. O ideário utilitarista concentra-se no denominado “principle of utility” (princípio da utilidade) ou “the greatest happiness principle” (princípio da maior felicidade ou do bem-estar máximo), a partir do que uma profusão de aplicações é atingida, como, por exemplo, a construção do relevante conceito de utilidade marginal decrescente, proposta por Bentham (BRUE: 2013;124-125). Pelo escopo do artigo, entretanto, bastará a apresentação do conceito nuclear dessa corrente teórica, particularmente em vista do que sustentado por seu patriarca – Jeremy Bentham¹⁶ (2000; 14-15)

O princípio da utilidade parte de um pressuposto existencial humano, a saber: o indivíduo tem sua existência marcada por dois “poderosos senhores” – o sofrimento e o prazer, os quais, a partir de sua interação, governam todos seus pensamentos e ações. Em vista dessa inexorável consideração preliminar, basilar à própria psicologia comportamental dos indivíduos, Bentham (2000; 14-15) define o princípio da utilidade, já no Capítulo introdutório de sua obra “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”:

III. By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual. [...] VI. An action then may be said to be conformable to then principle of utility, or, for shortness sake, to utility, (meaning with respect to the community at large) when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it.

16 Não se pode ignorar que Bentham levou o princípio da utilidade às últimas consequências em sua teoria, atingindo conclusões que são difíceis de se subscrever; contudo, esse rigor e coerência de raciocínio na obra do autor estão à serviço de uma compreensão exauriente das potencialidades do princípio da utilidade e também suas palavras são bastante didáticas.

Vê-se que, pela ótica de Bentham, o princípio da utilidade, por ser uma decorrência intrínseca da própria natureza humana, deve funcionar como critério de julgamento ou, no mínimo, de aferição, da justeza ou adequação de uma ação, perquirindo-se em que medida há um incremento às vantagens individuais ou, em termos mais amplos, à felicidade e ao prazer individual, e uma prevenção à dor e à infelicidade. Assim, quanto maior o bem-estar individual alcançado, maior é a conformidade com o princípio da utilidade.

Formulado nesses termos, o princípio limitar-se-ia a explicar as ações individuais, em uma roupagem hedonista que pouco contribuiria para a compreensão de um modelo regulatório razoável da sociedade. Porém, Bentham (2000; 15) amplifica o campo de incidência do princípio da utilidade, ao relacionar o interesse individual ao interesse coletivo e, por conseguinte, dar um aspecto social ao princípio:

IV. The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of morals: no wonder that the meaning of it is often lost. When it has a meaning, it is this. The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what is it?—the sum of the interests of the several members who compose it. [...].VII. A measure of government (which is but a particular kind of action, performed by a particular person or persons) may be said to be conformable to or dictated by the principle of utility, when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it.

Ao reconhecer que a sociedade se define pela expressão dos interesses de seus indivíduos componentes, o princípio da utilidade, regente das ações individuais, passa a reger também a própria organização social. Assim, para que a estrutura social se conforme ao princípio da utilidade, as ações de governo devem buscar a maximização da felicidade ou do bem-estar de seus membros, ainda

que tal postura produza o descontentamento ou a insatisfação dos interesses de alguns indivíduos. Veja que, como consequência, na estruturação do arranjo social sob o influxo utilitarista, deve haver uma margem de tolerância para a não satisfação do interesse individual em benefício do interesse coletivo, vale dizer, o bem-estar da coletividade, por sua maioria de indivíduos, funcionará como justificativa para a frustração das expectativas de vantagens (felicidade, bem-estar) de indivíduos isoladamente considerados.

No campo teórico interno do utilitarismo, ainda que todos tenham como ponto de partida o princípio acima enunciado, há uma bifurcação argumentativa relevante: de um lado, há aqueles que, como Bentham e Sidwick, examinam a utilidade total decorrente do arranjo social; de outro lado, há os que, como Mill, identificam a utilidade média como critério de cotejo. Cuida-se, por evidente, de uma discussão relevante por diversos motivos, dos quais enunciamos dois. O primeiro, porque, a depender de qual utilidade se considere, será possível ou não examinar qualitativamente a distribuição de bens em uma sociedade; de forma simplificada, vale dizer: na utilidade total, a distribuição interna dos bens entre os indivíduos de uma sociedade não apresenta tanto interesse, pois o que importa é tão somente o quantum final de utilidade atingido com o arranjo social; já na utilidade média, a alocação dos bens entre os indivíduos pode ser relevante, na medida em que se busca a média de utilidade fruída pelos membros da sociedade. O segundo, porque o diálogo de Rawls com (rectus contra) o utilitarismo, em alguma medida, variará se considerado o utilitarismo clássico (utilidade geral) (RAWLS: 1997; 25-36; 200-211) ou o utilitarismo de média (utilidade média). (RAWLS: 1997; 162-190).

Essa é, em brevíssimas linhas, a pedra de toque do utilitarismo. Evidentemente, a construção teórica dessa corrente avança e atinge corolários muito interessantes e relevantes à Economia e ao próprio Direito (BRUE:2013; 124-126) muito embora alguns deles tenham sido criticados pela pretensão excessiva de objetivação ou exatidão de suas conclusões. No plano econômico, por exemplo, Bentham reconheceu na riqueza uma medida da felicidade

ou bem-estar individual e concebeu a noção de utilidade marginal decrescente à medida que a riqueza de alguém aumenta, construção essa que pode funcionar como sustentáculo para políticas de redistribuição de renda (ainda que essa não tenha sido a conclusão de Bentham). No plano jurídico, ainda a título exemplificativo, o compromisso teórico utilitarista com o bem-estar da maioria dos membros de uma sociedade gerou uma aproximação da obra de Bentham com o valor da democracia, particularmente com os predicados do voto universal (porém, ainda restrito aos homens) e secreto.

Apresentado o utilitarismo, avança-se para o contratualismo rawlsiano. Como já dito, a força motriz, pelo menos em seu nascedouro, da teoria de Rawls é um levante contra o utilitarismo, especificamente o princípio da utilidade e seus corolários. Para Rawls, o princípio da utilidade não permite um exame cuidadoso e necessário dos interesses individuais, pois admite, com muita facilidade, a insatisfação do interesse de um em favor da satisfação máxima dos interesses do todo¹⁷.

Aprofundando-se essa colocação inicial, Rawls constrói uma série de críticas relativas ao princípio da utilidade, valendo-se de uma argumentação comparativa para justificar os princípios de justiça por ele sustentados¹⁸. Neste tópico de apresentação sumária dos dois referenciais teóricos, não serão aprofundadas essas críticas, especialmente porque as razões subjacentes a elas serão, em alguma medida, enfrentadas em vista de uma opção concreta no tópico subsequente, ao projetar ambos referenciais teóricos ao direito à saúde; com isso, prestigia-se o exercício político-filosófico

¹⁷ “Pode-se observar, porém, que uma vez que os princípios de justiça são considerados como consequências de um consenso original numa situação de igualdade, fica aberta a questão de se saber se o princípio da utilidade seria reconhecido. À primeira vista, parece pouco provável que pessoas que se veem como iguais, com direito a fazer exigências mútuas, concordariam com um princípio que pode exigir para algumas expectativas inferiores, simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Uma vez que cada um busca proteger seus próprios interesses, sua capacidade de promover sua concepção do bem, ninguém tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de causar um saldo líquido maior de satisfação. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximiza a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos. Assim, parece que o princípio da utilidade é incompatível com a concepção da cooperação social entre iguais para a vantagem mútua” (RAWLS: 1997; 15-16). Em uma afirmação categórica do autor: “O utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas” (RAWLS: 1997; 30).

¹⁸ “Determinar a preferência racional por uma dessas duas opções é talvez o problema central do desenvolvimento da concepção da justiça como equidade como uma alternativa viável à tradição utilitarista” (RAWLS: 1997; 162).

proposto, ainda que ao custo da perda de substância teórica em abstrato.

A formulação final dos princípios da justiça como equidade, na obra de Rawls, pode ser encontrada em sua obra "Justice as Fairness: a Restatement", após o exaurimento do típico processo de ajustes teóricos que marcou a produção rawlsiana. O rol principiológico de Rawls (RAWLS: 2003; 600) ainda que formulado como um binômio, na verdade, traz três princípios de justiça, dois deles abstraídos das condições do segundo princípio:

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).

O primeiro princípio, trazido por Rawls (1997; 64-69), está na ambiência das liberdades e em sua essência busca a garantia isonômica no plano das liberdades básicas. Por esse enquadro principiológico, somente será admissível a restrição ou comprometimento de uma liberdade básica se o caso revelar um conflito com outra liberdade básica. Assim, o autor reconhece que as liberdades, mesmo as básicas, não são absolutas, porém busca a equalização das liberdades básicas a partir de um sistema isonômico, válido para todos.

O segundo princípio, por sua vez, está no plano das relações sociais, e busca uma balizar as desigualdades sociais e econômicas em parâmetros de justiça. Nessa perspectiva, para Rawls (1997; 69-76), tais desigualdades devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas vantajosas para todos, dentro dos limites do razoável, e também devem permitir que posições

e cargos sejam acessíveis para todos. Por esse enquadramento, Rawls admite a desigualdade como característica inerente da sociedade, porém projeta um necessário exame relacional entre as vantagens decorrentes para os mais beneficiados e para os menos beneficiados.

Rawls afirma que há uma ordem de precedência entre os princípios (*lexical priority*), de modo que o primeiro precede ao segundo e, no interior do segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades têm preferência sobre o princípio da diferença. Assim, qualquer emprego teórico dos princípios, seja para projetar um arranjo social, seja para escrutinar um já existente, deve pressupor a observância progressiva entre os princípios, de modo que, por exemplo, para se amplificar a igualdade equitativa de oportunidades não se pode ter o prejuízo à pauta de liberdades iguais.

Sem sombra de dúvidas, o princípio da diferença é a ideia mais controvertida encontrada na obra Rawls e é justamente o ponto que oferece a maior oposição ao princípio da utilidade. Trata-se de uma ideia cujo mérito ético é bastante evidente, já que busca uma necessária correlação entre desigualdades sociais e econômicas e o benefício recebido pelas pessoas menos favorecidas da sociedade. Além disso, a régua de julgamento de arranjos sociais é modificada, se comparada com o critério utilitarista, pois os interesses dos indivíduos, em sua singularidade, passam a ter relevância e passam a se conectarem mutuamente, pois a posição dos mais beneficiados só se justificará se estiver a serviço dos menos beneficiados.

Apresentadas essas asserções mais amplas, serão elas aprofundadas no tópico seguinte, particularmente em vista do concreto exercício político-filosófico a que se propõe este artigo.

3 A decisão coletiva sobre o direito à saúde na posição original: entre o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano

No presente tópico, por fim, busca-se propriamente o exercício político-filosófico tomado como norte deste trabalho, balizado pelas indagações e aportes teóricos do utilitarismo e do contratualismo rawlsiano. Trata-se, evidentemente, de uma argumentação reducionista da amplitude e profundidade de cada um desses referenciais teóricos, pois, além da limitação temática de um artigo científico, tais teorias projetam a ordenação social em abstrato e não se voltam, afora exemplos manejados a título de argumento ilustrativo, para a solução definitiva de problemas sociais concretos e circunstancialmente casuísticos, como o que ora se analisa.

Inicia-se pela apreensão da vexata quaestio sobre a qual se dá o presente exercício reflexivo. De pronto, rememore-se o que já dito no tópico 2: não obstante a questão despontar com roupagem jurídico-constitucional, a controvérsia examinada nada mais é do que a concretização de uma indagação subjacente, de maior amplitude e de natureza político-filosófica. Logo, cabe, primeiramente, apresentá-la em termos jurídicos e, na sequência, depurá-la em seu conteúdo político-filosófico.

Assim, ainda que momentaneamente, deve se interromper a abordagem de Filosofia Política para alinhar algumas colocações mais “duras” (dogmáticas), próprias ao Direito e, em particular, ao ordenamento jurídico vigente em uma sociedade determinada, a saber: a sociedade brasileira, particularmente sob a estrutura do Estado Democrático Constitucional fundado pela Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, em seu art. 6º, catalogou a saúde, ao lado de outros, como um direito social fundamental. Já em seu art. 23, inc. II, fixou-se como competência material comum dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios

– o cuidado com a saúde pública, ao que se segue, no art. 24, inc. XII, interpretado em conjunto com o art. 30, inc. I, a competência legislativa concorrente desses entes para regular a defesa da saúde. Em arremate, a Constituição avança a normatividade sobre a saúde em seus arts. 196 e 198, ao prever que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e que “as ações e serviços de públicos de saúde [...] constituem um sistema único”, organizado de acordo com um conjunto de diretrizes, dentre as quais o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

A Constituição, portanto, em vista desses dispositivos e em linha de princípio, prevê um direito fundamental, de matiz social, à saúde e um correspondente dever fundamental do Estado de atuar, nos planos administrativo e legislativo, nessa específica matéria, valendo-se, para tanto, de um Sistema Único de Saúde – SUS, integrado pelos entes federativos, e que deve garantir o acesso universal e o atendimento integral, dois predicados ou qualificações eloquentes do sobredito sistema. Em concretização desse comando do Texto Maior, a legislação infraconstitucional, fruto da atividade legiferante do Poder Legislativo (leis) e do exercício do poder regulamentar ou normativo pelo Poder Executivo (decretos, portarias, enfim, atos infralegais em sentido amplo), estrutura e dá vida funcional ao SUS.

Em termos amplos e sem um compromisso rigoroso com a base jurídico-normativa que a explicita, é possível reconhecer que o SUS trabalha dentro de duas balizas essenciais, quais sejam: (i) fixação de um conjunto padronizado de prestações de saúde disponibilizadas aos usuários e a cargo do Estado Brasileiro, de natureza preventiva e curativa, distribuídas para cada ente federativo em regime de cooperação, inclusive para fins de custeio, que compreende desde a dispensação de medicamentos à realização de exames e procedimentos¹⁹; (ii) a estipulação de um mecanismo, procedimental e orgânico, por meio do qual esse conjunto de

19 Cuida-se do conjunto de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, encontradas no âmbito do SUS sob a forma de portarias desse Ministério. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/840-sctie-raiz/daf-raiz/cgceaf-raiz/cgceaf/13-cgceaf/18074>. Acesso em: 16 mai. 2017

prestações de saúde é passível de alteração, com a revisão de seu conteúdo e a inclusão de novas prestações²⁰.

Vê-se, por conseguinte, um papel constitucional de destaque dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização do direito fundamental à saúde. Entretanto, essencialmente com base no princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário, trazido pelo art. 5º, inc. XXXV, um sem-número de ações judiciais têm sido deduzidas em face dos entes federativos, nas quais indivíduos e, em algumas vezes, Instituições²¹, buscam a imposição judicial de concessão de prestações de saúde não disponibilizadas pelo SUS. Trata-se do conhecido fenômeno da “judicialização da saúde”.

Bem compreendido o objeto desses pleitos judiciais, é possível classificá-los, grosso modo, em dois tipos de ação: (i) aquelas em que se almeja a fruição de uma prestação de saúde não alinhada dentro daquele conjunto padronizado de serviços que compõem o SUS; como exemplo, é possível mencionar o pleito judicial que busca a concessão de um determinado fármaco para o tratamento de uma doença, que, pelos protocolos do SUS, deve ser alvo de um medicamento diverso; (ii) aquelas em que se almeja o incremento, quantitativo ou qualitativo, de uma prestação de saúde já englobada pelo SUS, mas que, por vícios ou irregularidades por parte dos entes federativos, são concretizadas de modo insuficiente à demanda individual e/ou coletiva; como exemplo típico, é possível apontar ações que buscam a ampliação do número de leitos disponibilizados em unidades ou centros de tratamento intensivo.

Para o recorte temático e a problematização desse arrazoado, importa tão somente a primeira categoria de ação, já que a segunda modalidade, a rigor, busca tão só o cumprimento pleno e adequado por parte dos entes federativos do dever constitucional de saúde já dentro da formatação orgânica e funcional do próprio SUS. Não se quer dizer, com isso, que não é possível escrutinar a legitimidade político-filosófica de ações judiciais que buscam

20 Tal mecanismo concretiza-se, em termos elementares, por intermédio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, criada pela Lei n. 12.401/2011.

21 Verba gratia, o Ministério Público, por ser primordialmente uma Instituição de garantia dos direitos fundamentais (art. 127, caput e art. 129 da Constituição).

ampliar o espectro prestacional dentro do próprio SUS, particularmente em vista de discussões importantes, como o controle judicial da implementação de políticas públicas e a própria cognoscibilidade pelo Poder Judiciário das decisões alocativas dos (escassos) recursos públicos. Contudo, o foco do exercício argumentativo em andamento estará no primeiro grupo de ações.

Tais colocações, extraídas dos planos jurídico e jurisdicional, ainda que simples e diretas, são suficientes ao fim proposto. Além disso, avançar na coleta de dados jurídicos, estejam eles positivados no ordenamento ou explicitados pela doutrina ou jurisprudência, poderia significar um vício epistemológico ao presente trabalho, já que o que aqui se busca não é a interpretação do direito (positivado e judicializado) à luz da Filosofia Política, mas sim, ao reverso, a compreensão da estrutura social em vista da(s) teoria(s) da Filosofia Política, tomando-a(s) como elemento balizador da própria concepção do direito e, por último, de sua interpretação. Em outras palavras, as indagações levantadas, próprias à Filosofia Política, pelo menos no esquadro deste artigo, estão colocadas em um momento anterior à própria concreção do Estado e de seu direito (e, por óbvio, da aplicação desse direito).

Encerrada essa breve digressão no plano do Direito, cabe agora correlacionar a questão jurídica acima recortada com a questão de fundo de viés político-filosófico.

Toda ação judicial que busca a imposição aos entes federativos da obrigação de disponibilizar uma prestação de saúde não contida no SUS está assentada em uma premissa jurídica muito clara: o dever constitucional de saúde do Estado Brasileiro não se esgota nos limites do SUS, de modo que prestações não albergadas pelo sistema são passíveis de exigência junto ao Estado. Em outras palavras, tais ações partem do pressuposto de que, em determinadas condições ou circunstâncias, o Estado Brasileiro e, por conseguinte, a própria sociedade, têm o dever de viabilizar ao indivíduo, membro dessa sociedade, uma prestação de saúde particularizada (medicamento, exame, procedimento cirúrgico etc.),

para além daquelas que são ofertadas a todos os demais brasileiros por intermédio do SUS.

Veja que o dilema político-filosófico começa a se levantar: para que essa premissa ou pressuposição seja legítima, deve-se reconhecer que o arranjo estrutural da sociedade, consubstanciado nos termos da Constituição, traz em si a decisão coletiva de garantir aos seus membros o direito fundamental à saúde em todo e qualquer caso, ainda que em vista de condições ou circunstâncias particulares, não vivenciadas pela maioria de seus membros.

Atinge-se, finalmente, o cerne da análise: na posição original, no cenário representacional apresentado por John Rawls, as partes, livres e iguais, ao deliberarem sobre o dever coletivo (do Estado, *rectus*, da própria sociedade) de proteção à saúde, decidiriam, em bases racionais, pelo compromisso recíproco de garantia da saúde de cada indivíduo de modo limitado, por meio de prestações igualitárias, ou de modo ilimitado, em vista de qualquer condição ou circunstância individual? A solução exige retornar-se ao viés puramente filosófico.

Antes de mais nada, não se pode descuidar que, para Rawls, uma das utilidades do artifício da posição original é justamente esta: a despeito de sua abstração teórica, a posição original pode, a qualquer tempo, servir como palco para a elucidação de problemas sociais reais, buscando-se nela os princípios de justiça que devem solucionar a questão posta²². Ao lado disso, a projeção de um problema concreto à configuração representacional da posição original permite atingir aquilo que Rawls denomina de “equilíbrio reflexivo”, uma ideia elegante do autor que, se bem compreendida, dá vida prática a suas construções teóricas eminentemente abstratas. (RAWLS: 1997; 22-23).

Veja que ainda que não se perfilhe ou se tenha reservas ao conteúdo em si dos princípios de justiça de Rawls, o artifício argumentativo da posição original, potencializado pelo constructo do

22 Rawls afirma: “De qualquer forma, a posição original deve ser interpretada de modo que possamos, a qualquer tempo, adotar a sua perspectiva. Deve ser indiferente a ocasião em que alguém adota esse ponto de vista, ou quem o faz: as restrições devem ser tais que os mesmos princípios são sempre escolhidos. O véu da ignorância é uma condição essencial na satisfação dessa exigência. Ele assegura não apenas que a informação disponível é relevante, mas também que é a mesma em todas as épocas” (1997; p. 149).

equilíbrio reflexivo, pode ser referencial deveras marcante para a solução de embates na sociedade e também para a própria atividade de construção do Direito e de sua interpretação quando aplicado.

Apresentadas mais essas linhas de compreensão da posição original, retoma-se a questão fulcral deste exercício: as partes, livres e iguais, ao deliberarem sobre o dever coletivo (do Estado, *rectus*, da própria sociedade) de proteção à saúde, decidiriam, em bases racionais, pelo compromisso recíproco de garantia da saúde de cada indivíduo de modo limitado, por meio de prestações igualitárias, ou de modo ilimitado, em vista de qualquer condição ou circunstância individual.

A questão, tal como apresentada, lança o foco para um caractere absolutamente importante no problema: a racionalidade da decisão a ser tomada. A rigor, a grande dificuldade teórica de situações relativas à justiça distributiva, tal como a presente, sempre esteve na concepção de um enquadramento que ofereça, ao mesmo tempo, padrões éticos, porém em bases racionais. (HARSANYI: 1975)

Examina-se a questão sob o ponto de vista individual na posição original: por conta do véu da ignorância, a parte não tem acesso a informações que qualificam sua posição na sociedade, ou seja, ignoram sua idade, sexo, habilidades, grupo racial que integram etc.; com isso, não sabe ela qual será sua situação particular de saúde, ou, para ser mais preciso, não sabe a propensão que tem para adoecer ou a intensidade dos cuidados de saúde de que pode precisar²³. Diante dessa situação de incerteza e dada a relação fundamental existente entre a saúde e a vida, a parte, na posição original, está, a princípio, inclinada a tomar decisões que

23 Não se desconhece a crítica fundada que se faz à obra de Rawls no tocante a não consideração, na posição original, do papel desempenhado pelas pessoas com deficiência, já que este autor define as partes como "livres, iguais e independentes" ou como "membros plenamente cooperantes da sociedade ao longo de uma vida completa" (NUSSBAUM: 2013; 127-130). O exercício político-filosófico objeto deste artigo, contudo, não se volta propriamente à situação das pessoas com deficiência, mas suas considerações e conclusões não deixam de se aplicar também a elas, já que, na posição original, é possível considerar que a parte também ignora se suporta ou não uma deficiência, uma vez retirado o véu da ignorância. A supressão dessa informação na posição original, pelo menos em alguma medida, faria com que as partes ponderassem, ao tomar decisões relativas aos cuidados de saúde, a dimensão dos cuidados especiais que seriam viabilizados às pessoas com deficiência. Em razão disso, é possível cogitar-se que, na posição original, atinja-se um consenso que reconheça a necessidade de se conferir aos incapazes um acesso a serviços de saúde mais qualificado do que aquele existente para os demais, justamente como medida de justiça.

orientam a estrutura básica da sociedade a assumir um dever de cuidado pleno com a saúde de seus membros. Em outras palavras, se cada parte e, portanto, todo o grupo, ignora quais são os cuidados de saúde de que necessitará, parece ser um pacto justo o compromisso de se dispensar cuidados irrestritos de saúde a todos, na exata medida em que cada um precisar, já que não se sabe quem terá uma vida longa e saudável, a demandar apenas prestações de saúde ordinárias, nem quem padecerá de doenças que impingem sofrimentos e limitações excepcionais, a exigir prestações de saúde específicas e extraordinárias. Além disso, com esse consenso está garantido um acesso a prestações de saúde que, ao mesmo tempo, respeita à igualdade material – tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade – e amplifica a proteção final ao bem jurídico maior – a vida. A decisão racional, nesses termos, parece apontar para esse consenso na posição original.

Por evidente, Rawls nunca enfrentou propriamente a questão acima posta e, como consequência, não é possível atribuir-lhe essa solução. Contudo, não se pode ignorar que, para Rawls, na posição original, há uma aproximação de conclusões muito significativa entre seus princípios de justiça e o princípio *maximin*²⁴. Tal princípio, como já vislumbrado nas linhas acima, é um dos modelos para se nortear a decisão em uma situação de incerteza (ou em um jogo de informações incompletas, na linguagem da Teoria dos Jogos). Veja a relação entre tais conteúdos principiológicos para Rawls:

De acordo com o princípio *maximin* e, portanto, de acordo com os próprios princípios de justiça de Rawls²⁵, o melhor critério de decisão na posição original, dado o véu de ignorância, é considerar-se a parte mais prejudicada (least advantaged individual) em

24 "Parece, levando-se em conta as observações acima, que os dois princípios de justiça são, pelo menos, uma concepção plausível da justiça. A questão é, porém, como argumentar a favor deles de um modo mais sistemático. [...] Mas podemos também tentar encontrar argumentos a seu favor que sejam mais decisivos do ponto de vista da posição original. Para ver como isso pode ser feito, seria útil, como uma estratégia heurística, pensar nos dois princípios como a solução *maximin* para o problema da justiça social. Há uma relação entre os dois princípios e a regra *maximin* para a escolha em situações de incerteza. Isso fica evidente à luz do fato de que os dois princípios da justiça são aqueles que uma pessoa escolheria para a concepção de uma sociedade em que o seu lugar lhe fosse atribuído por seu inimigo. A regra *maximin* determina que classifiquemos as alternativas em vista de seu pior resultado possível: devemos adotar a alternativa cujo pior resultado seja superior aos piores resultados das outras" (RAWLS: 1997; 165-166).

25 O autor faz algumas advertências terminológicas e conceituais, particularmente na relação entre o princípio da diferença e o princípio *maximin* (RAWLS: 1997; 96).

cada um dos arranjos possíveis da estrutura básica da sociedade e decidir por aquele que lhe garanta a maior satisfação de interesses, maximizando-se o mínimo de fruição individual garantido pela sociedade. No caso da decisão primordial relativa ao direito à saúde, se adotarmos a posição individual de alguém que necessite de prestações específicas e excepcionais de saúde – a parte mais prejudicada, identificam-se basicamente 2 (dois) arranjos possíveis para a estrutura básica da sociedade: de um lado, um arranjo que garante o compromisso do grupo em prover prestações ilimitadas de saúde; de outro lado, um arranjo alternativo que garante apenas o compromisso de disponibilizar prestações ordinárias de saúde. Evidentemente, os interesses da pessoa mais prejudicada são melhor resguardados pelo primeiro arranjo, o qual, à luz do princípio *maximin*, deve ser o escolhido pelas partes na posição original²⁶.

Contudo, tal solução, contida, pelo menos nos termos acima, no contratualismo rawlsiano, incorre em vícios de racionalidade que permitem questionar se o princípio *maximin* e, por conseguinte, os princípios da justiça, seria realmente os escolhidos na posição original para definir o arranjo da estrutura básica da sociedade. É possível apresentar 2 (dois) vícios de racionalidade que lançam dúvida sobre o rigor do raciocínio no processo decisório acima exposto.

O primeiro vício de racionalidade pode ser apresentado, em termos mais amplos, do seguinte modo: o princípio *maximin* parte da pressuposição de que todos os arranjos da estrutura básica da sociedade, relevados como alternativas na posição original, podem ser de fato atingidos na realidade, viabilizando-se a escolha, dentre tais arranjos, daquele que melhor resguarda os interesses da parte mais prejudicada.

Tal vício, na questão sobre a qual se constrói esse exercício político-filosófico, é de fácil constatação: para que a solução rawlsiana do direito à saúde seja viável, deve-se admitir que é faticamente

²⁶ É curioso observar, porém, que o mesmo referencial teórico de Rawls já foi utilizado para sustentar que a decisão tomada na posição original garantiria um mecanismo limitado de prestações de saúde, como o é o SUS. Nesse sentido: DAVIES: 2012; 57-67.

possível um arranjo da estrutura básica da sociedade que garanta a concretização do compromisso de se dispensar cuidados irrestritos de saúde a todos, na exata medida em que cada um precisar. Assim, admitida a faticidade dessa alternativa, por evidente, todas as demais, que trazem em si limitações às prestações de saúde, serão desprezadas, porque sempre serão piores sob o ponto de vista da pessoa mais prejudicada, ou seja, daquela que pode precisar de cuidados especiais de saúde não compreendidos dentro das prestações ordinárias.

Ora, a viabilidade desse arranjo é altamente questionável do ponto de vista da Ciência Econômica, aproximando-se inclusive de uma violação lógica a uma das premissas estabelecidas pelo próprio Rawls para a funcionalidade teórica da posição original, qual seja a de que a sociedade, cuja estrutura básica se busca regular pelos princípios da justiça, instala-se em um ambiente marcado por uma escassez moderada de bens e recursos. Veja que a escassez é um conceito axiomático, imediato e incontornável que permeia qualquer processo decisório individual e coletivo, incluindo-se os princípios de justiça distributiva, consistindo na própria razão de ser da Economia enquanto Ciência²⁷. Lembre-se de que a escassez moderada de bens e recursos é um dos dados de realidade que ultrapassam o véu da ignorância e, portanto, deve ser ponderada pelas partes na posição original.

O ponto examinado, se bem colocado e compreendido, não trata propriamente da alocação prioritária de recursos em matéria de política pública de saúde, com as escolhas trágicas a ela inerentes. Trata-se sim de aspecto fulcral da própria racionalidade da estrutura básica da sociedade que se quer estabelecer, pois não se pode fixar como critério regulador da vida em sociedade um princípio que traz, em sua raiz, uma incongruência violadora de pressuposto da existência social humana. Como foi acima apon-

²⁷ Essa noção é encontrada nas primeiras linhas de qualquer manual de economia: "O gerenciamento dos recursos da sociedade é importante porque estes são escassos. Escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter. Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que eles desejam, uma sociedade não pode dar a cada membro um padrão de vida alto ao qual eles aspiram. Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades, os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas. Assim sendo, os economistas estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, como poupam e como investem suas economias. Estudam também como as pessoas interagem umas com as outras" (MANKIW: 2009; 4).

tado, a escassez de recursos é a própria razão de ser da vida em sociedade, pois, se houvesse recursos infinitos, não enfrentaria o ser humano justamente as limitações que o fazem viver em grupos comunitários maiores²⁸.

Assim sendo, a decisão coletiva, tomada na posição original, que conclua pelo compromisso recíproco de garantia da saúde de cada indivíduo de modo ilimitado, em vista de qualquer condição ou circunstância individual, é, por definição lógica, incompatível com as limitações incontornáveis de um ambiente marcado pela escassez moderada de recursos. A escassez indica claramente, para além de qualquer argumentação ideológica, um necessário corte ou limitação da expectativa prestacional em matéria de saúde, independentemente do grau com que essa contenção se dará.

A opção contrária, ou seja, a insistência no compromisso de se dispensar cuidados irrestritos de saúde a todos, na exata medida em que cada um precisar, traz em si uma falha incontornável na estrutura básica da sociedade: a assunção de tudo para todos desaguará, em algum ponto, em um prejuízo inexorável ao mínimo para a maioria. Tal constatação, pelo menos em um processo decisório pautado na racionalidade, revelaria às partes na posição original, no mínimo, uma carga de risco que não se pode sinceramente assumir.

Verifica-se, portanto, que o dado da escassez de recursos, ainda que apresentado como pressuposto da posição original, não é bem apreendido ou ponderado pelos princípios da justiça, pelo menos não na correlação que lhe é feita com o princípio *maximin*. Nesse sentido, para se identificar qual formação da estrutura básica da sociedade melhor atende aos interesses da parte mais prejudicada (*least advantaged individual*), deve-se passar as formações possíveis pelo filtro racional da escassez moderada de recursos, repelindo-se toda e qualquer solução que envolva um

28 Relembrando-se a citação do próprio Rawls: “Em segundo lugar, há uma condição de escassez moderada implícita, para atender a uma ampla gama de situações. Os recursos naturais ou de outro tipo não são abundantes a ponto de tornarem supérfluos os esquemas de cooperação, e nem as condições são tão difíceis a ponto de condenarem empreendimentos frutíferos ao insucesso. Embora as ordenações mutuamente vantajosas sejam factíveis, os benefícios gerados por elas ficam aquém das exigências apresentadas pelos homens” (1997; 137).

compromisso sem limites fáticos com a proteção ou resguardo de um interesse.

Frise-se que a racionalidade decisória trazida pelo dado da escassez moderada de bens e recursos é válida para todo e qualquer interesse examinado na posição original, não se limitando a uma decisão em particular, como a que se faz nesse exercício pertinente ao direito à saúde. Essa afirmação é relevante para se rechaçar, desde já, qualquer construção argumentativa que busque diferenciar, para se priorizar, a proteção do direito à saúde, dada sua relação com o direito à vida, em relação a outras decisões tomadas na posição original. Ora, ainda que não se possa ignorar essa linha de intelecção do problema posto, tal argumento romperia com a essência da proposta teórica de Rawls, já que o autor, ao buscar a identificação dos princípios de justiça na posição original, tem por objetivo justamente fixar parâmetros gerais e uniformes para decidir, à luz desses princípios, os aspectos mais relevantes da estrutura básica da sociedade, a exigir a homogeneidade de critérios nas decisões tomadas.

O segundo vício de racionalidade da incidência do princípio *maximin* está na adequada consideração dos riscos que permeiam as decisões enfrentadas na representação da posição original. Esse tema foi desenvolvido no brilhante artigo “Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls’s Theory”, do economista búlgaro John Harsanyi, de tendência utilitarista, ainda no ano de 1973²⁹. Como típico de sua obra, Rawls debruçou-se sobre as críticas desse artigo e lhe apresentou respostas e contrapontos, num profícuo debate acadêmico que enriqueceu o trabalho de ambos os autores; nesse sentido, vide os §§ 27 e 28 de “Uma Teoria da Justiça”, em que Rawls enfrenta as objeções de uma maneira mais direta.(RAWLS: 1997; 163-190)

Cuida-se de um ponto relativamente árido da obra de Rawls, porque a adequada consideração do risco exige o manuseio, ainda que mínimo, de um modelo matemático a orientar as decisões em

²⁹ Como já dito, Harsanyi, ao lado de Reinhard Selten e John Nash, foram laureados como prêmio Nobel de Economia em 1994 justamente por seus trabalhos em Teoria dos Jogos, particularmente quanto ao denominado equilíbrio de Nash

que o risco se revela. Em vista disso, a argumentação em torno do risco na posição original é levada para o campo da probabilidade, parte da Matemática que busca dimensionar a chance de um determinado evento ocorrer em vista do conjunto de eventos possíveis (espaço amostral).

Em linhas gerais, para Rawls, na posição original, dada a limitação de informações imposta pelo véu da ignorância, as decisões são tomadas em uma situação de incerteza, na qual se deve conferir a todos os eventos possíveis a mesma probabilidade de ocorrência³⁰. As críticas levantadas por Harsanyi, a despeito de sua tecnicidade, basicamente questionam se essa consideração do risco por Rawls é realmente a perspectiva racional a ser perfilhada na posição original, em vista de modelos matemáticos mais refinados para a ponderação do risco em situações de incerteza³¹.

Em termos gerais, esse segundo vício de racionalidade pode ser apresentado nos seguintes moldes: a situação de incerteza, decorrente do véu da ignorância, não necessariamente fará com que as partes, na posição original, preocupem-se com cenários de baixa probabilidade a ponto de orientar a estrutura básica da sociedade para compensar as consequências de tais eventos remotos. Em outras palavras, diante de um evento possível, mas de baixíssima probabilidade, a decisão racional, na posição original, não está no arranjo da estrutura básica da sociedade que figure como melhor para a pessoa em desvantagem em razão desse evento, pois tal arranjo traz em si um profundo desequilíbrio, a macular a racionalidade, entre as grandezas envolvidas: probabilidade remota de um evento e a concepção de uma estrutura básica da sociedade a serviço desse evento e, conseqüentemente, em desconsideração aos demais cuja ocorrência será muito mais acentuada. Por essa

30 "Mas, no estágio final, há uma ignorância completa a respeito de fatos particulares (com a exceção daqueles que estão implícitos nas circunstâncias da justiça). A construção da perspectiva do indivíduo depende, nesse estágio, apenas do princípio da razão insuficiente. Quando não se tem nenhuma evidência, considera-se que os casos possíveis são igualmente prováveis. Assim, Laplace ponderou que, quando extraímos de duas urnas, cada uma contendo (sic) uma quantidade diferente de bolas pretas e vermelhas, mas não temos informações sobre qual das urnas está a nossa frente, deveríamos partir do pressuposto de que a probabilidade de escolha é a mesma para cada urna" (RAWLS: 1997; 181).

31 "In my model, every person making a moral value judgment will evaluate any institutional arrangement in terms of the average utility level it yields for the individual members of the society, i.e., in terms of the arithmetic mean of these individuals' von Neumann-Morgenstern (= vNM) utility functions. This means that, under my theory, people's vNM utility functions enter into the very definitions of justice and other moral values. [...] Consequently, vNM utility functions have a completely legitimate place in ethics because they express the subjective importance people attach to their various needs and interests." (HARSANYI: 1975; 600-601).

crítica, revela-se que partes, na posição original, seriam mais cétricas (pode-se dizer até mesmo “mais corajosas”) diante de riscos remotos, a ponto de desprezá-los em um processo decisório racional de ordenação da estrutura básica da sociedade.

Mais uma vez, deve-se trasladar essa crítica para o presente exercício político-filosófico, relativo ao direito fundamental à saúde: partindo-se da premissa probabilística de que demandas por prestações de saúde de natureza especial, particularmente em vista de patologias graves, são de baixa ocorrência, não seria racional o consenso que orienta um compromisso de se dispensar cuidados irrestritos de saúde a todos, na exata medida em que cada um precisar, pois tal arranjo da estrutura básica estaria mais a serviço de situações excepcionalíssimas, do que do atendimento da imensa maioria dos demais casos, em que se depara com doenças ordinárias e com demandas de prestações de saúde em bases gerais.

Veja que a conjugação de ambos os vícios de racionalidade do princípio *maximin* na posição original torna a crítica ainda mais aguda, pois, resgatado o dado empírico-econômico da escassez moderada de recursos, a assunção do compromisso de dispensar prestações de saúde a pessoas que exigem cuidados extraordinários representará uma limitação inexorável ao atendimento disponibilizado para os casos de altíssima ocorrência, além de configurar uma especificação desequilibrada do sistema de saúde, ao lhe estruturar para cuidar de casos possíveis, mas de baixíssima probabilidade.

Diante dessas considerações críticas ao princípio *maximin* e, por conseguinte, aos princípios da justiça de Rawls, não se pode ignorar que a alternativa de arranjo da estrutura básica da sociedade orientada pelo princípio da utilidade, particularmente pela utilidade média, apresenta-se incólume a ambos os vícios de ra-

cionalidade antes apontado³². No presente artigo, porque mais adequado à compreensão do tema e à elucidação do exercício político-filosófico proposto, não se tomará como referência a utilidade total, porque, como já antecipado no tópico 3, tal vertente do utilitarismo não permite examinar qualitativamente a distribuição de bens em uma sociedade, desprezando uma circunstância relevante para a argumentação que se constrói.

Como dito, o princípio da utilidade média apresenta-se alheio a ambos os vícios de racionalidade acima expostos. De um lado, a lógica própria do princípio da utilidade não desconsidera o dado da escassez moderada de recursos; pelo contrário, ela é tomada como premissa do processo decisório para identificar qual forma de distribuição de recursos ocasionará a maior utilidade média para os interessados. De outro lado, o princípio da utilidade média não se deixa influenciar por eventos de baixa probabilidade, pois, com o objetivo de ampliar a utilidade média fruída pelo grupo, dará preponderância aos eventos com maior ocorrência, pois são neles que concentram os interesses da maioria, a justificar a atribuição de um peso maior no arranjo da estrutura básica da sociedade³³.

O paradigma da utilidade média, uma vez trazido para a ambiência do processo decisório relativo ao direito fundamental à saúde, revelará, com muita clareza, o consenso atingido na posição original: o único compromisso possível, em bases racionais, para

32 Evidentemente, a crítica do utilitarismo não passa sem resposta de Rawls. Como afirma Álvaro de Vita, ao examinar especificamente a resposta de Rawls às críticas de Harsanyi: "Voltemos à objeção de Harsanyi à escolha do princípio de diferença. As partes deliberando na posição original de Harsanyi, não sendo avessas ao risco, seriam racionalmente levadas a escolher o princípio da maximização da utilidade média porque este princípio de justiça distributiva permitiria maximizar o número de posições que os benefícios que lhes seriam assegurados seriam maiores - maiores, no caso, do que os benefícios que o princípio da diferença garantiria aos que se encontrassem na posição mínima. Mas, uma vez que o "véu da ignorância" fosse levantado, os que se encontrassem na pior posição, sob a estrutura institucional concebida para colocar o princípio escolhido em prática, poderiam razoavelmente rejeitar o princípio da utilidade média. Os mais mal situados poderiam razoavelmente rejeitar um princípio de justiça política que lhes exige, como argumenta Rawls no trecho citado, considerar os benefícios maiores colhidos pelos mais privilegiados como uma razão suficiente para se contentar com suas próprias expectativas mais baixas ao longo da vida inteira. Uma sociedade utilitarista bem ordenada seria inconsistente do ponto de vista motivacional. É esse o argumento decisivo de Rawls contra o utilitarismo. Mas não se trata, como ele parece supor, de um argumento do ponto de vista da posição original, e sim de um argumento sobre a motivação para cada um fazer o que é exigido de si pelas instituições sociais e políticas depois que o contrato hipotético for alcançado e quando seus termos deverão ser colocados em prática" (2007; 197-198).

33 "Rawls also argues that a given individual's actions in the original position will be easier to justify to other people, including his own descendants, if these actions are based on the maximin principle, than if they are based on the equiprobability assumption (p. 160). But it seems to me that the exact opposite is the case. As we have seen, the equiprobability assumption can be justified by the principle of indifference, and also by the moral principle of assigning the same a priori weight to every individual's interests. On the other hand, using the maximin principle in the original position is equivalent to assigning unity or near-unity probability to the possibility that one may end up as the worst-off individual in society; and, as far as I can see, there cannot be any rational justification whatever for assigning such an extremely high probability to his possibility. Rawls's argument becomes much more convincing if it is turned around. If the original position were a historical fact, then any person, other than the worst-off individual in society, would have a legitimate complaint against his ancestor if the latter in the original position voted for an institutional arrangement giving undue priority to the interests of the worst-off individual" (HARSANYI: 1975; 559-600).

as partes está em admitir que as prestações de saúde serão garantidas de modo igualitário e limitado, tendo em vista as demandas de saúde mais recorrentes, como forma de maximizar a proteção dos interesses do maior número de indivíduos.

Evidentemente, como é próprio a toda solução utilitarista, o interesse individual de alguns, especificamente daqueles que se encontram em situações muito particulares, não estará resguardado pelo compromisso recíproco do grupo de propiciar os necessários cuidados de saúde, já que as prestações demandadas encontrar-se-ão fora das margens de demandas médias do grupo. Vale apontar, ainda que se cuide de ressalva evidente, que tais indivíduos – os que reclamam cuidados de saúde não assumidos pelo compromisso recíproco do grupo social – não estarão automaticamente abandonados e desassistidos, pois, além de se lhes viabilizar tudo o que está ao alcance padronizado dos demais, também poderão contar com a assistência de subgrupos sociais, como a família, grupo de trabalho e associações diversas, cuja pactuação interna não segue necessariamente os mesmos critérios do grupo social maior – a sociedade e, ao fim, o próprio Estado.

Nesses termos, se retomarmos o problema jurídico enunciado logo ao início desse tópico, pelo menos no plano de compreensão trazido pelo embate entre o utilitarismo e o contratualismo rawlsiano, parece não haver nenhuma base político-filosófica para a interpretação constitucional que reconhece ao Estado e, por conseguinte, à própria sociedade, o dever de viabilizar ao indivíduo, membro dessa sociedade, uma prestação de saúde particularizada (medicamento, exame, procedimento cirúrgico etc.), para além daquelas que são ofertadas a todos os demais brasileiros por intermédio do SUS, já que tal mecanismo atende ao princípio da utilidade média, único princípio estruturante racional da decisão fundamental coletiva concernente ao direito à saúde.

Conclusão

O esboço teórico do presente artigo, por sua instrumentalidade à questão de fundo posta na introdução, nem de longe esgota a riqueza teórica dos autores nominados, especialmente Rawls. Não obstante, mesmo com o recorte de conteúdo realizado, foi possível atingir um referencial político-filosófico a orientar a decisão fundamental coletiva pertinente ao direito à saúde: a inviabilidade racional de se perfilhar qualquer modelo assentado no compromisso coletivo de garantir tudo a todos em matéria de saúde, exigindo-se a construção de um modelo que fixe limites prestacionais aos indivíduos, a despeito de quais sejam eles.

Em respaldo a essa conclusão, antes de qualquer embasamento teórico, parece militar o mais comedido senso comum, o qual, contudo, na angústia dos casos concretos, parece ceder e permitir construções jurídicas cuja lógica e exequibilidade não resistem a um exercício reflexivo mais ponderado. A conclusão limitadora do espectro prestacional da sociedade e, por consequência, do Estado em matéria de saúde também pode ser demonstrada por *reductio ad absurdum*: o reconhecimento de um direito a prestações positivas ilimitadas em matéria de saúde traz em si uma premissa jurídica que levaria direitos sociais correlatos, v.g., o direito à alimentação, moradia e ao trabalho, a não encontrarem qualquer limitação prestacional, a projetar para a sociedade e, ao fim, ao próprio Estado, um conjunto de deveres inatingível.

Por fim, a construção de um embasamento político-filosófico a sustentar a limitação prestacional da sociedade e do Estado em matéria de saúde afasta a discussão de argumentos deveras casuísticos e que lhe deturpam a racionalidade. Nessa linha, encontram-se considerações que apontam a ineficiência do SUS ou a corrupção de seus gestores como fundamentos para a falsa conclusão de que, se não fosse tais caracteres, seria atingível um sistema público pleno em matéria de saúde. Tais questões, ainda que relevantes e mui dignas de estudo acadêmico, são rigorosamente

irrelevantes para o exercício filosófico proposto nesse artigo e em nada deturpam a conclusão atingida linhas acima.

Referências

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Disponível em: <http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BORON, Atílio A. Teoria política marxista ou teoria marxista da política. In: **A teoria marxista hoje**. Problemas e perspectivas. Buenos Aires: Campus Virtual, 2007. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/formacion-virtual/20100715075305/cap6.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Portal da Legislação, Brasília, maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011**. Portal da Legislação, Brasília, maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Trad. Luciana Penteado Miguelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

CASSIRER, Ernst. **Antropología Filosófica**: Introducción a una filosofía de la cultura. Trad. Eugenio Ímaz. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1967.

COSTA, Maw Wiliam Alexandre da. **Uma introdução à filosofia da linguagem**. Curitiba: Intersaberes, 2015.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012.

HARSANYI, John C. Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls's Theory. In: **The American Political Science Review**, v. 69, n. 2, p. 594-606, 1975. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1959090?loggedin=true&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 20 mai. 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Trad. João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org.). **Manual de Economia**: Equipe dos Professores da USP. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RASMUSEN, Eric. **Games and Information**: an introduction to Game Theory. Disponível em: http://ece.ut.ac.ir/Classpages/S86/ECE688/games_and_information_rasmusen.pdf. Acesso em: 20 mai. 2017.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner e Revisão Técnica da Tradução Álvaro de Vida. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Zevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. Trad. Luis Carlos Boerges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. O contratualismo – Posição de Rousseau e Kant. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 37, p. 118-150, 1942. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65989/68600>. Acesso em: 06 mai. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SHAPIRO, Ian. **The Moral Foundations of Politics**. New Haven: Yale University Press, 2003.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. In: Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 25, 1992. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002. Acesso em: 13 mai. 2017