



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA
OSMIR ANTONIO GLOBEKNER

**A EQUIDADE DA DECISÃO JUDICIAL ALOCATIVA EM SAÚDE NO BRASIL À
LUZ DA ABORDAGEM DA CAPACIDADE**

Brasília – DF

2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA
OSMIR ANTONIO GLOBEKNER

**A EQUIDADE DA DECISÃO JUDICIAL ALOCATIVA EM SAÚDE NO BRASIL À
LUZ DA ABORDAGEM DA CAPACIDADE**

**Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do Título de Doutor em
Bioética pelo Programa de Pós-Graduação
em Bioética da Universidade de Brasília.**

Orientador: Prof. Dr. Gabriele Cornelli.

Brasília – DF

2019

GG562e Globekner, Osmir Antonio
A equidade da decisão judicial alocativa em
saúde no Brasil à luz da Abordagem da Capacidade /
Osmir Antonio Globekner; orientador Gabriele
Cornelli. -- Brasília, 2019.
168 p.

Tese (Doutorado - Doutorado em Bioética) --
Universidade de Brasília, 2019.

1. Bioética. 2. Decisões Judiciais. 3. Equidade
em Saúde. 4. Abordagem da capacidade. 5. Justiça
Sanitária. I. Cornelli, Gabriele, orient. II.
Título.

OSMIR ANTONIO GLOBEKNER

**A EQUIDADE DA DECISÃO JUDICIAL ALOCATIVA EM SAÚDE NO BRASIL À
LUZ DA ABORDAGEM DA CAPACIDADE**

**Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do Título de Doutor em
Bioética pelo Programa de Pós-Graduação
em Bioética da Universidade de Brasília.**

Aprovada em 27 de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gabriele Cornelli – Presidente
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Natan Monsores de Sá
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Miroslav Milovic
Universidade de Brasília

Profa. Dra. Maria Clara Dias
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Monique Pyrrho - suplente
Universidade de Brasília

AGRADECIMENTOS

Meu profundo e sincero agradecimento,

Ao meu Orientador, Gabriele Cornelli, com respeito e admiração, pelas instigantes e inesquecíveis aulas no Laboratório da Cátedra UNESCO Archai, por acolher o projeto desta tese, pela atenção, cortesia e carinho na condução da orientação.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Bioética da UnB, em especial àqueles de cujo profícuo conhecimento tive o prazer e o privilégio de colher diretamente: Volnei Garrafa, Natan Monsores, Aline Albuquerque, Claudio Lorenzo, Luciana Santos, Rita Segato, Wanderson Nascimento e Pedro Sadi Monteiro. A Natan Monsores e Aline Albuquerque, também pelas preciosas correções e sugestões na qualificação desta tese.

Nas pessoas de Aurélio Virgílio, Deborah Duprat, Patrícia Campanatti e Fabíola Geoffroy, a todos os colegas da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, por me acolherem durante o período da realização dos créditos na UnB, pela oportunidade de convívio profissional do mais elevado nível, pela amizade e pelo compartilhamento do sonho comum de uma sociedade livre, justa e solidária.

Às professoras Mônica Aguiar e Maria Auxiliadora Minahim, cuja disciplina, Reflexões Jurídicas da Bioética, no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, despertou em mim o interesse pela Bioética.

À professora Sueli Gandolfi Dallari, ao Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário e à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, pela semente lançada em 2001, no V Curso de Especialização em Direito Sanitário.

A minha família, pelo estímulo constante.

A Pink e a Boris (*in memoriam*) e a Bethânia, pela fiel companhia.

A Evandro, pela revisão do texto e por dar sentido a tudo.

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

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

RESUMO

As decisões judiciais sobre acesso aos cuidados em saúde no Brasil tem sido objeto de intenso debate a partir da promulgação da Constituição de 1988, centrado nos aspectos jurídico formais, tais como: da eficácia normativa da Constituição, da extensão e limites do direito à saúde, dos critérios e condicionantes formais do acesso, dos parâmetros e limites da intervenção judicial nos sistemas de saúde. O que se busca na presente tese, por um lado, é revelar a escassez de referências aos aspectos éticos e bioéticos subjacentes a tais decisões. As dimensões éticas do princípio da equidade em saúde não são nelas abordadas na extensão e profundidade que a reflexão bioética suscita. É o que se entende ser uma lacuna de fundamentação, que pode ser evidenciada pela análise dos significados nos quais o princípio é percebido e operacionalizado pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, em função dessa lacuna, busca-se o desenvolvimento de instrumentos teóricos que permitam a aproximação da argumentação bioética à argumentação jurídica como forma de dar maior efetividade social aos provimentos jurisdicionais que se debruçam sobre a tarefa de decidir, em concreto, o justo e equitativo em saúde. O suporte teórico dessa aproximação é encontrado, no aspecto procedimental, nos princípios metaéticos da prescritividade e da universalizabilidade, propostos por Richard Hare, e na cisão dos discursos de justificação e de aplicação, proposta por Klaus Günther ao analisar a teoria da argumentação na moral e no direito. Ambos os autores buscam contornar o relativismo moral e habilitar a possibilidade de produção de consensos em sociedades plurais e complexas. No aspecto substancial, o suporte teórico é encontrado na abordagem da capacidade de Amartya Sen, no conceito de capacidades centrais de Martha Nussbaum e nos conceitos de saúde como funcionamentos e capacidades elaborados, entre outros, por Sridhar Venkatapuram, Maria Clara Dias e Jennifer Prah Ruger, com o objetivo de identificar as possibilidades, vantagens e desvantagens desse instrumento teórico na veiculação dos conteúdos éticos e bioéticos necessários à ponderação da equidade nas decisões judiciais que alocam recursos sanitários.

Palavras chaves: Bioética; Decisões Judiciais; Equidade em Saúde; Abordagem da capacidade; Justiça Sanitária.

ABSTRACT

Judgments on access to health care in Brazil have been the subject of intense debate since the 1988 Brazilian Constitution's promulgation, focused on formal legal aspects such as: the normative effectiveness of the Constitution, the right to health extension and limits, the formal criteria and conditions for access to care, the parameters and limits of judicial intervention in health systems. What is sought in this thesis, on the one hand, is to reveal the scarcity of references to the ethical and bioethical aspects underlying such decisions. The ethical dimensions of equity in health are not addressed in all the scope and depth that bioethical reflection raises. This is what can be understood as a lack of moral reasoning, which can be evidenced by the analysis of meanings in which the principle is perceived and applied by the Federal Supreme Court. On the other hand, due to this lacuna, we seek the development of theoretical tools that allow the approximation of bioethical argumentation to legal argumentation as a way of giving greater social effectiveness to the court's ruling dealing with the task of deciding concretely the fair and equitable in health. The theoretical support of this approach is found, in the procedural aspect, in the meta-ethical principles of prescriptivity and universalizability, proposed by Richard Hare, and in the division of the discourses of justification and application, proposed by Klaus Günther when analyzing the theory of argumentation in morals and Law. Both authors seek to prevent moral relativism and to enable the possibility of producing consensus in plural and complex societies. On the substantive side, theoretical support is found in the approach of Amartya Sen's capability, in Martha Nussbaum's central capabilities concept and in the concepts of health as functionings and capabilities elaborated, among others, by Sridhar Venkatapuram, Maria Clara Dias and Jennifer Prah Ruger, with the objective of identifying the possibilities, advantages and disadvantages of this theoretical instrument in the dissemination of the ethical and bioethical contents necessary for the weighting of equity in judicial decisions that allocate scarce health resources.

Keywords: Bioethics; Judicial Decisions; Health Equity; Capability Approach; Health Justice.

RESUMEN

Las decisiones judiciales sobre acceso a los cuidados en salud en Brasil han sido objeto de intenso debate a partir de la promulgación de la Constitución Brasileña de 1988, centrado en los aspectos jurídico formales, tales como: de la eficacia normativa de la Constitución, de la extensión y límites del derecho a la salud, de los criterios y condicionantes formales del acceso, de los parámetros y límites de la intervención judicial en los sistemas de salud. La presente tesis busca, por un lado, revelar la escasez de referencias a los aspectos éticos y bioéticos subyacentes a dichas decisiones. Las dimensiones éticas del principio de equidad en salud no se abordan en la extensión y profundidad que la reflexión bioética suscita. Es lo que se entiende ser una laguna de fundamentación, que puede ser evidenciada por el análisis de los significados en que el principio es percibido y operado por el Supremo Tribunal Federal. Por otro lado, en función de esa laguna, se busca el desarrollo de instrumentos teóricos que permitan la aproximación de la argumentación bioética a la argumentación jurídica como forma de dar mayor efectividad social a las resoluciones jurisdiccionales en que se decide, en concreto, el justo y equitativo en salud. El soporte teórico de esta aproximación es encontrado, en el aspecto procedimental, en los principios meta éticos de la prescriptividad y de la universalizabilidad, propuestos por Richard Hare, y en la escisión de los discursos de justificación y de aplicación, propuesta por Klaus Günther al analizar la teoría de la argumentación en la moral y en el Derecho. Ambos los autores buscan eludir el relativismo moral y habilitar la posibilidad de producción de consensos en sociedades plurales y complejas. En el aspecto sustancial, el soporte teórico es encontrado en el abordaje de la capacidad de Amartya Sen, en lo concepto de capacidades centrales de Martha Nussbaum y en los conceptos de salud como funcionamientos y capacidades elaborados, entre otros, por Sridhar Venkatapuram, Maria Clara Dias y Jennifer Prah Ruger, con el objetivo de identificar las posibilidades, ventajas y desventajas de ese instrumento teórico en la transmisión de los contenidos éticos y bioéticos necesarios a la ponderación de la equidad en las decisiones judiciales que asignan recursos sanitarios.

Palabras Claves: Bioética, Decisiones Judiciales, Equidad en Salud; Enfoque de la Capacidad; Justicia Sanitaria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA NA DECISÃO MORAL E NA DECISÃO JURÍDICA	17
1.1 A UNIVERSALIZABILIDADE E PRESCRITIVIDADE DA LINGUAGEM MORAL	18
1.2 A CISÃO ENTRE OS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO....	22
1.3 O DISCURSO DE APLICAÇÃO NA MORAL E NO DIREITO	26
2 A BIOÉTICA E A ABORDAGEM DA CAPACIDADE: O CONCEITO DE SAÚDE COMO FUNCIONAMENTO E CAPACIDADE	33
2.1 A ABORDAGEM DA CAPACIDADE	34
2.1.1 Abordagem da Capacidade (Amartya Sen)	35
2.1.2 Capacidades Centrais (Martha Nussbaum)	40
2.1.3 A Crítica de Bernard Williams	47
2.1.4 A Crítica de Alison Jaggar	50
2.1.5 A Crítica de Ingrid Robeyns.....	52
2.2 A SAÚDE COMO FUNCIONAMENTO E CAPACIDADE	57
2.2.1 Saúde como Metacapacidade (Sridhar Venkatapuram)	57
2.2.2 Saúde como Funcionamento (Maria Clara Dias)	69
2.2.3 Capacidade de Saúde (Jeniffer Prah Ruger).....	74
2.2.4 Saúde como Funcionamento e Capacidade	81
2.3 POSSIBILIDADES E LIMITES DA ABORDAGEM DA CAPACIDADE EM SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM A BIOÉTICA	84
3 EQUIDADE EM SAÚDE NA DECISÃO JUDICIAL	91
3.1 A EQUIDADE EM SAÚDE NA PERSPECTIVA DA CAPACIDADE.....	91
3.1.1 A Equidade em Saúde no Paradigma dos Direitos Humanos.....	92
3.1.2 A Equidade em Saúde no Paradigma da Equidade Rawlsiana.....	94
3.1.3 A Crítica à Equidade no Paradigma Rawlsiano	95
3.1.4 A Equidade em Saúde na Perspectiva da Capacidade.....	98
3.1.5 Uma Crítica às Considerações de Sen: Equidade para Quem?	104
3.1.6 A Equidade em Saúde no Marco Teórico da Abordagem da Capacidade.....	105

3.2 A EQUIDADE EM SAÚDE NA ABORDAGEM DO STF	107
3.2.1 Jurisprudência do STF em Saúde	107
3.2.2 O Fundamento da Equidade em Saúde na Jurisprudência do STF.....	115
3.2.3 A Pesquisa Textual no Repositório de Jurisprudência do STF	117
3.2.4 As Críticas à Abordagem da Equidade em Saúde pelo STF	136
3.3 A DECISÃO JUDICIAL COMO CONSTRUÇÃO COLETIVA	139
3.3.1 A Percepção no STF sobre a Construção Coletiva de Decisões.....	143
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
REFERÊNCIAS	157

LISTA DE QUADROS E TABELAS

Quadro 1 - Equidade/igualdade em saúde - decisões do STF, por data de julgamento..... 118

INTRODUÇÃO

A presente tese propõe-se a questionar a suficiência dos critérios jurídicos utilizados na consecução dos provimentos jurisdicionais que buscam a realização da equidade em saúde, visando aportar aos mesmos as contribuições da reflexão ética e bioética. Propõe-se ainda a examinar e explicitar a forma como o fundamento moral da equidade, essencial à construção da ideia de justiça sanitária, é compreendido pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, ao se debruçar sobre o contundente fato da escassez de recursos sanitários e da necessidade de sua distribuição eficaz e justa na sociedade (1,2,3).

Para a consecução desse objetivo, a pesquisa, de natureza teórica e exploratória, buscou, em um primeiro momento, sob perspectiva procedimental, identificar a possibilidade de aproximação entre os discursos de fundamentação utilizados na moral e no direito. Em um segundo momento, sob perspectiva substancial, procurou demonstrar a possibilidade da conceituação da saúde a partir do marco teórico da abordagem da capacidade se constituir em um instrumento adequado para a discussão da ideia de equidade em saúde. Em um terceiro momento, se apresentou os sentidos da equidade em saúde presente nos provimentos jurisdicionais do STF e os pressupostos da equidade em saúde informada pelo paradigma da capacidade. Por fim, em conclusão, se buscou oferecer alguns delineamentos de fundamentação bioética à decisão judicial alocativa em saúde.

Nesse escopo, a tese está organizada da seguinte maneira.

O Capítulo 1, com apoio nas discussões promovidas nas obras de Richard Hare (4,5) e Klaus Günther (6,7), trata do tema da argumentação na decisão ética e da decisão judicial e da separação entre discurso de justificação e discurso de aplicação das normas. O foco de atenção recai sobre o problema da conciliação do vetor universalidade, pressuposto na justificação da norma, com as especificidades emergentes em sua aplicação às situações concretas. O discurso de aplicação é analisado na perspectiva moral e jurídica.

O Capítulo 2, com objetivo de subsidiar a discussão bioética da equidade e da justiça sanitária, ocupa-se da abordagem da capacidade, segundo sua formulação inicial por Amartya Sen (8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18) e seu desdobramento na concepção de um teoria normativa de justiça através do conceito de capacidades centrais de Martha Nussbaum

(19,20,21). As formulações do conceito de saúde são analisadas nas perspectivas da saúde como metacapacidade, de Sridhar Venkatapuram (39,22,23,24); de saúde como funcionamento de Maria Clara Dias (25,26) e de saúde como capacidade de Jenifer Prah Ruger (27,28,29). O capítulo visa ainda demonstrar a adequação e conveniência da abordagem da capacidade para a veiculação do conteúdo ético e bioético da equidade em saúde.

O Capítulo 3 visa explicitar melhor o conceito de equidade em saúde no paradigma da abordagem da capacidade, apresentar a jurisprudência histórica do STF em matéria de saúde, identificando os sentidos e significados em que o princípio da equidade em saúde foi acolhido pela corte. Faz-se também algumas considerações sobre os modos procedimentais de construção coletiva da decisão judicial e sua aptidão para a integrar os conteúdos ético e bioético a ela subjacentes.

O Capítulo 4, com as considerações finais, busca, a partir da abordagem da capacidade e do conceito de saúde como funcionamento e capacidade, fornecer alguns elementos para uma fundamentação bioética das decisões judiciais em saúde.

Cabe nesta introdução a explicitação de alguns elementos fáticos e teóricos que contextualizam e justificam a pesquisa, tais como: o panorama da desigualdade em saúde no país; a emergência do conceito de justiça sanitária; a crescente judicialização do acesso à ações e serviços de saúde no Brasil; a natureza alocativa das decisões judiciais voltadas a garantir o direito à saúde.

A existência de um panorama de persistente desigualdade em saúde e as dificuldades de sua mensuração em termos globais, regionais e locais, é descrito, entre outros, por: Murray, Gakido e Frenk (30), Barreto (31), Albuquerque et al (32). Dados sobre a desigualdade em saúde em termos globais também estão disponíveis no relatório do Banco Mundial sobre Equidade e Desenvolvimento de 2006 (33). A desigualdade social e sua repercussão para a saúde no Brasil é descrita por Marcelo Neri e Wagner Soares (34). Giovanni Berlinguer (35,36) aborda as repercussões éticas e bioéticas da desigualdade em saúde.

O conceito de justiça sanitária (*Health Justice*), no sentido utilizado nesta tese, resulta da convergência das discussões em torno da justiça distributiva e da equidade em

saúde, para referir estruturas voltadas à redução das desigualdades e ao acesso equânime aos cuidados e às condições materiais que permitem o gozo de uma boa saúde.

No referencial teórico utilizado, o conceito emerge principalmente das formulações de Norman Daniels (37,38), discutidas por Sridhar Venkatapuram (39). Para uma revisão histórica mais ampla do desenvolvimento anglo-saxão do conceito, uma referência é Lindsay F. Wiley (40). No contexto Ibero Americano, temos, a título de exemplo, os trabalhos de Miguel Kottow (41); Pablo Rodriguez del Pozo (42) João Arriscado Nunes (43), que discutem aspectos em torno do conceito de Justiça Sanitária (*Justicia Sanitaria*).

A emergência e o crescimento do fenômeno que se convencionou denominar judicialização da saúde no Brasil são ilustrados pelos seguintes dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a quantidade de processos judiciais em todo o país, versando sobre saúde, respectivamente na primeira e na segunda instância, passaram de 41.453 e 2.969, em 2008, para 95.752 e 40.658, em 2017 (44,45).

O reconhecimento, na Constituição de 1988 (46), da saúde como um direito de todos e dever do Estado e a concepção e implementação, a partir desse reconhecimento, de um sistema público de saúde de caráter universalista, repercutiram intensamente nas demandas de atuação do Poder Judiciário, que passou a ser crescentemente demandado para solucionar os conflitos individuais e coletivos relacionadas ao direito à saúde.

Estes conflitos opõem cidadãos, pacientes, usuários e segurados dos sistemas de saúde ao poder público e aos agentes privados de prestação e de seguro dos serviços de saúde, trazendo ao Judiciário a questão de decidir quais e em que circunstâncias os meios materiais demandados são efetivamente devidos.

Com maior frequência, tais conflitos versam sobre o acesso aos recursos tecnológicos de incorporação recente à medicina. Essa demanda, não raro, ofusca, na apreciação pelo judiciário, a questão cotidiana e igualmente importante do acesso da população à educação, à informação, às ações e aos serviços de saúde básicos.

As decisões judiciais decorrentes de tais conflitos, ao contemplarem ou negarem pretensões às prestações concretas, revestem-se de inevitável caráter alocativo. A alocação de recursos, atribuição típica da esfera político-administrativa de governo, emerge, assim, na esfera jurisdicional.

A implementação de direitos, tanto os de garantia quanto os de prestação, é indissociável da alocação de recursos, conforme sustentado por Holmes e Sunstein (47). É no contexto da escassez que os direitos são operados e ganham significado. Implementar direitos significa alocar recursos, como demonstrado pelos autores citados. Mas também, sobretudo em função dos custos de oportunidade, alocar recursos significa definir quais direitos serão implementados e quais deixarão de o ser.

Esta tese ocupa-se de decisões judiciais que, ao garantirem a implementação de direitos relacionados à saúde, principalmente em face do Estado, interferem na macro alocação dos recursos sanitários e, por consequência, na economia e na política de saúde. São, por tal motivo, denominadas decisões judiciais alocativas. Ao alocarem recursos em saúde, tais decisões, ao mesmo tempo que refletem, influenciam a forma como Estado e sociedade organizam a colaboração social na produção e disponibilização de meios materiais necessários à manutenção da saúde e da qualidade de vida dos cidadãos.

O pressuposto assumido é o de que, respeitadas a natureza e as peculiaridade de cada campo, uma aproximação entre os processos argumentativos utilizados nos campos ético e jurídico propicia, ao campo jurídico, maior grau de legitimação de suas decisões e, ao campo bioético, maior concreção social de suas reflexões. O campo bioético em sua transdisciplinaridade (48,49) pode contribuir para informar a atividade judicante, na racionalização e ordenação metodológica da ponderação jurídica (50,51), uma vez que os elementos informativos fáticos, valorativos e normativos nela empregados não são infensos à racionalidade bioética.

Há, portanto, o interesse em se conhecer a situação atual e as possibilidades futuras de permeabilidade da decisão judicial à racionalidade bioética, no sentido de se ofertar àquela os elementos valorativos que permitam a construção de soluções efetivas e justas, socialmente reconhecidas como tais, conformando o que se passou a denominar justiça sanitária.

1 JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA NA DECISÃO MORAL E NA DECISÃO JURÍDICA

O objetivo do presente capítulo é analisar a aproximação dos campos da moral e do direito a partir do modo procedimental pelo qual ambos buscam, através da argumentação, conferir sentido e racionalidade ao processo decisório que fundamentam.

Nesse escopo, serão utilizadas as formulações de Richard Hare, expostas principalmente em "A linguagem moral" (4), sobre os princípios formais da universalizabilidade e da prescritividade da linguagem moral, bem como as de Klaus Günther, expostas principalmente em "Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação" (6), obra em que propõe a cisão dos discursos de justificação e de aplicação da norma. As especificidades das argumentações de adequação são analisadas em cada um desses campos: da moral e do direito.

Busca-se, em ambos os autores, analisar as possibilidades de conciliação entre as demandas de imparcialidade e de efetividade dos juízos morais e jurídicos; combinando a universalidade da norma geral e abstrata com a ponderação das circunstâncias relevantes que emergem ou se evidenciam apenas quando de sua aplicação ao caso concreto.

Como assinalado por Keberson Bresolin (52), Günther faz uma releitura da razão prática kantiana em face do contexto contemporâneo de pluralismo moral e das novas relações entre os direitos subjetivos e os direitos sociais, bem como do surgimento das teorias fundadas na linguagem.

Dessa forma, o foco da análise de Günther, em consonância com essa realidade e a partir da teoria crítica do discurso, em especial a de Habermas, volta-se a contornar o problema do relativismo e do subjetivismo, preservando e readequando a pretensão da universalidade, pela adoção de uma versão fraca do princípio U da teoria habermasiana.

A argumentação é aqui entendida como a busca de uma racionalidade que, superando as matrizes da racionalidade epistêmica do saber e da racionalidade voltada aos fins, alcance a matriz comunicativa da racionalidade crítica proposta por Habermas (53).

Esta racionalidade habilitaria possibilidades de entendimento mútuo, a partir de critérios de correção e de aceitabilidade, que, ao tempo em que reconheçam, na discussão, o

único procedimento capaz de examinar pretensões de verdade tornadas problemáticas, ofereçam também possibilidades de transcendência do auditório.

Uma tal racionalidade permitiria avaliações de coerência dos juízos por ela orientados na perspectiva da convivência na diversidade, sem, entretanto, abandonar uma pretensão mínima de universalidade.

1.1 A UNIVERSALIZABILIDADE E PRESCRITIVIDADE DA LINGUAGEM MORAL

Richard Hare, em sua teoria metaética, não descritivista e racionalista, por ele denominada "prescritivismo universal" (*universal prescriptivism*), visa fornecer um instrumento de análise da coerência dos discursos de fundamentação das decisões morais. Para esse fim, aponta duas propriedades lógicas e semânticas fundamentais da linguagem moral: sua prescritividade (*prescriptivity*) e sua universalizabilidade (*universabilizability*). Desta forma, palavras que expressam valores, como "bom", "dever", "correto", possuem sempre essas duas propriedades lógico-semânticas principais: a prescritividade e a universalizabilidade.

Hare (5) define sua teoria como uma teoria metaética, isto é, uma teoria sobre a natureza, o significado e as propriedades lógicas dos conceitos morais. Esclarecendo que ela não inclui "nenhum princípio moral substancial, mas tão somente formas de raciocínio que são usadas para argumentar em favor de tais princípios. Os princípios em si aparecem mais tarde, quando a estrutura lógica dos argumentos a seu favor ou contra estiver bem esclarecida". (p.7). Ou, em outras palavras: "A substância entra mais tarde, quando argumentamos a partir dos fatos do mundo de acordo com essas propriedades formais". (p.8).

Para Hare, a linguagem contém sentenças descritivas e sentenças prescritivas e o traço distintivo da linguagem moral é sua natureza prescritiva. Ao se emitir um juízo moral, o que se está fazendo é "prescrever cursos de ação", espera-se que este curso seja aceito e obedecido pelo agente que o propõe, espera-se, desse modo, que os agentes morais realizem a conduta prescrita. A sentença prescritiva, portanto, é também uma sentença imperativa.

A universalizabilidade proposta por Hare é um princípio lógico que determina que, sempre que a palavra "dever" (*must*) for empregada em determinada situação, haverá o

comprometimento lógico de se prescrever o mesmo curso de ação, o mesmo imperativo, aos casos similares. Assim, fazer juízos morais diferentes para situações idênticas ou similares encerraria uma contradição lógica. A ofensa à universalizabilidade, portanto, na teoria de Hare, é lógica, não estando relacionada ao conteúdo moral mutável da sentença imperativa (54).

Embora a formulação tenha evidente influência kantiana, Hare afasta-se dela ao inserir, no dever de evitar a contradição lógica, o dever de considerar as circunstâncias específicas de aplicação da máxima.

A especificidade da linguagem moral é permitir uma distinção entre a linguagem em forma prescritiva e a linguagem numa forma descritiva. A linguagem prescritiva, de ordem imperativa, busca estabelecer aquilo que nós devemos fazer. Hare a classifica na seguinte ordem: "(i) imperativos → singulares e universais; (ii) juízos de valor → não-morais e morais. Esta taxonomia é assumidamente básica e aproximativa, pois o autor admite haver outros tipos de imperativos e juízos de valor possíveis e nuances dos tipos apresentados" (p.3)(4).

Outra maneira de colocar a questão é fazer a distinção entre o significado valorativo e o descritivo dos juízos morais. O significado valorativo é a recomendação contida no juízo. O significado descritivo são as bases factuais do juízo, os critérios fáticos pelo quais ele é feito. Segundo o autor: "a característica mais importante das teorias prescritivistas é que, fazendo a distinção [...], torna-se possível que o significado descritivo varie enquanto o significado valorativo permanece o mesmo" (p.11)(5).

Exemplificando, quando se afirma: "devo desempenhar um ato particular A", decorre o imperativo "faça A", simplesmente com duas premissas: "uma pessoa deve cumprir seu dever" e "A é seu dever", a primeira auto evidente, a segunda factual.

Assim, a decisão moral decorre da base lógica e dos fatos. Fatos considerados importantes para o julgamento moral não podem ser desconsiderados, nem distorcidos. Os textos normativos são formulados com palavras de valor de caráter prescritivo, mas não há como retirar deles as condutas obrigatórias sem uma determinação minuciosa por meio de palavras descritivas.

O caráter descritivo da decisão moral possui uma consequência que será importante para o desenvolvimento posterior desta tese. Ao analisarmos o conceito de justiça em Sen (9), vemos que ele frisa a relevância da base informacional na formulação de juízos morais.

Na verdade, a seleção das informações relevantes para o que Sen (9) denomina "*evaluative space*", define a própria teoria da justiça:

"Qualquer teoria substantiva da ética e da filosofia política, em particular qualquer teoria da justiça, tem de escolher um foco informacional, ou seja, tem de decidir em quais características do mundo deve se concentrar para julgar uma sociedade e avaliar a justiça e a injustiça" (p.265).

A teoria metaética de Hare é importante para o objeto desta tese, não apenas pelo uso que Günther fará dela para tratar da argumentação na moral e no direito, como também pelo fato de contemplar a questão da racionalidade da linguagem moral e, portanto, da possibilidade de fundamentação e justificação das decisões morais, a despeito da relatividade dos conteúdos, sustentando, assim, a possibilidade de algum nível de universalidade nos juízos morais.

Embora construída no âmbito da moral, a teoria não deixa de ter aplicabilidade na linguagem jurídica, em função mesmo da formulação imperativa de ambas e do objetivo comum de orientar a conduta humana.

Por outro lado, a fundamentação das decisões jurídicas são, crescentemente e em grande medida, construídas a partir da aplicação de princípios e das chamadas cláusulas gerais, isto é, normas que, segundo English (55), formulam a hipótese legal em termos de grande generalidade, abrangendo e submetendo a tratamento jurídico todo um domínio de casos (56,57,58,59). Essa característica e tendência da aplicação concreta do direito evidencia ainda mais a necessidade de distinção entre as componentes descritivas e valorativas da decisão judicial.

O prescritivismo permite um exercício de investigação dos requisitos de coerência lógica dessas decisões, prévia e independentemente à penetração da correção substantiva de seus conteúdos. A ponderação necessária que podemos fazer é a de que a descrição factual em situações concretas nunca é isenta de interpretação, de valoração e, portanto, de viés daquele que a produz.

Entretanto, podemos conceber em uma perspectiva racional o esforço de separação, sempre sujeito à revisão pelo pensamento crítico (*critical thinking*) mencionado por Hare (p.10)(5), entre uma sentença indicativa simples e um "comando". Isto é, entre uma sentença

indicativa, usada para dizer "como algo acontece", e uma sentença imperativa usada para dizer a alguém que "faça algo acontecer" (60).

A investigação da coerência lógica das decisões opera no sentido de sua estabilidade, que, desejável no universo moral, reveste-se, no campo do direito, do caráter premente da demanda por segurança jurídica, por sindicabilidade das decisões judiciais e pela necessidade de prestação de contas (accountability) da atividade jurisdicional.

A previsibilidade dos juízos, no escopo pacificador da jurisdição, é fundamental à função estabilizadora de expectativas do direito, conforme assinalado por Habermas (61). A sindicabilidade permite o funcionamento adequado do sistema de revisão de decisões através das distintas instâncias do poder judiciário. A prestação de contas garante a transparência do poder judiciário.

Não se pode esquecer a função pedagógica das normas jurídicas em relação às condutas esperadas pela sociedade que as codifica. Essa função depende de sua previsibilidade. Assim, a decisão jurídica que aplica a norma deve levar em conta, de forma adequada, os fatos, o que permitirá sua universalização, em benefício da sua função pedagógica.

Um exemplo da aplicação no campo do direito da verificação de adequação do fato à previsão normativa está na técnica jurídica do *distinguishing* no sistema de precedentes jurisprudenciais. O *distinguishing* permite o afastamento do precedente quando houver uma distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma que informa o precedente, quer porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e os que serviram de base à formação do precedente, quer porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades do caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (62,63).

A análise lógica da linguagem empregada nas decisões jurídicas, segundo os princípios da prescritividade e da universalizabilidade, ao tempo que contribui para a racionalidade da argumentação empregada, ao fazer com que das premissas decorram conclusões coerentes, também colabora para o sentido de justiça como isonomia, na medida em que esta isonomia se correlaciona com a universalidade de aplicação enfatizada por Hare.

1.2 A CISÃO ENTRE OS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO

A proposta da cisão dos discursos de justificação e de aplicação parte do fato de que, embora todo princípio pressuponha uma situação de aplicação, nenhum princípio consegue conter em si todas e cada uma das situações de aplicação. A teoria de Klaus Günther ocupa-se desse fato e propõe uma forma de equacionar a aplicação dos princípios gerais e abstratos às situações específicas e concretas de aplicação. Sua tese é a de que não é possível abdicar da razão prática. Nesse particular se afastando da formulação habermasiana.

Crítérios e normas morais reivindicam uma validade que repousa nas razões que podem ser reconhecidas por qualquer pessoa implicada, isto é, que sejam capazes de receber concordância geral. Estas razões contém não apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação. A aplicação da norma emerge como um processo cognitivo em que razões desempenham um papel igualmente importante, embora diverso das invocadas para sustentar a validade da norma.

Em uma situação de aplicação essas razões relacionam-se com a opção por características relevantes da situação, que podem modificar aquelas que determinam a validade da norma. O exemplo clássico dessa situação, colhido da própria filosofia kantiana, é a alusiva ao dever de falar a verdade, quando esta verdade significa delatar um inocente a seus cruéis perseguidores.

O imperativo categórico é não mentir, em absoluto. A norma "não mentir" é capaz de obter facilmente um consenso, de modo a ser aceita por todos. Uma sociedade que expressamente valorizasse a mentira teria poucas chances de sobrevivência, em razão mesmo da impossibilidade de se estabelecer a comunicação entre seus membros. A dúvida corroeria rapidamente a convivência social.

A norma moral "não mentir" deve, portanto, ser reconhecida em sua correção e validade. Em si mesma, contudo, essa norma não traz qualquer informação sobre sua adequação. E haverá sempre uma variedade de fatos relevantes para os casos específicos de aplicação. Este não é um problema marginal da teoria moral.

Na maioria das situações de ação não sabemos quais são as afirmações verídicas em meio aos fatos e normas de ação que poderiam ser consideradas válidas. O problema da

escolha dos fatos relevantes para a ação implica cuidado na consideração dos fatos, sensibilidade às circunstâncias especiais e a percepção da forma de agir diante das situações especiais. E tudo isso compõe um julgamento racional moral.

Günther afirma que, tradicionalmente, entende-se que os atos de escolher as características relevantes da situação seriam também expressões do uso da faculdade de julgar. A consequência desse entendimento, entretanto, é não se conseguir determinar critérios racionais para o julgamento. Duas reações a esse problema de determinação de critérios racionais se contrapõem. Em cada uma delas a faculdade de julgar ocupa um lugar diferente na escala de valores.

1) Na tradição que remonta Aristóteles, a escolha das características relevantes da situação compõe a fundamentação de máximas corretas de atuação. Traduzida nas palavras de Klaus Günther: "Quem souber avaliar corretamente a situação, também agirá de forma moralmente correta e vice-versa" (p. x)(6).

Esta tradição pressupõe um modo de vida do qual o julgador participa, o que lhe permite compreender a situação de aplicação. Como se comportará e quais características serão consideradas relevantes dependerão do que considera bom, ou seja, de sua concepção de vida boa. Nesta concepção, a faculdade de julgar é compreendida como prudência (*phrónesis*, na designação aristotélica), que se aprende pelo ensaio de disposições (virtudes) corretas. Nessa concepção, precisa-se desistir de isolar a fundamentação de uma norma e de submetê-la a um exame isento quanto à sua correção. A consequência desse entendimento parece ser a fusão entre fundamentação e aplicação de normas morais na faculdade de julgar.

O problema com a utilização atual do conceito de prudência aristotélico, ainda segundo Günther, é que ele se despreendeu do campo semântico que abrangia. Com a autonomia da política, o conceito torna-se uma categoria do campo de atuação política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade.

Em razão dos conflitos crescentes de modos distintos de viver, não é mais possível solucionar conflitos morais por meio da integração em modos de vida comum. Torna-se, então, necessário abstrair a qualidade moral de uma norma do respectivo modo de vida no qual ou para o qual pudesse ser aplicada. Considerar a fundamentação da norma moral dependente do modo de vida implica a difícil tarefa de lidar com a relatividade dos diversos modos de vida.

2) Na tradição kantiana, as éticas universalistas levam, como conclusão lógica, à desvalorização e enfraquecimento moral dos modos de vida, passando a negligenciar a definição precisa da faculdade de julgar e o problema da aplicação para se dedicar a fundamentação das decisões com base na correção das normas morais. As éticas universalistas que ignoram a situação de aplicação acabam assumindo um rigorismo abstrato, obstinado e cego aos fatos, segundo o autor.

Avaliando as duas tradições, Günther pondera que a era moderna acelera a velocidade de mudanças de orientações de atuação a um ponto que não se perde apenas a percepção adequada das situações, como também a capacidade para construir uma concepção duradoura de vida boa. A *phrónesis* foi conceito ajustado na tradição aristotélica por, já então, se conhecer a experiência da contingência no âmbito prático da vida na polis. Porém, a experiência da contingência nas sociedades modernas ultrapassa qualquer medida do que possa ser conjuntamente controlado.

Teorias sistêmicas radicalizam a experiência da contingência, invertendo o questionamento: não se trata de saber como uma ação orientada por normas seria possível no contexto da contingência e da indefinição, mas, sim, sobre a condição mesmo de estruturas sociais serem possíveis com base na própria contingência e indefinição. No momento em que se assume o ponto de vista da contingência e indefinição, o problema se desloca da dimensão da aplicação de normas para a da observação e de formação de reprodução de sistemas (64).

O reconhecimento de que nunca poderemos conhecer todos os aspectos relevantes de uma situação e tampouco teremos tempo suficiente para considerar todos os seus aspectos implica uma indefinição estrutural de situações de aplicação, na qual a única alternativa é empreender, mais uma vez, a racionalização do problema de aplicação a partir da perspectiva de pessoas que agem de forma moral.

Pressupor a impossibilidade de distinção entre fundamentação e aplicação tem como consequência deixar o problema da aplicação indeterminado ou ter a possibilidade de dizer algo a respeito do problema da aplicação, forçando-se, porém, nesse caso, a abandonar as reivindicações pertinentes a uma fundamentação racional de normas.

As tentativas de solução no interior da tradição aristotélica teriam dado provas de insuficiência por se referirem a normas morais, integrando-as na concepção de uma vida boa, a qual não mais resiste à pressão da contingência de situações de aplicação. Já teorias

sistêmicas resistem a essa pressão para, em seguida, absorverem-na a ponto de tornar supérflua a conexão do problema com uma atuação moral. Fica evidente que tais sugestões ou contornam problema ou resolvem-no às custas de elementos essenciais da justificação e aplicação de normas.

3) A alternativa, apresentada por Günther, é incluir uma terceira possibilidade ao problema da determinação do que seja a faculdade de julgar. Uma ética cognitivista dependerá de um procedimento capaz não apenas de avaliar boas razões para que as normas sejam de obrigatoriedade geral, mas também que se pronuncie sobre a aplicação de tais normas às situações concretas. O autor entende, então, imprescindível a distinção entre justificação e aplicação.

A justificação, vinculada à validade, expressa a universalidade do princípio moral em um sentido recíproco universal de imparcialidade. A norma de caráter geral a ser aplicada será considerada imparcial quando puder obter assentimento de todos e a conduta, por ela determinada, a concordância universal de todos os envolvidos. Em virtude da limitação do conhecimento dos participantes do discurso e do tempo finito para alcançá-la, a dimensão da justificação não pode prescindir da dimensão da aplicação.

A aplicação diz respeito à adequabilidade, a qual só determinável em face da situação concreta. É sempre a aplicação que determina se uma norma é adequada ou não. A adequação é avaliada mediante o exame de todas as características da situação concreta e das normas a ela aplicáveis. O discurso de aplicação se caracteriza pela tentativa de consideração de todas as características relevantes e de todas as normas aplicáveis. O que é alcançado mediante o conceito de coerência, expresso na busca de um sentido de imparcialidade à aplicação. "A aplicação será imparcial quando coerentemente realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso" (p. 6)(65).

Para mostrar a possibilidade teórica da solução racional da questão colocada, Günther visualiza a necessidade de empreender dois passos metodológicos: primeiramente, para mostrar que uma distinção entre fundamentação e aplicação de normas morais é possível e faz sentido, recorre à Ética do Discurso, beneficiando-se, assim, da formulação clara de uma ética cognitivista, na qual a validade de normas morais depende da qualidade da fundamentação. Em um segundo momento, enfrenta as objeções de que essa distinção faça sentido em si. Se for bem sucedida a distinção e delimitação da fundamentação e da aplicação, ainda restaria, é claro, a tarefa de explicitar os critérios racionais para a aplicação das normas.

Foge ao escopo desta tese descrever a tarefa empreendida por Günther nas duas primeiras partes de sua obra, onde recorre às formulações da Ética do Discurso para extrair uma versão fraca do princípio de universalização nela proposto (primeira parte), passando para o problema da aplicação de normas no desenvolvimento da consciência moral, a partir das contribuições de Durkheim, sobre a aplicação livre de normas indeterminadas como resultado do processo social de racionalização; de Mead, sobre o esboço de uma ética universalista como método de formação construtiva de hipóteses adequadas; de Piaget e Kohlberg, sobre a diferenciação entre fundamentação e aplicação no estágio pós-convencional da consciência moral (segunda parte).

Nos fixaremos um pouco mais detidamente, na próxima seção, na terceira e quarta parte de sua obra, onde trata, respectivamente, das argumentações de adequação na moral e no direito.

1.3 O DISCURSO DE APLICAÇÃO NA MORAL E NO DIREITO

A distinção entre as tarefas de justificação (em tese, mais relacionada com a moralidade) e de aplicação (em tese, mais relacionada com a juridicidade) visa oferecer critérios racionais tanto para a constituição da normatividade, quanto para o desdobramento da universalidade da mesma em situações especiais. Na proposta de Günther, em uma primeira aproximação, caberia às normas morais a tarefa de justificação, por representarem a generalização das pretensões assumidas, e caberia às normas jurídicas a missão de concretização, visando superação da dicotomia entre fato e norma, ou entre facticidade e validade, segundo a expressão habermasiana (61).

Entretanto, diversamente da racionalidade comunicativa *a posteriori* de Habermas, que prescinde da normatividade moral ou de qualquer estrutura prescritiva *a priori*, Günther deduz diretamente das normas morais a racionalidade das normas jurídicas. Para Günther, entre a justificação e a aplicação situa-se a especificidade da moral e do direito. Assim, à moral, por meio da generalização da pretensão de aceitabilidade, cabe a fundamentação das normas de conduta; enquanto ao direito, através da aplicação, cabe a tarefa de dar efetividade aos padrões de conduta normatizados.

Assim, Günther se funda em uma dependência normativa do direito em relação à moral, diversamente de Habermas que pressupõe um paralelismo, uma relação de co-originariedade normativa e de complementaridade funcional entre direito e moral.

A proposta de Günther vincula-se à prescritividade decorrente da razão prática, adaptando-a, porém, à reviravolta linguístico-pragmática, movimento na filosofia analítica que coloca a linguagem como o objeto do estudo filosófico. Um passo fundamental desse movimento é a reviravolta linguístico-pragmática, que corresponde à segunda fase da filosofia de Wittgenstein. Nela se propõe a superação da semântica tradicional e do realismo linguístico para reconhecer que a determinação dos sentido das expressões se dá no uso social que é feito delas. Trata-se do que o filósofo denomina "jogos de linguagem". Assim, a construção dos significados se dá na práxis comunicativa interpessoal (66). Maria Clara Dias (67) faz uma análise do argumento kantiano e do argumento da linguagem privada de Wittgenstein para ressaltar as ressonâncias entre ambos os pensamentos.

Günther busca, dessa forma, transcender, através da Ética do Discurso, o caráter monológico da determinação de condutas que encontramos em Aristóteles e Kant. O agir moral deixa de ser uma escolha racional do sujeito singular, que acata a generalização promovida pelo raciocínio moral, para transformar-se em regra de argumentação em discursos práticos (65).

Tanto o discurso de fundamentação quanto o de aplicação exigem critérios de imparcialidade, ainda que diversos. Paralelamente ao sentido universal recíproco, temos o sentido aplicativo da imparcialidade, que envolve a consideração adequada de todos os sinais característicos da situação concreta.

Numa primeira análise de aplicação da norma moral, ela só é adequada se compatível com todos os outros aspectos normativos da situação. Ao considerar todas as normas aplicáveis, é comum aparecer o problema da colisão de normas. A ponderação é uma forma de resolução dessa colisão que, por sua vez, exige critérios para estabelecer qual a relação e importância relativa entre normas colidentes e definir qual aplicável à situação.

Na análise do discurso de adequação na moral, Günther vai tratar, em um primeiro momento, da colisão de normas; depois, da adequação como procedimento experimental e processo moral de aprendizagem, para então derivar alguns elementos de uma lógica da

argumentação de adequação na moral, que deve abordar a "descrição completa da situação" e a "coerência das normas".

Para a discussão da solução de colisão de normas, Günther recorre à consideração de normas *prima facie*, as que valem de acordo com uma suposição genérica, de normas definitivas, aquelas que valeriam de modo absoluto ou definitivo, na formulação de Alexy (57), que as distingue, entretanto, pela estrutura, separando-as em princípios e regras.

Para Alexy, os princípios podem ser restringidos por regras ou por outros princípios, em colisão. As regras, em caso de colisão, precisam ser marcadas com uma cláusula de exceção ou vão requerer uma decisão a respeito de qual regra valerá. Princípios, em Alexy, são mandatos de otimização, seguem valendo nas situações de colisão, que se resolve pela ponderação dos valores relativos dos princípios em colisão em face da situação concreta, ou pela incidência de regras que o restringem. Regras, por serem definitivas, são normas que só podem ser cumpridas ou não, serem aplicadas ou não.

Günther, se apoiando em John Searle (68), sugere que a distinção de "normas *prima facie*" e "normas definitivas" não se encerra unicamente em sua estrutura ou morfologia, mas em sua aplicação às situações concretas. Nelas, a apreciação imparcial de normas demanda a consideração de todos os sinais característicos. Nessa perspectiva, seria melhor reconstruir a distinção em termos do modo mais adequado de operação nas condições de conversação.

Assim a diferença consistiria em tratarmos uma norma como regra, à medida que a aplicarmos sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou, como princípio, à medida que a aplicarmos mediante o exame de todas as circunstâncias em determinada situação. Na aplicação da regra, as restrições institucionais e ponderações de adequação ficam excluídas, enquanto que no caso da aplicação de princípios as mesmas são admitidas. Para excluir as ponderações de adequação e manter o princípio da imparcialidade na aplicação, essa exclusão precisa ser justificada.

A solução da colisão de normas em Alexy, que se ocupa mais da perspectiva jurídica, implica: a) distinção estrutural (morfológica) entre princípios e normas; b) a preferência pelos valores expressos nos princípios; c) com a validade colocada na legislação e a adequação colocada na jurisdição.

Já a solução da colisão de normas em Günther, que se ocupa, além da perspectiva jurídica, também da perspectiva moral, implica: a) análise da coerência entre as normas

colidentes e todos os aspectos situacionais relevantes; b) a distinção discursiva entre normas, por sua validade (como normas *prima facie*) e por sua adequação (como normas definitivas); c) nesta solução, a validade é diferente de adequação, embora sejam ideias complementares.

Para tratar da fundamentação de normas morais como um "um tipo de processo de pesquisa", Günther recorre a Hare (69), que descreve um procedimento em dois estágios, por meio do qual se poderia construir e fundamentar normas adequadas e, ao mesmo tempo, semanticamente universalizáveis. Estes dois estágios são: o pensamento intuitivo (*intuitive thinking*) e o pensamento crítico (*critical thinking*) (p.9)(5).

Hare considera que a única forma de resolver o problema de princípios demasiadamente simples e gerais para uma aplicação universal imediata é reconhecer que o pensar moral se dá em dois níveis: o "nível intuitivo" e o "nível crítico".

O nível intuitivo é utilizado no pensar moral cotidiano, onde princípios são aplicados sem muita reflexão, funcionando na maior parte dos problemas morais cotidianos, poupando o tempo e evitando que uma longa elucubração distorça a avaliação moral para abrigar interesses próprios. Casos excepcionais, entretanto, implicam o conflito entre princípios gerais e exigem um nível de raciocínio mais alto, o nível crítico, onde as convicções morais comuns são questionadas.

As convicções morais comuns dão respostas corretas no nível intuitivo, mas não são confiáveis no nível crítico. Não considerar este último nível é, na visão do autor, o problema das teorias intuicionistas. Hare conclui que somente uma teoria em dois níveis poderia dar conta desses casos excepcionais e, ao mesmo tempo, preservar as convicções morais ordinárias (5).

Günther compara a descrição que Hare faz do nível intuitivo com a caracterização das primeiras linhas em argumentações de adequação:

"Uma vez que qualquer situação nova será, de alguma forma, distinta em relação a qualquer situação anterior, a questão que surge de imediato será se as diferenças são relevantes para a apreciação, moral ou outra, dessa nova situação." (p. 210) (6).

Quando perguntamos se, nessa situação, os princípios aplicados são os corretos ou se outros teriam sido mais adequados, já estamos nos movimentando para o estágio do

pensamento crítico. Este estágio não se situa no mesmo lugar das nossas intuições morais originais, mas as pressupõe.

As colisões situam-se apenas na fase intuitiva, como resultado de uma adequação insuficiente dos princípios intuitivos. O pensamento crítico, no segundo estágio, permite que se encontre uma norma específica e adequada, em alto grau, à situação e que seja passível de ser universalizada (semanticamente) à medida que for comparada com outras situações semelhantes.

A comparação de situações é especialmente relevante se verificada por meio da alternância de papel entre os participantes do juízo. Se o potencial de universalização consistir em que o agente se coloque no lugar do afetado e reflita, a partir da sua perspectiva, considere que poderia aceitar o princípio proposto e as consequências da ação pretendida na respectiva situação, ou se elas se tornarão prioritariamente relevantes para as necessidades e preferências do outro.

Günther desenvolve ainda a discussão sobre a completude da descrição da situação de aplicação. Trata-se da questão de: "por que se basear nesses dados e não em outros?". O que envolve a questão da veracidade dos fatos, ou da concordância dos participantes da argumentação em relação aos fatos do mundo externo, interno e social, ao qual as razões alegadas se referem, além da justeza da descrição dos dados contida na norma com a descrição situacional concreta, o que corresponde à técnica jurídica do *distinguishing* (62).

Diferentes variantes de significado do termo da norma poderão negar a afirmação de relevância de um sinal característico situacional em vista de outros sinais característicos situacionais, ou poderão confirmá-la ou vinculá-la a outros sinais característicos. O esgotamento das possibilidades de significado se situa, nesse caso, de novo, sob a pergunta guia: "Por que estes dados e não outros?".

Estas questões podem ser traduzidas como a integralidade da descrição situacional. A descrição situacional não deverá apenas ser completa, no sentido de que os sinais característicos sejam descritos de tal modo que coincidam com os sinais característicos da norma. Além disso, deverão ser contempladas diversas variantes possíveis e diversos graus altamente genéricos na descrição do mesmo sinal característico situacional, para se cumprir a exigência de uma descrição situacional completa.

Enquanto a validade depende da possível universalização da norma diante das evidências apresentadas para a sua observância geral, a adequação se orienta por ser a norma aplicável em todas as suas variantes de significados e em relação a todas as demais normas aplicáveis a uma descrição integral da situação.

Estamos, assim, sempre, diante de uma tarefa construtiva em cada situação de aplicação. A coerência a ser buscada deve ser estabelecida em relação ao caso, o que não exclui a possibilidade de "paradigmas" que estabeleçam quais sinais característicos em uma situação são normativamente relevantes: "a razão prática disporá os elementos desses sinais, por um lado, sob o pleito de integralidade, e por outro, sob o pleito de validade [...] alteráveis pela crítica da validade de cada uma das normas, bem como pela sucessiva ampliação da descrição situacional" (Günther, 233).

Exceções empíricas, concepções de vida boa, normas válidas e descrições situacionais, mais ou menos padronizadas, são coerentemente vinculadas entre si e, a qualquer momento, podem ser modificados por discursos de fundamentação e de aplicação.

Günther pondera que o princípio (U) estabelece que a validade de normas depende de que as consequências e os efeitos colaterais de sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. O critério de validade pressupõe sua observância geral. O direito constitui uma relação entre os participantes virtuais do discurso, com a demanda mútua de observância efetiva das normas válidas.

Como a fundamentação moral de um direito sobre a imposição de normas válidas não significa a garantia de uma observância genérica efetiva, a validade factual do princípio da reciprocidade é obtida por procedimentos que fixam normas jurídicas positivadas que serão imparcialmente aplicadas por um juízo orientado pelas circunstâncias do caso presente e que só podem ser impostas mediante esse processo decisório.

Normas jurídicas gerais e singulares precisam derivar de discursos capazes de serem concluídos por meio de uma decisão que, diferentemente do discurso prático, estão sob condições de exiguidade de tempo e conhecimento incompleto. Diante da falta de efetividade empírica de boas razões e da precariedade de decisões de conflitos de ação sob condições de exiguidade de tempo e conhecimento incompleto, sobreleva-se no direito sua função de estabilização da expectativa geral e, nessa perspectiva, as argumentações de adequação

somente possuem o valor de contribuir com recursos retóricos para se lograr a imposição de decisões.

Como acabamos de ver, a discussão da cisão entre discursos de fundamentação e de aplicação é marcada pela busca da conciliação e do equilíbrio entre princípios, normas, objetivos e valores universais, com os aspectos circunstanciais e contingenciais da aplicação aos quais se destinam.

Esta necessidade de conciliação e equilíbrio será abordada no próximo capítulo, ao tratarmos do princípio da equidade em sua aplicação ao tema da saúde humana. O princípio da equidade será analisado em relação à demanda de fundamentação de sua universalidade e em relação às demandas de fundamentação de sua aplicação em face das circunstâncias factuais, concretas e específicas, sobre as quais deve incidir. Esta demanda específica de conciliação e equilíbrio será analisada à luz da reflexão bioética e dentro do marco teórico da abordagem da capacidade.

2 A BIOÉTICA E A ABORDAGEM DA CAPACIDADE: O CONCEITO DE SAÚDE COMO FUNCIONAMENTO E CAPACIDADE

O objetivo do presente capítulo, ao discutir o conceito de saúde como funcionamento e capacidade, é o de evidenciar a aptidão da abordagem da capacidade para a veiculação de conteúdos éticos e bioéticos, o que a converte em um instrumento adequado para a reflexão do tema da equidade em saúde e da justiça sanitária.

A justiça sanitária pode ser definida, a partir dessa abordagem, como a busca de uma distribuição equitativa da capacidade individual e coletiva de estar e permanecer sadio, de recuperar a saúde e de gozar de uma qualidade de vida condizente com as exigências da dignidade da pessoa humana.

O marco teórico da capacidade, na forma expressa pelo pensamento de Amartya Sen, recebeu dois aportes teóricos importantes para o sentido e o objetivo em que ela será utilizada nesta tese para a conformação de uma justiça sanitária a partir da promoção de funcionamentos e capacidades férteis e da supressão de desvantagens corrosivas.

O primeiro deles, por Martha Nussbaum, consiste na construção de um elenco de capacidades centrais fundadas na dignidade do ser humano, acrescentando um conteúdo prescritivo ao conteúdo marcadamente descritivo da abordagem, na formulação de Sen. O segundo, por Sridhar Venkatapuram, consiste na conceituação da saúde como uma metacapacidade, enfatizando sua relevância para o conceito de justiça sanitária.

A partir desse arcabouço, desenvolve-se na doutrina uma série de críticas e reflexões, dentre as quais destacamos as formuladas por Maria Clara Dias e Jennifer Prah Ruger, em função, principalmente, do tensionamento e compromisso que estas autoras estabelecem entre a perspectiva dos funcionamentos e a perspectiva das capacidades, como foco das respectivas concepções de saúde e de justiça sanitária.

A abordagem da capacidade, como qualquer abordagem teórico sistemática, apresenta, ao lado de potencialidades, alguns limites. Entre os objetivos do presente capítulo também se insere o de promover uma análise das potencialidades e dos limites de sua aplicação ao tema da saúde humana.

Por fim, busca-se demonstrar a importância da reflexão bioética na construção de equacionamentos às tensões que emergem da aplicação da abordagem da capacidade ao tema da saúde humana e da justiça sanitária.

2.1 A ABORDAGEM DA CAPACIDADE

A abordagem da capacidade é concebida por Amartya Sen (13), na década de 80, dentro de seu esforço para mensurar o desenvolvimento humano e promover sua comparação entre nações, a partir de uma metodologia que tivesse sua centralidade no ser humano como indivíduo, em contraposição às abordagens, então predominantes, que consideravam, para o mesmo fim, exclusivamente os indicadores de matriz macroeconômica, valores totais e médios, tais como o produto interno bruto ou a renda per capita.

Cabe um parêntese de natureza terminológica para aclarar a origem e desenvolvimento da expressão "abordagem da capacidade". No inglês, o vocábulo "*capability*" possui significado mais restrito do que "*capacity*". *Capability*, do latim *capere*, corresponde a "*power or ability to do something*", tendo como sinônimos "*ability, skill, talent*"; enquanto *capacity*, do francês *caparasson* e do espanhol *caparazón*, embora possa designar a habilidade mental ou física de um indivíduo, tem significado mais amplo, referindo a quantidade máxima de algo ("*the maximum amount that something can contain or produce*") (p.99)(70).

Embora a expressão *capabilidade* tenha sido assimilada pelo português a partir de sua etimologia inglesa, podendo significar: "qualidade ou estado de capaz", "característica que pode ser usada ou desenvolvida" ou "capacidade de praticar uma ação por já se terem tomado todas as providências necessárias ao seu bom desempenho" (71). Utilizaremos nesta tese a expressão consagrada pela doutrina na tradução de "*capability approach*" como "abordagem da capacidade".

É preciso salientar ainda que Amartya Sen utiliza também a expressão "perspectiva da capacidade" (*capability perspective*) (p.19)(8), (p.76-94)(10), (p.7-10)(15), paralelamente à "abordagem da capacidade" (*capability approach*) (p.231-238) (8), (p.58,75-79,86)(10),

(p.42-54)(15). Prevaleceu, entretanto, esta última, especialmente na discussão teórica subsequente com os autores que analisaram e desenvolveram o pensamento de Sen.

Martha Nussbaum, como veremos mais adiante, utilizará a expressão no plural, "abordagem das capacidades" (*capabilities approach*) (p.4-15)(19),(p.18)(20), justificando-a como uma forma de enfatizar a ideia de pluralidade e irredutibilidade inerente ao conceito, segundo a autora.

A expressão de Sen é vertida para o português como "abordagem da capacidade", nas traduções de Ricardo Doninelli Mendes, em "A desigualdade reexaminada" (p.81,83)(16), e de Laura Teixeira Mota, em "Desenvolvimento como Liberdade" (p.77,96,100)(11). Mas também como "abordagem das capacidades", no plural, na tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, em "A ideia de Justiça" (p.265-269)(9).

2.1.1 Abordagem da Capacidade (Amartya Sen)

A abordagem da capacidade, muito em função do teor ético da teoria econômica de Sen (14), dirige-se ao problema da fome, pobreza e desigualdades regionais e vai se converter em uma das bases teóricas diretamente ligada ao debate das teorias da justiça, que tinham recebido novo e significativo impulso com a publicação em 1971 de "Uma Teoria da Justiça". Obra em que John Rawls (72) revê e reformula alguns aspectos do utilitarismo para introduzir critérios de equidade que contemplem o requisito, que entende fundamental para o desenvolvimento de qualquer sociedade, que é o compartilhamento por seus membros de uma mesma concepção de justiça.

A abordagem das capacidades de Sen é assumidamente tributária dessa teoria da justiça e se desenvolve a partir da constatação de que qualquer juízo de avaliação de equidade, empregado em uma teoria da justiça distributiva, sempre dependerá de uma base informacional responsável por determinar quais variáveis serão levadas em conta e de que forma serão combinadas para a conformação de um juízo equitativo.

Toda teoria de justiça, segundo Sen (38), possui um "espaço de avaliação" ("*evaluative space*"). A maioria das teorias de justiça podem ser analisadas em termos da informação usada em duas partes diferentes: "1) a seleção de traços pessoais relevantes, e 2) a

escolha de características combinatórias" (p. 127)(16). Em outras palavras: as teorias da justiça desenvolvem-se em um ambiente que previamente valora e destaca determinados traços, características ou atributos individuais como relevantes para a distribuição segundo algum padrão equitativo, igualmente dependente de valoração prévia.

Assim, para a forma clássica do utilitarismo, o traço relevante será uma utilidade, representada por alguma medida de prazer ou felicidade individual, e a característica combinatória utilizada será a soma total dessas utilidades entre todos os indivíduos considerados.

Outras teorias, derivadas ou não do utilitarismo, podem eleger outros traços relevantes e outras características combinatórias. Por exemplo: as liberdades e o que o autor denomina "bens primários" em uma ordenação lexicográfica dos princípios da liberdade e da diferença em Rawls (72); a titularidade dos direitos de propriedade, em Nozick (73) ou a igualdade de "recursos de oportunidade" em Dworkin (74,75).

Por outro lado, há teorias da justiça que assumem uma pluralidade de valores e, por consequência, uma pluralidade de traços relevantes a serem considerados com o objetivo de dar conta das diferenças inter e intra comunitárias. É o defendido, entre outros, por Walzer (76), no espectro das teorias comunitaristas de justiça.

Sen afirma que seria possível classificar os traços ou características individuais relevantes basicamente em: de resultado (utilidade, liberdade, direitos de propriedade) ou de oportunidade (bens primários, recursos de oportunidade) e conclui que quaisquer desses traços são na verdade insuficientes, pois uma teoria de justiça consistente deveria levar em conta algo que é posterior à mera posse dos bens ou recursos (oportunidades) e anterior à obtenção dos resultados correspondentes de bem estar (16).

Desta forma, a base informacional de uma boa teoria de justiça, segundo Sen, deveria ser sensível às capacidades (*capability*) e funcionamentos (*functionings*) que não apenas são distintos para diferentes indivíduos e sociedades, como também são distintamente valorados em cada indivíduo e em cada sociedade.

Para o autor, a questão da pobreza não pode ser bem compreendida apenas com dados de renda ou de acesso a bens primários, pois a pobreza está relacionada com uma gama heterogênea de falhas de oportunidade de acesso a diferentes tipos de funcionamentos e ao exercício de diferentes tipos de capacidades, que relacionam-se com a renda, mas não são

determinados exclusivamente por ela. São falhas que incidem sobre a própria capacidade individual de converter a renda em funcionamentos e, assim, permitir a ampliação das capacidades.

A abordagem da capacidade, ao contrário da abordagem utilitarista clássica, evita tomar, como foco na medida do desenvolvimento humano, agregados como o bem estar total ou bem estar médio das populações. Procura medir, pelo contrário, a capacidade individual como um fim, respeitando, inclusive, seus valores e suas opções. Em outras palavras, o utilitarismo utiliza os macro agregados para deduzir o dado sobre o bem estar individual, enquanto a abordagem das capacidades chega aos macro agregados a partir dos dados de capacidade individual.

Os conjuntos combinados de capacidades consideradas por Sen correspondem ao que denomina "liberdades substantivas", ou seja, oportunidades reais dos indivíduos promoverem seus objetivos de vida, a liberdade para determinar-se segundo suas próprias escolhas, adquirindo funcionamentos, exercendo capacidades. Trata-se, portanto, de um conceito bastante amplo e complexo de liberdade.

Trata-se da liberdade efetiva para, diante dos múltiplos e ilimitados estilos de vida, optar-se pelo arranjo de funcionamentos que se valoriza na realização do planejamento de vida. Não basta, para esse objetivo, a garantia formal da liberdade de acesso aos bens primários, sendo necessário considerar as características relevantes, intrínsecas e extrínsecas ao indivíduo, isto é, as habilidades e potencialidades pessoais em conjunto com as condições ambientais, sociais, econômicas e políticas, nas quais o indivíduo está imerso e que governam a conversão dos bens primários nos resultados almejados para se lograr o estilo de vida perseguido.

Aclarando os conceitos: o "funcionamento" representa um "*ser*" ou um "*fazer*" constitutivo da vida humana e que é considerado valioso, em si, para os planos de vida de uma pessoa. Vão dos mais simples, como conquistar um estado adequado de nutrição e de saúde, aos mais complexos, tais como: alfabetizar-se, desenvolver-se intelectualmente, inserir-se autonomamente no mercado de trabalho, conquistar o autorrespeito, integrar-se à vida em uma sociedade, exercer direitos políticos, etc. Os funcionamentos podem ser pensados em termos de "vetor de funcionamento", isto é, o conjunto das unidades de "ser" e "fazer" que revela o estado atual da pessoa ou um estilo de vida possível e desejado.

A "capacidade" representa a oportunidade de escolher e realizar concretamente uma unidade de "ser" e/ou "fazer", isto é, um funcionamento ou um vetor de funcionamento, valorizado em razão de um projeto de vida. As capacidades também podem ser pensadas em termos do "conjunto capacitório" necessário para o indivíduo atingir um determinado "vetor de funcionamento", conforme seu projeto de vida. A capacidade, portanto, representa um tipo de liberdade, a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos e assim lograr os distintos estilos que compõem um projeto de vida.

Importante, neste ponto, ressaltar a distinção entre os valores relativos da liberdade e da igualdade em Rawls e Sen. A organização dos princípios estruturantes na teoria da justiça de Rawls (72) estabelece uma hierarquia entre os valores da liberdade e da equidade, subordinando esta à consecução daquela. Já em Sen a liberdade é uma das variáveis sensíveis à distribuição equitativa. Liberdade e igualdade são valores que não se contrapõem em sua abordagem, pelo contrário fundem-se em um mesmo conceito, o de capacidade como liberdade substantiva. A liberdade, assim qualificada, pressupõe a igualdade de condições para sua efetiva realização.

Posta a relevância instrumental da abordagem das capacidades para a discussão da justiça distributiva, Sen esclarece que ela não deve ser confundida com uma teoria de justiça.

Embora Sen coloque a capacidade como o fato central da vida humana e confira, de forma muito mais acentuada do que a teoria rawlsiana, um papel central à consideração da igualdade na discussão da justiça, não se deriva daí a consequência de que uma teoria da justiça possa resumir-se à igualação de capacidades. Em "A Ideia de Justiça" (9), o autor apresenta quatro razões principais pelas quais não seria adequado formular juízos equitativos meramente em termos da igualdade de capacidades:

1) a capacidade é apenas um aspecto da liberdade, relevante para a consideração de oportunidades substantivas, mas que não consegue dar conta adequadamente da equidade envolvida em processos relevantes para a ideia de justiça. O autor exemplifica com a maior longevidade das mulheres em relação aos homens, uma abordagem estrita da capacidade para lograr uma vida longa poderia sugerir a compensação com cuidados relativamente maiores para os homens, o que violaria flagrantemente a ideia de justiça. Em síntese: o objeto de um processo justo e de um acordo justo vai além da comparação das vantagens gerais do indivíduo e abrange outras considerações, em especial as processuais. A crítica de Sen se

dirige a qualquer visão unidimensional ou unifocal da igualdade, incluindo a visão unifocal centrada nas capacidades.

2) apesar da defesa de sua importância para avaliar e comparar as liberdades e capacidades pessoais, implícita na abordagem das capacidades, os juízos distributivos podem envolver outras exigências além da igualdade de liberdade geral, tais como a ponderação do esforço, do trabalho e da utilidade. O autor exemplifica com a decisão de uma hipotética disputa entre três crianças pela posse de uma flauta: uma que é a única que sabe tocá-la; outra que por ser pobre, não possui outro brinquedo; e a terceira que trabalhou longa e zelosamente para fabricar a flauta. A decisão poderá seguir três linhas de argumentação, pelas quais se inclinariam diferencialmente um juiz utilitarista, igualitarista econômico ou libertário pragmático. O primeiro juiz privilegiaria a utilidade, entregando a flauta à primeira criança, a única que sabe toca-la. O segundo juiz privilegiaria a igualdade de distribuição dos brinquedos, entregando a flauta a segunda criança que não possui nenhum. O terceiro juiz privilegiaria o trabalho empreendido pela terceira criança, recompensando-a com a entrega da flauta.

3) a capacidade em si pode ser definida de diferentes maneiras, que incluem a distinção entre liberdade para o bem-estar e liberdade de agência. Embora ordenações parciais de capacidades possam ser úteis em alguns casos, o ranking das capacidades não precisa gerar um ordenação completa, em razão principalmente das variações razoáveis e ambiguidades inevitáveis na escolha de pesos relativos aos diferentes tipos de funcionamentos e de capacidades, o que não indica que seja inútil atentar para a redução das desigualdades de capacidades. A questão recai na atenção aos limites do alcance da igualdade de capacidade como parte das exigências de justiça.

4) por fim, a igualdade não é, em si mesma, o único valor nem o único tema que uma teoria da justiça deva considerar. Por exemplo: à semelhança do proposto na teoria rawlsiana, os ganhos de eficiência ou o aumento das capacidades para todos, ainda que sem incremento do ganho distributivo, pode constituir um objetivo legítimo para uma teoria da justiça.

As quatro considerações acima, em síntese, explicitam a impossibilidade de se elaborar um conjunto cerrado e ordenado de capacidades a serem igualadas, ou seja, a impossibilidade de reduzir a igualdade a um único espaço, mesmo o das capacidades, sendo necessário, ademais, considerar a equidade na dinâmica dos processos e não meramente a igualdade estática na comparação de capacidades. Nenhuma dessas considerações, entretanto,

retira a importância que a abordagem das capacidades detém para os juízos de equidade ou, mais amplamente, para a própria ideia de justiça distributiva.

Em síntese: embora tenha sido concebida para mensurar o desenvolvimento humano de forma a dar conta das situações de fome, pobreza e desigualdade social e, portanto, da questão da distribuição da riqueza, a abordagem das capacidades, segundo o próprio Sen, não equivale a uma teoria da justiça. Não obstante, pode oferecer elementos de avaliação úteis para a maior parte das teorias da justiça. Para conformar uma completa teoria da justiça, de acordo com o próprio Sen, seria necessário agregar à abordagem das capacidades outros instrumentais teóricos.

Uma tentativa importante nesse sentido é a de Martha Nussbaum (19,20), que promove a aproximação entre a abordagem das capacidades e a teoria dos direitos humanos, para oferecer um rol de capacidades centrais, visando compor um elenco mínimo de capacidades apto a garantir minimamente a possibilidade da vida humana digna, ou, em suas palavras, da "vida que merece ser vivida". É o que abordaremos a seguir.

2.1.2 Capacidades Centrais (Martha Nussbaum)

A abordagem da capacidade de Sen (11,16), conforme assinalado por Nussbaum (20), enfatiza a ideia de pluralidade e de irreducibilidade dos elementos que se deve ter em consideração para a definição de qualidade de vida e de desenvolvimento humano, tais como: saúde, integridade corporal, bem estar emocional, educação, capacidade laboral, capacidade de participação política, etc. São plurais, porque dizem respeito a diferentes dimensões da vida humana. São irreducíveis porque não podem ser resumidos ou reduzidos a uma única expressão, sem que haja desfiguração e perda de significado de cada um desses elementos.

Essa pluralidade é da essência da abordagem das capacidades, uma vez que a noção de capacidade toma cada pessoa com um fim, focando a liberdade individual de escolha e autodeterminação. A capacidade é sinônimo de "liberdade substantiva", devendo, por consequência, ser pluralista quanto aos valores que abriga. Esta pluralidade, entretanto, de acordo com Nussbaum, comporta a classificação, ou mais especificamente, a enumeração, de

um núcleo de capacidades centrais que permita dar consequência à preocupação com a injustiça social e a desigualdade, inerente à abordagem das capacidades.

Para dar conta da questão da desigualdade e da injustiça social, como o próprio Sen deixa explícito, é necessário agregar à noção de capacidade noções externas a ela, que Martha Nussbaum vai buscar na noção de "dignidade humana" (*human dignity*) e de "vida que vale a pena ser vivida" (*life worthy*), isto é, de uma vida que não seja meramente instrumental, um meio para atingir fins, senão que ela seja um fim em si mesma.

A pergunta que formula é: quais são as capacidades cujas áreas de liberdade são tão centrais que a remoção resultaria em uma vida não digna, uma vida que já não valha a pena ser vivida.

Dessa forma, Martha Nussbaum identifica dez capacidades que considera implícitas na ideia de vida humana digna. São as capacidades que toda ordem política legítima deveria assegurar, em um patamar mínimo, a todos os cidadãos. Nussbaum as descreve nos seguintes termos:

"1. vida. Ser capaz de viver até o fim uma vida de duração normal; não morrendo prematuramente ou antes de que a vida já esteja reduzida ao ponto de não valer mais a pena; 2. Saúde Corporal. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo saúde reprodutiva; ser adequadamente nutrido e ter abrigo adequado; 3. Integridade Corporal. Ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro; estar seguro contra a violência e a agressão, incluindo a agressão sexual e a violência doméstica; ter oportunidades de satisfação sexual; ter escolha em questões de reprodução; 4. Sentidos, imaginação e pensamento. Ser capaz de usar os sentidos, imaginar, pensar e raciocinar; exercitando essas faculdades de um modo "verdadeiramente humano", informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, mas não se limitando, a alfabetização e formação matemática e científica básica. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com a experiência e a produção de obras e eventos de sua própria escolha, religiosos, literários, musicais e assim por diante. Ter as aptidões mentais protegidas por garantias de liberdade de expressão no discurso político e artístico e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter prazer e experiências e para evitar a dor não-benéfica; 5. Emoções. Ser capaz de ter apegos a coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e nos cuidam, lamentar a sua ausência; em geral, amar, chorar, sentir saudade, gratidão e raiva justificada. Não ter o

desenvolvimento emocional arruinado pelo medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que se mostrem cruciais para o seu desenvolvimento.); 6. Razão Prática. Ser capaz de formar uma concepção do bem e de se engajar na crítica e reflexão sobre o planejamento da vida. (Isso implica proteção para a liberdade de consciência e de observância religiosa); 7. Afiliação. A. Ser capaz de viver com e para com os outros, reconhecer e demonstrar preocupação com outros seres humanos de forma a se envolver nas várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e que protegem a liberdade de reunião e de expressão política;); B. Ter as bases sociais de auto-respeito e de não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isto implica disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, nacionalidade; 8. Outras Espécies. Ser capaz de viver com consideração e em relação com os animais, as plantas e a natureza; 9. Lazer. Ser capaz de rir, brincar, desfrutar de atividades recreativas; 10. Controle sobre o ambiente. A. Político. Ser capaz de participar efetivamente de escolhas políticas que governam a vida da pessoas; ter o direito de participação política, proteções da liberdade de expressão e de associação; B. Material. Ser capaz de deter a propriedade (tanto da terra quanto de bens móveis), e ter os direitos de propriedade de busca de emprego em igualdade de condições com os demais; ter proteção contra buscas e apreensões injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercitando a razão prática e entrando em relações efetivas de reconhecimento mútuo com outros trabalhadores." (p.33-34)(20).

É um núcleo limitado, embora flexível, de capacidades. É necessário que seja limitado para que adquira a característica acima referida: ser essencial à noção de dignidade humana e de vida que vale ser vivida, justificando, portanto, uma proteção especial para a consecução da justiça social. Contrapondo-se à uma infinidade de outras capacidades, que, não se revestindo desse caráter de essencialidade, possuem um caráter eletivo e podem ser deixadas para o processo político ordinário, dentro da concepção de liberalismo político que compõe o modelo de Nussbaum.

O elenco e o conteúdo de cada um de seus itens, de acordo com a autora, exigem contínua revisão, uma vez que resultam da construção histórica da noção de dignidade humana, em permanente mutação. A própria autora exemplifica com o fato de, por muito

tempo, e certamente ainda em muitos lugares, a liberdade para a recusa do intercuro sexual com o marido não estava contemplada no conteúdo das liberdades substantivas que conformam a capacidade central de manutenção da integridade corporal da mulher. Há, assim, um evidente caráter evolutivo na compreensão dos elementos pressupostos na assunção da vida humana como uma vida digna.

A pluralidade e irredutibilidade das capacidades centrais oferece a vantagem de que dificilmente estas serão atacadas, todas, de uma única vez, em seu conjunto e, ainda quando hajam restrições a algumas das capacidades da lista, outras podem estar habilitadas, podendo ser exercitadas e se constituírem em um ponto de partida para se acessar as que se encontram cerceadas.

Somando-se às características da pluralidade e da irredutibilidade, outro aspecto fundamental a ser sublinhado nas capacidades centrais é o de sua interdependência. Isto é, podemos imaginá-las interconectadas como em uma rede, onde cada capacidade se relaciona com as outras, estão inter-relacionadas e são interdependentes. A impossibilidade de exercitar uma capacidade implica frequentemente na restrição no acesso à outras. Assim, a interdição ao lazer e ao tempo livre, por exemplo, em razão da dupla jornada de trabalho das mulheres, vai significar dificuldade ou restrição ao exercício da imaginação, pensamento, filiação, oportunidade de emprego e de participação política, etc. Contrário senso, determinados funcionamentos ou capacidades tendem a promover outras capacidades.

Esta possibilidade de determinadas capacidades e funcionamentos a ela referidos poderem exercer papel deletério ou benéfico sobre o desenvolvimento de outros funcionamentos e capacidades foi estudada por Wolff and De-Shalit (77), que formulam os conceitos de "desvantagem corrosiva" (*corrosive disadvantage*), para referir respectivamente ao tipo de desvantagem que tem efeitos negativos sobre outros funcionamentos; e de "funcionamentos férteis" (*fertile functioning*), para referir funcionamentos ou suas condições prévias que propagam seus efeitos benéficos, seja diretamente, produzindo ou incrementando novos funcionamentos, seja indiretamente, reduzindo o risco a outros funcionamentos.

A identificação tanto de desvantagens corrosivas como de funcionamentos férteis é estratégica para deteminação de pontos para uma melhor intervenção de políticas públicas, no sentido de reduzir riscos e danos e de ampliar oportunidades de propagação para funcionamentos e capacidades e talvez nesse sentido estratégico, se possa estabelecer

prioridades à determinados funcionamentos e capacidades, em termos de políticas públicas, a fim de, por exemplo, aplicar de forma mais eficiente os recursos que sempre são escassos.

Nussbaum destaca duas capacidades centrais por seu caráter "arquitetônico", isto é, pela forma como estão presente nas demais: a capacidade de exercitar a razão prática e a de afiliação.

Em relação à razão prática, exemplifica com o caso de uma pessoa que, ainda quando esteja sendo adequadamente nutrida e, nesse sentido, satisfazendo um dos funcionamentos requeridos, não tem acesso à razão prática para o planejamento de sua própria nutrição e saúde e, portanto, não estará exercendo plenamente a capacidade de manter-se saudável. Na verdade, tal pessoa vai estar sendo cuidada, quase da mesma forma que uma criança ou pessoa incapaz. Não estará exercitando, portanto, a agência pressuposta em quaisquer das capacidades centrais. O respeito à capacidade individual de exercitar a razão prática na aquisição de funcionamentos e no exercício das demais capacidades revela a centralidade da liberdade de escolha inerente à noção de capacidade.

No que diz respeito à afiliação, ocorre algo semelhante quando se leva em consideração a dimensão do ser humano como ser social. O exercício autônomo das capacidades não significa, é claro, exercício isolado de capacidades. Não se pode conceber o exercício da capacidade de controle sobre o ambiente político e material sem o exercício da afiliação. A afiliação organiza aquelas capacidades viabilizando as deliberações no campo político e social, nos diferentes âmbitos em que elas se dão: familiar, laboral, agremiações políticas, nos grupos de defesa identitária ou de reivindicação de direitos, etc.

A consideração da interdependência entre as capacidades pode constituir-se, na verdade, em um dos critérios ou pontos de partida para a discussão tanto do elenco como um todo quanto do conteúdo de cada uma das capacidades centrais. Assim, importam as inter-relações, a forma como as diferentes capacidades centrais se consertam entre si para permitir a livre expansão das capacidades criativas que contribuem para uma vida humana não meramente instrumental e, sim, uma vida criativa, vivida com dignidade.

Não obstante a interdependência, é necessário se esclarecer que não cabe uma ordenação entre as capacidades centrais, sob quaisquer critérios que sejam, com o pretexto de solucionar as aparentes colisões entre as mesmas. Martha Nussbaum alerta que, em razão das condições sociais, eventualmente, pode parecer que duas ou mais capacidades estejam em

colisão. Por exemplo, a situação dos pais divididos entre manter os filhos na escola, ou, alternativamente, utilizar-se de seu trabalho, como única forma de se manterem todos vivos.

Nessas colisões, o que sempre teremos, na verdade, é uma "escolha trágica", na qual qualquer dos caminhos adotados significará fazer a coisa errada para alguém, ou seja, violar alguma condição indispensável para a vida digna. São situações para as quais, como já assinalava Amartya Sen, não cabem as análises econômicas padrão de custo e benefício, pois os custos envolvidos são aqueles que ninguém poderia ou deveria suportar em uma sociedade que seja inteiramente justa.

Nas condições em que há bloqueio ou impedimento a uma ou outra capacidade central, o resultado atual e fatal é o desrespeito à vida digna. Cabe então a pergunta: Como podemos trabalhar para que, no futuro, as condições de acesso e satisfação de todas as capacidades centrais estejam disponíveis? Essa discussão faz parte da que pretenda fixar um patamar razoável para as capacidades centrais definidas em abstrato. Na verdade, em termos concretos, a única maneira de promover avanços no desenvolvimento humano através do desenvolvimento das capacidades centrais é precisamente o seu contínuo tensionamento em direção a patamares cada vez mais avançados. A fixação desses patamares razoáveis estará sempre entre os limites da utopia e da timidez de ambição.

Como já se mencionou, a lista das capacidades centrais estão fixadas em abstrato e o conteúdo concreto terá que ser especificado no âmbito das comunidades concretas. A liberdade para essa especificação tem natureza semelhante a da liberdade pressuposta na própria ideia de exercício das capacidades, porém projetada para a sociedade política. Nussbaum considera sua fixação em patamares mínimos (*threshold*) no âmbito de cada nação e de seus sistemas constitucionais, em função de sua história, tradição e escolhas políticas e sociais, respeitados, entretanto, os níveis que são decorrência imediata do caráter universal da dignidade humana e dos direitos a ela referidos.

A assunção de patamares mínimos coloca, de toda forma, a questão da equidade referida para o tema das capacidades. Em algumas hipóteses, a demanda pela igualdade de capacidades é intuitiva, por exemplo, as capacidades relacionadas às liberdades civis clássicas, como o direito ao voto, à liberdade religiosa e à participação nas instituições políticas, para citar alguns exemplos. São situações em que a desigualdade nulifica a própria ideia de capacidade. Nussbaum sustenta, no que se refere a quaisquer dos direitos civis e

políticos, que uma distribuição desigual se constituirá sempre em um insulto à dignidade daqueles que não gozam da condição de igualdade com os demais.

O mesmo não ocorreria, segundo Nussbaum, no que se refere aos direitos de matriz econômica e social, dependentes de condições materiais para efetiva implementação. Cita o exemplo de moradia. A condição de respeito à dignidade humana estaria satisfeita, pelo patamar mínimo de adequação aos fins a que se destina, não exigindo a condição de igualdade de acesso a exatamente o mesmo tipo ou padrão de moradia.

Abrimos aqui um parêntese para o questionamento da distinção que Nussbaum faz entre direitos que dependem e que não dependem de condições materiais para sua efetiva implementação. Em sentido já mencionado, defendido por Holmes e Sunstein (47), tanto direitos civis e políticos quanto direitos sociais e econômicos dependem de recursos para serem implementados no âmbito do Estado. Para os autores, não é razoável afirmar que, para o respeito ao exercício de liberdades civis clássicas, baste a abstenção do Estado ou de terceiros. Para eles, o sistema de garantia das liberdades civis também implicam custos ao Estado.

Nussbaum ilustra a aplicação da abordagem das capacidades e das capacidades centrais em distintos problemas contemporâneos de natureza específica, entre outros, da desigualdade de gênero; das pessoas com deficiência; dos idosos e das pessoas que, por diferentes razões, necessitam de cuidados; da educação; das questões ambientais e das questões em torno dos direitos dos animais não racionais (20).

Para os objetivos desta tese, importa tratar da aplicação da abordagem nas questões referentes à saúde humana e como ela reflete na questão da equidade em saúde. Trata-se de discussão que irá repercutir nos limites da concepção da saúde, abrangendo a tensão entre o conceito biopsíquico e o conceito normativo de saúde; a interface da saúde com a qualidade de vida e demais direitos humanos; o valor dos funcionamentos em si e o valor da agência na consecução das capacidades em saúde. Esses aspectos serão abordados na próxima seção. Antes, porém, analisaremos algumas críticas feitas à abordagem da capacidade e às capacidades centrais em si.

A abordagem da capacidade e as capacidades centrais receberam aportes críticos importantes, alguns respondidos por Sen ou Nussbaum. Sumarizaremos abaixo alguns deles

valendo-nos das contribuições feitas por Bernard Williams (78), Alison Jaggar (79) e Ingrid Robeyns (80).

Os conteúdos dessa crítica dizem respeito: ao próprio conceito de capacidade e sua abrangência; sua justificação; a contraposição do conceito de capacidade ao conceito de necessidade; a validade de listas ou elencos de capacidades e a sua real universalidade, no que se refere às capacidades centrais de Nussbaum; o caráter individualista da abordagem da capacidade e sua sensibilidade para tratar de temas do interesses de grupos e da sociedade como um todo; assim como sua relação com estruturas, normas e instituições sociais.

2.1.3 A Crítica de Bernard Williams

Os comentários de Bernard Williams ocorrem dentro da *Tanner Lectures in Human Values* (17), onde Sen abordou o tema das imprecisões do conceito de "padrão de vida" (*standard of living*). Sen busca afastar do conceito a ideia de opulência, de riqueza e de utilidade no sentido de preferências subjetivas. Williams, por sua vez, aponta as imprecisões do próprio conceito de "padrão de vida", bem como do conceito de capacidade em Sen. Indica, entretanto, a possibilidade e a necessidade de melhor determinação de ambos.

Williams reconhece o esforço de Sen de separar as noções de "bem-estar econômico" (*economic welfare*), de "bem-estar total" (*total welfare*), de "padrão de vida" (*standard of living*) e de bem-estar (*well-being*). Identifica nesse esforço três ideias sobre interesses: 1) tudo que o agente tenha razão para favorecer ou promover, incluindo interesses dos outros ou da coletividade como um todo; 2) a primeira ideia, menos tudo que não for o interesse imediato do próprio do agente, que Williams associa ao conceito de "bem-estar" (*well-being*); 3) a segunda ideia, porém restrita aos seus aspectos econômicos, que Williams associa ao conceito de "padrão de vida" (*standard of living*).

Williams entende que, na maior parte do tempo, Sen está se referindo à segunda ideia e que a relevância prática do conceito de "*standard of living*" esteja em sua conexão com a ideia de ação pública. Isto é o "padrão de vida" remete à ordem de interesses que legitima a ação pública, a política de governo. A questão que se coloca, então, é a de identificar que tipo de interesse (grosseiramente, o interesse econômico) deveria ser levado em conta como

objetivo de uma política governamental e, por esse motivo, compor a ideia de "padrão de vida".

A conexão entre interesse e capacidade, que o agente pode possuir ou não, exige, ao menos, uma noção do que vai compor a ideia de capacidade. Sen relaciona capacidade com funcionamento, assumindo mais ou menos a ideia de que ter capacidade é poder fazer algo. Assim, a capacidade estaria para o funcionamento, da mesma forma como o possível está para o efetivo. Williams considera, entretanto, que a realidade é mais complexa do que essa relação faz supor inicialmente e aponta algumas questões que revelam esse fato.

Aponta, por exemplo, o fato que de "estar fazendo" pode não significar "estar exercendo uma capacidade". Ilustra esta afirmação com o caso hipotético de um país autoritário que concede a seus cidadãos férias em um resort, porém sempre o mesmo e autorizado resort, sem possibilidade de escolhas. Isto é, as férias devem ser gozadas obrigatoriamente no resort indicado, independentemente da vontade do cidadão. Williams questiona: estaria esse cidadão exercendo a capacidade de gozar férias? Ilustra também com outro exemplo, o de um demente que canta uma música incessantemente. Questiona: seu cantar seria a expressão de uma capacidade? E mais, estar cantando, nesse caso, poderia ser considerado um funcionamento?

Com base nessa exemplificação de como os funcionamentos e capacidades podem se dar de fato, e buscando entender o que conta e o que não conta como capacidade, Williams propõe quatro questões: 1) As capacidades implicam apenas a oportunidade ou, também, a liberdade para exercitá-la? concluindo que, pelo menos, algumas capacidades exigem as duas coisas 2) A segunda questão, relacionada à primeira, é se todas as capacidades implicam a oportunidade ou habilidade de escolher? ilustra com a expectativa de vida, que Sen parece interpretar como relevante para o padrão de vida em termos de capacidades. Embora o incremento da expectativa de vida tenha repercussão evidente tanto sobre o padrão de vida quanto sobre o nível de bem-estar, não é certo que conte como uma capacidade. Ironiza com a consideração de que, ter mais tempo de vida somente poderia implicar a capacidade de fazer cessá-la, pelo suicídio, como uma escolha. 3) aponta também para o risco da "trivialização" (*trivialisation*) e da confusão entre aumento das capacidades com incremento das "*commodities*". Exemplifica com a disponibilização de um novo sabão em pó (Bloppo). O produto seria apresentado como um incremento na capacidade para escolher entre sabões em pó, não se limitando às marcas anteriormente disponíveis. Quando na verdade a nova

"commodity" pode inclusive retirar capacidades, como a de escolher apenas entre as marcas anteriormente existentes. 4) dizendo respeito também entre a capacidade como aptidão ou habilidade para fazer algo, aqui e agora. Ilustra com a capacidade para respirar ar não poluído. Se pensado em termo de "commodities", ter essa capacidade para o habitante de Los Angeles, implica a possibilidade de sair e distanciar-se da cidade para um local de ar puro. Sendo que a capacidade poderia implicar a possibilidade de exercê-la aqui e agora.

Williams também pontua que ter a capacidade de fazer A e não B, como ações auto excludentes, implica a liberdade de escolher fazer A ou B. Realizado A, a impossibilidade de realizar B não significa redução da capacidade. Esse raciocínio suscita outros, como a questão dos custos envolvidos nas escolhas. Questiona se a possibilidade de exercitar capacidades caras com sacrifício de outras, em razão do custo de oportunidade, seria uma expressão da capacidade ?

Duas outras ponderações de Williams, em parte para equacionar os problemas acima levantados, é que: 1) seria mais conveniente tomar as capacidades como conjuntos corealizáveis de capacidades e não como capacidades isoladas entre si; 2) não todos os problemas apontados podem ser resolvidos apenas por referência a capacidades, em si mesmas, exigindo necessariamente a introdução da noção de direito.

Assim, a aparentemente inocente e descritiva noção de "padrão de vida" ou de "bem-estar" pode embutir ou esconder as considerações sobre bens sobre os quais acreditamos que as pessoas possuem direitos básicos. Por exemplo: o direito de respirar o ar puro aqui e agora. Tal direito não poderia ser moralmente aceito como matéria de escolha ou de assunção de capacidade, que a capacidade tomada como a expressão de uma liberdade substantiva poderia sugerir. Isso coloca limites aos tipos de capacidades que contam na relação entre capacidade, "bem-estar" ou "padrão de vida".

Uma outra questão colocada por Williams é sobre a origem dos limites referidos no parágrafo anterior e sobre como são determinados pela natureza ou pelas convenções. Ilustra com o caso hipotético construído por Adam Smith e apresentado pelo próprio Sen, do homem com camisa de linho, considerada indispensável pela convenção social de uma sociedade. Relaciona-se com a capacidade de "aparecer sem vergonha em público". Essa capacidade seria básica ou fundamental? A solução da questão hipotética remete para a universalidade dos fatos humanos e como estes podem ser representados pelas capacidades. Certas

capacidades são importantes para determinada sociedade porque naquela sociedade a compreensão cultural legítima ou enfatiza certas possibilidades.

Williams conclui que a noção de capacidade é, de fato, uma contribuição muito importante para refletir sobre as questões básicas dos interesses humanos e leva-nos muito além da perspectiva estreita de interesses econômicos ou de "padrão de vida" em sua acepção mais convencional. Contudo, há muitas questões importantes sobre a identificação do que pode ser entendido como "capacidade" e que não podem ser respondidas sem uma boa quantidade de teorização adicional.

Ressalve-se, na crítica de Williams acima referida, o seu caráter histórico. A *Tanner Lecture* (17) é de 1987. Parte da crítica foi respondida ou incorporada posteriormente por Sen, que em sua resposta, naquele momento, considerou que muito do problema de definir o que conta como capacidade, na verdade, seja menos uma questão de identificação e mais uma questão de avaliação das diferentes capacidades em si.

Em relação à parte da crítica incorporada, temos, por exemplo, o acolhimento da ideia de conjunto de capacidades e de funcionamentos como "n-tuplos", ou vetores, de capacidades, que já foi mencionado nesta tese como "conjunto capacitório" e como "vetor de funcionamento".

Sen acolheu também o argumento de que, em muitos casos, a capacidade para fazer algo deve implicar a possibilidade de fazer o oposto a esse algo, bem como o fato de que, em alguns casos, há uma assimetria natural, não cabendo insistir que dada capacidade particular só seja considerada efetiva se a possibilidade de fazer o oposto esteja presente. Em alguns casos isso não ocorrerá, o que não infirma a regra geral proposta por Sen.

2.1.4 A Crítica de Alison Jaggar

A crítica de Alison Jaggar (79) é dirigida à fundamentação das capacidades centrais em Nussbaum. Trata-se, na verdade, menos uma crítica à lista de capacidades centrais ou, mesmo, à possibilidade de tais listas e mais uma crítica à forma como Nussbaum as fundamenta. Esta fundamentação estaria repousada, embora não assumidamente, em sua própria autoridade moral, a despeito da pretensão universalista da proposta.

Para os objetivos da tese, nos fixaremos na parte inicial da crítica de Jaggar, que aponta para o que denomina um excesso de confiança de Nussbaum nas possibilidades de um "universalismo sem essencialismo" e de um "liberalismo sem colonialismo".

No primeiro aspecto, a concepção das capacidades centrais objetivaria ser tão universal quanto possível e apenas internamente ser essencialista, para reconhecer as funções mais importantes do ser humano como características centrais, comuns a toda a humanidade. Jaggar pontua que essa posição, em sua primeira formulação, é explícita e assumidamente essencialista, porque foi a única maneira que Nussbaum encontrou para resistir ao relativismo moral. A oposição ao relativismo moral é um tema central de seu trabalho, inclusive como forma de racionalizar as injustiças cometidas contra a mulher em culturas locais. A crítica de Jaggar aponta, entretanto, para a assunção por Nussbaum de valores ocidentais, ou ocidentais liberais, como se fossem valores universais.

Ainda segundo Jaggar, essa posição inicial é revista e mitigada em "*Women and Human Development: the capabilities approach*" (21). Nesta obra a autora já não postula a essencialidade nem a universalidade das capacidades no sentido de um ideal inter temporal de bem-estar. O universalismo do primeiro momento é substituído por um sentido fraco de universalidade restrito à oferta de um ideal para o mundo moderno. Nussbaum atenua a pretensão de universalidade das capacidades centrais, mas segue sendo otimista em relação à possibilidade de acordos futuros sobre as mesmas, fundada nos valores incorporados nas capacidades como uma intuição básica de dignidade humana, valor e agência, que os ocidentais associam a Kant, mas que possuiria uma larga ressonância intercultural. Em função dessa referência intercultural, a autora confia que a lista de capacidades centrais possa ser objeto de uma sobreposição de consensos entre grupos que podem possuir concepções distintas de bem.

Em relação à segunda assunção, de um "liberalismo sem colonialismo", Jaggar aponta, a partir das próprias palavras de Nussbaum, a inserção da tese das capacidades centrais no contexto do liberalismo político. Embora a abordagem da capacidade não priorize qualquer capacidade, incluindo a liberdade política, a abordagem das capacidades centrais possuiria um cunho liberal pelo lugar proeminente que reserva aos direitos e liberdades tradicionais. Este cunho liberal se revelaria também no caráter não agregativo das capacidades, ao tratar cada pessoa como um fim e fonte de agência por direito próprio.

Jaggar relata o esforço de Nussbaum para afastar a suspeita de estar impondo como universal uma visão liberal de bem, o que fragilizaria sua (alegada) oposição ao relativismo cultural. Nesse sentido, Nussbaum apontou para o fato de que: 1) as capacidades centrais podem ser realizadas de diferentes modos, de acordo com as predisposições individuais e as tradições locais; 2) elas se constituem em objetivos que cidadãos podem inclusive escolher não perseguir; 3) a ênfase que dá, entre as capacidades centrais, da liberdade e da razão prática como central à possibilidade de escolha; 4) elas oferecem apenas uma concepção política de vida boa; 5) as capacidades ofereceriam apenas o fundamento filosófico dos princípios constitucionais, cuja implementação é deixada "em grande parte" à nação em questão.

Jaggar reconhece na abordagem da capacidade uma contribuição original para várias questões filosóficas centrais, com enorme potencial para direcionar a atenção aos temas anteriormente negligenciados do desenvolvimento e da justiça global, especialmente no que se refere à correção das injustiças relacionadas à mulher.

No entanto, conclui que os argumentos de Nussbaum, expostos em "*Women and Human Development: the capabilities approach*" (21), falham em prover uma justificação convincente para uma lista de capacidades centrais. O que, embora seja um resultado significativo, não é um resultado definitivo em relação à possibilidade das capacidades centrais, uma vez que estas ainda podem encontrar uma melhor fundamentação. O desafio, segundo a autora, continua sendo descobrir formas de raciocinar filosoficamente, através de culturas e modos de pensar, que, embora universais, sejam inclusivos, respeitosos com a diferença e sensíveis à desigualdade.

2.1.5 A Crítica de Ingrid Robeyns

Uma revisão recente e, portanto, incorporando muitas das críticas anteriormente formuladas por outros autores, respondidas, refutadas ou acolhidas por Sen e Nussbaum, é apresentada de forma bastante sistemática por Ingrid Robeyns (80). A autora sumariza, na forma de perguntas, as críticas e debates em torno da aptidão da abordagem das capacidade para dar conta das questões do bem-estar, da liberdade e da justiça social.

Selecionamos, dentre as perguntas formuladas por Robeyns, cinco que consideramos centrais para os objetivos da tese. A autora questiona: 1) se tudo que é denominado capacidade é realmente capacidade; 2) se deveríamos assumir alguma lista de capacidades; 3) porque não utilizar a noção de necessidade, no lugar da noção de capacidade; 4) A abordagem da capacidade é individualista; 5) a abordagem da capacidade dá suficiente atenção aos grupos.

Na sequência, apresentaremos uma síntese das respostas da autora a essas questões.

1) se tudo que é denominado capacidade é realmente capacidade: a autora pontua que a imprecisão em relação ao que é e ao que não é capacidade deve-se muito ao caráter e à linguagem interdisciplinar da abordagem e frisa que nem tudo que é importante para o bem-estar deve ser denominado capacidade. Cita como exemplo a proposta de se definir o funcionamento ecológico-ambiental como uma metacapacidade, fazendo referência à proposta de Breina Holland (81), numa tentativa de colocar a proteção do ecossistema como uma condição crucial e insubstituível para a discussão das capacidades. Ocorre que embora o meio ambiente seja uma condição para o bem-estar, ele não é uma capacidade, uma vez que capacidades são oportunidades de ser e fazer, atribuíveis, portanto, ao sujeito moral, o que não é o caso do meio ambiente. A autora conclui que a pergunta reflete não uma crítica ao conceito de capacidade em si, mas, sim, uma crítica à forma pouco precisa em que o conceito é utilizado por diferentes autores.

2) se deveríamos assumir alguma lista de capacidades: também este questionamento pode ser equacionado menos com a afirmação ou negação da importância das listas de capacidades e mais com a distinção entre abordagem da capacidade e teorias da capacidade. Como já vimos, Sen concebe uma abordagem geral das capacidades para uma ampla gama de aplicações. No objetivo de uma abordagem geral, Sen sempre recusou a tarefa de construir uma lista de capacidades. Nenhuma lista única poderia ser útil a todas as aplicações possíveis da abordagem. O que não quer dizer que, ao se debruçar sobre uma aplicação específica da abordagem, a elaboração de lista de capacidades não seja útil ou mesmo necessária e indispensável. Robeyns aponta duas críticas à ausência de listas que denomina crítica fraca e crítica forte. Na crítica forte, postula-se que deve haver uma lista clara de capacidades que possa ser utilizada para todas as teorias da capacidade e suas aplicações. Esta posição é, como vimos, a de Nussbaum, com as dez capacidades centrais fundadas na dignidade do ser humano, que deveriam pautar a aplicação de qualquer teoria específica da capacidade. Sen

rejeita esta crítica forte pelo motivo que aceitá-la nulificaria a importância da agência, do processo de escolha e da liberdade na seleção da própria lista de capacidades relevantes. As listas devem ser deixadas, na opinião do autor, para os processos democráticos e procedimentos sociais participativos de escolha, objetivando implementação de políticas distributivas. A conclusão é que a escolha de listas (e não de uma lista única) de capacidades no âmbito de uma teoria específica da capacidade, deve ser sensível a natureza dessa teoria ou ao objetivo a que ela se destina, como por exemplo, a avaliação da pobreza ou a construção de uma teoria específica de justiça.

3) porque não utilizar a noção de necessidade no lugar da noção de capacidade: a construção da noção e teoria da necessidade ou das necessidades básicas precede a construção da noção de capacidade e se destina a dar conta de problemas de mesma natureza, o enfrentamento da pobreza e a promoção do desenvolvimento humano. Aqui também Robeyns faz uma distinção entre a abordagem das necessidades básicas e as teorias filosóficas das necessidades básicas. Na defesa da noção de capacidade, com apoio nas ponderações de Frances Stewart (82) aponta uma fundamentação filosófica mais elegante desta, além da razão pragmática na natureza interdisciplinar da abordagem da capacidade e sua maior aptidão para transitar do campo filosófico para o campo da política aplicada. A abordagem da capacidade foca mais o indivíduo do que a teoria sobre necessidades básicas. Outra razão, a abordagem das capacidades se destina a todo ser humano como indivíduo, pobre ou rico, e a abordagem das necessidades básicas está direcionada apenas ao indivíduo pobre ou em condições de miserabilidade e, muitas vezes, apenas nos indivíduos que vivem em países também pobres, podendo revelar um viés paternalista e discriminatório na abordagem das necessidades básicas. O próprio Sen afirma a superioridade da ideia de capacidade sobre a ideia de necessidade, por considerar esta demasiadamente focada nas commodities, tomando o ser humano de uma forma passiva e carente. Robeyns conclui reconhecendo o fato de que, por razões pragmáticas e políticas, a abordagem das necessidades básicas se tornou parte do paradigma do desenvolvimento humano. Entretanto, no nível teórico, a fundamentação filosófica da abordagem da capacidade é mais promissora do que a das necessidades básicas.

4) se a abordagem da capacidade é individualista: Robeyns primeiro questiona de que individualismo se pode estar falando: 1) do individualismo ético ou normativo; 2) do individualismo metodológico; 3) do individualismo ontológico e 4) do individualismo explanatório. O individualismo ético ou normativo assume que os indivíduos, e apenas os indivíduos, são as unidades de preocupação moral final. Ou seja, ao analisar diferentes

estados de coisas, o interesse recai apenas nos efeitos diretos e indiretos sobre o indivíduo, como indivíduo. O individualismo metodológico tem seu cerne na afirmação de que “todos os fenômenos sociais devem ser explicados total e exclusivamente em termos de indivíduos e suas propriedades” (p. 19)(83). O individualismo ontológico afirma que apenas indivíduos e suas propriedades existem, e que todas as entidades e propriedades sociais podem ser identificadas reduzindo-as aos indivíduos e suas propriedades. Nesta visão, a sociedade é construída apenas a partir de indivíduos e, portanto, nada mais é do que a soma dos indivíduos e suas propriedades. O individualismo explanatório, de maneira similar, mas abstraindo a questão ontológica, é a doutrina de que todos os fenômenos sociais só podem, em princípio, ser explicados em termos de indivíduos e suas propriedades. A questão crucial para Robeyns é que um compromisso com o individualismo normativo não é incompatível com uma ontologia que reconheça as conexões entre as pessoas, suas relações sociais e sua inserção social e, da mesma forma, uma política social voltada para certos grupos ou comunidades pode ser perfeitamente compatível com o individualismo normativo. Para a autora, a abordagem da capacidade abrange o individualismo normativo, mas essa seria uma propriedade desejável dela. Não vê, entretanto, como a abordagem da capacidade possa ser entendida como metodológica ou ontologicamente individualista. O próprio Sen analisa em suas obras processos que são profundamente coletivos e nos quais reconhece as pessoas como socialmente integradas. A abordagem da capacidade reconhece algumas estruturas não individuais e, nas várias teorias de capacidades mais específicas, o grau em que elas se afastarão do individualismo metodológico ou ontológico depende das escolhas feitas, sendo sua construção passível de se incorporarem recursos que impeçam que tais teorias de capacidade sejam metodologicamente ou ontologicamente individualistas.

5) se a abordagem da capacidade dá suficiente atenção aos grupos: esta crítica, embora associada, é distinta da crítica anterior acerca do caráter individualista da abordagem da capacidade. Robeyns afirma que uma versão forte desta crítica teria o sentido de que a abordagem da capacidade não pode prestar atenção suficiente aos grupos - que há algo no aparato conceitual da abordagem da capacidade que torna impossível sua apropriação para esse fim. Essa afirmação, segundo Robeyns, é obviamente falsa, porque existe uma ampla literatura de pesquisa analisando as capacidades médias de um grupo comparado a outro, por ex. mulheres e homens, incluindo a própria Nussbaum (20), ou grupos de pessoas com deficiência. Ademais, várias listas de capacidades que foram propostas na literatura incluem capacidades relacionadas à participação na comunidade. É o caso, novamente, de Nussbaum

que enfatiza a afiliação como uma capacidade arquitetônica (p. 34)(20). Não há, portanto, razão para se afirmar que a abordagem da capacidade não seja capaz de levar plenamente em conta a importância normativa e constitutiva dos grupos. A crítica mais fraca afirma que o estado atual da literatura sobre a abordagem da capacidade não dá atenção suficiente aos grupos. Nesse ponto a autora concorda, ponderando que, enquanto alguns teóricos da capacidade enfatizam a capacidade das pessoas de serem racionais e resistirem à pressão social e moral proveniente de grupos, outros autores da abordagem da capacidade prestam muito mais atenção à influência das normas sociais e outros processos baseados em grupos. A autora cita Alkire (84) e Nussbaum (20), entre outros, e conclui afirmando que, para entender completamente a importância dos grupos, as teorias de capacidade devem se engajar mais intensivamente em um diálogo com disciplinas como sociologia, antropologia, história e estudos culturais e de gênero. Isso fará com que as escolhas relacionadas a diversidade humana e à explicação das restrições estruturais e das teorias ontológica e explicativa do individualismo sejam mais precisas.

As críticas e ponderações apresentadas por Robeyns enfatizam, sobretudo, o caráter geral da abordagem da capacidade que é o que a habilita para, como instrumento, servir a um espectro bastante amplo de concepções de bem-estar e de justiça.

Como já afirmado nesta tese, a abordagem da capacidade é apenas um instrumento, com imperfeições e necessidade de ajustamentos, porém, um instrumento com aptidão para ser utilizado para diferentes propósitos.

Como instrumento, ela pode contribuir para a construção de diferentes teorias da justiça, como afirmado e proposto pelo próprio Sen. Para o autor, a abordagem das capacidades aponta para um foco informacional para julgar e comparar vantagens individuais globais, e não propõe, por si mesma, qualquer fórmula específica sobre como essa informação pode ser usada e "os diferentes usos podem surgir em função da natureza das questões que estão sendo abordadas" (p.266)(9).

Esta tese visa utilizar o instrumento para o fim da análise de um conceito de saúde que esteja conectado com a ideia de justiça sanitária. Para esse fim, na próxima seção, se analisará algumas propostas de conceituação da saúde a partir da ideia de funcionamento e de capacidade.

2.2 A SAÚDE COMO FUNCIONAMENTO E CAPACIDADE

Nesta seção, abordaremos, a partir do marco teórico das Capacidades, três propostas de conceituação da saúde. Nelas se refletindo, como procuraremos demonstrar, algumas questões caras à Bioética, muito especialmente as referidas à equidade em saúde, a tensão entre autonomia e proteção dos sujeitos morais vulneráveis, entre outras.

Tratam-se das seguintes concepções:

1) de "saúde como metacapacidade" de Shridhar Venkatapuram, que enfatiza a ideia da agência, minimizando a crítica à insensibilidade de seu conceito ao fato de que indivíduos concretos, ao longo de sua vida, apresentam déficits no exercício da agência, entendendo que a promoção da metacapacidade traz, em si, implicitamente, a promoção dos respectivos funcionamentos;

2) de "saúde como funcionamento" de Maria Clara Dias, que, em uma perspectiva que pretende ser mais inclusiva, opta por focar diretamente os funcionamentos, propondo a saúde como a capacidade que um sistema funcional (na concepção ampla de concernidos de sua teoria moral) possui de gerir seus funcionamentos e realizar minimamente a forma de vida que o caracteriza;

3) de capacidade de saúde (*health capability*) de Jennifer Prah Ruger, que busca combinar funcionamentos e capacidades em indivíduos concretos que buscam não só ter boa saúde, como também exercer a capacidade de buscá-la por si mesmos, num perfil de capacidade em saúde que pondera fatores internos, como os biológicos, genéticos, psicológicos, com fatores externos, como normas, redes sociais, oportunidades econômicas e políticas e sistemas de saúde.

2.2.1 Saúde como Metacapacidade (Sridhar Venkatapuram)

Sridhar Venkatapuram (22) deriva, da abordagem das capacidades e da ideia de capacidades centrais, uma teoria da justiça sanitária (*health justice*), partindo da tentativa de construção de conceitos claros, coerentes e compartilháveis de saúde e de doença,

enfermidade, deficiência e incapacidade. Esta clareza buscada pelo seu conceito é essencial, como salienta o autor, para a discussão do acesso aos cuidados e redução das desigualdades em saúde, bem como para o desenvolvimento de ações voltadas para a saúde global. Ou seja, é essencial para a discussão da justiça sanitária.

A conceituação de saúde de Venkatapuram é extraída, em uma vertente, da revisão da definição de saúde proposta pela teoria da ação do filósofo sueco Lennart Nordenfelt (85,86). A teoria da ação, por sua vez, constituiu-se em uma reação à concepção, então prevalente, de saúde como ausência de doença, identificada principalmente com os trabalhos de Christopher Boorse.

A teoria funcionalista de Boorse, a despeito da penetração e influência na medicina e na filosofia da saúde, recebeu sempre inúmeras críticas. A refutação das críticas pelo próprio autor é feita no artigo "*A Rebuttal on Health*" (87) e Almeida Filho e Jucá (88) fazem uma revisão da literatura a favor e contra a teoria funcionalista.

A Teoria de Nordenfelt, na mesma linha crítica, afirma que uma pessoa está saudável "se e apenas se, for capaz, nas circunstâncias-padrão de seu ambiente, de realizar os objetivos vitais, necessários e também suficientes para sua felicidade mínima". No original: "A is healthy if, and only if, A is able, given standard circumstances in his environment, to fulfill those goals which are necessary and jointly sufficient for his minimal happiness" (p. 79)(87).

Assim, a perspectiva de Nordenfelt substitui o conceito negativo de saúde, como ausência de doença ou incapacidade, pelo conceito positivo de saúde, como presença da capacidade para a realização dos objetivos mínimos de vida, ou objetivos vitais, que sintetiza na expressão "felicidade mínima" ou, em inglês, "*minimal hapiness*".

A questão que passa a ser enfrentada, então, é de responder quais são as habilidades ou faculdades necessárias e suficientes para uma pessoa estar e manter-se saudável. As expressões em inglês utilizadas por Nordenfelt são: "*abilities*" e "*disabilities*". Talvez a melhor tradução para o português fosse "capacidades" e "incapacidades", o que, entretanto, nesta tese, poderia gerar confusão com o conceito de "capacidades" (*capabilities*) da abordagem de Sen.

Na conformação dessas habilidade ou faculdades, Nordenfelt considera a confluência de três fatores: o agente humano, os objetivos vitais pretendidos e o meio ambiente de apoio favorável aos mesmos, gerando, conjuntamente, uma possibilidade concreta de ação.

O conceito de saúde de Nordenfelt está voltado à habilidade para agir (teoria da ação) e, assim, lograr os resultados, medidos em termos de objetivos ou metas vitais. Esta habilidade não se confunde com as próprias metas ou objetivos. A "felicidade mínima" é um resultado, que pode ou não ser obtido. Não é o sucesso ou insucesso em lográ-la que define o estado de saúde, mas sim a presença da habilidade/capacidade para chegar a ela.

Em termos de delimitação de objetivos vitais, estes não podem estar restritos às necessidades básicas, nem abarcar a satisfação de todos os desejos subjetivamente considerados. As habilidades em um indivíduo saudável devem ser capazes de satisfazer objetivos compreendidos entre aqueles de mera subsistência e aqueles voltados à satisfação de desejos pessoais, havendo, evidentemente, uma hierarquia entre eles.

Em vertente diversa da que adotamos nesta tese, a de saúde como capacidade e funcionamento, apenas para indicar certo paralelismo entre concepções, Norman Daniels, em sua concepção de saúde como necessidade, citando David Braybrooke, distingue as necessidades de saúde em: “necessidades curso-de-vida” (*course-of-life needs*) e “necessidades casuais” (*adventitious needs*).

As necessidades curso-de-vida são aquelas que as pessoas “[...] têm, todas, através de suas vidas ou em certos estágios da vida através dos quais todos devemos passar” (“[...] *have all through their lives or at certain stages of life through which all must pass*”).

As necessidades casuais decorrem de projetos particulares contingentes, mesmo que duradouras. As necessidades curso-de-vida incluiriam: alimento, abrigo, vestuário, exercícios, descansos, companhia, parceiro(a) e assim por diante. A deficiência com relação a elas “[...] coloca em risco o normal funcionamento do sujeito da necessidade considerado como um membro da espécie natural” (“[...] *endangers the normal functioning of the subject of need considered as a member of a natural species*”) (p.26)(89).

Na medida em que o agente move-se em diferentes ambientes e em que agente e ambiente sofrem transformações ao longo da vida, é importante também considerar a habilidade de adaptação. Assim, tão importante quanto as habilidades diretamente relacionadas com os objetivos vitais, tais como nutrir-se, locomover-se, abrigar-se, etc., são as habilidades que permitem ao agente adquirir, aprender e reaprender habilidades. Nordenfelt denomina aquelas, habilidades de primeira ordem, e estas, habilidades de segunda ordem. Ambas conjuntamente definem o estado de saúde.

Um ponto importante da teoria de Nordenfelt, ressaltado por Venkatapuram, é o reconhecimento de que o estado de saúde depende da combinação de fatores internos, biopsíquicos, e de fatores externos, ambientais. Aponta, entretanto, três pontos frágeis da abordagem: 1) ausência de um elenco de objetivos vitais; 2) ausência de definição do que denomina circunstâncias ambientais padrão; e 3) definição muito ampla de objetivos vitais.

Nordenfelt se abstém de tratar do conteúdo das metas ou objetivos vitais por entender que a saúde está relacionada ao bem estar e à habilidade para atingi-lo, o que sempre dependerá das condições somáticas e mentais de cada pessoa, de acordo com a sociedade em que vive. Embora, após críticas, ter chegado a admitir a possibilidade de algum corpo comum de objetivos que atravesse diferentes sociedades, não aceitando, entretanto, a necessidade de especificá-lo. Para Venkatapuram essa é uma falha da teoria, afinal, manter-se vivo, nutrir-se, abrigar-se, inequivocamente compõem objetivos vitais em qualquer sociedade humana.

Também em relação ao que denomina circunstâncias ambientais padrão (*given standard circumstances*), Nordenfelt as toma como uma estrutura, sem considerar a necessidade de preenchê-la com um conteúdo mínimo. Pondera que as condições, a parte de serem padrão na sociedade, devem ser razoáveis. O que não resolve o problema, apenas muda seus termos, pois a questão passa a ser o que são as condições razoáveis. Essa argumentação também teria que dar conta dos processos de transformação da sociedade e consequente alteração dos padrões do que é comum, aceitável ou razoável.

Lembrando-se que os padrões do aceitável e razoável, em termos de escolhas trágicas, são mutáveis na sociedade e obedecem ao mecanismo descrito por Calabresi e Bobbit (90). A percepção das escolhas trágicas nas decisões de segunda ordem (quem receberá os recursos escassos) é fruto de uma sucessão de racionalização, decisão e violência. Periodicamente uma nova racionalização gera nova decisão e nova institucionalização da violência, a qual, ao ser percebida como tal, determina uma nova crise, uma nova racionalização, e assim por diante. Trata-se, segundo os autores, de um processo dinâmico e contínuo que ocorre em qualquer sociedade, independentemente da forma de alocação que pratica: pelo mercado, planejamento estatal, loteria, ou uma mescla intermediária dessas modalidades.

O problema da definição dos objetivos vitais, como já mencionado, está condicionado por dois extremos, a insuficiência e o excesso. O terceiro ponto de crítica de Venkatapuram à teoria de Nordenfelt refere precisamente à possibilidade de objetivos vitais

muito amplos, relacionados às preferências pessoais subjetivas e sem conexão com um padrão comum. Com suporte em Thomas Schramme (23), ilustra com o caso de um bom, mas ambicioso, atleta de salto à distância que se frustra completamente ao não alcançar as marcas almejadas no desenvolvimento de sua carreira. Possivelmente o atleta não alcançará a felicidade mínima da teoria de Nordenfelt, mas nem por isso poderá deixar de ser considerado saudável.

Nordenfelt argumenta que saúde é uma escala contínua, que vai do otimamente saudável (*optimally healthy*) ao maximamente enfermo (*maximal illness*), limitado, presumivelmente, neste extremo, pela morte. Venkatapuram considera, de toda maneira, a necessidade de definição de limiares (*thresholds*) de saúde, distinguindo, por exemplo, os níveis ótimo e moderado de saúde dos níveis de saúde debilitada ou gravemente comprometida.

Outro fator a ser considerado nos limites entre sanidade e enfermidade é o caráter dinâmico da saúde e a alternância das condições de saúde e enfermidade ao longo do tempo, o que põe a questão moral de saber que objetivos vitais deveriam ser priorizados: o gozo de máximos de bem estar/felicidade, ou a estabilidade da condição de bem estar/felicidade, ainda que medianos, ao longo do tempo.

O fundamento filosófico da ideia de felicidade e bem estar é buscado na filosofia Aristotélica sobre a natureza da ação e da felicidade humana (*eudaimonia*). Embora Nordenfeldt também as relacione, diverge da concepção aristotélica quanto à relação entre felicidade e ação virtuosa, preferindo relacionar a felicidade à "disposição para uma particular forma de experiência, mediada pela noção do querer" (p. xii)(86).

De toda forma, a definição dos critérios e fatores que definem a saúde não podem, na visão de Venkatapuram, ficar relegados unicamente ao preenchimento em nível local, como sugerido por Nordenfelt, sob pena de se recair no relativismo social e ético, sendo necessário seu preenchimento, ao menos em termos de alguns conteúdos e limites mínimos universais.

Na construção do seu conceito de saúde como metacapacidade, o autor propõe o preenchimento dos vazios de conteúdo encontrados, por um lado, nas habilidades relacionadas aos objetivos vitais da teoria de Nordenfelt e, por outro lado, nas capacidades e funcionamentos conforme definidos por Sen. Propõe esse preenchimento com a integração do

conceito de objetivos vitais de Nordenfelt com o conceito de capacidades centrais de Nussbaum.

O conceito de saúde de Venkatapuram envolve um núcleo fundamental de habilidades de segunda ordem, na denominação de Nordenfelt, ou de capacidades, na denominação de Sen, que teriam o caráter de metacapacidades por permitirem o acesso a um grupo (*cluster*) de capacidades e funcionamentos básicos, que por sua vez permitem acessar funcionamentos e capacidades mais complexos e assim por diante.

Esse conjunto de metacapacidades, na teoria de Venkatapuram, estão referidos à espécie humana e atravessam quaisquer sociedades, derivando de uma racionalidade ética que emerge diretamente da liberdade e da igual dignidade humana. O núcleo de capacidades que permite a vida com liberdade de ser e fazer e, portanto, com dignidade, traduz-se, em Martha Nussbaum, nas dez capacidades centrais, mencionadas na seção anterior, compondo um nível de titularidade moral e pré-política. Assim, diferentes sociedades podem acrescentar capacidades à lista, mas não reduzir o núcleo de capacidades centrais.

Embora a lista de Nussbaum não esteja voltada à definição de um conceito de saúde, as capacidades nela listadas, se considerarmos a definição de saúde em seu amplo senso, dizem todas respeito à saúde. As quatro primeiras mais diretamente: vida; saúde corporal; integridade corporal; sentidos, imaginação e pensamento. As seis seguintes, mais remotamente: emoções; razão prática; afiliação, outras espécies; diversão e controle do ambiente.

Considera-se então a possibilidade de construir-se listas dentro da lista, mais ou menos abrangentes, segundo critérios ou metodologias distintas, conforme indicado por Gillian Brock (91) e Ingrid Robeyns (92,93). E, novamente, se está diante da necessidade de equilíbrio entre extremos. Listas muito tímidas não dariam conta de todas as variáveis que afetam a saúde, tornando a definição insuficiente. Listas muito abrangentes podem desfigurar o conceito de saúde, ou fazer com que este perca sua coerência. Em ambos os extremos se prejudicaria a utilização do conceito para os seus fins práticos.

Venkatapuram adota a lista das dez capacidades centrais por entender haver zona de superposição entre a concepção de saúde e objetivos vitais, na linha defendida por Nordenfelt, e a concepção de bem-estar, em termos amplos, defendida na abordagem das capacidades de Sen. Assim, por sua amplitude e suficiência, as dez capacidades centrais de Nussbaum

permitiriam algum nível de subjetividade, inerente e inevitável ao conceito de saúde, porém restringindo o escopo a objetivos vitais, de forma a evitar a coincidência completa com o conceito mais amplo de bem-estar.

A saúde corresponderia, assim, a um núcleo de capacidades que representam uma concepção mínima de bem estar humano. Por abrangente que possa parecer em relação à concepção negativa de saúde, trata-se ainda de um mínimo, um número limitado de funcionamentos e capacidades, que se distinguem pelo fato de serem necessárias e suficientes para o acesso aos demais funcionamentos e capacidades concebíveis, configurando-se, assim, em uma metacapacidade.

Quanto às repercussões práticas do conceito de saúde como metacapacidade, a primeira vantagem do conceito de saúde como metacapacidade é afastar-se do foco central na doença e evitar a redução aos aspectos biomédicos, colocando o foco na capacidade da pessoa para conquistar e exercitar funcionamentos e capacidades básicos para uma vida digna. A alteração do conceito não se reduz, é claro, ao interesse teórico acadêmico, mas repercute nos aspectos práticos, afetando a epidemiologia, a estrutura e a metodologia da abordagem da distribuição da doença e mortalidade.

Segundo Venkatapuram, o conceito de saúde como metacapacidade é um instrumento promissor para a compreensão mais integrada, tanto das bases biológicas, como dos determinantes sociais das capacidades humanas, devendo repercutir em formação de políticas públicas mais abrangentes de saúde (*Health policy*), que não subestimem, mas também não se restrinjam à lógica dos cuidados em saúde entendidos meramente como prevenção e gerenciamento de enfermidades e agravos (*Healthcare policy*).

Concebida no bojo das discussões em torno das teorias da justiça distributiva, o conceito de saúde como metacapacidade tornar-se-ia promissor para o enfrentamento das desigualdades em saúde em suas diferentes matrizes (classe social, gênero, raça ou grupo étnico, orientação sexual e identidade de gênero, faixa etária, origem ou localização territorial, saúde mental, deficiência sensorial, motora, cognitiva, etc.), ou seja, para a demanda mais geral por igual liberdade e dignidade do ser humano, em termos globais, se considerarmos o caráter uniformizador das necessidades e capacidades humanas básicas.

Venkatapuram menciona, como um indicador do movimento intelectual e social de reconhecimento de que a saúde é um espectro que envolve funcionamentos e capacidades

coproduzidas por fatores individuais e ambientais, a alteração na 54ª Assembleia Mundial de Saúde, em 2001, da denominação da Classificação Estatística Internacional das Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID (*International Classification of Impairments Disabilities and Handicaps - ICDH*), para "Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF" (*International Classification of Functioning, Disability and Health - ICF*)

O texto da CIF, em sua introdução, dispõe que a classificação define os componentes da saúde e alguns componentes do bem-estar relacionados com a saúde (tais como educação e trabalho). Os domínios contidos na CIF podem, portanto, ser considerados como domínios da saúde e domínios relacionados com a saúde.

Estes domínios são descritos com base na perspectiva do corpo, do indivíduo e da sociedade em duas listas básicas: (1) Funções e Estruturas do Corpo, e (2) Atividades e Participação. A CIF transformou-se, de uma classificação de “consequência da doença” (versão de 1980) numa classificação de “componentes da saúde”. Os “componentes da saúde” identificam o que constitui a saúde, enquanto que as “consequências” se referem ao impacto das doenças na condição de saúde da pessoa. (p.8)(94).

O conceito de saúde como metacapacidade, ao combinar a habilidade para realizar metas vitais com as capacidades centrais necessárias para realizar o conjunto de funcionamentos e capacidades básicas diretamente relacionadas à igual liberdade e dignidade humanas, integra, numa perspectiva unitária, prática e filosoficamente coerente: saúde, capacidade e direito, fixando as bases morais de um direito à capacidade de estar e permanecer saudável (*moral right to the capability to be healthy*). Implica tal conceito no reconhecimento da primazia da saúde de indivíduos e de sociedades na agenda da justiça social como uma pré-condição para o exercício dos demais direitos e liberdades humanas.

O conceito de saúde como metacapacidade, apresentado originalmente na tese de doutorado de Venkatapuram (39) em 2007, veio a público mais amplo com a publicação de "*Health Justice*" em 2011 (22) e recebeu críticas que foram objeto de considerações pelo autor em artigo publicado em 2016 (24).

As críticas respondidas por Venkatapuram, em síntese, dizem respeito: a) à própria conceituação de saúde como metacapacidade; b) à arbitrariedade e ausência de justificação para utilização das dez capacidades centrais como o núcleo de capacidades que compõem a

metacapacidade; c) a dizer muito pouco sobre a relação de cada capacidade central ou o conjunto delas com o tema da saúde; d) a que abrangência das dez capacidades centrais levaria a conclusão de que em muitos países ou regiões não haveria ninguém saudável; e) a que a saúde como metacapacidade está construída principalmente em função das demandas por justiça social, não dando conta adequadamente do problema da vulnerabilidade individual ou coletiva com matrizes fora desse contexto; f) a que, em termos de saúde e justiça sanitária global, o argumento da saúde como metacapacidade enseja mais deveres humanitários do que demandas por justiça sanitária global.

Os críticos do conceito também oferecem algumas sugestões, tais como: restrição do conceito a algumas habilidades básicas de primeira ordem, ou aos processos biológicos involuntários que dão suporte às dez capacidades. A título de exemplo: a saúde poderia ser definida em função da capacidade básicas que incluiriam: respiração, resposta imunológica, coagulação sanguínea, e assim por diante. Outros propõem, mesmo, a manutenção da concepção de saúde em função da ausência de doença, de justificação mais tranquila, podendo-se, a partir dela, estabelecer métodos claros de demandas por justiça, assim como seus limites. Em sentido oposto, há a sugestão de uma explicitação maior das capacidades a serem acessadas pela metacapacidade em relação aos determinantes sociais da saúde do que a oferecida pelas capacidades centrais de Nussbaum.

As respostas oferecidas por Venkatapuram ajudam a aclarar alguns pontos de sua proposta de saúde como metacapacidade. O autor reafirma, em linhas gerais, os pressupostos e fundamentos de sua concepção de saúde, explicitando-os melhor ou apontando aspectos omitidos nas críticas feitas.

Em relação ao primeiro ponto, referente ao conceito em si, as críticas dizem respeito, em síntese, à amplitude da conceituação da saúde em função das dez capacidades. O simples enfeixamento de dez capacidades em uma, a metacapacidade proposta, não equaciona o problema da medição daquelas capacidades e dos seus limiares (*thresholds*) já existentes na teoria de Nussbaum e que não são resolvidos pela proposta de Venkatapuram. Não haveria razão, portanto, para falar de metacapacidade X para atingir capacidades Y. Melhor seria tratar diretamente das capacidades X ou Y.

Também se questiona a validade da abordagem das capacidades para tratar da liberdade e da qualidade de vida de crianças e adultos vulneráveis ou incapazes para escolher por si mesmos o exercício de capacidades, havendo necessidade de políticas sociais que visem

funcionamentos, o que não necessariamente significa violação da autonomia ou liberdade de escolha que a abordagem das capacidades visa garantir.

Ventakapuram, em resposta, reafirma a solidez da abordagem das capacidades, por refletir uma possibilidade prática de ser e fazer algo, centrada no indivíduo, combinando dons e habilidades pessoais com as características do ambiente externo. Os funcionamentos são resultados concretos e reais das capacidades, mas a qualidade de vida de uma pessoa é melhor conceitualizada no espaço de suas capacidades.

Ressalta o papel importante da abordagem na preservação da autonomia das escolhas individuais e dos planos individuais de vida. É também o melhor espaço para tratar da desigualdade, conquanto se ressalve que não é possível comparar situações entre domínios de capacidades distintos (por exemplo, de nutrir-se e de associar-se) e que o próprio Sen afirma a necessidade de suplementar a abordagem da equidade pela análise contextual que seja sensível aos processos, à não dominação, à não discriminação e assim por diante.

No que se refere à situação de crianças e adultos vulneráveis, não completamente capazes de autodefinir integralmente e com autonomia seus planos de vida, a abordagem das capacidades visa obter progressos nos funcionamentos e não meramente garantir o exercício de capacidades. As abordagens de funcionamentos e capacidades podem ser vistas como abordagens complementares, não necessariamente mutuamente excludentes.

Por outro lado, o enfrentamento de situações como a que envolve, por exemplo, o contexto do controle da infecção por HIV ou da promoção da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos de adolescentes e mulheres em países não desenvolvidos, implica enfatizar a autoproteção em ambientes desfavoráveis, exigem a combinação da agência, do conhecimento e das habilidades individuais com a ação concreta sobre o ambiente físico e social visando condições de apoio adequado. A exigência da capacidade de agência e a utilização do conhecimento e das habilidades individuais fazem ressaltar a conveniência da abordagem das capacidades, totalizadora dos aspectos interno e externo da conformação da saúde.

O raciocínio, com maior ou menor contundência, se aplica a inúmeras situações em torno da saúde. Outro exemplo, extraído dos estudos de Sen no contexto da fome endêmica, a capacidade de nutrir-se é distinta da nutrição em si. A habilidade mais abrangente de autoprotger-se de condições fatais ou debilitantes, como a desnutrição, corresponde ao espaço da capacidade e é tratada, por Sen, como a capa externa da habilidade de nutrir-se

adequadamente, que corresponde ao espaço do funcionamento. Ou seja, os funcionamentos e as capacidades são, ambos, importantes e complementares na abordagem da saúde como um todo.

A disponibilidade dos cuidados em saúde é um componente importante, mas não o único a ser considerado na proteção e promoção da saúde. A abordagem das capacidades coloca o foco nas habilidades individuais e no ambiente externo. Em síntese, não é a mera presença ou disponibilização dos recursos, nem o resultado final de bem estar, o aspecto mais relevante ou central da abordagem do problema da saúde, mas sim a habilidade ou capacidade da pessoa em autoprotoger-se, estar e manter-se saudável.

A abordagem da capacidade permite desvelar o fenômeno de que embora as capacidades sejam distintas, elas são interdependentes. Determinadas capacidades habilitam determinados funcionamentos que, por sua vez, permitem desenvolvimento de novas capacidades. Em sentido contrário, a falta ou insuficiência de uma capacidade pode comprometer seriamente o exercício ou aquisição de outras, o que justifica tratar a saúde como uma metacapacidade e não como uma mera soma de funcionamentos. A abordagem das capacidades na definição do conceito de saúde não é, portanto, um mero artifício desnecessário ou caprichoso, mas uma construção essencial à compreensão da realidade do processo da saúde e da doença.

Quanto à artificialidade, ausência ou insuficiência da justificação para o preenchimento da teoria da saúde de Nordenfelt com as dez capacidades centrais de Nussbaum, Venkatapuram apresenta as seguintes considerações: a lista das dez capacidades não é exaustiva, mas fixada como um mínimo, as capacidades nela inserta são interdependentes, interativas e em constante desenvolvimento e é importante que sejam assim. Ser capaz de prever, mitigar ou recuperar-se das enfermidades é um dos componentes importante do conjunto de capacidades relacionadas à saúde, mas o conceito de saúde deve abranger um grupo mais amplo e flexível de componentes, não podendo ficar restritos àqueles. Isto é, não pode ficar restrito à saúde corporal imediatamente referida à necessidade de evitar ou mitigar enfermidade ou recuperar-se delas. O que não significa abandonar o conceito de enfermidade de Boorse, mas integrá-lo como parte do conceito mais abrangente de saúde.

Venkatapuram aceita parcialmente a crítica sobre sua justificação do uso das capacidades centrais para definir a saúde. Considera que se poderia partir de pontos ou utilizar

métodos diversos dos empregados por Nussbaum para fixar as capacidades relevantes para a saúde. Mas não vê maior utilidade em descrever a forma como cada uma delas se liga especificamente à saúde.

O desenvolvimento dado por Sen e por Nussbaum já oferece uma razão ética, um objetivo moral para o conjunto das capacidades centrais construído com fundamento na liberdade e dignidade humana. É sobre essa base que o conceito de saúde como metacapacidade parte. O fato de tratar-se de um conjunto mínimo, por outro lado, previne a expansão ilimitada do conceito de saúde que acabaria abarcando a totalidade do bem estar.

Sobre o fato de que seríamos levados a concluir pela impossibilidade de alguém ser saudável diante da abrangência das dez capacidades e das condições ambientais reais encontradas em muitos países, Venkatapuram pontua que o conceito, em sua abrangência, busca precisamente dar conta de condicionantes de saúde em níveis locais, regionais e globais.

A limitação do conceito às capacidades relacionadas à processos biológicos involuntários, por exemplo, não atenderia ao requisito de "liberdade efetiva" ("*effective freedom*") pressuposta na abordagem. Há evidentemente diversidade entre fatores nacionais e globais que afetam a saúde, que variam diretamente em função do regime constitucional do país, da robustez do mercado de trabalho, da abrangência do sistema educacional.

A deficiência ou insuficiência de quaisquer desses sistemas reduzem e pressionam a saúde dos indivíduos e estas implicações são a matéria prima do trabalho de epidemiologistas e macroeconomistas da saúde. Se bem consideradas e refletidas, as capacidades centrais de Nussbaum não são tão exigentes como parecem inicialmente, sendo mais provável que as condições de bem estar e de saúde da maior parte da população mundial é que estejam subestimadas.

Sobre o questionamento de que o conceito de saúde como metacapacidade atende principalmente demandas de justiça social, mas não atende adequadamente a vulnerabilidade em diversas outras matrizes, principalmente no contexto liberal individual, não alcançadas por intervenções sociais, Venkatapuram remete às considerações em Amartya Sen, de que, ao lado do espaço das capacidades, é importante examinar os contextos e processos, assegurando a não dominação, não discriminação, etc. Dentre estes contextos e processos, a vulnerabilidade, em suas diferentes matrizes, também deveria ser examinada.

Por fim, a crítica no sentido de que a saúde como metacapacidade para alcançar as capacidades centrais favoreceria mais os deveres humanitários do que as demandas por justiça sanitária global. O conceito estaria fundado na dignidade humana, que se constitui em um equívoco de bioeticistas, uma vez que se trata de um conceito sem conteúdo ou significado (95,96). Outro argumento é o de que as causas de deterioração das capacidades podem ter um agente, ou simplesmente acontecer. No primeiro caso, tratar-se-ia de situações de demanda por justiça; no segundo caso, apenas de ajuda humanitária.

Venkatapuram, em resposta, assinala que a construção da abordagem das capacidades está fundada em dois argumentos ou dois valores fundamentais: da liberdade (Sen) e da dignidade humana (Nussbaum). Reconhece a dificuldade de derivar desses valores os deveres globais em relação à saúde. Pondera que a preocupação moral com a saúde é multidimensional, pois há dimensões relacionadas às causas, consequências, níveis, padrões de distribuição, experiências de cada povo e de cada comunidade no seu desenvolvimento. Concluindo haver, de fato, um longo caminho a seguir na discussão das responsabilidades em relação à saúde e do tipo de deveres que corresponde a quais sujeitos e em que dimensões. Entendemos que essa discussão deve ser assumida como um desafio e não como um óbice da concepção de saúde no marco da abordagem da capacidade.

2.2.2 Saúde como Funcionamento (Maria Clara Dias)

Maria Clara Dias (25) elabora uma perspectiva que considera moralmente mais inclusiva do que a das capacidades para definir a saúde: a perspectiva dos funcionamentos. Partindo das considerações sobre a universalidade do juízo moral e da busca de um critério de correção dos enunciados morais, pondera que essa busca acaba determinando também quem são os concernidos morais, ou, em outras palavras, a extensão da comunidade moral. A autora distingue agente de concernido moral e o foco de sua atenção recai sobre o concernido, justamente escapar à possibilidade de que a preocupação moral se restrinja ao interesses dos agentes. A maioria dos concernidos em uma teoria moral, ao menos em momentos de sua existência, não são ou não podem ser tratados como agentes.

Nesse esforço, a autora descreve três ordens de critérios de atribuição de status ou valor moral:

1) o critério da reciprocidade e simetria: a comunidade moral é formada por seres igualmente capazes de estabelecer relações simétricas de reciprocidade. Por esse critério, tais seres, objeto da preocupação moral, podem ter suas posições alternadas, sem que a relação seja comprometida. A inclusão de terceiros, que não atendam ao critério da reciprocidade, ocorre somente indiretamente, por uma referência ao interesse dos sujeitos em condição de reciprocidade, ou, ainda, por uma atitude altruísta conjunta e coletivamente assumida;

2) o critério do pertencimento à coletividade: onde as relações assimétricas e não recíprocas entre os seres ou sujeitos morais também são objetos de consideração moral. Dentro dos limites da comunidade todos gozam de status moral, embora estes possam estar organizados hierarquicamente, com uns sendo considerados mais importantes que outros;

3) o critério da identificação de uma característica ou atributo comum a todos os seres que participam da comunidade moral ideal. Na busca dessa característica comum sempre se poderá recorrer a uma característica ou atributo mais geral, superando os focos identificatórios e delimitadores, para melhor resgatar a pretensão de universalidade dos juízos morais. Esta busca conduziria à investigação empírica acerca das diversas formas de vida existentes, as quais vão sendo progressivamente incorporadas ao nosso universo moral.

O terceiro critério não é incompatível com os demais, segundo a autora. A natureza do ser humano enquanto ser racional seria, sem dúvida, a mais promissora. Os seres morais seriam aqueles capazes de fornecer e analisar argumentos, verificar hipótese e deliberar segundo essa ponderação.

No sentido kantiano, os seres racionais são aqueles capazes de abstração e de se deixarem determinar por um princípio formal da razão. São ainda capazes de instaurar uma nova ordem no mundo natural, a partir de condutas determinadas pelo próprio sujeito e agente como ser livre de determinação sensível. Isto é, seres capazes de autonomia e poder de autodeterminação, o que inclui a eleição dos próprios fins. Na formulação kantiana o princípio moral por excelência é o imperativo categórico: o ser é tomado como fim em si mesmo, vedada a instrumentalização, coação ou imposição fortuita de obrigações e metas heterônomas.

Entre as releituras contemporâneas de Kant, a autora pontua o princípio da não instrumentalização de Tugendhat (97) e a condição de situação de fala ideal para indivíduos capazes de integrar um discurso de fundamentação racional, em Habermas (98). Pondera,

entretanto, que o critério da racionalidade associado à autonomia para interpretar a moralidade deixa de fora grande parte dos seres com os quais mantemos relações, tais como: bebês, deficientes mentais, indivíduos senis, futuras gerações, animais não humanos, que, individualmente considerados ou tomados no seu conjunto, não estão ou jamais serão capazes de exercer plenamente sua autonomia.

Uma alternativa para a busca de soluções mais inclusivas seria a oferecida pelos utilitaristas clássicos, que consideram a vulnerabilidade ao prazer e à dor. Conforme Hume (99), são certas e virtuosas as atitudes ou qualidades que maximizam o prazer individual ou coletivo e minimizam a dor e são erradas ou viciosas as atitudes ou qualidades que promovem desprazer individual ou coletivo. Nesse âmbito, o princípio moral por excelência seria o da maximização do prazer e minimização do sofrimento dos concernidos.

Em outra releitura contemporânea do utilitarismo clássico, o critério da maximização dos interesses preferenciais proposto por Peter Singer (100). Segundo o autor: todo ser senciente tem interesses básicos, tais como o de viver uma vida prazerosa e livre de sofrimento, e é possível uma hierarquização desses interesses em função da capacidade de sentir dor e prazer e da capacidade de ter consciência desse prazer e dessa dor.

Maria Clara Dias, recuperando a concepção aristotélica que não restringe conduta ética ao reconhecimento de normas abstratas, vinculando a vida ética ao modo em que o ser projeta concretamente a própria vida e busca realizá-la integralmente, endossa a proposta de Singer como a mais inclusiva. Propõe, entretanto, uma alternativa que não limite a consideração moral aos interesses dos seres sencientes e adota, como foco da concepção de concernido, os funcionamentos básicos de cada sistema funcional existente.

Pondera ainda que o "eu individual" considerado é o ser concretamente constituído nas práticas sociais, sua identidade é o resultado de um complexo de relações, assim: "não é, nem constitutivamente independente do outro, nem determinada pelo pertencimento a um grupo particular" (p. 26)(25). Este "eu individual" é resultado de um complexo de identificações, fazendo de cada concernido um ser singular, com algumas demandas compartilhadas por outros seres.

O que se almeja do ponto de vista moral é que cada um realize, da melhor forma possível, sua plenitude, seu projeto de vida: "projeto, este que não precisa mais ser interpretado como uma escolha racional de seres com poder de autodeterminação, mas pode

simplesmente ser compreendido como a realização de um sistema funcional em todo o seu vigor" (p. 26)(25).

Para aclarar a noção de sistema funcional em Dias, é preciso esclarecer sua referência na relação entre o mental e o físico, por sua vez tomada à filosofia da linguagem de Wittgenstein e em sua formulação da filosofia da mente. Na concepção de Dias, de acordo com esta relação, todo objeto ao nosso redor, dos mais simples e inertes (uma mesa, uma cadeira, um saca-rolha) até os mais complexos são definidos por seu funcionamento. Os seres sencientes, conscientes ou autoconscientes, não são exceção a essa regra. "Todos somos uma entidade material que realiza funções específicas, com as quais nos identificamos ou somos identificados" (p. 29)(25).

Embora tudo ocorra em uma base material, a unidade ou identidade no tempo depende de que a perspectiva funcionalista abranja também os estados mentais como sendo estados funcionais. Assim, os estados mentais supõem uma base material para sua realização e só podem ser identificados e descritos por referência ao papel que desempenham na estrutura organizacional dos seres que integram. Para descrever um indivíduo podemos simplesmente reportar o conjunto de processos funcionais que o caracterizam e distinguem de outras entidades. A concepção de sistema funcional que Dias utiliza, em suas palavras, "nada mais é do que o conjunto de tais processos somados aos estímulos e respostas oferecidas pelo organismo como um todo" (p. 31)(25).

Nessa perspectiva, o universo de consideração moral passa a incluir não apenas humanos e animais não humanos, mas o próprio meio ambiente. A principal dificuldade deixa de ser a de encontrar uma justificativa para considerar o outro e passa a ser a de saber o que seria para cada sistema funcional, em geral, ou para cada ser, em particular, sua realização plena. E esse seria um desafio para investigações empíricas, uma dificuldade técnica a ser suplantada pelo conhecimento humano acerca do mundo em que está inserido. A perspectiva moral estaria voltada para o florescimento dos diversos sistemas funcionais e buscaria, evidentemente, afastar-se de uma posição antropocêntrica do mundo.

Ao considerar a perspectiva dos funcionamentos em face das teorias da justiça, Dias explicita os pontos em que esta se distancia da abordagem das capacidades de Sen e Nussbaum. O primeiro ponto é o foco que, em vez de ser colocado na liberdade de funcionamentos (capacidade), é colocado nos próprios funcionamentos. O foco da justiça, especialmente na formulação de Nussbaum (20), está colocado na identificação de

capacidades, pensadas abstratamente, como liberdade para eleger e exercer a vida que cada agente eleger. Restringe, assim, o foco de sua atenção ao ser capaz de exercer a liberdade.

O segundo ponto é que a perspectiva dos funcionamentos, diversamente da abordagem das capacidades na formulação de Nussbaum, entende que os funcionamentos básicos são sempre empíricos e dependem das circunstâncias, bastante particulares, vivenciadas por cada indivíduo. A perspectiva dos funcionamentos se abre para percepção de diferentes formas de funcionamentos, que só são básicos ou fundamentais dentro da perspectiva da constituição da identidade do próprio indivíduo.

Em outras palavras: a pretensão de universalidade em Nussbaum é substituída pelo "reconhecimento inescapável da diversidade e singularidade inerente às formas de vida e à existência concreta de cada indivíduo"(p. 49)(25). Segundo a autora, a perspectiva dos funcionamentos permite incluir "aqueles que jamais desenvolverão certas capacidades específicas, tal como a liberdade, entendida na sua forma mais fundamental de autonomia ou poder de autodeterminação" (p. 50)(25).

A perspectiva proposta por Dias, ao focar os funcionamentos, permite incorporar a defesa da liberdade e da racionalidade, bem como a sciência, como funcionamentos básicos para alguns sistemas funcionais, porém não estaria restrita a tais funcionamentos e não atribuiria maior valor moral aos sistemas que os exercitam.

No que se refere às teorias da justiça, Dias considera a perspectiva dos funcionamentos mais adequada às aplicações das políticas de reparação e das políticas de reconhecimento voltadas, respectivamente, à reparação de tratamentos historicamente desiguais e desumanos fundados em diferenças étnicas, de gênero, etc. e ao reconhecimento da demanda de grupos por formas de representação política capazes de expressar seus valores identitários.

A perspectiva de Dias, segundo a própria autora, não foca nem as liberdades de funcionamento ou capacidades, na acepção dada por Sen, nem as dez capacidades centrais de Nussbaum. Considera que a interpretação dada por Venkatapuram à teoria de Nussbaum negligencia o fato da sua centralidade na noção de capacitação, em detrimento da noção de funcionamentos básicos. Conclui, entretanto, que os elementos centrais da aplicação da teoria proposta por Venkatapuram poderiam ser corretamente incorporados a uma perspectiva focada nos funcionamentos.

A autora considera que a única alternativa para contemplar, em uma teoria da justiça, os indivíduos que, por razões biológicas, psicológicas ou socioeconômicas, não são capazes de escolhas ou de exercer a liberdade de eleger funcionamentos que consideram centrais para a vida, seria focar essa teoria diretamente na implementação dos funcionamentos.

Ribeiro e Dias (101), ao tratarem da aplicação da perspectiva dos funcionamentos à saúde, sumarizam em quatro componentes fundamentais:

1) a saúde é a capacidade normativa dos seres humanos que opera através de conjunto de funcionamentos básicos, num sistema dinâmico e interativo que, para serem desenvolvidos e exercidos, precisam de determinadas condições materiais de existência;

2) o que caracteriza o funcionamento como sendo básico é sua centralidade para uma vida digna, assim; o funcionamento deve ser valorado tanto como uma condição ou meio, quanto como algo que possui valor em si mesmo;

3) o funcionamento, sendo básico, só pode ser determinado empiricamente pela escuta apurada de diferentes vozes, atenção às circunstâncias particulares, vivenciadas por diversos indivíduos, incluindo várias formas de funcionamentos, fundamentais sob o ponto de vista de constituição da identidade desses indivíduos;

4) todo indivíduo dever ter o direito à saúde e à qualidade de vida para ter condições de desenvolvimento e exercício de funcionamentos básicos, sendo a saúde, nesse sentido, não um sinônimo de qualidade de vida, mas um dos aspectos constituintes de uma noção satisfatória de qualidade de vida.

2.2.3 Capacidade de Saúde (Jeniffer Prah Ruger)

Jeniffer Prah Ruger (27,28) faz algumas ponderações sobre a perspectiva ética e bioética da saúde como capacidade em sua aplicação à saúde pública e aos cuidados em saúde.

É necessário destacar inicialmente que Ruger entende a Bioética ocupando-se proeminentemente com os princípios morais atinentes à "autonomia individual", como o direito à recusa de cuidados ou ao consentimento livre e informado", enquanto a Ética da

Saúde Pública ocupa-se de princípios morais como os "da necessidade, efetividade e proporcionalidade da intervenção", ou da "justificação pública" e do "menor dano" (p.42)(28). Esta tese questiona tanto a limitação desses campos aos elencos citados, como também a abordagem estanque entre as preocupações bioéticas e as preocupações da Ética da Saúde Pública. As ponderações de Ruger, entretanto, serão aqui utilizadas inclusive por seu teor crítico, na extensão em que são pertinentes para contrapor os modelos propostos pelos outros autores considerados.

Ruger propõe que as perspectivas ética e bioética de discussão da saúde pública e dos cuidados em saúde raramente capturam a realidade fundamental de que pessoas reais buscam não apenas o gozo de uma boa saúde, como também a capacidade de alcançá-la por si mesmos. Isto é, a capacidade para efetuar escolhas saudáveis, cuidando de si mesmas e assumindo responsabilidades pelo autocuidado e pelo cuidado de familiares e pessoas sob sua responsabilidade.

Segundo a autora, os modelos existentes para a conceituação da saúde raramente capturam esses dois objetivos e, por esse motivo, torna-se necessário desenvolver um conceito de saúde que seja abrangente de ambos. Propõe, assim, um modelo conceitual que a autora denomina "capacidade de saúde" (*health capability*) e que Maria Clara Dias denomina "paradigma da capacitação em saúde" (p.94)(25).

O modelo busca combinar e relacionar os elementos: capacidade, funcionamento e agência, e apresenta um arcabouço que visa permitir compreender aquilo que facilita e aquilo que se constitui barreiras para se gozar de boa saúde e ter a capacidade para fazer escolhas saudáveis.

Por esse modelo, a capacidade de saúde compreende o funcionamento (*health functioning*), definido como o produto da ação para manter e incrementar a saúde, e a agência (*health agency*), definida como a capacidade individual para alcançar o valor e atuar como agente de sua própria saúde. Isto é, o conceito visa abranger o resultado e a capacidade de ação em relação à própria saúde. A saúde, por sua vez, é compreendida como constitutiva, mas diversa, do bem-estar e da qualidade de vida.

A autora pretende que este conceito seja mais adequado para equacionar o que denomina o delicado equilíbrio entre o paternalismo e a autonomia. Considera que o conceito habilita os indivíduos ao exercício da responsabilidade pessoal sob a própria saúde.

Nesse sentido, Rugar sustenta que, em vez de justificar a saúde, os cuidados de saúde ou as ações de saúde pública por meio do conceito de igualdade de oportunidades ou por qualquer outro objetivo societário relacionado a utilidades ou necessidades em saúde; a justificação filosófica da saúde deveria repousar sobre o conceito de desenvolvimento humano (*human flourishing*). Sustenta, assim, que ser capaz de funcionamento como um ser humano é um fim em si mesmo e é o fim último da própria justiça sanitária.

A capacidade de saúde que propõe inclui a agência de saúde, que fornece uma imagem da capacidade de um indivíduo ou grupo de perseguir as metas valiosas de saúde e de efetivamente gerar saúde. É uma oposição à ideia de funcionamentos em saúde isolada, pois através da agência em saúde, incorpora-se o papel da responsabilidade individual como um elemento crucial de qualquer teoria da saúde e da justiça social.

A autora pondera que a responsabilidade individual é fundamental por uma série de razões. Destacando-se duas principais: limitação da responsabilidade social, em um contexto de escolhas pessoais irresponsáveis ou imprudentes, e a influência causal da responsabilidade individual nos resultados de saúde, por exemplo, em função dos estilos de vida adotados e dos determinantes comportamentais da saúde. O paradigma da capacidade de saúde inseririam, assim, segundo a autora, as capacidades de saúde, funcionamento da saúde, necessidades de saúde e agência em saúde em sua perspectiva ética.

A relação entre funcionamentos e necessidades em saúde é um elemento chave da concepção, as necessidades são diretamente atribuíveis e mapeáveis pelos funcionamentos, que por sua vez mapeiam as capacidades. O traço comum de toda concepção fundada na abordagem das capacidades é abrir mão da consideração das necessidades de saúde como o indicador direto da necessidade de suprimento de recursos e da satisfação dessas necessidades como critério principal de aferição de justiça, em benefício da consideração do acesso, não à satisfação de necessidades, mas aos funcionamentos e capacidades que permitem realizar os projetos de vida.

Rugar destaca ainda que sua abordagem é indiferente à dicotomia entre conceitos normativo e não normativo de saúde. Entende que, para fins de distribuição de recursos e avaliação de políticas públicas, geralmente é suficiente confiar na distinção entre saúde e doença e no conhecimento científico sobre anatomia, fisiologia e bioquímica humana. O modelo básico de saúde, que forma a base para o tratamento e a prevenção, fornece uma

distinção viável entre as necessidades relacionadas à saúde e os bens e serviços que atendem a essas necessidades.

O arcabouço estrutural que a autora concebe para definir o que denomina capacidade de saúde é formado por quatro círculos de fatores, secantes entre si, a saber: 1) de fatores biológicos e de predisposição genética, envolvendo genética, personalidade, atração e aversão ao risco, predisposição para doenças; 2) fatores intermediários de contexto social, como normas sociais, redes sociais (família, escola, etc), pertencimento a grupos, vizinhança, comunidade, circunstâncias de vida, etc.; 3) fatores macros sociais, políticos, econômicos e ambientais, como oportunidades econômicas, empoderamento político, segurança humana, estruturas sociais, normas e valores morais públicos, normas de distribuição, direitos humanos e discriminação, princípios de governança; 4) fatores relacionados ao sistema de saúde pública e de cuidados em saúde, como acesso à prevenção e tratamento de alta qualidade, barreiras culturais para o uso ótimo de recursos, normas e valores de saúde, seguridade e equidade no financiamento, ambiente habilitador e interativo.

Tratando-se de círculos que não se sobrepõem em toda sua extensão, a área em que os quatro são secantes determina o que se pode entender por capacidade de saúde, quer seja: confiança e capacidade para ser efetivo na aquisição de uma saúde ótima, dadas as condições biológicas e a disposição genética, ordem social, política, econômica e ambiental local e em nível macro (região, nações, global) e acesso à saúde pública e sistemas de cuidados em saúde.

Esse arcabouço, combinação de fatores internos e externos, visa, segundo a autora, iluminar o que os indivíduos são realmente capazes de ser e fazer em um ambiente ideal, que denomina capacidade de saúde (*health capability*), contraposto ao seu ambiente real, que denomina realização de saúde (*health achievement*). Avaliar e entender a lacuna entre esses dois estados de coisas deve melhorar nossa capacidade de promover o que a autora denomina de capacidade de saúde.

Embora a concepção de Ruger aponte para percepções importantes, mormente o caráter indissociável dos funcionamentos, capacidades e agência para a conformação de uma concepção eficaz de saúde em face das demandas éticas da justiça sanitária, há, evidentemente, pontos criticáveis de sua concepção.

Para explicitar os pontos criticáveis que consideramos mais relevantes, vamos nos valer da crítica formulada por Ribeiro e Dias (101), ao diferenciar a sua proposta, expressa na aplicação da perspectiva dos funcionamentos ao tema da saúde, do que se denominou o "paradigma da capacitação" de Ruger. São estes os pontos que consideramos criticáveis na abordagem de Ruger:

1) a abordagem mista, centrada em funcionamentos e capacitações como liberdade de escolha dos funcionamentos, de maneira similar à efetivada na saúde como metacapacidade de Venkatapuram. A perspectiva dos funcionamentos adota como foco os próprios funcionamentos, visando estender o conceito de justiça a indivíduos que não possam exercer a referida liberdade substantiva;

2) Ruger adota um conceito bioestatístico restrito de saúde e a perspectiva dos funcionamentos não desvincula saúde da totalidade de funcionamentos básicos, comprometida, portanto, com outras esferas da organização sócio política da sociedade e com as políticas públicas pensadas de forma intersetorial;

3) Ruger adota "igualdade de déficit", a perspectiva dos funcionamentos adota "igualdade de realização", que incorpora melhor as diferenças específicas contidas na relação entre funcionamentos básicos e a expressão satisfatória do que seria a natureza de cada indivíduo;

4) Ruger adota, como vantagem de seu conceito, o comprometimento do agente com as próprias escolhas em saúde, tornando-o responsável pela vida que escolhe levar. Dias rebate essa percepção, alegando ser um erro fazer com que o ônus de um sistema injusto recaia precisamente sobre o sujeito moral que, na maioria dos casos, não é efetivamente capaz de fazer escolhas, sobretudo sob o background das alternativas reais.

5) Ruger propõe a eficiência como base para adoção de políticas públicas no âmbito da saúde e a perspectiva dos funcionamentos busca pautar a adoção de tais políticas em uma perspectiva moral, onde todo e qualquer indivíduo deve ter seus funcionamentos básicos respeitados e promovidos pela sociedade. Acresce que o critério da eficiência não obedece a um paradigma moral e que podemos imaginar políticas públicas eficientes que ofendem a integridade moral de um indivíduo.

Esta tese endossa a crítica acima exposta à concepção de Ruger, fazendo-se exceção, entretanto, ao item 1, pelas razões a seguir expostas, que estão relacionadas, basicamente,

com a dificuldade que temos de abrir mão de aspectos da capacidade, muito embora reconheçamos o risco de hipertrofia de seu significado e o risco que oferece para uma teoria mais abrangente da justiça.

Embora o posicionamento desta tese discorde da aposta otimista de Ruger na possibilidade de que o reconhecimento dos funcionamentos e da agência individual, em si e por si, conduza ao desenvolvimento humano, dispensando ponderações de igualdade de oportunidade no acesso a recursos e na consecução da justiça, não podemos negar relevância ao papel da agência que, transcendendo a ênfase liberal na autonomia individual, assume papel, a nosso ver, decisivo também no próprio processo de conformação social do conceito de saúde a ser considerado na promoção do cuidado, na assunção de políticas de saúde e no controle judicial dessas políticas. Estando diretamente conectada com a ideia de construção democrática de sistemas plurais de saúde.

Para ilustrar a importância da agência, na dimensão coletiva, parece útil trazer à consideração o pensamento sanitário de Giovanni Berlinguer, autor evidentemente desvinculado da perspectiva liberal da autonomia e comprometido com uma abordagem social, ética e bioética da saúde pública. Referimo-nos especificamente aos conceitos de "consciência sanitária" e de "ação coletiva" do autor (102).

A consciência sanitária, na formulação de Berlinguer, é a tomada de consciência de que a saúde é um direito da pessoa e um interesse da comunidade. Quando esse direito é resistido e o interesse descuidado, a consciência sanitária deve se converter em ação coletiva para alcançá-los. São, como se vê, conceitos evidentemente tributários da ideia de "*praxis*" marxista.

A consciência sanitária, associada à ideia de ação coletiva, transformadora dessa própria consciência e da realidade circunstante, passa, na perspectiva de Berlinguer, a integrar o conceito de saúde, uma vez que este conceito é dependente da forma como a saúde é compreendida pela coletividade em que a consciência sanitária se revela e a ação coletiva se desenvolve. Assim, a saúde, ao se relacionar com o campo político-econômico, exige uma constante participação social que transcende o indivíduo para contemplar uma dimensão incontornavelmente coletiva e, portanto, moral de saúde.

A bioética proposta por Berlinguer ocupa-se, nesse contexto, da constante reflexão moral sobre as condicionantes da saúde no combate às mortes e aos sofrimentos evitáveis e na

melhoria da qualidade de vida, através da prática de uma bioética e de uma saúde, por ele denominada, "cotidianas" (35,36), para assinalar a distinção entre a bioética cotidiana e a bioética dedicada às questões da ética biomédica.

A bioética cotidiana de Berlinguer propõe aos sujeitos morais a permanente apropriação da consciência sanitária e a ação coletiva, visando o combate às mortes e sofrimentos evitáveis e a melhoria da qualidade e da dignidade da vida nas populações.

Esta tese considera relevante a perspectiva da assunção do direito à saúde como um direito social em permanente conquista, integrado ao próprio conceito de saúde. Isto é, a saúde vista como uma capacidade e um direito, individual e coletivo, de realização do potencial humano. Isto, até mesmo, como forma de oferecer o contraponto necessário às propostas políticas que, presentemente, buscam esvaziar o conteúdo solidário da saúde para identifica-la exclusivamente com os bens de mercado.

A crítica a esta identificação pode ser encontrada, mesmo no pensamento liberal, no âmbito da Ética do Cuidado, com pensadoras como Annemarie Mol (103), que discorre sobre a incompatibilidade entre lógica do cuidado, que deveria presidir a perspectiva sanitária, e a lógica da escolha, que preside as relações privadas de consumo, e com Joan Tronto (104,105), que problematiza, na filosofia política, a privatização do cuidado e que, embora não afaste integralmente o recurso ao mercado, alerta que esse recurso não pode levar à confusão entre relação de consumo e relação de cuidado, que possuem funções distintas, e tampouco confundir a satisfação do consumidor com a prestação adequada de cuidados em saúde.

Destacamos, portanto, a dimensão coletiva da liberdade de agência. O ser humano não pensa, sente ou reflete isoladamente sobre sua condição no mundo. Pelo contrário, pensa, sente e reflete dentro dos contextos sociais em que vive. A agência, nesse sentido, tem uma dimensão processual e social que exige não meramente a proteção aos funcionamentos, como um bem em si, mas também a proteção da capacidade, como um instrumento, como uma forma de se alcançar, individual e coletivamente, outros funcionamentos e capacidades concretizadores da ideia de saúde.

Assim, esta tese defende a importância da autonomia e da agência, não meramente na perspectiva do individualismo liberal, mas também na perspectiva da saúde como bem e direito social a ser apropriado pelo indivíduo e grupos sociais em sua inserção nas coletividades.

Defende ainda que é no campo do equacionamento da tensão entre o direito próprio e o direito do outro que se deve operar o conceito de equidade no acesso aos funcionamentos e capacidades de saúde, indispensável à consecução da ideia de justiça sanitária.

2.2.4 Saúde como Funcionamento e Capacidade

A intensidade e repercussão da discussão sobre o conceito de saúde exposta nesta tese atesta a riqueza e vitalidade da abordagem das capacidades em sua aplicação ao tema da saúde humana e da justiça sanitária.

Para os fins desta tese, será assumida uma perspectiva conciliatória entre as concepções expostas, pelas razões que a seguir se aponta.

A consideração da agência é relevante sobretudo se a pensarmos em sua repercussão coletiva, não meramente como uma garantia individual, mas, sobretudo, como uma garantia coletiva e um modo de efetivação da participação social na construção de sistemas de saúde que respeitem a diversidade da população à qual tais sistemas estão voltados.

Contrário senso, tampouco se pode ignorar os limites da autonomia e da agência, sob risco de, em uma idealização da liberdade, negar-se a proteção aos indivíduos com déficits significativos para o seu exercício. Porém, ainda neste caso, o mais adequado parece ser, não a rejeição da ideia de autonomia e agência, mas o suprimento da mesma, em uma perspectiva gradual e relacional.

Para o suprimento da autonomia individual importa a audiência dos interesses dos concernidos, conforme pensamento de Peter Singer e Dias, mas também a audiência da vontade individual, em toda a extensão em que esta seja possível, através de instrumentos orientados, principalmente pela ideia de autonomia relacional (106).

O conceito de saúde, em função da complexidade que lhe é inerente, não poderia encerrar-se em modelos totalizantes, pois, em razão mesmo de sua natureza, não pode prescindir de abordagens multifacetadas. Suas diferentes facetas fazem ressaltar um e outro aspecto necessário, componente da definição de saúde, quando esta é invocada em distintas circunstâncias concretas de aplicação.

Apresenta-se, assim, mais vantajosa, não a opção por um ou outro modelo, mas a opção pelo próprio processo dialógico que se estabelece entre as diferentes facetas, uma vez que, ainda que em alguma extensão possam parecer antagônicas, na verdade, encerram, todas, como norte, valores e princípios inerentes ao ser humano, transcendentais ao próprio modelo particularizado. Valores tais como os da equidade, da autonomia e do cuidado como relação incontornavelmente pessoal e afetiva e não traduzível em termos estritamente econômicos.

Em vez de contornar a pluralidade de elementos que compõem o conceito de saúde por meio da fixação de um critério único, a alternativa que nos parece mais adequada, na mesma lógica de operação de princípios que vem sendo defendida na presente tese, é a da aceitação e utilização dessa pluralidade, precisamente, para subsidiar a construção de espaços de coexistência das diferentes concepções.

Espaços que estejam atentos aos diferentes cenários humanos, sociais e políticos, nos quais tais concepções são invocadas, sem prejuízo do trânsito, ascendente e descendente, entre a universalidade daqueles princípios e a adequação dos mesmos às situações que se apresentam em sua aplicação concreta.

Assim, em vez de canalizar esforços para a construção de um conceito universal, unificador ou totalizante de saúde, esta tese prefere dedicar-se a compreender as tensões existentes entre as narrativas que inspiram os conceitos alternativos, ressaltando as vantagens e limites de cada uma, na busca de soluções que melhor contemplem o desafio premente e atual da convivência da diversidade.

Esta opção corresponde a tratar as concepções de saúde de maneira similar à lógica da ponderação de princípios, descritas no Capítulo 1, em que a prevalência de um ou de outro princípio/concepção não elimina do sistema o princípio/concepção confrontante, não lhe retira validade sistêmica e abstrata, significando, tão somente, uma prevalência em face da situação concreta em que é invocado.

Nesse sentido é que consideramos não ser possível abrir mão, na conceituação de saúde, quer da capacidade como liberdade, autonomia ou agência, quer do funcionamento como um valor próprio e intrínseco a ser protegido e, por tal motivo, componente do conceito de saúde.

A promoção da capacidade como liberdade substantiva é um objetivo necessário e incontornável à consecução da saúde, não apenas em termos individuais, mas também em

termos coletivos, conforme já assinalado. Da mesma forma o é a promoção de funcionamentos e o suprimento dos inevitáveis déficits de autonomia, liberdade e de capacidades que se apresentem nas situações concretas de vida real.

Entendemos que milita a favor da operacionalização dessa compreensão a utilização de abordagens mais intuitivas e emocionais de autonomia e de liberdade, conectadas com a autonomia relacional (106) e com a ética do cuidado (107), com repercussões não apenas para o âmbito individual e privado dos cuidados em saúde, como também para o âmbito coletivo e público, refletindo, portanto, nas políticas públicas e na tutela jurídica dos interesses dos concernidos.

As abordagens kantianas e utilitaristas afastaram os desejos e emoções, como uma interferência indesejável na objetividade exigida pelo raciocínio moral. A Ética do Cuidado recoloca as emoções como um elemento relevante para o alcance do juízo moral, em razão, principalmente, de sua importância para desvelar os elementos moralmente relevantes de uma situação.

Se o sujeito moral não se sente suficientemente concernido, tende a ignorar interesses que são relevantes e não podem ser ignorados no juízo moral. O caráter relacional das responsabilidades morais exige genuínos laços de afeto, empatia e compaixão. A Ética do Cuidado repele, portanto, a ideia de autonomia como separação do sujeito moral em relação aos demais, propondo, ao contrário, uma autonomia que se revela na relação, uma autonomia relacional (108).

A nosso ver, o suprimento da autonomia, de caráter gradativo e relacional, capta melhor os aspectos particulares, específicos e singulares dos interesses do concernido, do que qualquer forma de abstração do que sejam tais interesses ou quais os funcionamentos que lhes correspondem. Isto é, a liberdade e a capacidade de eleger, ainda quando por mecanismos de substituição, cotutela e corresponsabilidade, é um fator a ser considerado na proteção dos interesses dos concernidos, recuperando-se assim, de certa forma e na extensão do realizável, a capacidade de agência dos mesmos.

Não há, evidentemente, consensos simples em torno da conceituação de saúde, dado que a complexidade é consoante com a pluralidade característica das sociedades contemporâneas. Porém, os vetores que orientam as ponderações expostas nos modelos apresentados nesta tese permitem sopesar, nas distintas sociedades e grupos sociais, quer a

necessidade de proteção, quer a necessidade de reconhecimento, quer a promoção e suprimento de autonomia e agência, em um equilíbrio e balanço que é também resultado das características históricas particulares de cada grupo ou sociedade que a promove.

Por isso entendemos que a perspectiva mais adequada para aplicação da abordagem das capacidades no campo da saúde, que permita a pretensão de sua universalidade, é aquela que, expressamente, refere a saúde como uma combinação de funcionamentos e de capacidades e considera não somente suas possibilidades, como também seus limites, temas a serem abordados na próxima seção.

2.3 POSSIBILIDADES E LIMITES DA ABORDAGEM DA CAPACIDADE EM SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM A BIOÉTICA

Das diversas críticas aos distintos conceitos de saúde como metacapacidade, como funcionamento, ou como capacitação, apresentadas na seção anterior, destacamos quatro aspectos que pretendemos aprofundar, por dois motivos: Primeiramente, por se constituírem em críticas que, de certa forma, pautam e delimitam as possibilidades de aplicação da abordagem da capacidade em saúde, especialmente se vistas no prisma da consecução de uma justiça sanitária. Em segundo lugar, por serem questionamentos, cujas respostas, a nosso ver, demandam necessariamente uma aproximação entre a abordagem das capacidades e a reflexão bioética sobre a equidade em saúde, que trataremos no capítulo seguinte.

É necessário alertar preliminarmente que não faremos aqui um tratamento exaustivo dos aspectos levantados, por fugir ao escopo da tese e pela impossibilidade em face da extensão exigida para tanto. Faremos apenas uma remissão, a título exemplificativo, da conexão entre os aspectos selecionados da crítica com as diferentes pautas de discussão ética e bioética. O objetivo é também o de evidenciar a complexidade da abordagem multidimensional da equidade em saúde.

O primeiro aspecto diz respeito à dificuldade da abordagem das capacidades, nos termos em que formulada, para conciliar a vontade e o querer individual, nuclearmente atrelado à definição da capacidade como liberdade substantiva, com o fato de que esta vontade individual está sempre, em maior ou menor extensão, construída socialmente. Ou

seja, o querer individual é também fruto de uma construção social, que pode restringir severamente a extensão do que possamos entender como autonomia individual.

O segundo aspecto diz respeito à forma adequada de tratar, no âmbito da abordagem das capacidades, a situação dos indivíduos que, ainda que transitoriamente, não possuam a capacidade de elaborar e expressar sua própria vontade, ou que a possuam reduzida em alguma extensão, comprometendo-se dessa forma a possibilidade de assunção equitativa de decisões autônomas.

O terceiro aspecto diz respeito à tensão entre individualismo e universalismo na abordagem das capacidades, que passam pela necessidade de equilíbrio entre o universal e o particular, o geral e o específico, o abstrato e o concreto. Tensão que na dimensão moral poderia ser traduzida em termos dos deveres e obrigações que emergem do relacionamento com o próximo, objeto, por exemplo, de uma Ética do Cuidado, e as que emergem do relacionamento com o distante, com pretensões de enfoque global, objeto, por exemplo, da Ética Kantiana ou da Ética Utilitarista.

O quarto diz respeito à aptidão da abordagem das capacidades para abordar o problema da discriminação e da desigualdade dentro das coletividades. Ou seja, da aptidão para tratar o desafio que a diversidade e o pluralismo nas sociedades contemporâneas representam para a promoção da equidade, levando-se em conta sobretudo a assinalação de marcadores de diferenciação com vistas a manutenção das estruturas de poder nas sociedades.

Os dois primeiros aspectos, na verdade, são como duas faces de uma mesma moeda. Ambos remetem ao questionamento da possibilidade e da extensão do exercício autônomo de capacidades.

No primeiro caso, considerado que todo e qualquer indivíduo está submetido a algum grau, ainda que sutil, de condicionamento social que delimita a possibilidade de exercício da vontade individual em maior ou menor grau.

No segundo caso, considerado que o exercício da capacidade em seres reais, ao longo de sua vida, pode sofrer restrições maiores ou menores à possibilidade de conhecer, querer ou exprimir a própria vontade ou de determinar-se segundo a mesma. E estas restrições podem derivar de fatores externos e internos que dizem respeito, por exemplo, aos déficits cognitivos, emocionais, interpretativos e comunicacionais inerentes à condição humana.

Dizem ambos os aspectos, portanto, da possibilidade de exercício da autonomia e da agência, ou seja, da liberdade possível ao ser humano. Estes dois primeiros aspectos são importantes sobretudo para a crítica das concepções de saúde como capacidade (ou metacapacidade), em função da relevância que tais concepções aportam à agência.

São aspectos que, se por um lado, não nulificam ou reduzem a importância e a necessidade da consideração da autonomia e da agência, por outro, desafiam abordagens específicas e distintas em cada caso que contemplem, em seu fundo crítico, o questionamento na extensão e profundidade em que podem e devem ser reconhecidas. Tratando-se esta, a nosso ver, de uma discussão de caráter inequivocamente bioético.

Para ilustrar, considere-se a seguinte situação: o querer humano relacionado à autoestima e à inserção social é condicionado por uma sorte de conceitos e preconceitos estéticos incorporados socialmente, mutáveis no tempo, e que determinam o desejo individual de amoldar-se a determinados padrões.

Dessa forma, não são fruto de uma escolha individual completamente autônoma, pois este desejo não deixa de estar orientado pela preexistência de paradigmas e preconceitos externos ao indivíduo. Ainda quando, por emulação, o querer humano possa estar episódica e periodicamente dirigido à quebra de tais paradigmas e preconceitos, estes indiretamente, determinam o agir humano. Esses paradigmas e preconceitos são importantes para os funcionamentos e capacidades em saúde na medida em que determinam as demandas relacionadas à saúde física, psíquica e social de indivíduos e de grupos.

O atendimento dessa demanda pode ocorrer no nível dos recursos e funcionamentos, disponibilizando intervenções visando amoldar o corpo ao paradigma, mas, também, disponibilizando intervenções de natureza psíquica e social, no sentido de flexibilização ou alteração dos padrões que interferem na saúde e bem estar do ser humano. Quaisquer dos sentidos dessas intervenções não estão livres de questionamentos morais e éticos.

Exemplificando: seria difícil questionar eticamente a campanha antitabagista para a mudança de hábitos e de padrões de conduta reconhecidamente perniciosos à saúde. Entretanto, como seriam aceitas as campanhas ou a vedação de propaganda que, de alguma forma, desestimulassem intervenções estéticas ditadas pelo que, no fundo, não passa também de um hábito ou padrão artificialmente produzido por costumes ou preconceitos sociais,

muitas vezes estimulados pela propaganda e tão ou mais perniciosas que o tabaco em determinadas concepções de saúde e bem estar.

A questão a saber é se a abordagem das capacidades pode ou deve abstrair a relação dinâmica existente entre o querer individual e o querer social, que responde à ânsia de aceitação e de reconhecimento pelo grupo. Ainda que se reconheça nessa mescla de querer individual autônomo e de querer determinado pelos padrões e preconceitos socialmente produzidos como uma realidade incontornável da condição humana, isto não significaria que ela não deva ser objeto de reflexão e de problematização no âmbito da abordagem das capacidades, com evidentes repercussões para o campo bioético.

O segundo caso, insere na discussão da abordagem das capacidades a crítica formulada principalmente no campo dos estudos da deficiência (*disability studies*) (109). São críticas que, como já mencionamos, são feitas à abordagem de Venkatapuram e encontram-se contempladas de forma contundente na abordagem de Dias (25). Tratando-se de um campo aberto para reflexões com evidente repercussão bioética.

O terceiro aspecto, referente à tensão e ao equilíbrio entre o individualismo e o universalismo, o geral e o específico, o abstrato e concreto, ele está presente na matriz histórica do surgimento da abordagem da capacidade, que se dá dentro do individualismo liberal. Decorre que o conceito de capacidade proposto por Sen é o de uma capacidade individual, a liberdade que cogita é a liberdade substantiva individual, centrada, portanto, no indivíduo. Nada obstante o desenvolvimento da abordagem se destine, inequivocamente e desde seu início, a enfrentar o tema da desigualdade e da pobreza considerada em termos globais e transindividuais.

O questionamento é retomado com frequência no desenvolvimento da abordagem, conforme já descrito nesta tese, por exemplo, a partir da formulação do elenco das capacidades centrais por Nussbaum, refutada, em princípio por Sen, principalmente pela consequência de, ao se objetivá-las através de um rol de capacidades, perder-se o caráter geral e universal pretendido para as mesmas.

Novamente, a nosso entender, trata-se de aspecto a ser dirimido na mesma lógica de combinação de vetores axiológicos de caráter universal, geral e abstrato; portanto, dentro da lógica de ponderação de princípios ou de valores que animam cada concepção de saúde como capacidade, funcionamento ou agência. Tais valores convivem harmoniosamente, como

vetores axiológicos, com os conflitos aparentes entre os mesmos sendo equacionados pela prevalência de um e outro valor à luz das circunstâncias individuais, específicas e concretas em que serão aplicados.

Ruger (28) traz sua contribuição a esta discussão das relações da saúde em abstrato e da saúde em concreto, quando distingue, conforme já visto, o que os indivíduos são capazes de fazer em um ambiente ideal, que denomina de capacidade de saúde (*health capability*), em contraposição a um ambiente real, que denomina de realização da saúde (*health achievement*). Lembramos que, para a autora, avaliar e entender a distância entre esses dois estados de coisas pode melhorar nossa capacidade de promover a capacidade de saúde.

Assim é que a saúde pode e deve ser pensada em termos universais, gerais e abstratos, inclusive como instância controladora das adequações que inevitavelmente serão reclamadas quando de sua aplicação às situações individuais, particulares e concretas da vida real. A movimentação entre as dimensões do universal e do individual, do geral e do específico, do abstrato e do concreto, quer ascendentemente, na busca de fundamentação, quer descendentemente, na busca de adequação, é uma movimentação complexa, exigindo rigor formal e ponderação que, a nosso entender, correspondem e tocam, em grande medida, à reflexão bioética.

O quarto aspecto que destacamos ressalta o fato de que as abordagens centradas no indivíduo, como é o caso da liberdade rawlsiana ou da liberdade substantiva proposta por Sen, ao menos em sua formulação inicial, afastam-se da contextualização imprescindível às aplicações reais e concretas e tendem, por exemplo, a abstrair a existência de grupos identitários dentro de uma sociedade, cuja consideração é indispensável à ideia de equidade.

A crítica feminista, a título de exemplo, questiona o fundamento abordagem metodológica rawlsiana de construção da equidade a partir do conceito abstrato de individualismo e de autonomia liberal, em detrimento do conceito mais realista de dominação patriarcal. Conforme aponta Catharine MacKinnon (110), o próprio pertencimento ao grupo não é matéria de escolha livre.

Na abordagem liberal de Rawls, indivíduos que “que não têm outra oportunidade que a de viver suas vidas como membros de um grupo são consideradas como se fossem indivíduos únicos” (p. 137)(110), decorrendo a relativização de suas características como integrante de um grupo e a "naturalização" das posições ocupadas como se fossem escolhas

livres, quando não são. Trata-se de crítica que, *mutatis mutandis*, pode ser reproduzida em relação a quaisquer grupos minoritários ou não hegemônicos dentro de uma sociedade.

A questão que se coloca, portanto, é a de saber se a abordagem das capacidades, tributária da doutrina rawlsiana, possui melhor aptidão para contemplar as demandas de saúde relacionadas aos grupos identitários como tais dentro de uma sociedade. Em outras palavras, no recorte que interessa à tese, a questão é saber se os funcionamentos e capacidades que compõem o conceito de saúde possuem aptidão para serem construídos, internamente e com liberdade, a partir da realidade de grupos marginados ou não hegemônicos que compõem a sociedade.

Na discussão das capacidades centrais, Nussbaum enfatiza a importância da abordagem das capacidades na compreensão da desigualdade de gêneros, uma vez que, ao colocar no foco da discussão, desde seu início, o acesso às capacidades para o ser e fazer individuais, torna possível identificar e enfrentar as desigualdades a que as mulheres estão submetidas no acesso aos recursos e nas oportunidades, em todos os âmbitos, desde o íntimo ou familiar até o político e público.

O primeiro capítulo de *Creating Capabilities* (20), denominado "A woman seeking Justice", narra a história de Vasanti, mulher indiana, pobre, vulnerável sob múltiplos aspectos: familiar, econômico, político e cultural. A narrativa revela um histórico de violência familiar e de enfrentamento de barreiras culturais que implicam, por exemplo, a rejeição da mulher divorciada, entre outros fatores adversos. Vasanti, entretanto, se beneficia de algumas medidas adotadas pelo poder público e por organizações não governamentais, a exemplo de ações de microfinanciamento, de apoio de grupo de outras mulheres em condições similares, que evolui para a participação política. A história de Vasanti pode ser traduzida em termos de oportunidades de desenvolvimento de funcionamentos e de capacidades que alteram drasticamente sua qualidade de vida.

No pluralismo nas sociedades contemporâneas, com a coexistência de diferentes padrões morais, a capacidade como liberdade individual mantém sua importância, inclusive pela possibilidade de permitir o questionamento de padrões, quaisquer que sejam sua matriz de formação.

Não obstante sua origem no bojo do pensamento liberal, a abordagem das capacidades volta-se ao tratamento da diferença e da desigualdade, apresentando vocação para

o manejo por grupos na compreensão e construção da própria identidade e para a construção de pautas reivindicatórias como grupo ou integrante de um grupo.

Novamente, a reflexão suscitada diz respeito à pauta bioética que encontra expressão, por exemplo, no contexto latino americano, nas bioéticas desenvolvidas a partir do sul, a exemplo da Bioética da Intervenção e da Bioética da Proteção, que, em perspectiva crítica em relação à bioética anglo saxônica e europeia, ampliam a dimensão e a função social e política da reflexão bioética, em vista da transformação das realidades específicas do hemisfério sul (111).

A contribuição da reflexão bioética na construção de soluções pelos próprios grupos marginados ou subalternizados, através do pensamento e da atuação política dentro de movimentos emancipatórios, tais como o movimento feminista, negro, LGBTQI+, dentre outros, assim como as soluções construídas a partir do sul, coincidem com a possibilidade de ponderação bioética à abertura de discursos plurais.

São inequívocos os benefícios das lutas emancipatórias referidas, e do conteúdo crítico por elas veiculado, para a evolução não meramente dos grupos mas das sociedades e da espécie humana como um todo. Um exemplo dessa contribuição pode ser identificado na crítica feminista que, com Carol Gilligan (112), origina as discussões contemporâneas acerca da Ética do Cuidado, cujos desdobramentos extrapolam a pauta feminista.

Jan Solbakk (113) destaca precisamente a relevância da abordagem da capacidade para a bioética, principalmente nos desdobramentos formulados por Nussbaum, pela conexão que proporciona entre direitos humanos e um conceito ampliado de desenvolvimento humano, transcendendo a visão antropocêntrica e combinando fatores internos (habilidades inatas ou construídas) e fatores externos (econômicos, políticos e sociais) na conformação de uma teoria normativa da justiça social.

Como procuramos evidenciar, os quatro aspectos apontados como problemáticos para a compreensão e a delimitação do conceito de saúde como funcionamento e como capacidade envolvem reflexões estreitamente ligadas à reflexão bioética em torno da saúde humana e da efetivação da justiça sanitária. No próximo capítulo busca-se demonstrar a vinculação das reflexões éticas e bioéticas suscitadas pela consideração da saúde como capacidade e funcionamento ao tema da equidade em saúde.

3 EQUIDADE EM SAÚDE NA DECISÃO JUDICIAL

Este capítulo visa, a partir da discussão empreendida nos capítulos anteriores, discutir a equidade em saúde na perspectiva da capacidade, bem como sua aptidão para aportar contribuições à decisão judicial em saúde no Brasil.

O capítulo está dividido em três seções, a primeira delas apresenta a discussão das especificidades da equidade em saúde na perspectiva dos funcionamentos e das capacidades, contrapondo-a a abordagens alternativas. A segunda seção trata da abordagem da equidade em saúde pelo STF. A terceira seção discute o procedimento de construção coletiva da decisão judicial como procedimento que permite aumentar a permeabilidade da decisão judicial à abordagem ética e bioética da equidade em saúde.

3.1 A EQUIDADE EM SAÚDE NA PERSPECTIVA DA CAPACIDADE

Com o fito de contrapor a perspectiva filosófica da equidade em saúde como uma teoria da justiça à sua expressão como princípio jurídico-constitucional, faremos nesta seção uma análise mais detalhada da questão da equidade em saúde na perspectiva da capacidade.

A pluralidade de concepções de justiça inevitavelmente conduz ao caráter também polissêmico do vocábulo equidade, que se torna um termo "guarda-chuva", abrigando diferentes as concepções de justiça, ainda quando considerada no âmbito restrito dos sistemas de saúde e da bioética, conforme é ilustrado por Paulo Fortes (114).

O autor, em pesquisa realizada junto a bioeticistas brasileiros entre 2007 e 2008, elenca as cinco ideias centrais de equidade mencionadas pelos entrevistados: 1) equidade é “tratar desigualmente os desiguais conforme suas necessidades”, posição que o autor entende estar relacionada à orientação ética de "a cada pessoa conforme sua necessidade"; 2) “equidade e desigualdades compensadas”, posição orientada à priorização, nos sistemas de saúde, da população com maior "vulnerabilidade", constituindo-se, portanto, no que pode ser denominada uma "discriminação positiva"; 3) "equidade e maximização dos benefícios", em uma perspectiva utilitarista da "maximização do bem estar/ minimização da dor e do sofrimento"; 4) “equidade e mérito social”, que corresponde à perspectiva aristotélica de que a

distribuição deve corresponder ao mérito social do indivíduo, operando no interesse da coletividade; 5) “equidade e direitos”, que alia discussão da equidade à linguagem do direito, em uma concepção de justiça atrelada à ideia de ordem jurídica.

Não obstante sua polissemia, a equidade referida à saúde possui contornos alguns especiais, que procuramos destacar nesta seção, fazendo remissão ao desenvolvimento da ideia de equidade em saúde no marco teórico dos direitos humanos e da justiça como equidade de Rawls, para, em seguida, abordá-la na perspectiva da abordagem da capacidade.

3.1.1 A Equidade em Saúde no Paradigma dos Direitos Humanos

O tema da equidade em saúde é objeto de múltiplas abordagens teóricas. Destacamos, em função de sua repercussão, os critérios desenvolvidos por Margaret Whitehead, dentro do paradigma dos direitos humanos, no artigo intitulado *The concepts and principles of equity and health* (115), no qual fixa a seguinte definição de equidade em saúde:

"A equidade em saúde implica que, idealmente, todos deveriam ter uma oportunidade justa de atingir todo o seu potencial de saúde e, mais pragmaticamente, que ninguém deveria estar em desvantagem para alcançar esse potencial, se isso puder ser evitado." (p.7)(115)

Baseada nessa definição, a autora aponta que o objetivo de uma política para a equidade e saúde não é eliminar todas as diferenças em saúde de modo a todos possuírem o mesmo nível e qualidade de saúde, mas, antes, reduzir ou eliminar aquelas que resultam de fatores que são considerados ou evitáveis ou injustos: "Portanto, a equidade está preocupada em criar oportunidades iguais para a saúde e em reduzir os diferenciais de saúde ao nível mais baixo possível" (p.7)(106). A autora propõe, então, uma série de princípios que deveriam nortear as políticas de saúde.

Braveman e Gruskin (116), também no paradigma dos direitos humanos, enfatizam a necessidade de clareza na definição da equidade em saúde de forma a permitir a medição, operacionalização e, conseqüentemente, a prestação de contas (accountability), das ações para sua efetivação. A expressão equidade é normativa, isto é, indica uma valoração, possui uma carga moral e ética, que a expressão igualdade não necessariamente possui. A equidade

em saúde poderia ser definida como a ausência de disparidades na saúde, ou nos principais determinantes sociais da saúde, entre grupos sociais com diferentes níveis de vantagem e desvantagem social subjacente.

Nessa concepção, a disparidade é um tipo particular de diferença ligada a fatores econômicos, sociais ou ambientais, que afetam adversamente grupos de pessoas que já sofrem sistematicamente maiores obstáculos sociais ou econômicos ao acesso à saúde com base em seu grupo racial ou étnico, religião, características socioeconômicas, estado civil, sexo, idade ou saúde mental, incapacidade cognitiva, sensorial ou física; orientação sexual ou gênero identidade, localização geográfica ou outras características historicamente ligadas à discriminação e à exclusão (117).

Ao colocar grupos de pessoas que já são socialmente desfavorecidas em desvantagem adicional em relação à sua saúde, a disparidade se torna especialmente perversa, pois a saúde é essencial não apenas para o bem-estar desses grupos, como também para a superação dos demais efeitos da desvantagem social.

O desafio do espalhamento da epidemia global de HIV/AIDS, os movimentos em favor da saúde da mulher, o aumento das emergências sanitárias e humanitárias internacionais, e a necessidade de mecanismos supranacionais atender àqueles que não tinham nacionalidade ou governo, entre outras causas, determinou, nas décadas de 80 e 90, um realinhamento entre a abordagem da saúde e dos direitos humanos.

Trata-se da ideia de que os direitos humanos, tomados como um todo, relacionam-se de forma complexa com os direitos à saúde e à assistência social. Essa estrutura foi apresentada por Mann et al (118), sugerindo que a promoção e proteção dos direitos humanos e promoção e proteção da saúde são fundamentalmente vinculadas.

Os autores combinam os conceitos modernos de saúde e de direitos humanos para afirmar que uma sociedade que realiza toda a amplitude dos direitos humanos produziria indivíduos e populações mais saudáveis. Por outro lado, a prática da saúde pública ou clínica em conformidade com as demandas dos direitos humanos levaria a melhores resultados para os níveis de saúde e também para a consecução de todos os direitos humanos em sua transversalidade.

3.1.2 A Equidade em Saúde no Paradigma da Equidade Rawlsiana

Norman Daniels (37) explora o raciocínio moral sobre a equidade em saúde a partir de argumentos alinhados com a teoria da justiça de Rawls. O argumento fundamental de sua abordagem é o de que ser saudável é um componente necessário e vital para a igualdade de oportunidades preconizada naquela teoria.

Os cuidados de saúde devem ser garantidos a todas as pessoas, porque uma sociedade justa garante a igualdade de oportunidades, e a saúde constitui parte importante da igualdade de oportunidades. As desigualdades em saúde nesse modelo seguem a divisão rawlsiana entre as decorrentes da loteria natural (as habilidades psicológicas e somáticas com que os seres seriam dotados no nascimento) e as decorrentes da loteria social (condições de vida precoce determinadas por família, casta, classe etc). Na teoria de Rawls a primeira classe é considerada uma desigualdade natural e sua teoria pretende atuar e corrigir apenas a segunda classe de desigualdades, por considerá-la arbitrária e, portanto, injusta.

Daniels reconhece os estudos sobre determinantes sociais da saúde e amplia o conceito de desigualdade injusta. Para resolver o problema busca identificar um grupo de 'necessidades de saúde' que sempre ensejariam as obrigações sociais e que mesclam causas relacionadas à loteria natural e social. Estas necessidades estariam relacionadas ao funcionamento típico da espécie, segundo o modelo de Boorse (87), e incluiriam: (1) nutrição adequada, (2) vida segura e condições de trabalho, (3) exercício e descanso, (4) serviços médicos, (5) serviços pessoais não médicos e sociais e (6) uma distribuição adequada de determinantes sociais da saúde.

O pressuposto é o de que indivíduos racionais, como os que estão por trás do véu de ignorância de Rawls, vão querer manter seu funcionamento normal, prosseguir e revisar seus planos de vida. Isto é, indivíduos racionais garantirão que as instituições sociais satisfarão aquelas seis "necessidades de saúde" objetivas dos cidadãos, como um instrumento para a realização dos seus planos de vida.

Daniels faz posteriormente correções sobre a sua própria abordagem inicial para inserir determinantes sociais mais amplos da saúde (38). Porém, em síntese, sua abordagem segue adotando a igualdade de oportunidades rawlsiana, com correções para as especificidades no tema saúde. Embora Daniels argumente que a justa igualdade de

oportunidades de Rawls, corrigida por sua abordagem "esteja no mesmo espaço da equidade de capacidade de Sen e Nussbaum" (p. 64–71)(37), o fato é que ela difere da abordagem da capacidade pelas razões que serão apontadas mais adiante nesta tese.

Em síntese: na abordagem de Whitehead (115), Braveman e Gruskin (116), acima expostas, os critérios que tornariam iníquas as diferenças em saúde, separando, portanto, a equidade da desigualdade em saúde, seriam o fato das mesmas serem evitáveis, desnecessárias, razoáveis e injustas (*differences which are unnecessary and avoidable but, in addition, are also considered unfair and unjust.*) (p.5)(115). Nessas hipóteses, as sociedades teriam a obrigação de agir para prevenir e mitigar os comprometimentos a saúde gerados pelas referidas disparidades.

Mann et al (118) e Daniels (37) laboram, em sentidos semelhantes, para a maior abrangência do conceito formulado por Whitehead. O que não impede que este siga sujeito a críticas a partir da perspectiva da capacidade. A principal delas é a de que a questão da equidade em saúde não pode estar delimitada meramente pela desigualdade em saúde, como ficará evidenciado no próximo tópico com as críticas feitas por Venkatapuram e pelo próprio Sen, aos conceitos fundados no paradigma dos direitos humanos e da teoria da justiça fundada em Rawls acima expostos.

3.1.3 A Crítica à Equidade no Paradigma Rawlsiano

Venkatapuram (22), reconhecendo a grande influência do conceito de Whitehead na motivação de políticas públicas e de movimentos internacionais pela promoção da equidade em saúde nas últimas décadas, aponta alguns aspectos problemáticos da conceituação.

Para o autor, apesar de sua articulação detalhada, persiste uma falta de clareza no conceito sobre o escopo e o objetivo da preocupação moral e da ação política sobre a disparidade, especialmente em sua aplicação a diferentes países e contextos morais e políticos.

O questionamento feito é se a preocupação moral sobre "diferenças de saúde" está relacionada apenas aos padrões de distribuição das disparidades entre os grupos sociais, ou se deve atentar para dimensões outras, tais como: os níveis absolutos de funcionamentos e

potencial de saúde, os tipos de causas e consequências das disparidades, as possibilidades concretas de mitigação, ou, ainda, o conjunto de todas essas dimensões. Questina-se, principalmente, se o objeto da preocupação e ação seriam exclusivamente as diferenças intergrupais ou deveriam abranger desigualdades interindividuais, internas aos grupos.

A parte dessa ambiguidade nos aspectos gerais, Venkatapuram aponta uma falta de clareza também no corte oferecidos pelo conceito entre evitável e inevitável. O inevitável pode dever-se à falta de recursos ou insuficiência do conhecimento epidemiológico sobre etiologia, controle ou tratamento.

Nesses casos, o inevitável pode ser uma questão de tempo e local determinados, resultante do nível de investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Os recursos financeiros e capacidades institucionais limitados são razões óbvias e significativas da persistência de restrições ao gozo da boa saúde em países pobres. Nesse contexto, a maioria das disparidades em saúde se tornaria inevitável, não podendo ser identificadas como iniquidades socialmente acionáveis.

Também se poderia questionar a delegação do critério do inevitável, que se pretende ético, para a instância do conhecimento científico ou epidemiológico. Isso significaria permitir que a experiência epidemiológica definisse o escopo e conteúdo da ética, em vez da ética conduzir o propósito e escopo da ciência e da epidemiologia.

O conceito, embora produzido no paradigma dos direitos humanos e fazendo referências à teoria da justiça como equidade, assume na verdade uma visão utilitarista e cosequencialista, que prevalece sobre qualquer visão ética deontológica. Ao focar exclusivamente as desigualdades ou disparidades inter-grupais, haveria dificuldade de se utilizá-lo nas abordagens sob a perspectiva de um direito humano individual.

A parte eticamente mais preocupante dos três critérios (desigualdade desnecessária, evitável, não razoável e injusta) talvez seja precisamente como lidar com indivíduos com deficiências em saúde que sejam inevitáveis e necessárias.

Trata-se da resposta social aos indivíduos vulneráveis nessas condições, que não pode ser apenas o silêncio do conceito. Esses indivíduos vulneráveis não podem ser empurrados para fora das margens da preocupação moral, como já discutido nesta tese ao tratarmos da perspectiva dos funcionamentos de Maria Clara Dias (25).

A contribuição de Mann et al (118), embora inovadora ao trazer a observância dos direitos humanos na análise das causas, distribuição e respostas sociais às questões de saúde, não deixa de apresentar alguns problemas. Direitos humanos não são coisas naturais, mas afirmações éticas sobre reivindicações, privilégios, liberdades, imunidades e poderes em relação a várias capacidades humanas. Isso pode gerar mal-entendidos desnecessários e evitáveis e prejudicar a importante análise científica das vias causais e distribuição de deficiências.

A estrutura de saúde e direitos humanos pode ser (e de fato é) muito poderosa se suplementar, em vez de tentar substituir, a análise dos múltiplos dimensões das deficiências e da mortalidade que constituem as assimetrias em saúde.

Em síntese: Venkatapuram pondera que, embora louvável na motivação de combate à disparidades intergrupais o paradigma dos direitos humanos é insuficiente como uma estrutura ética para o tratamento da equidade. Isso porque confia demasiadamente na capacidade das instituições e nos conhecimentos científicos já existentes e impede, dessa forma, a avaliação ética abrangente das causas, persistência, níveis, conseqüências variáveis e padrões de distribuição das restrições à saúde, assim como dos possíveis remédios sociais. Estas são dimensões da saúde humana, a par de outras, que também possuem relevância moral.

Por outro lado, não podemos justificar direitos, em sua dimensão ética, apontando instrumentos legais. O raciocínio na verdade é oposto. O campo ético produz valores e estes consagram determinados direitos humanos. Ou seja, o raciocínio ético produz direitos e não vice-versa. O raciocínio ético deve debruçar-se sobre indivíduos e suas condições de saúde, não se limitando aos direitos que já lhe foram historicamente reconhecidos.

A abordagem da capacidade, ao fornecer um conceito coerente de saúde como capacidade e uma teoria de sua causalidade e distribuição, torna a saúde parte da discussão sobre os princípios primeiros de organização social e colabora para construir um direito humano à capacidade de ser saudável. Se atualmente, não existem capacidades para lidar com restrições de saúde não razoáveis ou injustas, a ética deveria nos obrigar a criá-las.

Melhorias substanciais na equidade em saúde exige mudanças sociais também significativas, exige recursos, políticas governamentais intersetoriais, participação social e assim adiante. A avaliação ética das desigualdades em saúde requer, mais do que um conjunto

de princípios casuísticos, que coloquemos a saúde no centro de nossa teorização sobre justiça social.

3.1.4 A Equidade em Saúde na Perspectiva da Capacidade

O aspecto fundamental da peculiaridade da equidade em saúde destacada por Sen é a instrumentalidade da qual a saúde se reveste em relação às demais dimensões da vida humana e, por consequência, da equidade em saúde em relação à ideia de equidade e em geral. Este caráter é explorado por Amartya Sen em um artigo publicado em 2002 com o título "Por que a equidade em saúde?" (12).

Sen aborda nesse artigo três temas: 1) a natureza e a importância da equidade em saúde; 2) a insubsistência dos motivos normalmente alegados para afastar a centralidade da equidade em saúde como uma questão política sobre a qual se concentra no âmbito sanitário; 3) as questões difíceis a serem enfrentadas para uma compreensão adequada das demandas de equidade em saúde.

Descreveremos aqui a abordagem feita por Sen dos dois primeiros assuntos, por entendermos serem iluminadores dos motivos pelos quais a equidade em saúde se torna um tema central para a discussão ética das possibilidades e limites da abordagem das capacidades em saúde.

No primeiro tema, relembra o que em a *Desigualdade Reexaminada* (16) já havia afirmado acerca de que nenhuma teoria da justiça no mundo contemporâneo poderia ter plausibilidade se não valorizasse a igualdade em algum espaço considerado importante ou valioso para essa teoria.

Assim, um defensor da igualdade de renda proporá distribuição equânime de rendimentos; o defensor de determinada ideia de democracia proporá igualdade de direitos políticos; um defensor de determinado ideal libertário exigirá liberdades iguais; um conservador do direito de propriedade insistirá na igual titularidade da propriedade.

Isto é, cada um defenderá a igualdade em termos de alguma variável à qual é dada uma posição central em suas respectivas teorias. Mesmo teorias que focam algum aspecto

agregador, como o utilitarismo de Bentham, envolvem uma conexão com a igualdade no modo de obtenção dos agregados simples na consecução de uma utilidade global.

Um aspecto que é importante salientar é que a escolha desse espaço ou variável não é uma escolha caprichosa do pensador. Pelo contrário, ela reflete o problema sobre o qual o pensador se debruça. Reflete, portanto, a experiência histórico-cultural da sociedade em que a teoria é desenvolvida. A teoria de justiça, na verdade, é uma construção histórica refletindo as diversas tentativas de equacionamento dos problemas sociais e dos dilemas morais enfrentados, em diferentes sociedades e em diferentes momentos históricos.

Sen pondera que a igualdade, como ideia abstrata, não possui poder de corte e que o verdadeiro trabalho começa quando da especificação do espaço informacional em que se vai trabalhar. Isto é, da variável que se pretende igualar e das regras que serão utilizadas para definir o equitativo em seus aspectos agregativos e distributivos. Em outras palavras, o conteúdo das teorias da justiça distributiva volta-se a responder as seguintes perguntas: igualdade de que? equidade de que forma?

No equacionamento dessas questões é que a saúde se torna uma preocupação crítica, fazendo de sua equidade uma preocupação central para a compreensão da justiça social. Dessa forma, a especificação de uma teoria da justiça, no espaço sanitário, só está completa quando leva em conta as várias e distintas formas pelas quais a saúde entra na consideração da justiça social. Segundo Sen, a equidade em saúde possui uma natureza inescapavelmente multidimensional, o que não exime a sua disciplina de uma tentativa de avaliação racional.

As considerações acerca da centralidade da equidade em saúde para uma teoria da justiça derivam de algumas considerações: 1) a relevância da saúde é um constituinte criticamente significativo das capacidades humanas; 2) a relevância da justiça nos processos e procedimentos; 3) a maneira como a alocação de recursos e os arranjos sociais ligam a saúde a outros aspectos da organização da sociedade.

1) a relevância da saúde é um constituinte criticamente significativo das capacidades humanas: Sen afirma que qualquer concepção de justiça social que aceite a necessidade de uma distribuição equitativa e também de uma exploração eficiente das capacidades humanas não pode ignorar o papel da saúde nas oportunidades de se ter vida saudável, sem doenças e sofrimentos evitáveis ou mortalidade prematura. Discorrendo que "a equidade na realização e

na distribuição de saúde está incorporada e embutida em uma ampla noção de justiça" (p. 303)(12).

Deduz ainda que é particularmente importante para uma teoria da justiça a consideração da falta de oportunidade que decorre: não de decisões pessoais, como as de estilos de vida, assunção consciente de riscos, etc, mas sim de arranjos sociais inadequados, como a pobreza, a exclusão e as enfermidades e epidemias decorrentes dessa condição. O que leva a uma importante distinção entre a realização da saúde e a capacidade de obter boa saúde, que pode ou não ser praticada. Assumindo-se porém que o ser humano, quando possua real oportunidade de escolha, tenha a tendência de dar prioridade à boa saúde.

Outra distinção relevante, segundo o autor, é entre realização e capacidade, por um lado, e serviços oferecidos, incluindo o atendimento à saúde, por outro. O argumento pela equidade em saúde não pode ser apenas uma exigência sobre o serviços oferecidos, porque os fatores que podem contribuir para a conquista e a perda da saúde e, conseqüentemente, para a capacidade de ser e manter-se saudável, vão muito além do atendimento à saúde.

Combinando predisposições genéticas, renda individual, hábitos alimentares, estilos de vida, ambiente epidemiológico, condições de trabalho, etc., projeta-se a questão da saúde e capacidade em saúde para âmbitos mais amplos do que o do "atendimento. Em síntese: "equidade na saúde não pode ser entendida em termos de distribuição de atendimento de saúde"(p. 304)(12)

2) a relevância da justiça nos processos e procedimentos: esta segunda consideração proposta por Sen diz respeito ao que denomina: "justiça nos processos e procedimentos", que possui, segundo o autor, inescapável relevância para a justiça social. Este ponto, tratado nesta tese ao apresentar-se a abordagem das capacidades em seu aspecto geral, diz respeito a que a base informativa da justiça não pode consistir apenas em informação sobre capacidade, pois, além dos resultados vistos isoladamente, a capacidade de realizar resultados valorizados, os processos também são importantes.

Em outras palavras, esta consideração diz respeito à insuficiência de se trabalhar com um retrato estático da detenção de capacidades, sendo relevante o caráter dinâmico de desenvolvimento das mesmas. Como determinadas capacidades são instrumentais para a obtenção de outras subsequentemente.

O que significa também entender como se sai de uma determinada configuração de distribuição de capacidades para se chegar a uma outra distribuição, mais equitativa e justa. Sen alerta que o "aspecto processual da justiça e da igualdade exige alguma atenção, sem necessariamente ocupar o centro das atenções" (p. 304)(12).

3) a maneira como a alocação de recursos e os arranjos sociais ligam a saúde a outros aspectos da organização da sociedade: a terceira consideração traz a ponderação de que a equidade em saúde não pode se ocupar apenas da igualdade na atenção à saúde, mas deve levar em conta a maneira como a alocação de recursos e os arranjos sociais ligam saúde e outros aspectos da organização da sociedade.

Sen exemplifica com o caso de um indivíduo muito rico A, que pode pagar por um tratamento muito caro de saúde, comparado com um indivíduo B, com a mesma enfermidade e que não tem condições de arcar com os custos do mesmo tratamento. Nessa situação há uma clara desigualdade na saúde, que desafia a discussão acerca da equidade em saúde em diferentes panoramas: admitir o acesso privilegiado do rico; impor compartilhamento de recursos para minorar o sofrimento de ambos e dar chances iguais de cura a ambos; vedar o acesso a recursos não universalizáveis, etc.

Sen conclui que a redução da desigualdade na saúde não promove necessariamente a equidade em saúde, pois é necessário pensar mais além, na possibilidade de se fazer arranjos diferentes de alocação de recursos ou instituições políticas e sociais. As questões mais importantes na políticas em torno dos cuidados de saúde são profundamente dependentes da alocação geral de recursos para a saúde em vez de meros arranjos distributivos dentro das ações e serviços de atenção à saúde, como a ideia de "acionamento" de serviços de saúde pode sugerir.

Em outras palavras: a extensão da desigualdade em saúde não dá, isoladamente, informação adequada sobre a equidade em saúde. Ou seja, a violação da equidade não pode ser julgada meramente a partir da desigualdade em saúde entendida restritamente como desigualdade no acesso ao atendimento ou aos recursos sanitários.

A equidade em saúde, por outro lado, não pode ser reduzida ao conceito de desigualdade em saúde. Desigualdade em saúde não pode ser identificada direta e univocamente com a equidade em saúde, porém possui interesse em si mesma e como elemento fundamental para compreender a noção mais ampla de equidade em saúde. Nas

palavras de Sen: “Não se pode identificar as desigualdades em saúde com a iniquidade em saúde, mas aquelas são indubitavelmente importantes para esta. Não há contradição alguma, uma vez que consideramos a equidade em saúde como um conceito multidimensional” (p. 305)(12).

As três considerações de Sen demonstram a complexidade das relações entre a desigualdade em saúde e a equidade em saúde, bem como a profunda interligação de ambas com a própria concepção de justiça social. A equidade em saúde emerge das mesmas, não apenas como um objetivo relevante em si mesmo, mas também como um instrumento fundamental para a efetivação da justiça distributiva e da justiça social em termos mais amplos.

Na sequência de seu artigo, Sen rebate alguns argumentos contrários à importância que ele aporta à equidade em saúde, resumidos em quatro questões: 1) se demandas distributivas, em geral, seriam realmente relevantes; 2) se as demandas distributivas seriam realmente relevantes para a realização da saúde em particular; 3) se assumirmos as ideias amplas e gerais de equidade e justiça social, por que precisamos da noção mais restrita de equidade na saúde, que, nessa perspectiva, poderia figurar na análise da equidade em geral, sem necessidade de ter um status por si própria. 4) se a equidade na saúde não se subordinaria à consideração de equidade na distribuição de recursos, tais como da renda ou do que Rawls denomina "bens primários".

1) se demandas distributivas, em geral, seriam realmente relevantes: nesta objeção caberia, por exemplo, o argumento utilitarista de minimizar as exigências distributivas em benefício da maximização da soma total de utilidades. Os contra-argumentos podem ser encontrados na própria crítica rawlsiana ao utilitarismo clássico, por este não levar em conta, adequadamente, a distinção entre as pessoas e o fato de que cada pessoa merece consideração em si, o que contraria a visão de indiferença na distribuição. Especificamente no campo da saúde, temos o fato de existir os limites abaixo dos quais não se pode reconhecer a vida digna, ou acima dos quais uma pessoa não pode se tornar mais e mais saudável, frustrando, nesses extremos a lógica incremental aritmética de maximização utilitarista.

2) se as demandas distributivas seriam realmente relevantes para a realização da saúde em particular: aqui, a ponderação feita por Sen é a de que, em saúde, qualquer redução da doença de qualquer pessoa deve ser vista como importante e deveria ter a mesma prioridade, independentemente do nível geral de saúde. Sen faz a crítica da utilização do

índice DALY (anos de vida ajustados pela incapacidade), precisamente por sua indiferença à distribuição.

Essa indiferença acaba funcionando de forma perversa, acrescentando mais desvantagem relativa a uma pessoa já em desvantagem em razão da incapacidade ou da doença crônica, fazendo com que ela receba menos atenção médica. Sen cita o fato de os próprios fundadores da abordagem QALY (anos de vida ajustados à qualidade) tem sido veementes a respeito de ajustar o índice por considerações distributivas (119). Ainda que não levássemos em conta o caráter de funcionamento e capacidade fértil de que se reveste a saúde, isto é, como funcionamento e capacidade que propaga seus efeitos benéficos, produzindo ou incrementando novos funcionamentos, não haveria nenhuma razão em particular para excluí-la de considerações distributivas, num contexto de consideração da equidade em geral.

3) se assumirmos as ideias amplas e gerais de equidade e justiça social, por que precisamos da noção mais restrita de equidade na saúde, que, nessa perspectiva, poderia figurar na análise da equidade em geral, sem necessidade de ter um status por si própria: Sen pondera que esta objeção teria algum sentido, se equidade em saúde fosse desvinculada da equidade e da justiça em geral. Ou seja, diversamente de tudo que visa demonstrar no artigo. A equidade em saúde não apenas está inserida na estrutura mais ampla da equidade geral, mas também apresenta características especiais que precisam forçosamente ser incluídas na avaliação da justiça como um todo. A saúde é central em nosso bem estar, refletindo, portanto, em qualquer teoria da equidade que o leve em conta.

4) se a equidade na saúde não se subordinaria à consideração de equidade na distribuição de recursos, tais como da renda ou do que Rawls denomina "bens primários": aqui, novamente, Sen opõe o fato de que o estado de saúde de uma pessoa é influenciado por diversos fatores, irredutíveis à ideia de renda ou bem primário. Uma abordagem adequada de política de saúde tem de levar em conta não apenas a influência de fatores sociais e econômicos gerais, mas também uma variedade de outros parâmetros, como deficiências pessoais, predisposições individuais a doenças, riscos epidemiológicos regionais, influências climáticas e ambientais, etc. Uma teoria apropriada de equidade em saúde tem que dar conta de todos ou de boa parte desses fatores.

O artigo expõe ainda a necessidade de consideração dos processos e procedimentos para a realização das capacidades em saúde. Distinguindo-se igualdade em realizações da saúde, através das capacidades e liberdades correspondentes, da igualdade na distribuição dos

recursos em saúde. Embora estes tenham relevância para aquelas, é através da consideração dos processos que a igualdade na realizações da saúde ocupa o território central da equidade em geral e da equidade na saúde em particular.

3.1.5 Uma Crítica às Considerações de Sen: Equidade para Quem?

Vimos acima que Sen considera que a especificação da ideia abstrata de igualdade exige responder duas perguntas: igualdade de que? equidade de que forma? A crítica que se segue, liga-se a uma terceira pergunta que, ao menos expressamente, não foi considerada pelo autor: igualdade de quem? conforme salientado por Henrique Brum (120)

Tal questionamento está no ponto de partida da formulação da perspectiva dos funcionamento de Dias (25). A ponderação inicialmente feita pela autora é precisamente acerca da universalidade do juízo moral, da busca de um critério de correção dos enunciados morais que acaba determinando também quem são os sujeitos morais.

A questão é respondida em Dias com a inclusão de seres humanos e não humanos, animados e inanimados, que não detenham ou detenham de forma reduzida a capacidade de cognição e de racionalização dos próprios funcionamentos e capacidades e que conformam o conjunto abrangente dos concernidos em sua teoria da justiça.

Na abordagem original de Sen, o indivíduo é pensado como indivíduo concreto, nisto se distinguindo da abordagem rawlsiana de indivíduos idealizados abstratos, envoltos no véu da ignorância. A abordagem considera os indivíduos, suas capacidades e funcionamentos, em termos concretos. Ao mesmo tempo, repele, como vimos, a ideia de especificação de um núcleo de capacidades e funcionamentos básicos ou centrais na formulação de uma teoria da justiça. Para Sen a abordagem é útil à formulação de teorias da justiça, mas não se constitui, em si, como uma teoria da justiça.

Esta posição é sustentada em conformidade com a ideia de liberdade individual que anima a abordagem. É o próprio indivíduo que deve eleger os funcionamentos e capacidades relevantes. A racionalidade da escolha é objeto do autoescrutínio. Essa liberdade é que permite ao indivíduo expandir seus funcionamentos e capacidades e assim reforçar a sua

condição de agente. Por ser liberdade, não pode admitir delimitações, como a especificação de um grupo de funcionamentos e capacidades básicas.

O grande problema de uma teoria da justiça suportada apenas nessa posição de Sen é que ela deixaria de fora os seres, e o interesse de seres, que, transitoriamente ou definitivamente, não se encontrem em condições de exercer o autoescrutínio, ou, em outras palavras, exercer por si mesmos as liberdades substantivas preconizada na abordagem da capacidade.

Deixaria de fora na verdade, todo e qualquer ser humano que, ao menos em algum momento de sua vida, está impossibilitado de exercer o autoescrutínio e a liberdade de escolha, como: crianças, idosos, adultos privados parcial ou totalmente de exercerem por si mesmos e livremente as próprias escolhas. Deixa de fora também seres não humanos que não poderiam ser relegados a condição de mero objeto de uma teoria moral.

Deixa de fora interesses que não se subordinam ao interesse do agente racional que exerce a liberdade substantiva, como os relacionados ao meio ambiente e às responsabilidades intergeracionais. Interesses dessa ordem, embora não se subordinem, repercutem sobre as questões de saúde e do direito à saúde, e, por tal motivo, também conformam a discussão em torno da equidade em saúde.

Entendemos que apenas uma teoria eclética de justiça, fundada em funcionamentos e capacidades, poderia dar conta da questão da equidade em saúde na amplitude acima delineada. Essa teoria devendo ter a característica da generalidade que a complexidade e o caráter multidimensional da saúde pressupõe e, ao mesmo tempo, focar e dar conta das peculiaridades das circunstâncias concretas de aplicação.

3.1.6 A Equidade em Saúde no Marco Teórico da Abordagem da Capacidade

Lasse Nielsen (121), após analisar os pontos de vista de Sen, Daniels, Nussbaum e Venkatapuram, resume em três argumentos os motivos pelos quais a saúde se constituiria em uma capacidade ou funcionamento relevante sobre as demais capacidades e funcionamentos em qualquer concepção de justiça: 1) o argumento do funcionamento em saúde: algum nível de saúde é importante para a vida das pessoas, não importando sua própria percepção de valor

(e, portanto, de justiça) em alcançar esse nível de saúde; 2) o argumento do funcionamento-fértil: algum nível de saúde é instrumentalmente valioso porque se constitui como pré-requisito para o acesso efetivo a quaisquer outras capacidades valiosas; 3) o argumento da agência em saúde: liberdade de escolhas com relação às decisões que afetam o nível de saúde de uma pessoa é intrinsecamente valiosa para qualquer ideia de justiça.

Compartilhamos esse ponto de vista, que implica dizer que um conceito abrangente da equidade em saúde deve ter como ponto de partida o entendimento da saúde como um conjunto de funcionamentos e de capacidades que são relevantes em si mesmos. Um nível adequado dos funcionamentos e das capacidades é um requisito básico para qualquer concepção de justiça e de equidade em saúde.

Um segundo ponto a ser considerado na equidade em saúde é que, para definí-la, não basta um retrato estático desse grupo de funcionamentos e capacidades. Isto porque é preciso considerar também o caráter dinâmico, processual pelo qual os funcionamentos e as capacidades são adquiridos.

A equidade em saúde é resultado também de um desenvolvimento histórico. Há um modo particular, processual, em que cada indivíduo, grupo ou população desenvolve e se apropria de cada funcionamento ou capacidade.

Esse processo comporta inclusive causas e efeitos intergeracionais da desigualdade, que desafiam reflexões sobre a equidade intergeracional (122), tratada na perspectiva ético filosófica por Jonas (123) e na perspectiva política por Weiss (124). São fatores que, evidentemente, tornam mais complexas as ponderações acerca da justiça dos processos mencionadas por Sen.

A experiência da desigualdade, especialmente se analisada em suas diferentes matrizes causais (renda, raça, gênero, sexualidade, etc) não pode ser entendida simplesmente como ausência de acesso a oportunidade ou recurso.

As desigualdades fundadas na discriminação, por exemplo, podem não corresponder simplesmente à negação de acesso a bens primários, como um meio instrumental de realização de projetos de vida. Elas podem envolver outros processos psicobiológicos que resultam em danos diretos e no comprometimento de funcionamentos e capacidades, com repercussão para a saúde e qualidade de vida.

A complexidade acima delineada sugere que a equidade em saúde deva estar fundada em algo mais do que a mera igualdade de oportunidades, de recursos, ou na mera igualdade no acesso a ações e serviços de saúde. O espaço dos funcionamentos e das capacidades aborda diretamente os fatores que habilitam indivíduos e grupos a realizarem seus projetos de vida ou a exercitarem seus funcionamentos, valiosos em si mesmos. Constitui-se, portanto, em um espaço instrumental intrinsecamente valioso.

Assim, equidade em saúde traduz-se na garantia, proteção e promoção do acesso individual e coletivo aos funcionamentos e capacidades, valiosos e necessários em si mesmos para a consecução do viver digno e saudável.

3.2 A EQUIDADE EM SAÚDE NA ABORDAGEM DO STF

Analisaremos nesta seção a forma como o princípio da equidade em saúde é acolhida no sistema jurídico-constitucional brasileiro à luz da interpretação que lhe dá o Supremo Tribunal Federal. Primeiramente abordaremos a jurisprudência do STF em saúde, para, em seguida, analisar a forma como, nessa jurisprudência, se dá a interpretação do princípio da equidade.

3.2.1 Jurisprudência do STF em Saúde

Podemos dividir o estudo das decisões do STF sobre o direito à saúde, no período que permeia os trinta anos de vigência da Constituição de 1988, em três fases distintas. Adotamos, com alterações, as divisões sugeridas por Balestra Neto (125) e por Pedron e Duarte Neto (126), nas respectivas análises que fazem da evolução dessa jurisprudência.

Temos assim: 1) a primeira fase corresponde à afirmação da força normativa da Constituição e ao reconhecimento da eficácia imediata das normas constitucionais programáticas sobre o direito fundamental à saúde; 2) a segunda fase corresponde a uma reação à jurisprudência afirmativa do direito à saúde da primeira fase e é caracterizada pela tensão entre os limites da obrigação do Estado, expressa na tese da reserva do possível, e a

garantia do direito fundamental à saúde, expressa nas tese do mínimo existencial e da proporcionalidade como vedação da insuficiência; 3) a terceira fase corresponde à tentativa de estabelecer critérios técnico-administrativos estruturantes da gestão da saúde pública, por um lado, e, da atuação jurisdicional em saúde, por outro.

1) primeira fase: a Constituição de 1988 acompanhando a evolução da doutrina dos direitos humanos econômicos e sociais, passou a garantir a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. No caso brasileiro, isso implicou a concepção de um sistema público universalista e igualitário de cuidados em saúde.

A primeira fase da jurisprudência do STF, em função da nova ordem constitucional estabelecida, afirma-se em face da jurisprudência anterior, que, em regra, negava a possibilidade de interferência do judiciário nas questões em torno das políticas públicas de saúde, negando, portanto, aplicação imediata às disposições constitucionais alusivas às prestações de ações e serviços de saúde.

As disposições constitucionais eram entendidas como normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, isto é, cuja implementação concreta dependeria da complementação por legislação complementar e da prévia e expressa dotação orçamentária. Um exemplo paradigmático dessa jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pode ser encontrado no Recurso em Mandado de Segurança número 6564/RS, julgado em 23 de maio de 1996, que afirmava:

In casu, consoante se observa da inicial e demais peças do processo, a impetrante invoca, a favor de sua pretensão, regras constitucionais (art. 6º, 195, 196, 204 e 227) que, na lição dos constitucionalistas, constituem “normas programáticas”, ou, em outras palavras, “normas de eficácia limitada”. Essas normas, embora tenham imediata aplicação, “não têm força para desenvolver-se integralmente” – ou não têm eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de normatividade ulterior – ou de legislação complementar. [...] A satisfação do direito pleiteado, inclusive com base no preceito da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), demandaria previsão expressa de dotações orçamentárias – e com fim específico – ao menos, como acentuou a autoridade coatora, ao nível dos programas aprovados e desenvolvidos pelos serviços de saúde pública, os quais, por seu turno, em sua execução, sujeitam-se ao rigoroso sistema de controle orçamentário. (127)

A jurisprudência do STF, opondo-se a esse entendimento, passa a afirmar a fundamentalidade do direito à saúde como uma emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana e firmando o entendimento de que as normas que impõe ao Estado obrigações relacionadas ao direito à saúde são de eficácia imediata, como expressão das liberdades reais e concretas protegidas, impondo ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente é cumprido com a adoção de providências concretas para promover, em plenitude, a satisfação efetiva dessa prestação.

Em outras palavras, a jurisprudência do STF e dos demais tribunais brasileiros passam a reconhecer no direito constitucional à saúde como um direito subjetivo individual e coletivo de exigir diretamente a satisfação das prestações concretas de saúde e não meramente o direito subjetivo à edição de normas e à formulação de políticas públicas de saúde. A decisão paradigmática foi dada no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário número 271.286/RS, julgado em 12 de setembro de 2000, do qual destacamos:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. [...] Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar o Ministério Público e o Poder Judiciário naquelas hipóteses em que órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (128)

2) segunda fase: a discussão jurídica em torno dos limites materiais impostos à consecução dos direitos fundamentais, marcadamente dos direitos sociais, cristalizou-se ao redor de duas figuras que passaram a ser conhecidas na doutrina jurídica e na jurisprudência como "reserva do possível" e "mínimo existencial". São dois eixos que instrumentalizaram a discussão sobre a razoabilidade dos sacrifícios imponíveis ao indivíduo e à sociedade na

consecução dos direitos fundamentais. É importante fazer uma breve digressão sobre a natureza desses institutos para avaliar suas repercussões sobre a questão da equidade.

Na busca de uma definição da natureza jurídica da reserva do possível, instituto oriundo da doutrina constitucional alemã (129), a doutrina brasileira tentou entendê-la, entre outras possibilidades, como: um limite real oposto à consecução dos direitos fundamentais; uma cláusula geral do ordenamento jurídico; um princípio autônomo; um traço característico dos direitos fundamentais; ou, ainda, uma restrição ou limite a eficácia desses direitos (130).

Entendemos que a reserva do possível, não sendo um princípio ou valor com a mesma estrutura e status dos direitos fundamentais, deve ser considerada uma condição ou restrição imposta aos direitos fundamentais. Neste caso, uma questão, na raiz do problema, é entender se a condição ou restrição integraria ou não a própria concepção do direito fundamental que condiciona ou restringe.

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

O problema da posição é sua aplicação problemática. Ao se admitir limitações intrínsecas ao direito fundamental, independentemente da conflituosidade que emergirá apenas quando da sua aplicação concreta, não se favorece o amadurecimento da teoria em relação à reserva do possível como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

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

Alexy (57) alerta que decidir-se entre uma e outra teoria depende de como se concebem os direitos fundamentais. Para o autor, os direitos fundamentais são veiculados por princípios que estabelecem posições jusfundamentais *prima facie*, passíveis de ponderação e de restrição. As reservas, portanto, são algo externo que se interpõe entre a posição jusfundamental *prima facie* e a sua garantia definitiva como direito subjetivo fundamental. O que se restringe é a posição *prima facie*, e não a posição definitiva.

Sarlet e Figueiredo (131) lembram que a restrição imposta pela reserva do possível não deveria ser condicionada apenas pela disponibilidade do recurso ou pelo poder de disposição do Estado, mas, sobretudo, por um critério de proporcionalidade expresso em termos daquilo que se pode razoavelmente exigir da sociedade como um todo em benefício de seus membros. Este elemento da ponderação implicaria evidentemente a necessidade de se discutir a possibilidade de universalização das pretensões em saúde deduzidas perante o judiciário e, que, inequivocamente, se conecta com a questão do equitativo e do justo em saúde.

O mínimo existencial se contrapõe à reserva do possível na medida em que nele se busca identificar um âmbito de bens protegidos que sempre seriam exigíveis perante o Estado, não comportando as limitações acima referidas. Contra esse núcleo mínimo de bens, não se poderiam opor restrições de ordem financeira ou orçamentária, sob pena de nulificar objetivos mínimos de garantia da dignidade da pessoa humana que fundam a própria razão de ser do Estado (132).

O STF pronunciou-se sobre o tema do mínimo existencial:, por exemplo, na Medida Cautelar em Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45 e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo número 639337, nos seguintes termos:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (133)

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à

proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (134)

Outro mecanismo construído pela jurisprudência da corte constitucional alemã no sentido de dar garantias à implementação de direitos fundamentais é o critério da proporcionalidade como valor suprapositivo do Direito. No âmbito dos direitos de defesa diante do poder estatal, o critério de proporcionalidade é empregado no sentido da vedação do excesso (*Übermaßverbot*). No âmbito dos direitos sociais à prestação estatal, o critério de proporcionalidade é utilizado no sentido da vedação da insuficiência (*Untermaßverbot*)(135). A proibição da insuficiência exige que o legislador e o administrador, obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos nela pressupostos (136).

O preceito da proporcionalidade como vedação da insuficiência é decomposto pela doutrina em três preceitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesta medida, uma determinada ação estatal deve ser: 1) adequada ao fim normativamente estabelecido (adequação); 2) dentre as diversas possíveis, deve ser a que melhor alcança esta finalidade, ou seja, a que mais satisfaz (em sentido positivo) os direitos fundamentais envolvidos, causando os menores danos (em sentido negativo) aos direitos fundamentais de outros (necessidade), e 3) a importância da satisfação da prestação deve ser de tal monta que justifique a intervenção em direitos fundamentais de outros (proporcionalidade em sentido estrito) (129).

Em face de seu papel na ponderação entre princípios fundamentais, o critério de proporcionalidade como vedação da insuficiência impõe ao aplicador do Direito o ônus argumentativo sempre que a colisão fundamental de direitos for invocada como óbice à consecução das prestações sociais positivas. Ressalta-se portanto, nessa construção o processo de construção da decisão que se expôs no Capítulo 1 desta tese.

3) terceira fase: o crescimento exponencial das demandas judiciais em saúde, acompanhada de um crescimento também exponencial de recursos orçamentários destinados ao cumprimento das determinações judiciais em saúde, levaram o poder judiciário a uma tentativa de racionalização da atuação jurisdicional na matéria. O evento marcante dessa etapa foi a realização, em 2009, de uma Audiência Pública em Saúde pelo STF (137).

Essa Audiência Pública objetivava dar respostas às seguintes perguntas: quais são as consequências práticas do reconhecimento da responsabilidade solidária, por meio da qual os

entes estatais – União, estados e municípios – são considerados responsáveis por fornecer determinado bem ou serviço em matéria de saúde para a estrutura do sistema e para as finanças públicas? Em relação à própria gestão do SUS e ao princípio da universalidade do sistema, prescrições de medicamentos subscritas por prestadores de serviço privados de saúde podem subsidiar ações judiciais? Ou deve ser exigido que a prescrição seja feita por médico credenciado no SUS e que o processo judicial seja precedido por pedido administrativo? Quanto ao princípio da integralidade do sistema, importa analisar as consequências do fornecimento de medicamentos e insumos sem registro na Anvisa ou não indicados pelos protocolos e pelas diretrizes terapêuticas do SUS? Por que os medicamentos prescritos ainda não se encontram registrados? Haverá um descompasso entre as inovações da medicina e a elaboração dos protocolos e das diretrizes terapêuticas? Há realmente eficácia terapêutica nos medicamentos não padronizados que vêm sendo concedidos pelo Poder Judiciário? Esses medicamentos possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelo SUS capazes de tratar adequadamente os pacientes? Há resistência terapêutica aos medicamentos padronizados? Por que muitas vezes os próprios profissionais de saúde do SUS orientam os pacientes a procurar o Poder Judiciário? São casos de omissão de política pública, da política existente, ou há outros interesses envolvidos? O estudo da legislação do SUS permitirá distinguir as demandas que envolvem o descumprimento de uma política daquelas que buscam suprir uma omissão do gestor de saúde? Como isso pode interferir na atuação do Poder Judiciário? (138)

Verifica-se que as questões abordaram, sobretudo, procedimentos de natureza técnica atinentes à administração do Sistema Único de Saúde, a exemplo: da divisão de atribuições e solidariedade entre os entes estatais que administram o Sistema; do registro de medicamentos e produtos de interesse da saúde; da prescrição e dispensação de medicamentos dentro do Sistema; da incorporação tecnológica em saúde e da elaboração de protocolos e diretrizes terapêuticas. Tal parametrização teve por objetivo orientar a intervenção do poder judiciário na prestação de ações e serviços de saúde pelo Estado.

A decisão paradigmática dessa fase ocorreu no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada número 175/CE, que, incorporando ponderações trazidas na Audiência Pública, fixou alguns parâmetros para a intervenção judicial, girando em torno do sentido do princípio da integralidade da atenção à saúde e podem ser resumidos, sistematicamente, da seguinte forma:

1) se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, o judiciário deve intervir para seu cumprimento em caso omissão ou prestação insuficiente pelo poder público; 2) não havendo política pública que expressamente a preveja, deve se verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS, caso não esteja, é preciso distinguir se: 2.1) A não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento; 2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los; 2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser determinados, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares. (125)

É possível verificar que parte das construções jurisprudenciais referidas durante as três fases descritas neste tópico tangenciam a questão da equidade em saúde, ainda quando não a mencionam expressamente.

Isto ocorre, por exemplo, ao se tocar as questões sobre a universalidade das ações e serviços de saúde ou sobre a ponderação de conflitos entre diferentes direitos fundamentais, quando de sua aplicação concreta. No próximo tópico procura-se tratar das referências expressas à equidade em saúde na jurisprudência do STF.

3.2.2 O Fundamento da Equidade em Saúde na Jurisprudência do STF

Necessário fazer uma breve digressão acerca da presença do vocábulo "equidade" no direito brasileiro e no texto da Constituição. As utilizações mais antigas do vocábulo no direito brasileiro estão atreladas a um critério para o preenchimento das lacunas normativas na aplicação da lei. Esse sentido faz na verdade uma remissão ao significado de equidade como razoabilidade, como mitigação do rigor formal e corresponde à recuperação do significado aristotélico de equilíbrio entre o justo legal e o justo natural, como modo de promover a adaptação da norma abstrata à aplicação concreta (139).

Esse sentido, mais restrito, possui alguma relação com o sentido hodierno de proporcionalidade como modo de promover uma igualdade substantiva. Não possui, entretanto, a abrangência que ganha este sentido, contemporaneamente, principalmente a partir das discussões da teoria de justiça de Rawls (72).

Este significado repercute no texto da Constituição de 1988, embora a remissão mais frequente seja ao vocábulo "igualdade" e não "equidade". A expressão "igualdade", ou "desigualdade", no singular ou plural, aparece 16 (dezesesseis) vezes no texto atual da Constituição, incluindo o preâmbulo, objetivos fundamentais da República, princípios que regem as relações internacionais, caput do art. 5º, que trata dos direitos e das garantias fundamentais, entre outros. Sempre como um valor a ser garantido e promovido pela República nas diferentes esferas de manifestação de seu poder político.

Os vocábulos "igual" ou "desigual", no sentido que nos interessa (igualdade de direitos), aparece ainda no texto para afirmar: o igual valor do voto, o igual percentual de incidência de contribuições da previdência entre aposentados e servidores efetivos, a vedação do tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente, a função de redução das desigualdades regionais nos orçamentos fiscal e de investimento da União, a "redução das desigualdades regionais e sociais" como um princípio da ordem econômica.

Já o vocábulo "equidade" aparece apenas duas vezes. Sendo uma única vez no texto original, no inciso V, parágrafo único do art. 194, para referir a "equidade na forma de participação do custeio", como um objetivo da seguridade social. Uma segunda vez, na redação dada pela Emenda Constitucional número 59 de 2009 ao § 3º do art. 212, para determinar que a "a distribuição dos recursos públicos [para a educação] assegurará [...] no

que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade". O vocábulo derivado "equitativo" aparece três vezes no texto constitucional, todas para referir critério a ser definido em lei complementar para execução de restos a pagar, na seção que trata dos orçamentos públicos (inciso III, § 9º do art. 165, § 11 e § 19 do art. 166).

A elaboração do princípio da equidade em saúde encontra suporte constitucional, entretanto, no caput do art. 196 da Constituição, que estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem: a) "à redução do risco de doença e de outros agravos" e b) "ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

A Lei Orgânica da Saúde (Lei número 8.080 de 19 de setembro de 1990), ao regulamentar o art. 196 da Constituição, também aludiu à "igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie", como princípio do Sistema Único de Saúde. Esta redação, embora amplie um pouco a interpretação do texto constitucional ao referir preconceitos ou privilégios como causas que obstam a igualdade, mantém o texto que, em uma interpretação restritiva, sustentaria apenas o sentido de igualdade de acesso às "ações e serviços de saúde", ou seja, igualdade na "assistência à saúde", em um sentido que criticamos ao tratar dos conceitos abrangentes de saúde no Capítulo 2 e que abarcam, por exemplo, a equidade em face dos determinantes sociais da saúde.

Assim, o significado jurídico do conceito de equidade em saúde é em grande parte uma construção doutrinária e jurisprudencial. Essa construção recebe, evidentemente, a influência da doutrina e no direito internacional, muito especialmente na perspectiva dos direitos humanos. Influência que, entretanto, não constitui objeto de estudo nesta tese, que se ocupa, tão somente, do produto dessa influência, plasmada nas decisões do STF.

As decisões do STF importam para o objeto da tese por tratar-se de órgão de cúpula do judiciário brasileiro ao qual incumbe, especialmente nas matérias de repercussão constitucional, como é o caso do direito à saúde, discutir e uniformizar a jurisprudência dos demais órgãos jurisdicionais.

3.2.3 A Pesquisa Textual no Repositório de Jurisprudência do STF

A pesquisa textual no repositório de jurisprudência do STF (140) apontou, em 12 de setembro de 2019, a ocorrência da expressão "equidade" em 196 (cento e noventa e seis) acórdãos (decisões colegiadas); em 27 (vinte e sete) decisões da presidência e em 1090 (mil e noventa) decisões monocráticas dos Ministros do STF (decisões monocráticas).

A expressão "equidade" aparece ligada a temas da igualdade de representação política, da discriminação racial, das políticas afirmativas, da igualdade tributária, da equidade intergeracional na preservação do meio ambiente e preservação dos recursos naturais, entre outros temas, além da saúde.

Não obstante as transversalidades que podem ser identificadas, em benefício da objetividade, procuramos nos concentrar nesta tese nos julgamentos que referissem a equidade no contexto específico da saúde humana.

Ao associarmos a expressão "equidade" à expressão "saúde", encontramos 07 (sete) acórdãos e 12 (doze) decisões da presidência e 114 (cento e quatorze) decisões monocráticas. O elenco é restrito e não abrangeria as decisões que utilizam a expressão "igualdade" como sinônima de "equidade", não as distinguindo.

Ao associarmos as expressões "igualdade" ou "equidade" à expressão "saúde", encontramos 59 (cinquenta e nove) acórdãos, 95 (noventa e cinco) decisões da presidência e 01 (uma) repercussão geral e 847 (oitocentas e quarenta e sete) decisões monocráticas.

Nesse universo, entretanto, há um grande número do que consideramos falsos positivos, isto é, incidência do arranjo de expressões, porém em contextos e significados diversos dos que constituem o objetivo da pesquisa: a ponderação em torno da equidade em saúde.

Para chegar a um universo razoável de decisões que refletissem mais precisamente a equidade em saúde no sentido pesquisado, foi utilizada a expressão "equidade" ou "igualdade" associada a "saúde" em decisões que tinham como parâmetro constitucional o art. 196 da Constituição. Essa pesquisa retornou a ocorrência de 13 (treze) acórdãos, 11 (onze) decisões da presidência e 74 (setenta e quatro) decisões monocráticas.

A leitura flutuante (141) desse conjunto, permitiu excluir os acórdãos ou decisões com sentido diverso do buscado, a exemplo: equidade no custeio da seguridade social; equidade como equilíbrio contratual em seguros de saúde, igualdade processual dos litigantes em processos sobre as relações privadas do seguro saúde, isonomia entre hospitais filantrópicos e não filantrópicos que prestam serviços ao SUS, ressarcimento ao SUS por planos privados de saúde, questões tributárias envolvendo prestadores de serviços de saúde, questões trabalhistas específicas envolvendo a salubridade e a aposentadoria, entre outros.

Também eliminamos duplicidades, isto é, decisões que faziam a mera remissão a decisão anteriores já presentes na amostra, sem acrescentar ponderação nova, uma vez que se pretendia a análise qualitativa, e não quantitativa, dos julgados. Parte dos julgados faziam a mera referência ao texto "acesso universal e igualitário", na literalidade do art. 196 da Constituição, sem acrescentar outra consideração.

Feitas as exclusões acima referidas, chegamos a 06 (seis) acórdãos, 04 (quatro) decisões da presidência e 19 (dezenove) decisões monocráticas, em um total de 29 (vinte e nove) julgados que versaram sobre algum aspecto do tema da equidade referida ao direito à saúde, nos termos em que esta é preconizada pelo art. 196 da Constituição. O Quadro 1 contém uma síntese das decisões, do contexto e do sentido em que as expressões pesquisadas foram empregadas pelo Tribunal.

Quadro 1 - Equidade/igualdade em saúde - decisões do STF, por data de julgamento.

Data	Ação	Órgão	Ministro	Abordagem
29/05/2008	ADI 3510 / DF	Tribunal Pleno	Ayres Britto	<p>Julgou: Lei de biossegurança. Impugnação do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Decidiu pela inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Transcrevemos:</p> <p>[...] no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a <u>igualdade</u> e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, [...]. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam.</p> <p>A busca da eugenia, da raça pura, do ser humano programado em laboratórios, não é, certamente, um</p>

				<p>ideal para a humanidade. Ao contrário, a diversidade que torna iguais os desiguais e transplanta a noção de <u>igualdade</u> para o tratamento jurídico dos desiguais como iguais na sua diversidade é um valor ético que não pode ser menosprezado.</p> <p>Todos os homens, expressão adotada pela Organização das Nações Unidas, significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais deverão de ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e <u>igualdade</u> em dignidade e direitos.</p> <p>Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também em ocasião anterior, salientei que “como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobrepõe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo determinante em toda a sua extensão, não se há de desconsiderar a bioética para o cuidado normativo dos novos realces a serem dados aos princípios que estão na base da concretização daquele direito, a saber, o da liberdade, o da <u>igualdade</u> e o da responsabilidade. As questões biomédicas tangenciam, assim, diretamente, o princípio da dignidade humana porque consideram o homem em seu físico e em sua psique, pelo que a proteção dos direitos humanos há que lhe conformar a quadratura normativa”.</p>
20/04/2009	SS 3751 / SP	Presidência	Gilmar Mendes	<p>Julgou fornecimento de medicamentos. Transcrevemos:</p> <p>O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ</p> <p>O princípio do acesso <u>igualitário</u> e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a “<u>igualdade</u> da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).</p> <p>Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.</p>
24/06/2009	ADPF 101 / DF	Tribunal Pleno	Cármen Lúcia	<p>Julgou a constitucionalidade de atos normativos que proibiam a importação de pneus usados, como afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.</p> <p>Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da <u>equidade</u> e</p>

				responsabilidade intergeracional. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.
16/04/2010	STA 316 / SC	Presidência	Gilmar Mendes	<p>Julgou pedido de suspensão de tutela antecipada que determinou fornecimento de medicamentos. Transcrevemos:</p> <p>Tais políticas públicas devem ser criadas de modo a garantir, tanto quanto possível, o princípio da <u>igualdade</u>, no sentido de permitir a todos, no caso do direito à saúde, o acesso às mesmas ações e serviços. Por ocasião da eleição dos medicamentos/tratamentos a serem fornecidos, diversos aspectos, à escolha do Executivo, devem ser sopesados, entre eles o custo do medicamento, o índice de incidência da patologia, e a comprovação do benefício no uso do tratamento/medicamento. Assim, efetuada a ponderação entre o princípio da <u>igualdade</u> e do mínimo vital, é razoável que o Estado forneça medicamentos que proporcionem o atendimento do maior número de pessoas possível, com a maior efetividade (benefício comprovado). Sem embargo, há situações em que a garantia da dignidade da pessoa humana se sobrepõe. Ainda que haja programa de fornecimento gratuito de medicamentos na rede pública de saúde, e especificamente, somente é possível que se determine aos entes estatais a realização de tratamentos contra neoplasias que não sejam regularmente disponibilizados, porque não pode o Estado omitir-se no cumprimento da obrigação imposta pela Constituição Federal forte na afirmativa de que só o Executivo pode definir os critérios de promoção da saúde. A solução demanda a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a verificação da presença dos requisitos a ele inerentes: a) necessidade, b) adequação e c) proporcionalidade em sentido estrito. A aferição da existência de tais condições evita a imposição ao Estado de obrigações desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais ao resultado pretendido, desproporcionais na relação custo/bem estar-saúde proporcionados pelo medicamento ou tratamento. Assim, o Estado deve estar desobrigado de fornecer medicamentos/tratamentos: a) cujos efeitos, senão idênticos, mas parecidos, possam ser obtidos com os remédios oferecidos gratuitamente; b) que não geram efeitos benéficos comprovados pela ciência, vale dizer, medicamentos ainda não aprovados pela ANVISA, ou que são inadequados para o caso do paciente postulante; c) cujos custos possam ser reduzidos mediante o fornecimento de medicamentos mais baratos, com os mesmos efeitos; d) experimentais; e) cujos custos sejam desproporcionais aos benefícios que promove; f) para fins puramente estéticos; g) a pacientes que não tenham se submetidos aos tratamentos previstos pelo SUS, e que têm indicação médica para o caso. Portanto, considerando que a pretensão, em especial pela generalidade dos</p>

				beneficiários, não satisfaz os requisitos imprescindíveis para que sejam fornecidos os medicamentos solicitados na inicial, associado aos aspectos processuais antes perfilados, deve ser deferida a pretensão recursal da UNIÃO FEDERAL. Em face do exposto, defiro o efeito suspensivo ativo vindicado.
31/05/2010	RE 611559 / RS	Ministro Relator	Ayres Brito	<p>Julgou a constitucionalidade da diferença de classe na internação hospitalar. Transcrevemos:</p> <p>ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. DIFERENÇA DE CLASSE. O pagamento, por particulares, de valor complementar ao que é oferecido pelo Poder Público para a internação em regime ambulatorial, objetivando atendimento diferenciado ('diferença de classe'), como quarto privativo e atendimento por médicos que, via de regra, não atendem pacientes que utilizam o SUS, colide com os princípios constitucionais da <u>igualdade</u>, da integralidade e da gratuidade de acesso às ações e serviços públicos de saúde, também contemplados pela Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre a organização e funcionamento dos serviços de atendimento médico e hospitalar pela Administração Pública.</p>
22/06/2010	RE 307231 / AM	Ministro Relator	Dias Toffoli	<p>Julgou a constitucionalidade do estabelecimento de atendimento preferencial para doadores de sangue no serviço público de saúde. Transcrevemos:</p> <p>E isso porque, ao contrário do asseverado pelo recorrente, a aludida lei, de fato, padece do vício da inconstitucionalidade, na medida em que estabelece atendimento prioritário, nas unidades do sistema estadual de saúde, para doadores de sangue, inclusive no que tange a internações. Ora, não se discute que a abrangência do princípio da <u>igualdade</u> importa em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas respectivas <u>desigualdades</u>, mas a tanto não equivale o estabelecimento de privilégios, notadamente no âmbito do sistema público de saúde, que se pauta, por força de norma constitucional, pelo "acesso universal e <u>igualitário</u> às ações e serviços" (artigo 196 da Constituição Federal). Tampouco se ignora a importância da doação de sangue, como louvável exemplo de solidariedade humana e altruísmo; contudo, tal prática, que deve ser realmente incentivada pelo Poder Público, não pode ser utilizada como fundamento para o estabelecimento de diferentes categorias de pessoas, para fins de atendimento no sistema público de saúde. Por óbvio que há diferenças entre pessoas doadoras de sangue e aquelas que não o são; porém, essas diversidades em nada se referem, especificamente, à necessidade de obter tratamento preferencial e prioritário no sistema público de saúde, em que a regra constitucional, a disciplinar-lhe o funcionamento, diz respeito ao acesso universal e <u>igualitário</u>. Apenas eventual gravidade do quadro de saúde de quem se vê necessitado de socorrer-se desses serviços é que pode, dentro do sistema constitucional vigente entre nós, permitir a instituição de atendimento preferencial, com relação a outros que se encontram à espera de internação ou tratamento, mas em condições</p>

				de menor risco. Daí que a imposição, por força da edição de Lei Estadual, de atendimento prioritário a determinada classe de cidadãos, com base em critérios que em nada se relacionam às suas condições pessoais, quando da procura pelos serviços públicos de saúde, revela-se inconstitucional, não podendo, destarte, subsistir a aludida legislação, da forma como bem determinada pelo Tribunal de origem.
12/04/2012	ADPF 54 / DF	Tribunal Pleno	Marco Aurélio	<p>Julgou a interrupção da gravidez do feto anencéfalo, ponderando a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a autodeterminação. Importante observar que o vocábulo "<u>equidade</u>" neste julgado, é utilizado no sentido aristotélico da "equidade integrativa", isto é, de colmatação ou de integração da lacuna legislativa pelo uso da prudência, embora o julgado também utilize-se da ideia de igualdade, mencionando, por exemplo, a "justiça como equidade" de Rawls, a ideia de igualdade na consideração das concepções plurais de justiça, com suporte em Kelsen e a ideia de igualdade de gênero.</p> <p>A lacuna normativa atual não deve conduzir à incriminação da conduta, sendo o caso de recurso à <u>equidade</u> integrativa, de que tratou Aristóteles na sua <i>Ética a Nicômaco</i>, para permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico.</p> <p>Ao discorrer sobre sociedade bem-organizada, John Rawls considera-a "aquela estruturada para promover o bem de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção comum da justiça [...] As concepções da justiça devem ser justificadas como as conhecemos; caso contrário, não podem ser justificadas de forma alguma" (<i>Uma Teoria da Justiça</i>. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 504). E para aquele autor, entre os objetivos na vida "estão os vínculos que temos com outras pessoas, os interesses, e o senso de justiça" (ob. citada, p. 548), sustentando que "Do ponto de vista da <u>justiça como equidade</u>, não é verdade que os juízos de consciência de cada pessoa devam ser absolutamente respeitados; tampouco é verdade que os indivíduos sejam completamente livres para formar as suas convicções morais. Essas afirmações estão equivocadas se significam que, tendo atingido nossas opiniões morais conscienciosamente (segundo acreditamos), temos sempre o direito de agir de acordo com elas. Ao discutirmos a objeção de consciência, observamos que o problema aqui é o de decidir como devemos responder àqueles que tentam agir seguindo a direção de sua consciência equivocada [...]. Como ter a certeza de que é a consciência deles, e não a nossa, que está equivocada, e em que circunstâncias eles podem ser obrigados a desistir? Ora, encontramos a resposta para essas perguntas quando assumimos a posição original: a consciência de uma pessoa está desorientada quando ela procura nos impor condições que violam os princípios com os quais cada um de nós consentiria nessa situação. [...] Não somos obrigados a literalmente respeitar a consciência de um indivíduo. Antes, devemos respeitá-lo como pessoa, e o fazemos</p>

				<p>limitando suas ações, quando tal se mostrar necessário, apenas da forma permitida pelos princípios que ambos reconheceríamos [...]. As pessoas que detêm a autoridade são responsáveis pelas políticas que promovem e pelas instruções que proclamam. [...]" (ob. citada, p. 576-577).</p> <p>Kelsen, em sua defesa da Jurisdição Constitucional, parece comungar do receio de Schmitt, porquanto afirma: "Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por se paramentar, a delegação da <u>equidade</u>, da liberdade, da <u>igualdade</u>, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador, quanto os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Por que as concepções de justiça, liberdade, <u>igualdade</u>, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não pode significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da <u>igualdade</u>, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do direito" (KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 168-69).</p> <p>O movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – buscou, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um novo paradigma cultural, caracterizado pelo reconhecimento e pela afirmação, em favor das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial <u>igualdade</u> entre os gêneros.</p> <p>Dentro desse contexto histórico, a mística feminina, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, teve a virtude, altamente positiva, consideradas as adversidades enfrentadas pela mulher, de significar uma decisiva resposta contemporânea aos gestos de profunda hostilidade, que, alimentados por uma irracional sucessão de fundamentalismos - quer os de caráter teológico, quer os de índole política, quer, ainda, os de natureza cultural -, todos eles impregnados da marca da intolerância e que culminaram, em determinada etapa de nosso processo social, por subjugar, injustamente, a mulher, ofendendo-a em sua inalienável dignidade e marginalizando-a em sua posição de pessoa investida de plenos direitos, em condições de <u>igualdade</u> com qualquer representante de gênero distinto.</p>
17/03/2014	ARE 794465 /	Ministro	Cármem Lúcia	Julgou a constitucionalidade do ressarcimento de particular que, diante do não atendimento na rede

	RS	Relator		<p>pública, em situação de urgência.</p> <p>Logo, por mão do princípio da <u>igualdade</u>, cada cidadão, dentro de suas peculiaridades, quando necessário, tem direito de receber dos entes públicos a devida assistência médico-hospitalar. E como tal, em situações urgentes (caso presente, onde o risco da perda do membro superior era iminente), em que não há condições, de pronto, do ente público realizar a cirurgia às suas expensas, o mesmo deverá reembolsar as quantias despendidas. (...)</p>
24/03/2014	ARE 801037 / MS	Ministro Relator	Cármen Lúcia	<p>Julgou a constitucionalidade do pagamento pelo poder público de cirurgia realizada em clínica particular.</p> <p>o requerimento manejado pelo autor e concedido pelo tribunal a quo não merece guarida e foi proferido sem a devida fundamentação, pois em uma análise denota-se que existirá a obrigação deste Estado a custear cirurgia no valor de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) em clínica particular e afronta ao princípio da <u>igualdade</u>, haja vista que, caso mantida a decisão vergastada, o recorrido será privilegiado com tratamento na rede particular de saúde em clínica de sua preferência.</p>
06/05/2014	ARE 661288 / SP	Primeira Turma	Dias Toffoli	<p>Julgou a constitucionalidade da exigência de "cartão cidadão", como condição prévia para o atendimento no Sistema de Saúde.</p> <p>Ao condicionar o acesso aos serviços públicos de saúde ao porte de um cartão, excluindo do gozo de tais serviços as pessoas que não residiam na localidade ou que, residindo, não detinham o cartão, o Município violou a natureza universal e <u>igualitária</u> que a Constituição conferiu a esses serviços (art. 196, CF/88). [...] a Lei nº 2.600/2009 e o Decreto nº 2.716/2009 violaram a natureza universal e <u>igualitária</u> que a Constituição conferiu a esses serviços.</p>
09/06/2014	RE 603855 AgR / RS	Ministro Relator	Cármen Lúcia	<p>Julgou a constitucionalidade de que o paciente de um médico particular possa por este ser internado no SUS, sem respeito às normas que determinam a triagem e sem respeito à fila de espera, pelo fato de que possui condições de pagar por leito privativo. Transcrevemos.</p> <p>O acolhimento do pedido do autor também é uma evidente violação ao direito de <u>igualdade</u> de tratamento perante o Sistema Único de Saúde, com a institucionalização de privilégios em favor de paciente com melhores condições econômicas. Tais privilégios se desdobram em menor tempo de espera para acesso aos serviços do SUS (privilégio temporal) e no direito de ser atendido por médico de sua escolha e em leitos privativos (privilégio no atendimento). (...) No caso em exame, está suficientemente demonstrado que o acolhimento de pedidos da inicial configura larga violação aos princípios estruturantes do SUS: a <u>igualdade</u>, a universalidade e a unidade” (fls. 529-538). [...] A possibilidade de opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, confere tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e <u>igualitário</u> da população carente às ações e serviços do Sistema</p>

				Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal” (fl. 343 v.).
18/11/2014	ARE 851841 / MG	Ministro Relator	Roberto Barroso	<p>Julgou a disponibilização de vaga em hospital especializado em cirurgia cardíaca infantil, sem observância da fila de atendimento. Transcrevemos;</p> <p>A disponibilização de vaga em hospital sem observância da ordem estabelecida pelo SUS, implica ofensa ao princípio da <u>igualdade</u>, que norteia a prestação do serviço público a saúde.</p>
10/12/2014	SS 4972 / SP	Presidência	Ricardo Lewandowski	<p>Julgou fila de atendimento, priorização de paciente com problema grave de saúde.</p> <p>o princípio do "acesso <u>igualitário</u> e universal", como qualquer outro que diga respeito à <u>igualdade</u> entre todos, deve sempre merecer análise dentro dos parâmetros de isonomia. Daí, em face do grave problema que afeta a Autora, necessário o seu pronto atendimento. Tratamento diferenciado para caso diferenciado, eis o exato cumprimento dos arts. 196 da Constituição Federal e 219 da Constituição Paulista (página 9 do documento eletrônico).</p>
26/02/2015	ARE 851581 / MG	Ministro Relator	Gilmar Mendes	<p>Julgou pedido de precedência na internação em hospital especializado.</p> <p>Especificamente, como forma de consecução da política pública de saúde, estabelece a Lei Federal nº. 8.080/90 a sua instituição de forma padronizada, de modo a atender a critérios de <u>igualdade</u> e racionalização da utilização dos recursos. Daí a formulação de listas de procedimentos médicos postos à disposição dos cidadãos e filas públicas de espera, a fim de orientar a prestação <u>igualitária</u> e universal da assistência médica. - Não se ignora que o Estado consiste em uma entidade finita de recursos, cuja política de saúde deve visar ao alcance universal, ou seja, do maior número de indivíduos possível, sem descuidar do direito de precedência daqueles que ocupam por mais tempo as filas públicas de espera, sob pena de ofensa à isonomia.</p>
09/06/2015	ARE 881471 / AL	Ministro Relator	Dias Toffoli	<p>Julgou fornecimento de medicamento fora da lista de medicamentos dispensados pelo SUS.</p> <p>[...] não se sustenta a alegação da União de que a pretensão da autora viola os princípios da <u>igualdade</u>, uma vez que, se há uma necessidade específica em relação ao remédio requerido, o tratamento que ela deve receber, logicamente, é desigual em relação aos que não necessitam destes. <u>Igualdade</u> do ponto de vista positivo é justamente tratar os desiguais na medida de suas <u>desigualdades</u>.</p>
20/10/2015	ARE 917428 / RS	Ministro Relator	Cármen Lúcia	<p>Julgou fornecimento de medicamento de uso imprescindível, cuja ausência causa grave risco a vida e à saúde.</p> <p>Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. 4. Não há falar em ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da <u>igualdade</u>, posto que o Judiciário apenas está a ordenar o cumprimento dos</p>

				dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração.
03/12/2015	RE 581488 / RS	Tribunal Pleno	Dias Toffoli	<p>Julgou a prática de pagamento pela diferença de classe em internações hospitalar pelo SUS. Transcrevemos.</p> <p>[...] viola o art. 196 da Constituição Federal, porquanto contrapõe-se aos princípios da isonomia, da <u>equidade</u> e da universalidade. O direito social à saúde é regulamentado pelos artigos 196 a 200 da Constituição, restando evidente que o SUS, nos termos do art. 196 do texto constitucional, tem como característica primordial o acesso universal e <u>igualitário</u> de todos os cidadãos no território nacional. Transcrevemos os trechos:</p> <p>" O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da <u>igualdade</u> e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação."</p> <p>"o legislador constituinte estabeleceu expressamente que o atendimento público de saúde brasileiro deve pautar-se não só pela universalidade e pela integralidade do serviço, mas também pela <u>equidade</u>. Não estabeleceu o constituinte, no tocante a tais requisitos, exceção alguma. Portanto, no que concerne ao Sistema Único, o tratamento <u>igualitário</u> é uma regra que não comporta exceções'</p> <p>"a <u>equidade</u> à qual se refere o Texto Maior [...] quer dizer <u>igualdade</u> material na assistência à saúde, com ações e serviços priorizados em função de situações de risco e condições de vida de determinados indivíduos ou grupos da população. O Governo, em qualquer nível de gestão, cuidará de prestar uma atenção <u>igualitária</u> para toda a pessoa e coletividade, pois o que deve determinar o tipo de atendimento é a intensidade e a forma da doença, e não o do extrato socioeconômico e cultural a que pertença a pessoa”.</p> <p>"A este dois postulados éticos do Direito à Saúde se acrescentou ainda um terceiro, a <u>equidade</u> do Direito, na assistência à saúde. Que não quer dizer <u>igualdade</u>, nem de procedimentos, nem de acesso a lugares, nem de exigências para eventuais contribuições para as ações, mas a exigência de ações diferentes quando se observar a existência e possibilidades diferentes entre os assistidos."</p> <p>O oferecimento de serviços em <u>igualdade</u> de condições a todos foi pensado nesse contexto – nem poderia ter sido diferente, uma vez que possibilitar assistência</p>

			<p>diferenciada a cidadãos numa mesma situação, dentro de um mesmo sistema, vulneraria a isonomia, também consagrada na Carta Maior, ferindo de morte, em última instância, a própria dignidade humana, erigida a fundamento da República.</p> <p>Ao ente estatal compete zelar pela observância e pela efetivação da <u>igualdade</u>, devendo ser ele sempre o primeiro a promovê-la, do que resulta ser incoerente que acolha, no seio do serviço por si prestado, qualquer iniciativa que promova a diferenciação entre pacientes.</p> <p>Registre-se que o fato de os custos extras correrem por conta do próprio interessado, não implicando, ao menos, financeiramente, despesas extras para a Administração, não possui o condão de autorizar a implantação da “diferença de classe”. Primeiro porque, embora a questão econômica não possa ser ignorada, ocupará sempre papel secundário diante dos objetivos constitucionalmente impostos ao ente estatal; em segundo lugar, porque a implementação de um sistema de saúde equânime foi uma missão expressamente imposta ao Estado; e, em terceiro lugar, porque a <u>igualdade</u>, inclusive no atendimento público de saúde, é algo compreendido no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, constituindo, portanto, fundamento da República, o qual deve ser incansavelmente perseguido e aplicado pelo Estado sempre que for chamado a atuar.</p> <p>É o que decorre também dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível: não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de <u>igualdade</u> para todos os demais indivíduos na mesma situação.</p> <p>Conforme assente na doutrina e também na jurisprudência deste Supremo Tribunal, o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas <u>desigualdades</u>. No que concerne ao fator de discriminação, Celso Antônio afirma: “As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula <u>igualitária</u> apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a <u>desigualdade</u> de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. [...] Com efeito, por via do princípio da <u>igualdade</u>, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilíbrios fortuitos ou injustificados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da <u>Igualdade</u>. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, págs. 17-18).</p> <p>Ou seja, a <u>desigualdade</u> reconhecida como concretizadora do princípio da <u>igualdade</u> é aquela tendente a tutelar os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, e não aquela que almeja privilegiar os mais favorecidos economicamente, os quais poderiam</p>
--	--	--	--

				pagar pela denominada “diferença de classe” para obter tratamento ou acomodações diferenciados junto ao Sistema Único de Saúde.
19/01/2016	ARE 937761 / RS	Ministro Relator	Edson Fachin	<p>Julgou pleito de fornecimento de produto de referência, quando há similar disponibilizado na rede pública.</p> <p>De qualquer sorte, não consta dos autos nenhum elemento capaz de justificar a imposição judicial do fornecimento do produto de referência, em lugar de similar disponibilizado na rede pública para tratamento da mesma moléstia. Como cediço, a gestão da política nacional de saúde deve ter em conta a racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos a serem fornecidos gratuitamente, como meio de atingir o maior número possível de beneficiários, segundo os princípios da <u>igualdade</u> e universalidade.</p>
24/02/2016	ARE 947823 / RS	Ministro Relator	Edson Fachin	<p>Julgou fornecimento de produtos não constantes de política pública, mas necessários ao tratamento. Transcrevemos.</p> <p>Não há falar em ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da <u>igualdade</u>, posto que o Judiciário apenas está a ordenar o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração. 4.Havendo a indicação por profissional da área de saúde dando conta de que os alimentos requeridos para o tratamento da moléstia que acomete a parte autora (portadora de fenilcetonúria), são aqueles constantes nos respectivos atestados, deve o Estado (em sentido amplo), conforme preceitua o art. 196 da CF, realizar de imediato as providências reclamadas.</p>
21/03/2016	ARE 945202 / RS	Ministro Relator	Cármen Lúcia	<p>Julga fornecimento de medicamento não constante de lista de dispensação pelo SUS.</p> <p>Em suma, a recorrente não apresenta prova, imprescindível para dar vazão à quebra da universalidade e da <u>igualdade</u> de tratamento em casos envolvendo o direito à saúde, que demonstre a necessidade real e imediata do uso exclusivo da medicação pretendida que, aliás, sequer é apontada como sendo a única eficiente para o tratamento da moléstia. Assim, não se entrevê motivo razoável que conduza à excepcional ruptura do acesso universal e <u>igualitário</u> às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.</p>
31/03/2016	ARE 953770 / RN	Ministro Relator	Edson Fachin	<p>Julga fornecimento de medicamento.</p> <p>Ocorre que este Colegiado, em sessão de 27.05.2015, numa série de processos envolvendo o tema saúde, readequou o seu entendimento, à vista da melhor apreciação da diversidade de demandas a ele submetido, no que pode ser resumido ao seguinte, com excepcionalidades a depender do caso: a) em princípio, não há direito a tutela jurisdicional positiva para antecipação de procedimentos cirúrgicos, em desordem ao princípio da <u>igualdade</u>, ainda que sob alegação de urgência, mormente por não se poder levar em conta as especificidades de outros usuários do sistema público</p>

				<p>de saúde, insindicáveis e imponderáveis na demanda individual; b) não há direito a tutela jurisdicional positiva para fornecimento de medicamentos, tratamentos, produtos diversos tidos por mais eficientes, quando o sistema público de saúde já fornece tratamento suficientemente eficiente; c) não há direito a tutela jurisdicional positiva para fornecimento de medicamentos, tratamentos, produtos off label; d) não há direito a prescrição de medicamentos/tratamentos/produtos por médico particular, não contidos no Sistema de Saúde e não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA), sem comprovação científica de eficácia.</p>
14/07/2016	STA 818 / DF	Presidência	Ricardo Lewandowski	<p>Julga o fornecimento de fraldas à pessoas com deficiência por isonomia com o já permitido em relação à pessoa idosa.</p> <p>A efetivação dos direitos fundamentais importa uma intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, ante a determinação de ações que impliquem a concreção das normas constitucionais. Nesse sentido, Chieffi destaca que “a interferência do Poder Judiciário na política de saúde rompe o princípio da <u>equidade</u> ao favorecer as demandas dos que menos necessitam, em detrimento daqueles que só podem contar com o sistema público de saúde” (CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e <u>equidade</u>. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, n. 25, p. 1839-1849, 2009).</p> <p>De fato, cabe ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo agir, desde que sua atuação confira de forma geral ou específica o acesso a uma vida digna.</p> <p>No ponto, destaco trechos elucidativos do parecer do Procurador-Geral da República: “No caso em exame, como considerado pela decisão impugnada, há ampla e profunda normatização que garante às pessoas com deficiência atuação efetiva do poder público voltada à promoção de sua autonomia, inclusão e participação plena na sociedade, sendo certo dizer que o reconhecimento do direito assegurado pelo provimento judicial da origem nem mesmo dependeria da existência de ato do poder público que beneficiasse outro grupo de pessoas (idosos). O argumento de ofensa à isonomia é complementar àquele mais relevante de desrespeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da proibição do retrocesso”.</p>
07/11/2016	ARE 931976 / MS	Ministro Relator	Dias Toffoli	<p>Julga fornecimento de medicamento fora das listas de fornecimento pelo SUS.</p> <p>Não tendo a paciente se submetido ao atendimento realizado pelas Unidades Básicas de Saúde, descabe falar em obrigação do ente público ao fornecimento de tratamento diverso, devendo prevalecer a alternativa coberta pelo SUS, até em respeito aos princípios da <u>igualdade</u> e da reserva do possível. É importante destacar que, ainda que admitida a interpretação do art. 196, da CF, como direito individual ao fornecimento de medicamentos, não seria razoável obrigar o Poder</p>

				Público a fornecer qualquer fármaco ou tratamento requerido, em detrimento aos medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde e sem a comprovação de uso, intolerância, contraindicação ou ineficácia destes.
29/06/2017	RE 957354 / RJ	Ministro Relator	Edson Fachin	<p>Julga obrigação do Estado de prover ações de saneamento básico.</p> <p>Esclareça-se que o direito à pavimentação, à drenagem de águas pluviais, ao abastecimento de água e à coleta de esgoto são direitos que estão ínsitos ao gozo de vida em condições dignas de saúde, num meio ambiente equilibrado. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado, pautando-se nos princípios da universalidade e <u>igualdade</u>, prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.</p>
24/08/2017	ADI 4066 / DF	Tribunal Pleno	Rosa Weber	<p>O julgamento versa sobre a permissão para extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila pelo art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Julga-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal em face dos parâmetros constitucionais: os valores "da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), do valor social do trabalho (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) e da defesa do meio ambiente (arts. 170, VI, e 225 da CF) tem, como centro de convergência, a proteção da saúde (arts. 6º, 7º, XXII, e 196 da CF)."</p> <p>A questão da <u>equidade</u> é referida ao ponderar-se que os sacrifícios impostos em termos econômicos, a parte da população, pela cessação da exploração do amianto naquela variedade é uma exigência em benefício de todos. Nessa referência o voto pondera que o sentido de <u>equidade</u> exige uma formulação coletiva. Transcrevemos os trechos mais relevantes.</p> <p>"uma demanda ética sobre a <u>equidade</u> em saúde [...] ou seja, todos têm o direito de reivindicar para si o acesso à melhor proteção à saúde, como se a proteção reivindicada pudesse ser formulada por todos. Se essa proposta tem, de um lado, a vantagem de, com Dworkin, levar o direito à saúde a sério, na medida em que permite às pessoas formular suas demandas éticas à luz do Direito; de outro, ela adverte que o papel do Estado não é um simples "sim ou não" à demanda que lhe foi apresentada. Com efeito, o papel do Estado é não apenas fornecer um mínimo, aquilo que qualquer pessoa tem direito a lhe exigir, mas também o de elaborar um difícil cálculo relativamente à distribuição dos bens, levando em conta, porém, que as pessoas têm diferentes visões sobre a própria distribuição. Trata-se, portanto, de não apenas prover o mínimo, mas também de garantir a participação das pessoas nos procedimentos alocativos."</p> <p>"Vê-se, assim, que o direito à saúde é integrado por um "mínimo existencial" e – para as demais demandas que dele possam emergir – pela participação no processo alocativo. Essa definição implica afastar a tradicional visão de que os direitos sociais, o direito à saúde particularmente, são direitos de segunda geração ou são direitos que não podem ser garantidos por um</p>

				<p>provimento judicial."</p> <p>"Há que se advertir, por fim, que a cláusula da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã e é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não constitui, em si, um óbice para realização dos direitos sociais: ela é, em verdade, uma definição do limite da adjudicação. Esse limite, no entanto, não advém propriamente da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória. É precisamente o conteúdo de uma decisão como essa o objeto desta ação direta."</p> <p>"De fato, em sociedades plurais, há muitos desacordos sobre quais devem ser as prioridades no atendimento à saúde e é por isso que o direito não se confunde com o atendimento universal. A impossibilidade prática de uma definição universalmente aceita não deve, porém, ser compreendida como um óbice à realização. Ao contrário, em sociedade plurais, é preciso que o direito à saúde seja concretizado mediante procedimentos justos em que se permita às pessoas identificarem a legitimidade e a <u>equidade</u> da tomada de decisão. Em termos práticos, isso impõe ao Estado o dever de dar transparência às decisões tomadas pelos órgãos reguladores. A transparência deve, ainda, atingir a todos os que forem afetados pela decisão. Ademais, deve a decisão também ter fundamentos verificáveis, isto é, ainda que se discorde das razões adotadas, todos devem reconhecer como suficiente para se chegar às conclusões as razões apresentadas. Finalmente, devem as agências garantir o direito de recurso ou revisão por parte daqueles que direta ou indiretamente possam ser afetados pela decisão."</p> <p>"A insuficiência da <u>igualdade</u> formal preconizada pelas liberdades negativas como mecanismo de condução das relações sociais, insuficiência esta inferida da manutenção ou agravamento de situações de extrema carência, fortaleceu a convicção de que necessárias – para assegurar a <u>igualdade</u> material – ações positivas na sua direção, com os consecutórios limites a liberdades antes absolutas. Superada a concepção estritamente formal, a efetiva <u>igualdade</u> substantiva de oportunidade e tratamento exige o atuar positivo do Estado de modo a eliminar os obstáculos – físicos, econômicos, sociais ou culturais –, à sua concretização."</p>
13/11/2017	ARE 1082288 / MG	Ministro Relator	Luiz Fux	<p>Julgou pedido de internação em hospital com unidade de terapia intensiva.</p> <p>Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado, bem como não há que se falar em ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da <u>igualdade</u>, posto que o Poder Judiciário apenas está a ordenar o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração Pública.</p>

08/02/2018	RE 1101449 / RJ	Ministro Relator	Marco Aurélio	<p>Julga pedido de internação independentemente da fila de espera.</p> <p>a despeito da generosa interpretação dada ao art. 196 da Constituição, certo é que o Estado não tem condições de assegurar, a todos e de pronto, o acesso ao “tratamento indicado para a sua enfermidade”, principalmente nos poucos hospitais públicos de referência existentes no país. Existe uma fila de espera em razão do procedimento administrativo dos órgãos públicos que, para atender em <u>igualdade</u> de condições a todos, adota como critério de seleção a emissão de guia de internação, ou seja, critério que, ante a impossibilidade de tratamento imediato de todos, atende ao princípio maior da Constituição: a isonomia. Ora, sem demonstração de ilegitimidade da fila e, pois, da ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXIX, CF), qualquer decisão judicial que determine cirurgia imediata caracterizaria desrespeito ao acesso <u>igualitário</u> ao serviço de saúde, à vista da situação comum em que se encontram os vários pacientes na fila, que podem estar em situação igual ou pior que a agravante, eis que “descabe ao Judiciário estabelecer prioridades de natureza médica. Este não é administrador do SUS e, caso se admitisse a sua intervenção indevida, teria também que resolver os problemas decorrentes de sua atuação, haja vista que se uma pessoa realiza o exame por força de tutela judicial, outra, que teria direito por ordem natural, seria prejudicada” (cf. TRF2, 7ª Turma</p>
29/05/2018	ARE 1116968 / RJ	Ministro Relator	Edson Fachin	<p>Julgou fornecimento de medicamento.</p> <p>No mérito, impõe-se observar que a parte autora suporta doloroso quadro clínico. Sofre de diabetes tipo 1 há sete anos, desde a idade de um ano e sete meses, necessitando dos medicamentos em questão (fls. 32/33), o que foi atestado por médico do Hospital Federal de Bonsucesso, da rede pública de saúde (SUS). É assente que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais são dotados de fundamentalidade, radicados na própria condição humana, com o mesmo status dos chamados direitos de liberdade. De fato, o direito à saúde revela-se como uma outra faceta do direito à vida, ligado a pretensão de <u>igualdade</u> e solidariedade. A par disso, a Constituição Cidadã trouxe, igualmente, a pretensão de normatividade e efetividade de suas normas, inclusive no que toca àquelas que encerram direitos sociais que não se traduziriam em normas meramente programáticas.</p>
11/06/2018	RE 1137834 / TO	Ministro Relator	Roberto Barroso	<p>Julga pedido de cirurgia eletiva não abrangida no conceito de "urgência".</p> <p>não pode o Judiciário determinar a realização de procedimentos cirúrgicos eletivos, sob pena de se criar privilégios e impossibilitar a execução das políticas públicas de saúde para os setores mais necessitados. Portanto, há uma “ordem de inscrição” feita pelo ente público que deve ser fiscalizada por todas as entidades e órgãos de fiscalização, tais como o Ministério Público, Defensoria Pública, etc. Assim, temos que a</p>

				lista de inscrição é uma forma isonômica de tratamento para todos aqueles que pretendem tratamento de saúde eletivo, portanto, a ordem de inscrição busca atender aos princípios constitucionais da <u>igualdade</u> e impessoalidade, que regem a Administração Pública.
--	--	--	--	---

Fonte: Pesquisa do autor, 2019.

Sumarizamos abaixo as principais posições adotadas pelo STF:

1) mesmo quando o vocábulo "equidade" não é utilizado expressamente, o princípio constitucional do acesso "igualitário" é interpretado como: "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", traduzindo, portanto, o sentido de equidade. Esse sentido é esclarecido, por exemplo, no julgamento da interrupção da gravidez do feto anencéfalo (ADPF 54/DF), cujo voto menciona: "a diversidade que torna iguais os desiguais e transplanta a noção de igualdade para o tratamento jurídico dos desiguais como iguais na sua diversidade é um valor ético que não pode ser menosprezado" (142).

2) há, em boa parte dos julgados, a pressuposição de que a organização das políticas públicas em saúde, com a adoção de listas de medicamentos de dispensação obrigatória e a elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, são formas de uniformizar o acesso e promover a equidade no atendimento. Assim, a concessão judicial de tratamento diverso do preconizado pela política pública só é possível se ficar demonstrada a peculiaridade do caso, isto é, o que o distingue dos demais a ponto de exigir, em atenção a essa desigualdade, tratamento diverso do disponibilizado na política pública.

3) o mesmo acontece com relação aos acessos sujeitos a filas de espera. As filas, de acordo com a jurisprudência do STF, se constituem em um critério de equidade no acesso, ao sujeitar igualmente todos os potenciais usuários à uma mesma ordem, como a ordem de chegada ou de inscrição. Assim, as filas somente poderiam ser desconsideradas nos casos em que fique demonstrado que a excepcionalidade do caso concreto justifica o tratamento desigual, excepcionando-se a obediência à fila de atendimento.

4) há julgamentos que afastam hipóteses mais específicas de discriminações não autorizadas, segundo uma reflexão ética. Por exemplo: o atendimento prioritário no sistema público de saúde para os doadores de sangue, no julgamento do RE 307231/AM: "Por óbvio que há diferenças entre pessoas doadoras de sangue e aquelas que não o são; porém, essas diversidades em nada se referem, especificamente, à necessidade de obter tratamento preferencial e prioritário no sistema público de saúde"; "Apenas eventual gravidade do quadro

de saúde de quem se vê necessitado de socorrer-se desses serviços é que pode, dentro do sistema constitucional vigente entre nós, permitir a instituição de atendimento preferencial, com relação a outros [que se encontrem] em condições de menor risco"(143).

5) a partir da realização da Audiência Pública em Saúde em 2009, há um esforço na jurisprudência do STF, especialmente nas decisões em Suspensão de Antecipação de Tutela, de parametrizar tecnicamente, por critérios de proporcionalidade, as hipóteses que justificariam ou não o tratamento diverso do disponibilizados em políticas públicas já implementadas. Um exemplo nesse sentido é o julgamento do STA 316/SC.

6) há a invocação do princípio da igualdade em alguns sentidos específicos, como a perspectiva da igualdade de gênero, na fundamentação da decisão que autorizou a interrupção da gravidez do feto anencéfalo (ADPF 54/DF), ou perspectiva da equidade intergeracional, na fundamentação da decisão sobre a importação de pneus usados (ADPF 101/DF).

7) Os julgamentos SS 3751/SP e RE 581488/RS, explicitam como critério de equidade para avaliar o pleito de determinada prestação de saúde: a possibilidade de sua universalização: "o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica" (144); "não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação " (145).

8) a equidade em saúde é quase sempre abordada no paradigma rawlsiano e dos direitos humanos, sendo vista, portanto, como a busca da igualdade de oportunidade no acesso a ações e serviços de saúde, ou a busca de redução das desigualdades. Os argumentos, em geral, adotam critérios formais de igualdade e desigualdade, a exemplo: constar ou não de políticas públicas estabelecidas. Em regra, não foram aprofundados questionamentos sobre o caráter discriminatório ou desigual das políticas públicas em si.

9) há, no julgamento da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, ADPF 54/DF, uma referência a equidade e à igualdade na perspectiva da pluralidade das concepções de justiça dentro de uma sociedade. Ela é invocada, entretanto, para defender as soluções: da "posição original", de Rawls (72), e do direito positivo neutro em relação a essa pluralidade de concepções, de Kelsen (146).

10) O voto do Ministro Edson Fachin na ADI 4066/DF é o que mais se aproxima mais da perspectiva ética da equidade abordada nesta tese, ao referir a insuficiência da proposta rawlsiana da maximização do acesso aos bens primários através de instrumentos como o "véu da ignorância" ou a delegação das decisões alocativas às instituições estatais. O voto menciona a disputa social em torno do sentido da equidade em saúde a exigir participação social nas decisões administrativas e judiciais. Voltaremos a esse voto, entretanto, na próxima seção, ao tratarmos da construção coletiva da decisão judicial.

Não há referências à abordagem da capacidade ou a teorias da justiça dela derivadas nos julgamentos do STF sobre saúde. A pesquisa no repositório do STF pelo nome dos autores que compõem a referência teórica da tese, retornou as seguintes referências, não relacionadas, entretanto, diretamente, à saúde.

Em relação à Amartya Sen, 08 acórdãos, nos seguintes temas: julgamento da reserva de vagas para negros em concursos públicos (ADI 41/DF), com referência à obra "*Equality of What?*" (147); definição de número de candidatos participantes de debates eleitorais (ADI 5488/DF) e distribuição de tempo de propaganda eleitoral gratuita (ADI 5491/DF, ADI 5423/DF e ADI 5487/DF), com referência à obra "A ideia de Justiça" (9); definição de escravidão moderna (RE 459510 / MT, Inq 3412 / AL), com referência à obra "Desenvolvimento como Liberdade" (11).

Em relação à Martha Nussbaum, encontramos 02 (duas) ocorrências em acórdãos e 01 (uma) ocorrência em julgamento de Repercussão Geral, nos seguintes temas: viabilização do exercício do direito fundamental à morte digna (MI 6825/DF), com referência ao texto "*Human dignity and political entitlements*" (148); proibição da prática de proselitismo em emissoras de radiodifusão comunitária (ADI 2566/DF), com referência à obra "*The New Religious Intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age*" (149); direito de candidata grávida ser submetida ao teste de aptidão física em época diversa daquela inicialmente prevista no edital do concurso público (RE 1058333 RG/PR), com referência à obra "*Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*" (150).

3.2.4 As Críticas à Abordagem da Equidade em Saúde pelo STF

Boa parte da crítica da abordagem jurídico-constitucional da equidade em saúde no Brasil é dirigida à intervenção assistemática do poder judiciário sobre o sistema de saúde. São as críticas formuladas, por exemplo, por Octávio Ferraz e Fabíola Sulpino, que apontam para uma interpretação dominante no judiciário brasileiro do direito à saúde como "um direito individual a atendimento médico ilimitado [...] sustentável apenas às custas dos princípios da equidade e universalidade estabelecidos na Constituição" (p.246)(151).

É necessário lembrar que a construção do direito à saúde como um direito subjetivo à prestação concreta de saúde, exercitável individual e coletivamente pelo cidadão para exigir, em concreto, a prestação correspondente do Estado, possui razões históricas no Brasil. Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial ligada ao contexto da redemocratização na busca dar máxima efetividade à afirmação constitucional dos direitos humanos e sociais (152,153).

O desafio atual, contudo, é o da conformação desse direito, que, como direito humano, manifesta-se em sua tríplice dimensão: como direito de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Como direito de terceira dimensão, ou de solidariedade, enfatiza-se a ideia de vida humana digna em sociedade, de respeito recíproco aos interesses da sociedade como um todo, projetando uma pretensão difusa não apenas de curar ou evitar a doenças, mas também de ter uma vida saudável em sociedade (154).

A crítica formulada por Chieffi e Barata, mencionada no julgamento do STA 818/DF, aponta para o viés introduzido pela judicialização, onde "a interferência do Poder Judiciário na política de saúde rompe o princípio da equidade ao favorecer as demandas dos que menos necessitam, em detrimento daqueles que só podem contar com o sistema público de saúde" (p.1840)(155).

A crítica expressa o fato de que a dispensação de prestação individual de saúde por intermédio da decisão judicial favorece aqueles que já possuem um acesso privilegiado ao poder judiciário, em detrimento dos demais, que não o tenham. Fazer depender a prestação de saúde individual de uma decisão judicial, com o destaque do conjunto das pessoas na mesma situação, acaba por constituir, para os cidadãos em geral, uma dupla barreira de acesso, em prejuízo dos menos favorecidos. Além da barreira de acesso ao sistema de saúde, impõe-se a

barreira do acesso ao judiciário, ampliando a distinção entre cidadãos segundo sua capacidade de transpor tais barreiras.

A crítica aponta para a necessidade de maior respeito pelo judiciário à integridade das políticas públicas de saúde fundadas no tripé: universalidade, equidade, integralidade, especialmente nos julgamentos das ações individuais.

Essa crítica, como vimos, tem ressonância no STF, principalmente a partir da realização da Audiência Pública em Saúde, moldando as decisões do STF no sentido de reconhecer na política pública de saúde um indicador da equidade do acesso às ações serviços de saúde. Essa ponderação, contudo, ainda carece de uma sistematização mais abrangente dentro do judiciário e também de maior reflexão quanto a seus limites, não estando isenta de críticas.

O principal problema desse entendimento é que ele se fundamenta em alguns pressupostos facilmente falseáveis. O primeiro deles é o de que o sistema de saúde esteja adequadamente organizado em políticas públicas formais, normatizadas e implementadas, de forma a garantir um catálogo ou elenco suficientemente completo de ações e serviços de saúde, aptos a atender a população como um todo e de forma equitativa.

Um segundo pressuposto é o de que o déficit democrático do poder judiciário seria suprido pelo fato das referidas políticas públicas serem elaboradas através de mecanismos legislativos e administrativos democráticos, com a garantia da equilibrada participação popular e objetivando o acesso igualitário.

Para garantir a equidade em saúde, bastaria então ao judiciário garantir o acesso do cidadão a tais políticas e exigir do Estado-administrador o seu cumprimento efetivo quando sua implementação fosse falha. Essa é uma concepção ponderável e que encontra suporte no texto do art. 196 da Constituição Federal, que menciona que o direito à saúde deve ser garantido: "mediante políticas sociais e econômicas".

Porém entendemos que a hipótese corresponde, em regra, à solução dos "casos fáceis" (*soft cases*) levados ao judiciário, não correspondendo aos "casos difíceis" (*hard cases*), na classificação de Hart (156) e Dworkin (56).

Temos a incidência dos casos fáceis quando o descabimento da desigualdade gerada é manifesta: tais como, estabelecer diferenças de classes no atendimento hospitalar com base

no pagamento de adicionais; ou a violação da fila de atendimento não justificada pela urgência ou pelas condições de saúde do paciente. Ou algumas outras hipóteses de violação de políticas públicas estabelecidas para evitar a discriminação e garantir o acesso igualitário.

Nos casos fáceis, as lacunas e obscuridades na aplicação das normas podem ser resolvidas com fundamento em um raciocínio lógico-dedutivo simples. Um raciocínio de subsunção do fato à norma. Isto porque a prévia elaboração social e legislativa já teria, quando menos, explicitado os limites de seu conteúdo fático e ético e, por consequência, os limites da atuação jurisdicional. A solução de casos fáceis corresponderiam, no aspecto moral, ao que Hare (5) denomina nível de raciocínio intuitivo.

Ocorre que esse modelo não corresponde à realidade fática de muitos dos casos em concreto. Em primeiro lugar, porque a atenção à saúde não se reduz a um catálogo de ações e serviços e não é possível operar o acesso às ações e serviços de saúde de forma desatrelada das demais políticas relacionadas direta ou indiretamente à saúde e à qualidade de vida. Uma consideração ampla da saúde implica reconhecer o caráter multidimensional da equidade em saúde, como demonstrado no Capítulo 2 desta tese, aumentando a complexidade do problema. No sentido defendido nesta tese, também não se pode abstrair a concepção ampla de saúde como capacidades e funcionamentos, ou suas relações com os determinantes sociais da saúde. Em segundo lugar, porque o caráter conflitivo do acesso a saúde a exigir pacificação diz respeito em grande parte, precisamente, ao teor das políticas públicas formuladas. Em outras palavras, a discussão jurídica e jurisdicional do acesso à saúde não pode abstrair o teor e o próprio processo de formulação de tais política.

Estas questões, somente podem ser trazidas dentro da reflexão moral e ética no âmbito do que Hare (5) denomina nível do raciocínio crítico (em oposição a raciocínio intuitivo). Isto é, tais questões não se encaixam nas fórmulas dos casos fáceis (*soft cases*), exigindo sua abordagem como casos difíceis (*hard cases*), por envolverem questões mais sutis do ponto de vista do critério ético da equidade em saúde.

Embora soluções possam ser pensadas, em uma racionalidade jurídica estrita, em termos do mecanismo de normatização, legislativa ou jurisprudencial, e de sua posterior aplicação pelo processo de subsunção do fato à norma, ocorre, com frequência, que soluções obtidas por esse mecanismo rapidamente se tornam anacrônicas em sociedades democráticas, dinâmicas e plurais. Esse modelo, em regra, deixa de fora da argumentação jurídica as questões no nível do raciocínio crítico trazidas pela reflexão ética e bioética. Um exemplo

dessa reflexão gira em torno das políticas de reparação e das políticas de reconhecimento mencionadas por Dias (25).

Muitas questões que envolvem conflitos éticos sanitários e bioéticos nessa dimensão crítica ainda não foram apreciados pela jurisdição pelo simples fato de não terem sido levados à judicialização. Entretanto, a medida que a judicialização, no escopo de pacificação social, penetre o mérito da política pública, a jurisdição irá se deparar com escolhas morais e políticas mais complexas, que demandam o raciocínio crítico. São escolhas que demandarão também uma participação ampla dos destinatários na construção da decisão jurisdicional.

Nesse sentido, uma crítica à atuação jurisdicional no Brasil é a de que ela ainda possui pouca tradição no reconhecimento da necessidade de participação e de adequada representação no processo judicial, mesmo no processo judicial coletivo, onde a necessidade se faz mais evidente.

A abordagem da capacidade, como vimos, ainda não penetrou a jurisprudência do STF também porque, em verdade, não penetrou ainda, em maior extensão, a formulação das políticas públicas. A medida em que aumenta a complexidade das políticas públicas inclusivas em sociedades plurais, essa complexidade repercutirá nas questões levadas à jurisdição e, portanto, no teor das decisões jurisdicionais.

Os casos difíceis nas sociedades atuais exigem a elaboração de soluções de compromisso, que somente são possíveis com a participação ampla dos afetados nas decisões administrativas e jurisdicionais. A necessidade e a problematização dessa participação é o objeto da próxima seção.

3.3 A DECISÃO JUDICIAL COMO CONSTRUÇÃO COLETIVA

A presente seção discute instrumentos informais e formais de participação social na construção da decisão judicial e visa evidenciar que os instrumentos processuais formais de representação e participação podem constituir-se em instrumento para o preenchimento valorativo de decisões judiciais, especialmente em situações em que a ideia de justiça seja controversa ou disputada socialmente e possua um caráter multidimensional, como é o caso da equidade em saúde

Em sociedades que se pretendam plurais e democráticas, a decisão judicial não deveria resultar de um ato solitário do julgador, mas de um processo dialógico que permita a participação ou a representação (157) de todos os atores que direta ou indiretamente se tornarão destinatários da decisão.

Dentre as abordagens teóricas que suportam a concepção de construção coletiva das decisões judiciais, nos fixaremos, com propósito ilustrativo, na própria abordagem de Klaus Günther (6), exposta no Capítulo 1 desta tese.

Sendo de interesse também compreender o fenômeno da mutação constitucional, descrito pela primeira vez na doutrina constitucional alemã (158) e a concepção de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição desenvolvida por Peter Häberle (159). Exporemos essas concepções em suas linhas gerais.

Primeiramente, em relação à abordagem de Günther, lembremos que a aplicação imparcial de uma norma implica compreendê-la como capaz de, simultaneamente, ser interpretada como se fizesse parte de um sistema coerente de normas (justificação) e ainda fornecer a resposta ao caso particular (aplicação). Sendo que este último aspecto envolve a consideração adequada de todos os sinais característicos da situação concreta.

A contribuição habermasiana à formulação de Klaus Günther leva a que a noção de aplicação imparcial seja entendida também como a exigência de um procedimento de aplicação que leve em conta a participação de todos aqueles que serão afetados pela aplicação da norma.

O papel do juiz deve ser o de atuar como o terceiro observador do conflito, cabendo a ele questionar a coerência das interpretações levantadas pelas partes, participantes formais do processo, quanto ao caso concreto e quanto à seleção da norma adequada à aplicação. O escopo pacificador da jurisdição exige ainda a transcendência do particularismo das partes. Isto é, a decisão fundamentada deve ser aquela cujas razões jurídicas possam ser aceitas racionalmente pela sociedade como um todo (160).

Os processos de jurisdição coletiva e constitucional, por sua repercussão geral e pelos efeitos *erga omnes*, sobre um número indeterminado de pessoas, aguçam a exigência de que sua legitimidade seja o reflexo da participação ou, quando menos, da representação ampla de grupos atingidos na construção das decisões.

Na dimensão constitucional, há a possibilidade de um processo mais amplo de participação social que é o da atualização permanente dos sentidos em que os dispositivos de uma Constituição podem ser entendidos, sem um processo formal de revisão ou reforma constitucional. Frisamos a expressão "permanente" para indicar trata-se de um mecanismo que vai mais além do momento inaugural de elaboração e promulgação de uma Constituição. Essa atualização de sentidos ocorre através de mecanismos informais de atualização.

A mutação constitucional é o fenômeno pelo qual o conteúdo da constituição formal é alterado sem a alteração de seu texto. Esse processo é descrito pela primeira vez por Paul Laband (158) em relação à constituição alemã de 1871, que sofreu diversas mudanças, sem reformas constitucionais, para adaptar-se às mudanças no funcionamento das instituições do império. Uma definição desse fenômeno é oferecida por Ana Cândida Ferraz:

(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio, ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas (161)

São exemplos de mutação constitucional no Brasil, as alterações em relação ao conceito de família. A Constituição de 1988 faz 23 (vinte e três) referências ao vocábulo família. O conteúdo semântico reconhecido pelo direito, entretanto, alterou-se significativamente desde o momento da promulgação do texto constitucional em 05 de outubro de 1988.

Partiu-se de um conceito restritivo de entidade familiar como aquela gerada exclusivamente pelo casamento civil entre homem e mulher (Código Civil de 1916, então vigente), para o reconhecimento de outras configurações familiares, como da família monoparental, da família gerada pela união estável (com alteração legislativa a partir de 1994), da família gerada na união civil de pessoas do mesmo sexo (com decisão judicial, partir de 2011), havendo a tendência de que o direito siga acolhendo outras espécies familiares que surgem na vida social e que reivindicam seu status de família.

Decisões judiciais, dessa forma, limitam-se a reconhecer o fato da mutação constitucional, como ocorreu com o julgamento das ações Direta de Inconstitucionalidade

número 4277/DF e de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132/RJ. A decisão do STF nessas ações deu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 a interpretação conforme à Constituição "para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família"(162).

No que se refere à transformação de sentidos pela interpretação há o mecanismo que Peter Häberle denominou "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição". Trata-se de uma teoria acerca da construção coletiva de significados.

Häberle trata especificamente da interpretação constitucional e afirma que "a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. Ao processo de interpretação tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política" (p.23)(159).

O autor faz a crítica à teoria da interpretação constitucional tradicional, muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada" e que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes em procedimentos formalizados. Considera importante considerar seriamente o tema do que denomina 'realidade constitucional' e pensar a incorporação das ciências sociais, teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados ao atendimento do interesse público e do bem-estar geral.

Propõe a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixo de intérpretes da Constituição. Assim, todos os participantes materiais do processo social, estão nela envolvidos, sendo a interpretação constitucional, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Uma teoria constitucional deve explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (Öffentlichkeit) o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. Häberle sugere um catálogo (provisório) de intérpretes e analisa o funcionamento de cada um deles.

Não nos alongaremos na descrição desse catálogo. Para os objetivos nos quais a teoria está sendo mencionada nesta tese, importa mencionar,desse catálogo, os participantes da interpretação que não são entes ou órgãos do Estado.

Temos, a exemplo: os próprios requerente e requerido nas ações constitucionais, como aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico” (“Rechtsgespräch”); outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional, como pareceristas ou experts, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do parlamento ou do próprio órgão jurisdicional, associações, partidos políticos e suas frações parlamentares; os grupos de pressão organizados; requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo, etc.

Häberle menciona também a opinião pública, o jornalismo profissional, a expectativa de leitores, as iniciativas dos cidadãos, as associações, igrejas, teatros, escolas da comunidade, pedagogos e associações de pais, etc. O funcionamento dessas participações é matéria sujeita, é claro, a muitas críticas, porém são possibilidades concretas.

A doutrina de Häberle é descritiva e propositiva. Ela descreve a forma como se dá a interpretação constitucional, como produto de uma interpretação coletiva, ou daquilo que ele denomina sociedade aberta. Mas também prevê a adoção de mecanismos catalisadores dessa interpretação coletiva, tais como o instituto do *amicus curiae* ou da audiência pública, que analisaremos no próximo tópico.

3.3.1 A Percepção no STF sobre a Construção Coletiva de Decisões

Abordaremos neste tópico os mecanismos formais de participação da sociedade nas decisões jurisdicionais a partir de iniciativas do STF e dos mecanismos já implementados ou em implementação no âmbito do judiciário brasileiro.

A percepção da decisão jurídica como construção coletiva foi abordada no voto da Ministro Edson Fachin, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4066/DF, que apreciou a inconstitucionalidade, em face do art. 196 da Constituição Federal

(direito à saúde), do art. 2º, caput, da Lei nº 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, utilização e comercialização do asbesto branco (amianto da variedade crisotila). Do voto, extraímos os seguintes excertos:

Dá-se, aqui, algo semelhante ao que ocorre na decisão do Ministério de Saúde em incluir determinado medicamento na “lista do SUS” ou mesmo de liberação de uma substância pela Anvisa: no primeiro caso, não apenas deve o órgão público examinar a efetividade de determinado medicamento, mas também avaliar se o benefício eventualmente obtido justifica os custos que trará ao sistema público; no segundo, é preciso examinar se a potencialidade dos efeitos colaterais não acabam sendo piores do que os ganhos pretendidos.

Seria possível, neste ponto, sustentar que a garantia do direito à saúde devesse levar em conta um ideal de distribuição que permitisse maximizar as chances de acesso aos bens primários, como se fosse possível, em uma instância deliberativa ideal, cobrir os interlocutores com um “véu de ignorância” acerca da real distribuição dos bens. Mesmo nesse cenário ideal, é preciso reconhecer que as pessoas têm visões diferentes sobre os bens que entendem necessários, pois os bens são necessários para uma finalidade. Noutras palavras, uma meta para a garantia do direito à saúde, construída a partir da teoria de John Rawls, poderia, ao fim, legitimar a ideia de ser lícito ao Estado decidir, autonomamente, sobre o destino das pessoas, invertendo o enfoque dos fins (liberdade) para um problema relativo aos meios (a saúde).

Contrariamente a essa perspectiva, é possível sustentar que o direito à saúde é “uma demanda ética sobre a equidade em saúde” (RUGER, Jennifer. *Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements*. *Yale Journal of Law & Humanities*. V. 18. N. 18, p. 278), ou seja, todos têm o direito de reivindicar para si o acesso à melhor proteção à saúde, como se a proteção reivindicada pudesse ser formulada por todos. Se essa proposta tem, de um lado, a vantagem de, com Dworkin, levar o direito à saúde a sério, na medida em que permite às pessoas formular suas demandas éticas à luz do Direito; de outro, ela adverte que o papel do Estado não é um simples “sim ou não” à demanda que lhe foi apresentada.

Com efeito, o papel do Estado é não apenas fornecer um mínimo, aquilo que qualquer pessoa tem direito a lhe exigir, mas também o de elaborar um difícil cálculo relativamente à distribuição dos bens, levando em conta, porém, que as pessoas têm

diferentes visões sobre a própria distribuição. Trata-se, portanto, de não apenas prover o mínimo, mas também de garantir a participação das pessoas nos procedimentos alocativos.

Essa proposta parte da premissa de que o problema do controle não se refere apenas a quem detém a competência para a tomada de decisão, mas de que forma ela é tomada. E é precisamente neste ponto que o direito à saúde, tal como definido até aqui, encontra seu correspondente prestacional por parte do Estado. De fato, em sociedades plurais, há muitos desacordos sobre quais devem ser as prioridades no atendimento à saúde e é por isso que o direito não se confunde com o atendimento universal. A impossibilidade prática de uma definição universalmente aceita não deve, porém, ser compreendida como um óbice à realização. Ao contrário, em sociedade plurais, é preciso que o direito à saúde seja concretizado mediante procedimentos justos em que se permita às pessoas identificarem a legitimidade e a equidade da tomada de decisão.

Em termos práticos, isso impõe ao Estado o dever de dar transparência às decisões tomadas pelos órgãos reguladores. A transparência deve, ainda, atingir a todos os que forem afetados pela decisão. Ademais, deve a decisão também ter fundamentos verificáveis, isto é, ainda que se discorde das razões adotadas, todos devem reconhecer como suficiente para se chegar às conclusões as razões apresentadas. Finalmente, devem as agências garantir o direito de recurso ou revisão por parte daqueles que direta ou indiretamente possam ser afetados pela decisão. (163)

O trecho transcrito versa especificamente sobre a participação nos processos administrativos de decisão conduzidos pelas agências estatais e pelos órgãos reguladores. Portanto, na esfera administrativa do Estado, restando clara, entretanto, a extensão dos argumentos aos processos e órgãos jurisdicionais.

A argumentação exposta no voto explicita a impossibilidade de que os conflitos em torno da alocação dos recursos em saúde seja resolvida meramente com o "sim ou não" do Estado ou de suas instituições, tomadas na concepção rawlsiana. Exige, pelo contrário, participação concreta e atual dos destinatários da decisão. Sendo que a razão principal dessa exigência de participação, nos procedimentos alocativos em saúde, é precisamente o conteúdo ético e a diversidade de percepções acerca do equitativo e do justo em saúde. Estas

percepções, de forma legítima, são disputadas na sociedade e impõem a busca de soluções consensuais.

Como corolário da participação, existe o dever da transparência no processo de decisão, visando sua sindicabilidade. Isto é, os argumentos que a fundamentam necessitam ser expressos da forma clara e objetiva, permitindo o exercício argumentativo.

Nesse mesmo julgamento, da ADI 4066/DF, os ministros utilizam subsídios colhidos em audiência pública convocada na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3937/SP, ação direta que questionou a constitucionalidade de lei estadual paulista que proibia utilização de qualquer tipo de amianto ou asbestos naquele Estado (164).

Nesse caso específico, os subsídios da audiência pública, com participação de uma diversidade de especialistas dada a interdisciplinaridade do tema, serviram para garantir ou aumentar o nível de confiabilidade dos argumentos acerca dos fatos científicos sanitários que embasaram a decisão judicial.

A realização de audiências públicas no STF foram previstas inicialmente pelas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, que disciplinaram, respectivamente, o processo de jurisdição constitucional nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental.

O instituto da audiência pública, de forma mais ampla, foi inserido também no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 983, § 1º, e no art. 1038, inciso II, respectivamente, para subsidiar a resolução de demandas repetitivas perante os demais tribunais e para o julgamento dos Recursos Especiais pelo Superior Tribunal de Justiça e dos Recursos Extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao lado da audiência pública, há institutos como o do *amicus curiae*, como o terceiro que, admitido ou convocado para participar do processo, fornece subsídios ao julgamento da causa pelo órgão jurisdicional. O *amicus curiae* pode ser uma pessoa natural ou jurídica, um órgão ou entidade especializada, desde que com representatividade adequada, conforme previsto no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015.

Embora o objeto da tese enfoque precipuamente a decisão judicial, é preciso mencionar no campo mais amplo do direito a emergência da mediação sanitária como mecanismo extrajudicial de autocomposição dos conflitos. A Mediação Sanitária vem

ganhando destaque no Brasil a partir de iniciativas institucionais conjuntas do próprio poder judiciário, ministério público, defensoria pública e órgãos do Estado de assistência judiciária.

São exemplos nesse sentido o projeto "Mediação sanitária: direito, saúde e cidadania", instituído pela Resolução PGJ n.º 78, do Ministério Público de Minas Gerais (165), e a criação de câmaras de mediação em Tribunais de Justiça e órgãos administrativos nos Municípios e Estados da Federação. A referência teórica da mediação sanitária vem sendo construídas em trabalhos como os de: Delduque e Castro (166), Silva e Schulman (167), Ribeiro (168). A Mediação Sanitária, a nosso ver, potencializa as possibilidades de construção participativa e democrática e as soluções participativas e de compromisso nos conflitos em torno do direito à saúde.

A realização de audiências públicas pelo STF talvez seja o exemplo mais em evidência da tentativa de introduzir no processo jurisdicional procedimentos que objetivam reduzir o déficit democrático de seu funcionamento e promover a abertura à participação construtiva dos diversos segmentos da sociedade, potencializando o processo de interpretação descrito por Häberle (159).

O STF convocou vinte e duas audiências públicas entre 2007 e 2017 (169). Dentre elas destacamos dez cuja temática está ligada de forma mais ou menos direta ao tema da saúde e ao questionamento ético ou bioético: 1) em 2007, sobre pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n.º 3.510); 2) em 2008, sobre a importação de pneus usados (ADPF n.º 101); 3) em 2008, sobre a interrupção de gravidez do feto anencéfalo (ADPF n.º 54); 4) em 2009, sobre a judicialização do direito à saúde (SL n.º 47, SL n.º 64, STA n.º 36, STA n.º 185, STA n.º 211, STA n.º 278, SS n.º 2.361, SS n.º 2.944, SS n.º 3.345, SS n.º 3.355); 5) em 2012, sobre a proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (ADI n.º 4.103); 6) em 2012, sobre a proibição do uso de amianto (ADI n.º 3.937); 7) em 2013, sobre o campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE n.º 627.189); 8) em 2013, sobre queimadas em canaviais (RE n.º 586.224); 9) em 2013, sobre o programa "Mais Médicos" (ADI n.º 5.037 e ADI n.º 5.035); 10) em 2014, sobre a internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE n.º 581.488).

A efetividade da abertura democrática proporcionada pelas audiências públicas, entretanto, ainda é, em grande medida, uma hipótese a ser verificada. Depende ainda de estudos que constatem, entre outros aspectos: a existência de critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição dos habilitados a participar; o nível e amplitude da

representatividade dos diferentes segmentos da sociedade; o nível de interação e de confronto entre os participantes; a natureza e amplitude dos subsídios colhidos; o grau de incorporação das abordagens e das eventuais conclusões de consenso das audiências públicas nas decisões da corte (169).

Estudos mais aprofundados e em perspectiva interdisciplinar poderiam aportar contribuições para o funcionamento das audiências públicas e para sua eficácia no suprimento das carências epistêmicas dos julgadores, ao tempo em que permitam uma participação efetivamente plural e democrática dos diferentes segmentos da sociedade na construção das decisões judiciais.

Os déficits de representação e de participação que venham a ser detectados em tais estudos, a nosso ver, não constituem óbices definitivos ou incontornáveis à eficácia das audiências públicas como instrumento de construção coletiva das decisões judiciais. Pelo contrário, a crítica e o esforço voltado à correção dos aspectos falhos de seu funcionamento podem compor um processo, também participativo, construtivo, gradual e permanente, de revisão e superação de seus déficits e de fortalecimento do próprio instituto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sociedades reais são complexas e dinâmicas não menos que os indivíduos e grupos que as compõem, demandando contínua reflexão quando se busca, no plano jurídico, soluções às questões fáticas e éticas ao desafio distributivo do incontornável processo de cooperação social. Teorias abstratas da justiça ajudam a pensar a sociedade e a refletir eticamente sobre seus fenômenos, mas não podem ser confundidas com a realidade concreta que pretendem descrever, refletir ou propor.

Teorias distributivas parciais normalmente representam visões parciais do fenômeno social ao focarem um determinado espaço informacional e não traduzem a inteireza de processos alocativos reais. A escolha do espaço informacional é também função do aspecto distributivo que se busca equacionar. O foco pode estar, por exemplo, na demanda de liberdade e emancipação de indivíduos e grupos, na demanda por proteção em face de adversidades naturais ou sociais, ou na combinação dessas demandas.

A presente tese buscou constituir-se em uma contribuição para a defesa de concepções plurais de justiça, que entendemos unidas pelo vetor axiológico da promoção da equidade. Assumimos o sentido de equidade como um valor absoluto na perspectiva moral. O espaço informacional em que a equidade será considerada é variável, porém a direção e sentido da busca da equidade é invariável e será sempre o do incremento da igualdade substantiva no espaço informacional considerado.

O vetor é um instrumento lógico que permite alinhar um conjunto de elementos, segundo sua direção e sentido. Na abordagem das capacidades podemos entendê-lo como um conjunto de funcionamentos e capacidades, "n-tuplos", como sugerido por Bernard Williams (78), "vetor de funcionamentos" ou "conjunto capacitório", como denominado por Sen (9). São vetores orientados à aquisição e/ou exercício de outro determinado conjunto ou vetor de funcionamentos e capacidades.

Podemos imaginar infinitas possibilidades para conjuntos capacitórios, preenchidos segundo fatos e valores que regem determinado momento na vida de um indivíduo ou de uma sociedade. Porém dificilmente poderíamos imaginar uma direção ou sentido, no espaço das capacidades e funcionamentos, diverso do incremento, desenvolvimento ou ampliação dos

próprios funcionamentos e capacidades. Sua função é construir-se em uma arquitetura, em que determinados funcionamentos suportam e viabilizam outros.

Como sentido, somente poderemos entender a equidade como a busca da equalização, em algum espaço informacional, dos fatos e valores que alinha. A equidade não se constitui em um fim em si mesmo, mas um instrumento conceitual para se discutir e se buscar a consecução de uma concepção de justiça distributiva adequada à sociedade a que se aplica. A liberdade substantiva expressa na abordagem da capacidade deve contemplar a liberdade na escolha das diferentes concepções de justiça.

Em nosso entender, a unidade de direção e sentido é o elemento que eventualmente permitirá uma universalização das expectativas de justiça, permitindo uma linguagem mínima comum, a despeito diversidade de concepções de justiça que um vetor possa abrigar. Esta tese defende a aptidão da abordagem da capacidade como instrumento adequado para a discussão plural e em concreto do conceito multidimensional da equidade em saúde, oferecendo também a maior possibilidade de aportar conteúdo ético e bioético à fundamentação jurídico-formal da equidade em saúde.

Não se busca, portanto, a defesa de uma teoria específica da justiça, embora se reconheça o valor inestimável das mesmas na discussão concreta da equidade em saúde. Busca-se a discussão e a uniformização mínima, pluralista, sujeita à permanente revisão crítica, de caráter ético e bioético, na formulação da ideia de equidade em saúde no âmbito das decisões judiciais no Brasil.

Os passos metodológicos adotados para atingir este escopo foram: buscar uma relação de aproximação entre a argumentação moral e argumentação jurídica; definir e problematizar o conceito de saúde a partir da abordagem da capacidade; avaliar as possibilidades de aplicação do arcabouço teórico pesquisado à situação concreta e atual da tutela jurisdicional da saúde no Brasil.

A pesquisa, a par de conclusões mais específicas tratadas em cada um dos capítulos precedentes, permitiu algumas conclusões de caráter geral sumarizadas abaixo:

- 1) Acerca da possibilidade de universalização da linguagem lógica moral, segundo os princípios metaéticos da universalizabilidade e da prescritividade descritos por Hare (4,5) e da possibilidade de um exercício de investigação da coerência lógica das decisões, prévia e

independentemente ao preenchimento substantivo dos juízos morais, sempre contingentes e dependentes do contexto e das circunstâncias concretas em que são considerados.

2) a possibilidade de aplicação de convicções morais, em um nível intuitivo, sempre sujeita a revisão pelo nível crítico do pensamento moral. O nível intuitivo sendo suficiente para atender situações corriqueiras, previamente analisadas e para as quais se logrou algum nível provisório de consenso. O nível crítico sendo requerido, perante situações novas ou situações que exijam nova reflexão e novo consenso.

3) Sobre a relação entre fundamentação moral e fundamentação jurídica: adotamos a posição de Klaus Günther (6,7), que deriva, das normas morais, a racionalidade das normas jurídicas, o que faz pressupor uma relação de dependência normativa do direito em relação à moral. O caráter monológico do agir moral é mitigado pela assunção da generalização do raciocínio moral e sua transformação em regra de argumentação em discursos práticos.

4) Ainda com Günther, acolhemos a cisão da argumentação moral e jurídica em discurso de justificação e de aplicação, como forma de equacionar a aplicação dos princípios gerais e abstratos às situações específicas e concretas. A justificação, vinculada à validade, expressa a universalidade do princípio moral em um sentido recíproco universal de imparcialidade. A aplicação diz respeito à adequabilidade, somente determinável em face da situação concreta. Em uma primeira aproximação, caberia às normas morais a tarefa de justificação, por representarem a generalização das pretensões assumidas, e caberia às normas jurídicas a missão de concretização, visando superação da dicotomia entre fato e norma, ou entre facticidade e validade.

5) enquanto a validade depende da possível universalização da norma diante das evidências apresentadas para a sua observância geral, a adequação se orienta à norma aplicável em todas as suas variantes de significados e em relação a todas as demais normas aplicáveis para uma descrição integral da situação. A validade de normas depende de que as consequências e os efeitos colaterais de sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. O direito constitui uma relação entre os participantes virtuais do discurso, com a demanda mútua de observância efetiva das normas válidas.

6) A investigação da coerência lógica das decisões opera no sentido de sua estabilidade, que no campo do direito reveste-se do caráter premente da demanda por segurança jurídica,

sindicabilidade de decisões e necessidade de prestação de contas (*accountability*) da atividade jurisdicional. A previsibilidade dos juízos, no escopo pacificador da jurisdição, é fundamental à função estabilizadora de expectativas do sistema direito, conforme assinalado por Habermas (60).

7) Em relação às teorias da justiça discutidas na tese, a ideia da generalidade e universalidade de determinados princípios está presente desde Rawls (72). Sua concepção contratualista e liberal de justiça admite dois princípios cuja estrutura básica estariam presentes em toda e qualquer sociedade bem ordenada, que compartilhe uma ideia comum de justiça. Ambos os princípios remetem à igualdade, o primeiro como universalização, ou seja, um direito igual ao mais extenso sistema total de liberdades, compatível com os sistemas de liberdades dos demais. O segundo princípio admite as desigualdades sociais e econômicas para condicioná-las "ao máximo benefício possível aos menos favorecidos" e vinculá-la a cargos e posições "abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades" (p.302)(72). A concepção é obviamente aberta à crítica, ajustes e correções, referenter à validade, universalidade ou generalidade dos princípios, bem como à ordenação lexicográfica estabelecida por Rawls, o segundo subordinando-se ao primeiro. Críticas foram assumidas e/ou respondidas por Rawls nas obras "O Liberalismo político" (170) e "Justiça como equidade" (171).

8) Também a abordagem da capacidade de Sen (9) se apresenta, explicitamente, como um instrumento teórico de caráter geral, abrangente, útil à discussão de diferentes concepções de justiça. Nussbaum (20), partindo da concepção de Sen e com a pretensão de manter sua generalidade, implica contudo algum grau de concreção, na medida em que especifica um conjunto de capacidades centrais. Este conjunto possui a pretensão de generalidade, questionável, como vimos, por exemplo, na crítica de Jagggar (79).

9) A tese defende que a abordagem da capacidade, juntamente com suas críticas, ajustes e alterações, constitui o espaço informacional mais adequado a tratar do tema da saúde, principalmente quando se tenha por objetivo a discussão da equidade em saúde e, portanto, a relação entre a saúde e as teorias da justiça. Esse espaço informacional é incontornavelmente complexo e multidimensional. É também, no nosso entender, o mais adequado à veiculação do caráter ético e bioético da saúde.

10) Reconhecendo essa complexidade e multidimensionalidade, optou-se por apresentar basicamente três conceitos de saúde que se fundamentam a partir da abordagem da capacidade

e que foram selecionados, não pela conformidade entre si, mas pelo teor crítico recíproco. Esta tese assume que a pluralidade dos conceitos fundados na abordagem da capacidade não constitui uma desvantagem, mas sim uma vantagem da abordagem da capacidade, oportunizando a justificação e a adequação do princípio da equidade em diferentes panoramas concretos e concepções de justiça.

11) Os três conceitos discutidos na tese, foram: a) da saúde como uma metacapacidade de Shridhar Venkatapuram (22); b) da saúde como funcionamento de Maria Clara Dias (25); c) da saúde como capacidade de Jennifer Prah Ruger (28).

12) O conceito de saúde como metacapacidade de Venkatapuram é construído a partir da revisão da definição de saúde proposta pela teoria da ação de Nordenfelt (85) e da lista das capacidades centrais de Nussbaum (20). A saúde corresponderia a um núcleo de capacidades que representam uma concepção mínima de bem estar, diretamente relacionado à igual liberdade e à igual dignidade humana. O conceito pretende integrar em uma perspectiva unitária, prática e filosoficamente coerente: saúde, capacidade e direito, fixando as bases morais de um direito à capacidade de estar e permanecer saudável.

13) O conceito de saúde como funcionamento de Dias busca a elaboração de uma perspectiva moralmente inclusiva para definir a saúde e que leva em conta os funcionamentos. A construção teórico filosófica, a partir, entre outras referências, do princípio da não instrumentalização de Tugendhat (97) e do critério de maximização dos interesses preferenciais de Singer (100), define a saúde como a capacidade normativa dos seres humanos que opera através de um conjunto de funcionamentos básicos, num sistema dinâmico e interativo que, para serem desenvolvidos e exercidos, precisam de determinadas condições materiais de existência.

14) O conceito de saúde como capacidade de Ruger (28) busca combinar e relacionar os elementos: capacidade, funcionamento e agência. A capacidade de saúde compreendendo o funcionamento (*health functioning*), definido como o produto da ação para manter e incrementar a saúde, e a agência (*health agency*), definida como a capacidade individual para alcançar o valor e atuar como agente de sua própria saúde.

15) Os conceitos se abrem a diferentes críticas, sendo as principais expostas no Capítulo 2. Para a análise que se reputa interessante aos fins da tese, extraiu-se dessa discussão crítica, quatro aspectos que pontuam, a nosso ver, sobreposições entre a saúde, abordagem da

capacidade e reflexão bioética. O primeiro diz respeito à dificuldade da abordagem das capacidades, nos termos em que formulada, para conciliar a vontade e o querer individual com o fato do seu condicionamento social. O segundo diz respeito à forma adequada de tratar a situação dos indivíduos que, ainda que transitoriamente, não possuam a capacidade de elaborar ou expressar a própria vontade. O terceiro diz respeito à tensão entre individualismo e universalismo. O quarto diz respeito à aptidão para abordar o problema da discriminação e da desigualdade entre grupos dentro das coletividades.

16) A equidade em saúde que se busca conformar na tese, a partir do paradigma das capacidades, conclui pela sua multidimensionalidade e pela centralidade da saúde para a teoria da justiça, em função da: 1) relevância da saúde como um constituinte criticamente significativo das capacidades humanas; 2) relevância da equidade nos processos e procedimentos; 3) maneira como a alocação de recursos e os arranjos sociais ligam a saúde a outros aspectos da organização da sociedade. Assim, a equidade em saúde não pode se resumir à mera distribuição de oportunidade de acesso às ações e aos serviços de saúde. A tese, nesse sentido, entende pela vantagem do conceito de equidade em saúde no paradigma da capacidade sobre o conceito de equidade em saúde no paradigma dos direitos humanos, tal como o formulado por Whitehead (115).

17) Em uma perspectiva mais prática, a tese se ocupou de fazer um levantamento dos sentidos em que a equidade em saúde é empregada pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula e superposição do judiciário brasileiro. Os resultados foram mostrados no Quadro 1 e sumarizados em 10 posições, como síntese do entendimento daquela corte. Conclui-se pela sua insuficiência para dar conta do caráter multidimensional da equidade em saúde no paradigma da capacidade.

18) Se apresentou a discussão sobre as possibilidades de construção coletiva da decisão judicial através de instrumentos informais, como a mutação constitucional e a interpretação da Constituição pela sociedade aberta de seus intérpretes, na formulação de Häberle (159).

19) Também se abordou os instrumentos formais, em especial a audiência pública, em face da experiência já existente com a realização de vinte e duas audiências públicas pelo STF. Analisou-se a possibilidade e os limites das audiências públicas na construção coletiva da decisão judicial, como instrumento para dar permeabilidade à ponderação ética e bioética da equidade em saúde no paradigma das capacidades. Um aspecto relevante neste ponto, que se pode extrair a partir da Perspectiva dos Funcionamentos, é o da necessidade de que os

instrumentos de audiência e participação na construção da decisão judicial abranja formas de expressão outras que não apenas aquelas compatíveis com uma lógica discursiva de manejo exclusivo pelo agente moral e com exclusão dos demais concernidos morais.

20) Concluiu-se que a equidade em saúde na abordagem da capacidade, por seu caráter instrumental, pode sofrer inflexões de sentido em função de diferentes concepções de sociedade e de justiça às quais pode ser aplicada. Possui a vantagem, entretanto, de permitir a análise racional das assimetrias e uma abordagem mais realista de ganhos incrementais, mensurados em relação ao comportamento real, não idealizado, dos sujeitos morais.

21) A flexibilidade da abordagem a caracteriza como um instrumento, adaptável à aplicação em diferentes contextos concretos. Os aspectos variáveis da abordagem dizem respeito às escolhas morais de pesos e equilíbrios relacionados à combinação de valores como liberdade, prudência, autonomia, preservação das diferenças e redução das desigualdades. A flexibilidade não impede, por outro lado, derivações de caráter geral em função mesmo do caráter básico e central da saúde para a dignidade da pessoa humana e, por consequência, para diferentes concepções da justiça que a tenham por fundamento.

22) A equidade em saúde, no sentido aqui discutido, é, em síntese, um vetor que está direcionado à igualdade das condições que determinam o gozo de boa saúde e de boa qualidade de vida a todos e a cada indivíduo em suas peculiaridades. O que significa, no marco das capacidades, a busca da igualdade substantiva de indivíduos e grupos no acesso aos funcionamentos e no exercício das capacidades que considerem relevantes.

23) É sentido que, por óbvio, não ignora as desigualdades em que estes indivíduos e grupos estão imersos. Os desdobramentos da abordagem da capacidade foram concebidos, por um lado, para reduzir a desigualdade e, por outro, embora não se resuma a isso, para proporcionar patamares mínimos (*thresholds*) no gozo de funcionamentos e no exercício de capacidades. Entendemos que ambos os objetivos são relevantes, em si mesmos, nas considerações da consecução de equidade em saúde.

24) Uma vantagem da abordagem das capacidades para esta tarefa é ela se constituir em instrumento talhado para identificar: 1) os elementos dentro da situação fática que são relevantes para medir a desigualdade em termos de funcionamentos e capacidades, em especial os chamados funcionamentos férteis, aqueles que são pré-requisitos para o alcance dos demais funcionamentos e capacidades; 2) as maneiras como capacidades e

funcionamentos, em uma arquitetura de capacidades, se auto constroem e se auto sustentam, na consecução de uma igualdade substantiva de oportunidades com respeito às escolhas individuais.

25) Em face de seu caráter multidimensional, a equidade em saúde pode ser tratada em diferentes amplitudes e aplicadas em diferentes concepções de sociedade, de Estado e de justiça. Saúde e justiça são conceitos indissociavelmente acoplados. O que se entende por saúde é resultado, em grande extensão, das concepções de justiça compartilhadas, assumidas e experimentadas em sociedade e, vice-versa, o que se entende por justiça distributiva não pode passar à margem do fato de que o acesso e gozo de boa saúde constitui-se em um aspecto incontornável da realização da ideia de equidade em termos amplos e, por consequência, de qualquer ideia de justiça.

26) Isto é, entendemos que há um núcleo abstrato, geral e universalizável de aceções de saúde e de equidade em saúde que encerra o compromisso moral básico, também universal, geral e abstrato, de coerência e de resolutividade, independentemente da sociedade e das concepções particulares, específicas e concretas de saúde e de justiça que estejam sendo consideradas.

27) Por fim, esta tese assume que o desafio atual das concepções de saúde e de justiça sanitária, em termos mundiais, regionais e locais, é o do enfrentamento da realidade predominante nas populações do globo de condições sub-humanas de saúde como causa e consequência da pobreza e da desigualdade. Em decorrência, nenhuma concepção responsável de justiça sanitária distributiva pode ignorar esse substrato fático sobre o qual deverá ter efetividade e prover soluções.

REFERÊNCIAS

- (1) Kottow M. Bioética e política de recursos em saúde. In: A bioética no século XXI. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 67-75.
- (2) Fortes PAC. Reflexão bioética sobre a priorização e o racionamento de cuidados de saúde: entre a utilidade social e a equidade. Cad. Saúde Pública [online] 2008; 24(3): 396-701. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2008000300024>. Acessado em: 24/abr/2019.
- (3) Amaral G. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- (4) Hare R. The Language of Morals. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- (5) Hare R. Ética: problemas e propostas. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: Editora UNESP, 2003.
- (6) Günther K. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- (7) Günther K. The Sense of Appropriateness : Application Discourses in Morality and Law. Tradução de John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.
- (8) Sen A. The Idea of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- (9) Sen A. A Ideia de Justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- (10) Sen A. Development as freedom. New York: Alfred a. Knopf, 1999.
- (11) Sen A. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- (12) Sen A. Por qué la equidad en salud? Rev. Panam Salud Pública 2002; 11(5/6): 302-309. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/rpsp/2002.v11n5-6/302-309>. Acesso em: 24/mar/2019.
- (13) Sen A. O desenvolvimento como expansão de capacidades. Lua Nova 1993, 28-29(28-29): 313-334. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100016>. Acessado em 06/jun/2018.
- (14) Sen A. Sobre ética e economia. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- (15) Sen A. Inequality reexamined. Oxford: Oxford University Press, 1992.

-
- (16) Sen A. *A desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- (17) Sen A. Sen AK, Muellbauer J, Kanbur R, Hart K and Williams B. *The Standard of Living: The Tanner Lectures on Human Values*. Cambridge: Cambridge Press, 1987.
- (18) Sen, Amartya. *Collective Choice and Social Welfare: Expanded Edition*. London: Penguin, 2017.
- (19) Nussbaum MC. *Woman and Human Development: the capabilities approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- (20) Nussbaum MC. *Creating Capabilities: the human development approach*. Harvard: Belknap Press, 2011.
- (21) Nussbaum MC. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- (22) Venkatapuram S. *Health Justice*. Cambridge: Polity Press, 2011.
- (23) Venkatapuram S. Health, Vital Goals, and Central Human Capabilities. *Bioethics* 2013; 27(5): 271-279.
- (24) Venkatapuram S. On Health Justice: some thoughts and responses to critics. *Bioethics* 2016; 30(1): 49-55.
- (25) Dias M C (Org.). *A perspectiva dos funcionamentos*. Rio de Janeiro: Pirilampo, 2015.
- (26) Dias M C. *Bioética: fundamentos teóricos e aplicações*.
- (27) Ruger J P. *Health and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- (28) Ruger J P. Health Capability: Conceptualization and Operationalization. *American Journal of Public Health* 2010; 100 (1): 41-49.
- (29) Ruger J P. Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements. *Yale Journal of Law & the Humanities* 2006; 18:273-326.
- (30) Murray CJL, Gakidou EE, Frenk J. Health inequalities and social group differences : what should we measure? *Bulletin of the World Health Organization: the International Journal of Public Health* 1999; 77(7): 537-543. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/56630>. Acessado em 17/abr/2019.
- (31) Barreto ML. Desigualdades em Saúde: uma perspectiva global. *Ciênc. saúde coletiva* 2017; 22 (7): 2097-2108.
- (32) Albuquerque MV et al. Desigualdades regionais na saúde: mudanças observadas no Brasil de 2000 a 2016. *Ciênc. saúde coletiva [online]* 2017; 22(4): 1055-1064. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017224.26862016>. Acessado em: 24/abr/2019.

-
- (33) Atinc TM et al. World development report 2006 : equity and development. Whashington: World Bank and Oxford University Press, 2006. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/435331468127174418/pdf/322040World0Develo pmen-t0Report02006.pdf>. Acessado em 24/abr/2019.
- (34) Neri M, Soares W. Desigualdade social e saúde no Brasil. Cad. Saúde Pública [online] 2002, 18, supl.: S77-S87. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2002000700009>. Acessado em: 24/abr/2019.
- (35) Berlinguer G. Ética da saúde. São Paulo: Hucitec, 1996.
- (36) Berlinguer G. Bioética Cotidiana. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- (37) Daniels N. Just Health. Cambridge: Cambridge University Press; 2008.
- (38) Daniels N. Just health: replies and further thoughts. J Med Ethics 2009; 35:36-41. Disponível em: DOI:10.1136/jme.2008.026831. Acessado em: 21/mar/2019.
- (39) Venkatapuram S. Health and justice: the capability to be healthy (doctoral thesis). Cambridge: University of Cambridge; 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.17863/CAM.15900>. Acessado em 03/mar/2018.
- (40) Wiley LF. Health Justice as a framework for reducing Health Disparities in Health Law as Social Justice. Cornell Journal of Law and Public Policy 2014; 24(1): 47-105. p. 83-87. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlpp/vol24/iss1/2>. Acessado em 29/mai/2018.
- (41) Kottow M. Justicia Sanitaria en la escasez. Cadernos de Saúde Pública 1999; 15(1): 43-50.
- (42) Pozo PR. ¿Que es eso de la Justicia Sanitaria? Bioética y Justicia Sanitaria 2016; 9(9): 199-2016. Disponível em: <http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/biosyethospdf/BiosyEthosvol9.pdf>. Acessado em 30/mai/2018.
- (43) Nunes JA. Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. Revista Crítica de Ciências Sociais 2009; 87(87): 143-169. Disponível em: <http://rccs.revues.org/1588>. Acessado em 29/mai/2018.
- (44) CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- (45) CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.
- (46) Brasil. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

-
- (47) Holmes S; Sunstein CR. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.
- (48) Nicolescu B. *O manifesto da transdisciplinaridade*. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 1999.
- (49) Garrafa V. Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. In: *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- (50) Barcellos AP. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.
- (51) Alexy R. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- (52) Bresolin K. Klaus Günther e a nova perspectiva sobre a teoria da argumentação: justificação e aplicação. *Conjetura: Filosofia e Educação* 2016; 21(2): 338-361. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4100>. Acessado em 12/mar/2018.
- (53) Habermas J. *Verdade e justificação*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 1999.
- (54) Lunardi GM. *A Universalizabilidade dos Juízos Morais na Ética de Hare (Dissertação)*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2003.
- (55) Engisch K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- (56) Dworkin R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- (57) Alexy R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- (58) Ávila H. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- (59) Martins-Costa J. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa* 1991; 28(112): 13-32.
- (60) Freitas Filho R. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa* 2008; 45(178): 19-43.
- (61) Habermas J. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler Vol 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

-
- (62) Lamond G. Precedent and Analogy in Legal Reasoning: 2.1 Precedents as laying down rules: 2.1.2 The practice of distinguishing". Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/index.html#PreLayDowRul>. Acessado em: 20/abr/2019.
- (63) Didier FJ, Braga PS, Oliveira R. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm,
- (64) Luhmann N. Social Systems. Tradução por John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- (65) Moreira L. Introdução à Edição Brasileira. In: Günther K. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- (66) Oliveira MA. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo, Ed. Loyola, 1996.
- (67) Dias MC. Kant e Wittgenstein: os limites da linguagem. Curitiba: CRV, 2016.
- (68) Searle J. "Prima Facie Obligations". In Raz J (Ed). Practical Reasoning. Oxford: Oxford UP, 1978, p. 81 e ss.
- (69) Hare RM. Moral Thinking: its Level, Methods and Point. Oxford: Clarendon Press, 1981.
- (70) Paperback Oxford English Dictionary. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- (71) Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa [online]. São Paulo: Melhoramentos, 2019. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acessado em: 25/abr/2019.
- (72) Rawls J. A theory of justice. Cambridge: Harvard University Press, 2005. Nozick R. Anarchy, State and utopia. Oxford: Blackwell Publishers, 1974.
- (73) Nozick R. Anarchy, State and utopia. Oxford: Blackwell Publishers, 1974.
- (74) Dworkin R. What is Equality? Part 1: Equality of Welfare. Philosophy & Public Affairs 1981; 10(3): 185-246. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2264894>. Acessado em 15/mar/2018.
- (75) Dworkin R. What is Equality? Part 2: Equality of Resouces. Philosophy & Public Affairs 1981; 10(4): 283-345. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2265047>. Acessado em 15/mar/2018.
- (76) Walzer M. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003.

-
- (77) Woolf J; De-Shalit, A. Disadvantage. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- (78) Williams B. The Standard of Living: Interest and Capabilities. In Sen AK, Muellbauer J, Kanbur R, Hart K and Williams B. The Standard of Living: The Tanner Lectures on Human Values. Cambridge: Cambridge Press, 1987. p. 94-112.
- (79) Jaggard AM. Reasoning About Well-Being: Nussbaum's Methods of Justifying the Capabilities. The Journal of Political Philosophy 2006; 14(3): 301-322.
- (80) Robeyns I. Wellbeing, Freedom and Social Justice: The Capability Approach Re-Examined. Cambridge: Open Book Publishers, 2017.
- (81) Holland B. Allocating the Earth: a distributional framework for protecting capabilities in environmental law and policy. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- (82) Stewart F. Basic Needs Approach. In The Elgar Companion to Development Studies, Cheltenham: Edward Elgar, 2006.
- (83) Bhargava R. Individualism in Social Science. Forms and Limits of a Methodology. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- (84) Alkire S. Valuing Freedoms. Sen's Capability Approach and Poverty Reduction. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- (85) Nordenfelt L. On the nature of health: an action-theoretic approach. 2^a ed. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1995.
- (86) Nordenfelt L. Action, Ability and Health: Essays on the Philosophy of Action and Welfare. 2^a ed. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000.
- (87) Boorse C. A Rebuttal on Health. In: Humber JM, Almeder RF (orgs.) Biomedical ethics reviews What is Disease? New Jersey: Humana Press, 1997. p. 1-134.
- (88) Almeida Filho N, Jucá V. Saúde como ausência de doença: crítica à teoria funcionalista de Christopher Boorse. Revista Ciência & Saúde Coletiva 2002; 7(4): 879-889. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232002000400019>. Acessado em 15/mai/2018
- (89) Braybrooke D apud Daniels N. Just health care. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- (90) Calabresi G, Bobbitt P. Tragic choices. New York: W. W. Norton and Company, 1978.
- (91) Brock G. Needs and Global Justice. Royal Institute of Philosophy Supplement 2005; 57 (57): 51-72.
- (92) Robeyns I. Sen's Capability Approach and Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities. Feminist Economics 2003; 9(9): 61-92.

-
- (93) Robeyns I. Selecting Capabilities for Quality of Life Measurement. *Social Indicators Research* 2005; 74(74): 191-215.
- (94) OMS. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2001. Disponível em: http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf. Acessado em 9/jun/2018.
- (95) Macklin R. Dignity is a useless concept. In *British Medical Journal* 2003; 327(7429): 1419–1420.
- (96) Rodríguez M A. Sobre el concepto de dignidad humana. In Rodríguez M A. *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima:Palestra Editores, 2010, p. 165-200.
- (97) Tugendhat E. *Lições sobre Ética*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.
- (98) Habermas J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- (99) Hume D. *Tratado da natureza humana*. Tradução de Débora Danowski. 2 ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2009.
- (100) Singer P. *Ética Prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- (101) Ribeiro C D; Dias M C. Saúde e doença à luz a Perspectiva dos Funcionamentos. In: Dias M C (Org.). *A perspectiva dos funcionamentos*. Rio de Janeiro: Pirilampo, 2015.
- (102) Berlinguer G. *Medicina e Política*. São Paulo: Hucitec, 1987.
- (103) Mol A. *The logic of Care*. London: Routledge, 2006.
- (104) Tronto J. *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*. New York: Routledge, 1993.
- (105) Tronto J. *Caring Democracy: markets, equality and justice*. New York: New York University Press, 2013.
- (106) Herring J. *Relational Autonomy and Family Law*. SpringerBriefs in Law. London: Springer Cham, 2014.
- (107) Herring, J. *Caring and the law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- (108) Globekner OA; Cornelli G. O reconhecimento ético e jurídico do cuidado no âmbito familiar: o contexto da síndrome congênita do vírus zika no Brasil. *Revista de Direito Sanitário* 2019. No prelo.
- (109) Diniz D. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- (110) Mackinnon C. *Feminism Unmodified*. Cambridge: Harvard university Press, 1987.

-
- (111) Porto D. Bioética na América Latina: desafio ao poder hegemônico. in *Revista Bioética* 2014; 22 (2): 213-224.
- (112) Gilligan C. *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- (113) Solbakk J H. Developments and Bioethics. In: Ten Have H (Ed.). *Encyclopedia of Global Bioethics*. Springer: Dordrecht, 2016, p. 846-859.
- (114) Fortes PAC. A equidade no Sistema de Saúde na visão de bioeticistas brasileiros. *Revista da Associação Médica Brasileira* 2010; 56 (1): 47-50.
- (115) Whitehead M. *The concepts and principles of equity in health*. Copenhagen: World Health Organisation Regional Office for Europe, 1990. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.196.7167&rep=rep1&type=pdf>. Acessado em: 25/jul/2019.
- (116) Braveman P; Gruskin S. Defining equity in health. *Journal of Epidemiology & Community Health* 2003; 57:254-258.
- (117) Braveman P. What Are Health Disparities and Health Equity? We Need to Be Clear. *Public Health Rep.* 2014 129(Suppl. 2): 5–8.
- (118) Mann JM, Gostin L, Gruskin S, Brennan T, Lazzarini Z, Fineberg H. Health and human rights. *Health and Human Rights: an International Journal* 1994, 1:6-23.
- (119) Culyer AJ, Wagstaff A. Equity and equality in health and health care. *J Health Econ* 1993; 12:431-457.
- (120) Brum H. Capabilities para quem? uma crítica a Amartya Sen. *Diversitates* 2013; 5(1): 92–108.
- (121) Nielsen L. Why Health Matters to Justice: A Capability Theory Perspective. *Ethical Theory and Moral Practice* 2015; 18(2): 403-415.
- (122) Bolson S H. A dimensão filosófico-jurídica da equidade intergeracional: reflexões sobre as obras de Hans Jonas e Edith Brown Weiss. *Direitos Fundamentais e Justiça* 2012; 6(19): 210-236.
- (123) Jonas H. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto Ed. PUC-Rio, 2006.
- (124) Weiss E B. In fairness to future generations and sustainable development. *American University International Law Review* 1992; 8(1): 19-26.
- (125) Balestra Neto O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade. *Revista de Direito Sanitário* 2015; 16(1): 87-111. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>. Acessado em: 13/jul/2019.

-
- (126) Pedron FQ; Duarte Neto JC. Transformações no entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa* 2018; 55(218): 99-112.
- (127) BRASIL. STJ, RMS 6564/RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448.
- (128) BRASIL. STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101.
- (129) Olsen A C L. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- (130) Oliveira R S L; Calil M L G. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. In: *Anais do Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, Brasil. 2008. p. 3721-3744. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/11_369.pdf Acesso em: 06/set/2008.
- (131) Sarlet I W; Figueiredo M F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Sarlet I W; Timm L B (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.
- (132) Torres R L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: Sarlet I W; Timm L B (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.
- (133) BRASIL. STF, ARE 639337 AgR/SP, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 15/09/2011, p. 125.
- (134) BRASIL. STF, ADPF 45 MC / DF. Tribunal Pleno. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004, p. 12.
- (135) Grimm D. A função protetiva do Estado. In: Souza Neto C P; Sarmiento D (Coord.). *A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.
- (136) Leivas P G C. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- (137) BRASIL. STF. Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acessado em 09/jul/ 2019.
- (138) Machado T R C. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Rev. Bioét.* [online] 2014; 22(3): 561-568. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014223039>. Acessado em 07/set/2019.

-
- (139) Teixeira A V. A equidade na filosofia do direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. Espaço Acadêmico 2012; 128: 88-92.
- (140) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em.: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acessado em 12/set/2019.
- (141) Bardin L. Análise de conteúdo. São Paulo: Edições 70, 2011.
- (142) BRASIL. STF, ADI 3510/DF. Tribunal Pleno. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJe 28/05/2010.
- (143) BRASIL. STF, RE 307231 / AM. Relator. Min. Dias Toffoli, j. 22/03/2010, DJe 02/10/2010.
- (144) BRASIL. STF, SS 3751/SP. Presidência. Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/2009, DJe 28/04/2009.
- (145) BRASIL. STF, RE 581488/RS. Tribunal Pleno. Min. Dias Toffoli, j. 03/12/2015, DJe 08/04/2016.
- (146) Kelsen H. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- (147) Sen A. Equality of What? In: Equal Freedom: The Tanner Lectures on Human Values. Cambridge: Cambridge Press, 1995.
- (148) Nussbaum M. Human dignity and political entitlements. In: Human Rights and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics, 2008.
- (149) Nussbaum M. The New Religious Intolerance: overcoming the politics of fear in an anxious age. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- (150) Nussbaum M. Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership. Harvard: Harvard University Press, 2009.
- (151) Ferraz O L M; Vieira F S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados [online] 2009; 52(1): 223-251. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582009000100007>. Acessado em 30/jul/2019.
- (152) Paiva C H A; Teixeira L A. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. História, Ciências, Saúde 2014; 21(1): 15-35.
- (153) Schwartz G A D. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- (154) Morais J L B. O direito da saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). A saúde sob os cuidados do direito. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 11-26.
- (155) Chieffi A L; Barata R B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Cad. Saúde Pública 2009; 25: 1839-1849.

-
- (156) Hart H. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- (157) Roque A V. O que significa representatividade adequada: um estudo de direito comparado. In *Revista Eletrônica de Direito Processual - UERJ* 2009; 4:154-181.
- (158) Bulos U L. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa* 1996; 33(129): 25-43.
- (159) Häberle P. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- (160) Pedron F Q. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR* 2008; (48): 187-201.
- (161) Ferraz A C C. *Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- (162) BRASIL. STF, ADI 4277/DF. Tribunal Pleno. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.
- (163) BRASIL. STF, ADI 4066/DF. Tribunal Pleno. Min. Rosa Weber, j. 24/08/2017, DJe 07/03/2018.
- (164) BRASIL. STF. Notas taquigráficas da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Dispõe sobre a proibição do uso de amianto. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. Acessado em: 26/out/2016.
- (165) Ministério Público de Minas Gerais. Resolução PGJ nº 78, de 18 de setembro de 2012. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C64A-28-res_pgj_78_2012.pdf. Acessado em 4/jun/2018.
- (166) Delduque CD; Castro EV. Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. *Saúde em Debate* 2015; 39 (105): 506-513.
- (167) Silva AB; Schulman G. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética* 2017; 25(2): 290-300. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252189>. Acessado em 4/jun/2018.
- (168) Ribeiro WC. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. *Revista de Direito Sanitário* 2018; 18(3): 62-76. Disponível em: [doi:http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v18i3p62-76](http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v18i3p62-76). Acessado em: 18/jun/2018.

-
- (169) Leal F; Herdy R; Massadas J. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Rev. Investig. Const.* [online] 2018; 5(1): 331-372. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100331&lng=en&nrm=iso. ISSN 2359-5639. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56328>. Acessado em: 09/set/2019.
- (170) Rawls J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.
- (171) Rawls J. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.