

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WILLIAM KOGA

ORIGEM MORAL DOS ARGUMENTOS CONTRAPOSTOS NA DISCUSSÃO DA
OBRIGAÇÃO DO ESTADO FORNECER MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO:
ANÁLISE DOS VOTOS ANTECIPADOS DOS MINISTROS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

CURITIBA

2018

WILLIAM KOGA

ORIGEM MORAL DOS ARGUMENTOS CONTRAPOSTOS NA DISCUSSÃO DA
OBRIGAÇÃO DO ESTADO FORNECER MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO:
ANÁLISE DOS VOTOS ANTECIPADOS DOS MINISTROS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Economia, no Curso de Pós-Graduação do Mestrado Profissional em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio Ribas Cavalieri

CURITIBA

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS SOCIAIS
APLICADAS – SIBI/UFPR COM DADOS FORNECIDOS PELO(A) AUTOR(A)
Bibliotecário: Eduardo Silveira – CRB 9/1921

Koga, William

Origem moral dos argumentos contrapostos na discussão sobre a obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo: análise dos votos antecipados dos Ministros do Supremo Tribunal Federal . - 2018.

145 p.

Orientador: Marco Antonio Ribas Cavalieri.

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico.

Defesa: Curitiba, 2018.

1.Utilitarismo. 2. Equidade. 3. Assistência à Saúde. I. Cavalieri, Marco Antonio Ribas. II. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Mestrado Profissional em Desenvolvimento Econômico. III. Título.

CDD 144.6

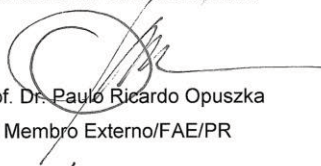
TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Econômico da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **William Koga** intitulada **"ORIGEM MORAL DOS ARGUMENTOS CONTRAPOSTOS NA DISCUSSÃO DA OBRIGAÇÃO DO ESTADO FORNECER MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: ANÁLISE DOS VOTOS ANTECIPADOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer favorável pela sua APROVAÇÃO no rito da defesa

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo Colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 11 de julho de 2018.


Prof. Dr. Marco Antonio Ribas Cavaliere
Presidente da Banca/Orientador


Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka
Membro Externo/FAE/PR


Prof. Dr. Vinicius Klein.
Membro Interno/UFPR

Julho
2018

Ao Professor Marco Cavaliere por apresentar de maneira apaixonante a importância da reflexão filosófica e questionamento do nosso contexto social.

RESUMO

Os tribunais eventualmente deparam-se com casos emblemáticos com grande relevância social. No processo de formação da decisão judicial, especialmente em casos difíceis, os juízes as vezes criam a fundamentação com base em argumentos filosóficas e não necessariamente a partir de aspectos puramente legais. Este é o caso do atual caso em discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo para a população. Dois principais argumentos podem ser encontrados dos votos antecipados dos ministros, um com origem utilitarista oferecendo uma defesa ou ressalva de que a obrigação de fornecer medicamentos de alto custo para os pacientes pode ser prejudicial à saúde financeira do Estado e pode prejudicar a capacidade de oferecimento de tratamentos para a coletividade. Outra razão oferece defesa do indivíduo, no sentido de que ninguém pode ser privado da assistência do Estado, que é prevista na Constituição, mesmo que em benefício da maioria. Partindo de uma análise da fundamentação das decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal este estudo procura demonstrar, após revisão da literatura existente, a similaridade dos argumentos constantes da fundamentação das decisões com o pensamento de determinados filósofos – sem que haja qualquer referência direta a eles – e com o propósito de demonstrar divergências e convergências nos votos antecipados e como os argumentos interagem entre si.

Palavras-chave: Assistência à saúde, alto custo, moral, utilitarismo, equidade.

ABSTRACT

Courts now and then face emblematic cases with great social significance. In the process of reaching a judicial decision, specially in difficult cases, judges sometimes makes a consideration of the law based on grounds that have roots in philosophy and not only purely in legal grounds. This is the case in the current discussion in the Brazilian Supreme Court about State's obligation to provide high costs medicines to the population. Two main arguments can already be found in the Supreme Judges' anticipated reasoning, one with utilitarianism origin offering a defense or a qualification that the obligation to provide high costs medicines to individual patients can be harmful to the financial health of the State and can consequentially harm the capability of the provision of health treatment for the collective members of the same society. The other reason provides a defense for the individual, stating that no one can be left without State's assistance, which is prescribed by the Constitution, even if for the benefit of the majority. Starting with an analysis of the considerations of the personal decisions of the Supreme Court judges this study try to show, after a review of the current existing literature, the similarity of the grounds of the decision with the thinking of some philosophers – without any direct reference to such thinkers – and with the purpose to demonstrate divergences and convergences in the anticipated decisions and how the arguments interact with each other.

Keywords: Healthcare, high cost, moral, utilitarianism, fairness.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 APRESENTAÇÃO | 12 |
| 3 VOTO VISTA: CONCEPÇÃO UTILITARISTA | 17 |
| 3.1 UTILITARISMO | 22 |
| 3.1.1 UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM | 24 |
| 3.1.2 SOCIEDADE E ESTADO NO UTILITARISMO DE BENTHAM | 26 |
| 3.2 CONFLITO ENTRE EQUIDADE E EFICIÊNCIA | 29 |
| 3.3 JOHN STUART MILL E OS ASPECTOS QUALITATIVOS | 31 |
| 3.4 ANÁLISE CUSTO-EFICÁCIA | 33 |
| 3.5 ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO | 36 |
| 3.6 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 38 |
| 3.6.1 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 39 |
| 3.6.2 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 43 |
| 4 VOTO RELATOR: CONCEPÇÃO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE | 47 |
| 4.1 CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS | 51 |
| 4.1.2 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA | 53 |
| 4.1.3 VÉU DA IGNORÂNCIA | 60 |
| 4.2 PLURALISMO DE ENTENDIMENTOS | 69 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 72 |
| REFERÊNCIAS | 76 |

1 INTRODUÇÃO

Às Cortes Superiores frequentemente são apresentados casos paradigmáticos e de grande relevância para a sociedade – seja pela competência constitucionalmente definida para tais tribunais quanto pelo fato de serem a última instância de julgamento, assumindo um caráter decisório definitivo (ressalvadas as hipóteses de anulação de decisões ou de acionamento de tribunais internacionais a depender da natureza da matéria discutida).

Não raro, as discussões assumem alto grau de complexidade e excedem a mera aplicação de normas positivadas, isto é, esforços interpretativos são imprescindíveis para a solução de causas nas quais as condições fáticas são peculiares e/ou são permeadas por conflitos de direitos legítimos e garantidos por lei. Parte do trabalho dos magistrados envolve, então, reflexão sobre a natureza, consequências, valores e sobre os aspectos morais que permeiam a causa em julgamento. Considerando especialmente a relevância do papel das Cortes Superiores na definição do entendimento que servirá, posteriormente, de orientação para magistrados de instâncias inferiores.

O debate sobre a obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo está inserido neste contexto de relevância social e atrai uma (necessária) reflexão, que transborde os aspectos legais. O caso ainda aguarda decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, a discussão entretanto já começa a apresentar alguns contornos específicos a partir da apresentação antecipada dos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello e Luis Roberto Barroso.

Na superfície, o conflito foi desenhado partindo-se da premissa de que os todos os cidadãos têm direito à saúde e, paralelamente, a de que o Estado tem o dever de tutelar este mesmo direito para todos. Aliado a isto, há o reconhecimento de que a capacidade do Estado efetivamente concretizar suas políticas e cumprir com a sua respectiva obrigação depende da disponibilidade de recursos financeiros. Uma vez que oferta de procedimentos, tratamentos, medicamentos etc. implica em um custo financeiro, que deve ser arcado com recursos públicos.

Desta forma, tratamentos individuais e excepcionalmente custosos podem ser interpretados pela ótica do seu respectivo custo de oportunidade, verificando-se que diversos outros pacientes poderiam ser atendidos pelo Estado ao mesmo custo

do tratamento individual de um único cidadão. Por outro lado, sob o ponto de vista dos direitos individuais do cidadão, não é possível que lhe seja negada a tutela ao direito à saúde e, por consequência, ao direito à vida.

Argumenta-se haver um conflito entre direitos de mesma espécie (direito à saúde), uma vez que a escolha pela custeio de um tratamento expressivamente custoso em atendimento a um único indivíduo gera prejuízos direitos à capacidade do Estado atender à coletividade.

Os Ministros, conforme a redação atual de seus respectivos votos antecipados (os quais serão apresentados logo na sequência) já começam a delimitar os pontos básicos para a definição do desfecho do caso.

O objeto deste trabalho é analisar a origem moral destes argumentos já apresentados, evitando-se ingressar nas peculiaridades jurídicas, tais como a delimitação da amplitude dos direitos constitucionais, e sem realizar qualquer análise crítica de uma ou outra concepção jurídica dos Ministros.

O estudo, portanto, é restrito aos argumentos apresentados nos votos antecipados (ainda sujeitos à modificações), e faz uso das próprias premissas adotadas pelos Ministros – empregadas no desenvolvimento dos seus respectivos raciocínios – dedicando-se exclusivamente à investigação da origem moral das concepções lançadas na fundamentação, a qual é realizada por meio de revisão de literatura e de comparação entre para identificação de pontos de convergência. A intenção deste trabalho é fazer uma leitura dos argumentos com o olhar de determinados pensamentos filosóficos, que se assemelham aos pontos levantados (ainda que não tenham sido expressamente invocados pelos Ministros).

A relevância destas ponderações filosóficas está intrinsecamente relacionada com a necessidade de fomentar o debate sobre as motivações da decisão e as potenciais consequências que podem ser desencadeadas no contexto do julgamento da obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo.

Adianta-se, nesta introdução, que foram observados nos argumentos dos Ministros concepções relacionadas ao utilitarismo, especificamente quando é defendida a necessidade de maximização dos resultados na aplicação dos recursos públicos, e à concepção da justiça como equidade, quando se menciona que os indivíduos possuem direitos que não podem ser restringidos.

Para percorrer o objeto este trabalho foi organizado em cinco partes, sendo a primeira esta *Introdução* com uma breve contextualização e definição do objeto, a

segunda a *Apresentação* já apresentando aspectos específicos do caso concreto e do julgamento em análise, a terceira *Voto Vista* é a apresentação do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, que apresenta elementos que são afetos ao utilitarismo, sem que haja com ele um comprometimento definitivo, a quarta *Voto Relator* verifica argumentos contrapostos que estão aliados ao pensamento da justiça como equidade de John Rawls e quinta são as *Considerações Finais*.

2 APRESENTAÇÃO

Suponha-se que em uma determinada vila, completamente isolada, viva uma família regida pelos antigos princípios do paternalismo, pelos quais o pai centraliza todas as decisões sobre a destinação dos recursos da família, incluindo-se àqueles necessários à própria subsistência.

Considere-se que nesta vila moram o pai, a mãe e mais sete filhos. Todo o alimento disponível para esta família é restrito àquilo que cultivado por eles mesmos e não há qualquer tipo de comércio ou contato com outras vilas.

Apesar da limitada estrutura e da ausência de qualquer tipo de relações externas, a vida nesta vila é saudável. A tal ponto em que o pai e a mãe encontram-se em idade bastante avançada, os filhos possuem idades variadas, mas todos bem mais jovens que os seus pais.

Inesperadamente, uma doença – de origem não identificada – acomete a matriarca da família. Um dos principais efeitos da moléstia é causar extrema dor, agonizante para o paciente que a sente e angustiante para os que somente observam. Curioso é que a dor excruciante apenas se manifesta quando o paciente passa por determinado período de restrição alimentar.

Aos primeiros sinais de fome a mãe já começava a experimentar os efeitos da doença, que a impediam de fazer qualquer coisa que não fosse deitar e gemer, e só faziam piorar até que, finalmente, ela ingerisse algum alimento, que aliviava completamente as dores.

Ao menos até o início do ciclo subsequente.

Após algum tempo vivenciando esta situação e já reconhecendo o padrão da doença, o pai, gestor exclusivo de todos os recursos da família, identificou, igualmente, a necessidade de aumentar a quantidade de refeições da mãe, para diminuir os períodos de jejum dela e, conseqüentemente, reduzir os períodos ativos de dor.

Os filhos, por mais que estivessem comovidos com a situação da mãe e por ela solidarizassem, passaram a temer que esta doença inesperada pudesse comprometer a sua própria subsistência. Os alimentos eram escassos, seu cultivo demandava tempo e aquele aumento inesperado do consumo, em decorrência da

decisão do pai em aliviar os efeitos da moléstia que atacava a mãe, colocava em risco a sobrevivência deles mesmos no longo prazo.

Assim, vieram reclamar ao pai para que ele mantivesse o número normal de refeições da mãe, evitando, assim, o comprometimento dos recursos que eles dispunham até que fosse completo o próximo ciclo de cultivo.

O pai ficou inicialmente irado com o requerimento dos filhos, afinal era a mãe deles que estava em uma situação de grande necessidade. Entretanto, também ficou reflexivo em razão dos argumentos apresentados. Ao aumentar a quantidade de refeições da mãe o pai poderia estar sacrificando a saúde de seus filhos, que deveriam ter, ainda, uma longa vida pela frente – ao contrário da mãe que já estava em idade bastante avançada. Ademais, não se conhecia o potencial de contaminação desta doença, e se o pai ou qualquer dos filhos também viesse a ser acometido pela moléstia, o número de refeições seria igualmente aumentado (considerando um tratamento isonômico), os recursos seriam então consumidos ainda mais rapidamente, ameaçando a sobrevivência de toda a família?

O que é justo ou certo neste caso?

Manter as refeições em nível ordinário devendo a mãe conviver com as dores para que a sobrevivência da família não seja ameaçada?

Deveria o pai, pela relação mais próxima e pela idade mais avançada, reduzir o número das suas próprias refeições entregando parte delas para a mãe?

Ou, deveria a família como um todo reduzir as suas refeições para permitir que a mãe pudesse viver com um mínimo de dignidade dadas as circunstâncias?

Se houvesse um tribunal legítimo para analisar esta situação e apresentar para esta família uma solução definitiva, quais premissas e quais direitos seriam considerados e balanceados? Haveria à mãe um direito fundamental e não suprimível de dignidade, de saúde e à vida? Poderia a tutela dos direitos fundamentais da mãe ser limitada para a proteção dos mesmos direitos de saúde e à vida da família?

Este é um exemplo de um dos inúmeros dilemas filosóficos que comportam uma pluralidade de respostas, todas coerentes e alicerçadas em diferentes premissas, cujos fundamentos são igualmente relevantes e que tornam extremamente difícil e desconfortável a fixação de uma resolução.

Por mais que o exemplo tenha por propósito ser, realmente, hipotético e peculiar, orientado para suscitar e ilustrar a divergência e a complexidade moral de

decisões limítrofes, não se pode dizer que o exemplo está absolutamente distante da realidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) – a corte judicial hierarquicamente superior do Brasil com competência precípua para promover a guarda da Constituição, nos termos do Art. 102 *caput* da Constituição Federal de 1988 – está diante de um caso, de alguma forma semelhante ao exemplo acima ainda que considerando o dilema em sua essência. Os argumentos, em alguma medida, repetem-se, apenas revestidos em outras circunstâncias e imersos em outras nuances.

Aos Ministros do STF foi apresentado o caso de Carmelita Anunciada de Souza, uma senhora com idade superior a 60 (sessenta) anos, portadora de miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar que necessitava manter um tratamento que dependia do uso contínuo de *Sildenafil 50mg*, medicamento de custo expressivo: superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por caixa.

Sem condições financeiras para arcar com os custos do remédio e para a obtenção do medicamento indispensável à sua saúde, a Sra. Carmelita ajuizou Ação de Obrigação de Fazer contra o Estado do Rio Grande do Norte solicitando ao Judiciário – com fundamento no direito fundamental à saúde – que fosse determinada a disponibilização do medicamento.

A sentença de primeiro grau foi procedente, igual foi o entendimento proferido pelo acórdão do Tribunal de Justiça.

O Estado do Rio Grande do Norte interpôs Recurso Extraordinário, autuado no STF sob o nº 566.471 (de ora em diante apenas “RE 566.471”), sob o fundamento legal de que a matéria discutida no caso concreto da Sra. Carmelita Anunciado de Souza poderia criar um precedente perigoso para todo o sistema de saúde brasileiro, sendo necessário o julgamento pelo STF de modo a criar uma orientação jurisprudencial para os tribunais inferiores.

O STF admitiu o recurso do Estado do Rio Grande do Norte, acatando o argumento e reconhecendo a repercussão geral¹ da *controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo*.

¹ Repercussão geral é o instituto jurídico que torna uma decisão judicial determinada em um processo específico vinculativa a demais processos com matéria similar. Sendo que, nos termos do

Certamente, a judicialização do caso atrai uma série de ponderações de natureza legal, na cruzada pela obtenção de uma solução definitiva. Por mais que o Direito esteja em uma posição mais evidente (obviamente em decorrência da judicialização), a ponderação do STF no trabalho de interpretação da Constituição, até o momento, indicou fortes raízes morais conforme se verifica do inteiro teor dos votos (voto antecipado do relator e voto vista) tornados públicos no contexto do RE 566.471.

Oportunamente, nesta parte de apresentação ainda introdutória, vale a indicação adiantada de que – em linhas grossas – a discussão dos Ministros parece convergir ao final, sem apagar a polarização entre um argumento que trabalha com a premissa de que os recursos são limitados, e o Estado deveria aplica-los de forma a maximizar a tutela de direitos, e a concepção da existência de um direito fundamental do cidadão, intrínseco a sua condição humana e que não pode ser limitado pela alegação de escassez de recursos.

Deste embate de argumentos fundados em premissas razoáveis estabeleceu-se um caso rico, do ponto de vista filosófico, que pode ser, inclusive, desvencilhado da discussão puramente legal.

Novamente, o objetivo deste trabalho é, justamente, identificar os fundamentos morais (e não jurídicos) dos argumentos e colocações já apresentados pelos Ministros no contexto da controvérsia sobre a obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo. O trabalho envolve a identificação das respectivas premissas filosóficas em passagens específicas dos votos em produção, observando a forma com que elas dialogam com o entendimento jurisprudencial que está se formando no caso, que é, indubitavelmente, paradigmático e importante para a futura orientação do deslinde judicial em casos similares.

art. 1.035 § 1º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, *para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.* Com o reconhecimento da repercussão geral em determinado processo o Ministro do Supremo Tribunal Federal relator do processo deve determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão e tramitem no território nacional.

Para os economistas já há algum reconhecimento de que a observação das motivações morais é, também, importante para a análise e estudo de casos concretos, especialmente quando relacionados com políticas públicas:

The conclusions of economics must be linked to the moral commitments that drive public policy, to understand how economics bears on policy thus requires that one understand these moral commitments, which in turn requires attention to morality.²

Neste propósito (de investigação da origem moral) devem ser considerados elementos complexos e de diferentes naturezas:

A razão, por si só, não é capaz de servir de base para distinções morais. Seu papel é subordinado ao das paixões e pode consistir em apontar os meios para alcançar algum objetivo, ou estabelecer em que medida um objetivo qualquer é factível, ou ainda, instruir sobre os efeitos de um determinado curso de ações para o agente e para a sociedade. Somos capazes de distinguir a virtude e o vício apenas com base no prazer ou dor que sentimos ao observar uma ação e as paixões que a movem.³

Nos tópicos subsequentes serão analisadas as premissas morais constantes do fundamento decisório dos Ministros do STF no julgamento do caso de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Poder Público, utilizando-se dos votos disponíveis no RE 566.471 para orientar a investigação dos argumentos filosóficos baseados em pontuações extraídas do pensamento de filósofos apresentados na sequência.

² [As conclusões da economia devem estar ligadas aos compromissos morais que orientam as políticas públicas, para entender como a economia sustenta as políticas, portanto, exige que se entendam esses compromissos morais, o que, por sua vez, requer atenção à moralidade.]

HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Taking Ethics Seriously**. Journal of Economic Literature. Vol. 31. No. 2 American Economic Association: 1993, p. 673.

<http://www.jstor.org/stable/2728513?origin=JSTOR-pdf>

³ CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. **Sobre a filosofia moral de Adam Smith**. In. Síntese. Vol. 35. No. 111: Belo Horizonte: 2008, p. 67.

3 VOTO VISTA: CONCEPÇÃO UTILITARISTA

O Estado brasileiro é fundado nos pilares do direito e da democracia, regido por uma Constituição que organiza politicamente a sociedade – assegurando, entre outras, normas para separação e balanceamento dos poderes e de garantias democráticas – bem como estabelece os direitos essenciais dos cidadãos – dentre os quais se encontram os direitos fundamentais e sociais.

Não é preciso se aprofundar nos aspectos jurídicos para perceber que a Constituição prescreve direitos imediatos e inalienáveis, por meio de normas preceptivas, que não podem ser suprimidos do cidadão. Entretanto, não há uma disciplina constitucionalmente prevista para a forma exata de concretização destes direitos.

Por mais que a norma que garante ao cidadão o direito à vida ou à saúde não lhe fixe nenhum limite à concretização, é possível observar que, na prática, a capacidade do Estado tutelar os direitos dos cidadãos – por mais essenciais que eles sejam – é limitada. Isto porque, conforme indicam Stephen Holmes e Cass Sustein, há um custo na concretização de direitos:

To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support.⁴

A escassez dos recursos públicos acaba criando dificuldades práticas que não foram explicitamente previstas pela Constituição como exceções para a não efetivação, pelo Estado, dos direitos dos cidadãos. É neste contexto que ganha relevância a busca pela eficiência, segundo a qual a finitude de recursos deve orientar o Estado a aplica-los da maneira que produza os melhores resultados.

⁴ [À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, deve-se acrescentar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. Os direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem financiamento e apoio público.]

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** Norton & Company: Nova Iorque, 2000, P. 15.

No caso do RE 566.471, que discute a obrigação do Estado fornecer medicamento de alto custo, verifica-se que um argumento com raízes apontadas para esta lógica, de alguma maneira, chegou à atenção do Ministros do STF. No seguinte sentido: considerando o fato de que o Estado apenas pode oferecer serviços gratuitos de saúde aos seus cidadãos na medida em que dispõe de recursos financeiros – para custear, em benefício dos pacientes, medicamentos, atendimento profissional, unidades de saúde, equipamentos – a tomada de decisões eficientes é fundamental para garantir a possibilidade prática de efetivação do direito à saúde. Este tom argumentativo pode ser observado da própria argumentação do Estado do Rio Grande do Norte no teor do seu recurso extraordinário:

Ora, os clamores da sociedade são muitos, e a saúde é apenas um deles. Como já demonstrado, se não levado em conta o princípio da reserva do possível quando da concessão de qualquer um dos direitos sociais, o caos estará instalado. O Judiciário tem de medir as consequências de suas determinações, visto que há um limite físico, material, para qualquer coisa. No presente caso, as verbas destinadas em orçamento para a saúde são finitas, determinadas, não se podendo, de uma forma simplista, determinar o fornecimento de todo e qualquer medicamento solicitado pelos cidadãos autores. E o restante da população, pagará pela saúde de apenas alguns?⁵

Esta apresentação panorâmica é enfatizada com tom de urgência pelo Estado do Rio Grande do Norte, devendo ser considerado, contudo, que este tom adotado tem seu propósito no contexto da litigância e não deve ser tomado como uma avaliação imparcial e exata da situação, que continua no seguinte:

Assim, o prognóstico da situação é terrível, porque, se o Estado continuar sendo obrigado a fornecer os caríssimos medicamentos solicitados pelos demandantes, nos próximos meses não haverá mais nem um centavo do Estado do Rio Grande do Norte para cumprir as determinações judiciais, tendo de ser feita a paralisação de outros gastos e investimentos na área da saúde para tanto, o que prejudicará toda a população.⁶

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=191981&prclID=2565078#>

⁶ *Ibidem*.

O risco apresentado, e de alguma forma endossado, ainda que não completamente, conforme se verifica do voto vista do Ministro Luís Roberto Barroso, é no sentido de que a autorização judicial de fornecimento de medicamentos de alto custo a um único cidadão (afligido por doença de baixa recorrência na população ou doença cujo estado de gravidade seja tal que os medicamentos usuais não surtem mais qualquer efeito) pode comprometer a capacidade do Estado tutelar o direito à saúde de um grande número outros indivíduos que, igualmente, dependem do Estado para satisfazerem os seus respectivos pleitos à saúde:

Também o risco de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos promovam efeitos sistêmicos imprevisíveis ou a própria desorganização administrativa, pode recomendar uma posição de cautela por parte do Judiciário, à luz das diferentes capacidades institucionais. (...) Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.⁷

O ponto crítico do caso, então, não se restringe a verificar meramente a discussão sobre questões financeiras e orçamentárias, no sentido em que as decisões judiciais extraordinárias impostas aos membros federados implicam em despesas não previstas no orçamento, conforme se apresenta no fundamento do Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Norte:

No caso concreto, é de se ressaltar que, toda a vez que se determina o fornecimento de medicamento não inserto no Programa previsto pelo ente público, o valor desembolsado pelo pessoa jurídica de direito público demandada extrapola o previsto em orçamento para tanto, pois não haverá o rateio das despesas previsto na Constituição a República. E tal determinação causa lesão à ordem e à economia públicas, sendo, portanto, patente a repercussão geral a justificar a interposição do presente Recurso.⁸

O Ministro Barroso indica expressamente, nesta discussão, que a complexidade da questão está efetivamente no fato de que a análise da

⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Voto vista**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 13.

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello.

obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo não polariza, de um lado, a discussão sobre a disponibilidade financeira e, de outro, o direito à saúde do cidadão. O problema é ainda mais profundo:

Não se deve cometer o equívoco de supor que a ponderação que se faz nessa matéria envolve o direito à saúde e à vida, de um lado, e a separação de Poderes e regras orçamentárias, de outro lado. Se fosse assim as soluções seriam mais fáceis. Como os recursos são limitados e precisam ser distribuídos entre fins alternativos, a ponderação termina sendo entre vida e saúde de uns *versus* vida e saúde de outros.⁹

Há uma expansão da mera alegação de que o Estado não pode atender ao pedido excepcional de medicamento de alto custo pelo cidadão pela escassez de recursos. Ao reconhecer e tutelar o direito à saúde de um cidadão pode-se estar comprometendo a tutela do direito (reconhecido) à saúde de um número muito maior de cidadãos, acometidos por moléstias mais comuns e cujo tratamento mais difundido possui um custo menor ao Estado. No limite, tratar, por exemplo, a doença rara de um indivíduo pode comprometer o tratamento de um número muito maior pessoas que igualmente dependem do Estado para viver com saúde e dignidade.

O problema é anunciado pelo Ministro Barroso nos seguintes termos:

Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. (...) Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.¹⁰

Rememore-se que o objetivo, aqui, não é analisar em detalhe os aspectos jurídicos que estão certamente envolvidos no julgamento deste caso paradigmático pelo STF. Para fins de contexto, contudo, é válido estabelecer como pressuposto da

⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Voto vista**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 7.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Opcit.*, p. 8.

análise, ainda que realizada pela ótica da filosofia moral, que o direito à saúde é reconhecido por ambos os Ministros como direito fundamental social. Este ponto é importante pois há uma discussão jurídica sobre a diferença entre efetividade constitucional prevista para os direitos classificados como fundamentais e os direitos sociais.

Haveria uma categorização realizada pela Constituição e cuja concretização poderia comportar interpretações restritivas, notadamente no sentido de que o dever do Estado em garantir os direitos sociais estaria diretamente relacionado com a sua respectiva capacidade e disponibilidade financeira.

Esta discussão existe, é reconhecida e possui farta produção acadêmica entre os juristas. Contudo, para os fins de investigação da origem moral dos argumentos já apresentados pelos Ministros no caso concreto do RE 566.471, assume-se o pressuposto de que o direito à saúde integra o espectro relacionado ao mínimo existencial do indivíduo e toda a análise para a decisão do caso é construída sobre esta premissa. Para explicitar esta premissa, deve-se considerar que entende o Ministro Marco Aurélio que:

Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.¹¹

Da mesma forma, em outras palavras, esta mesma concepção é adotada pelo Ministro Barroso:

Não há dúvida de que a saúde é um dos direitos mais valiosos aos seres humanos. Igualmente, é evidente que a prestação da assistência de saúde não pode depender unicamente da capacidade do indivíduo de custeá-la, sobretudo em uma sociedade com extrema desigualdade e concentração de riquezas, como a brasileira.¹²

¹¹ MELLO, Marco Aurélio. **Voto antecipado**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello.

¹² BARROSO, Luis Roberto. **Voto vista**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 11.

Utilizando-se esta concepção convergente dos ministros é possível isolar de maneira prática as discussões sobre a natureza jurídica do direito à saúde e passa a ser viável a análise da origem moral da fundamentação decisória de cada um dos Ministros, sabendo-se que ambos partem de uma mesma interpretação sobre o objeto central em discussão no caso concreto.

3.1 UTILITARISMO

A primeira preocupação moral que se destaca, já percebida dos excertos transcritos da fundamentação do Ministro Barroso, é no sentido de que não é adequada a concessão (indiscriminada) de medicamento de alto custo a um único cidadão, considerando que os recursos públicos dispendidos em um único tratamento podem ser utilizados para ofertar a um número muito maior de pessoas, prejudicando a política de saúde como um todo.

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.¹³

Esta concepção, ainda que a conexão seja expressamente invocada pelo Ministro no fundamento do seu respectivo voto, é fruto de uma visão refinada da acepção hedonista, desenvolvido por Arestipo de Cirene, que apregoa uma equivalência filosófica entre o prazer e a virtude. No sentido em que a finalidade essencial da vida humana é a *hedoné*, que significa literalmente *prazer* no grego arcaico e possui uma raiz na mitologia como a filha de Eros e Psiquê, nomeada como a deusa latina Volúpia após a dominação romana, e a personificação divina do

¹³ BARROSO, Luis Roberto. **Voto vista**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 8.

prazer, “*era uma fada que quando tocava na água transformava-se em sereia e tinha asas de borboleta gigante*”¹⁴.

Como teoria, o hedonismo funda-se na noção de que o prazer é intrinsecamente identificável como precioso e a dor, por outro lado, é naturalmente lesivo¹⁵. Logo, os sujeitos são instintivamente orientados a buscar o prazer e evitar a dor. A utilidade, como valor moral, para os hedonistas está enraizada nesta noção balanceada entre prazer e dor.

3.1.1 UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM

O utilitarismo clássico reteve esta interpretação da utilidade¹⁶, conforme se verifica na construção de Jeremy Bentham, considerado como patrono do utilitarismo contemporâneo. Jurista e filósofo, Bentham estabelece que o fundamento essencial do princípio utilitarista está no reconhecimento do fato de que naturalmente a humanidade é governada por dois ânimos: o prazer e a dor. Esta é apenas uma das formas possíveis do consequencialismo, de uma forma muito específica, segundo a qual a moralidade de determinada ação depende dos efeitos pretendidos e gerados pela determinada ação:

¹⁴ ANDRADE, Daniella Christina Peres; OLIVEIRA FILHO, José Carlos de; RIGO, Renan. **Volúpia: prazer para quem dá prazer**. Universidade Federal de Goiás, Orientação Dr. Juarez Ferraz de Maia: Goiânia, 2007, p. 10.

Disponível em:

<<http://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/4427/2/TCCG%20-%20JORNALISMO%20-%20DANIELLA%20CHRISTINA%20PERES%20ANDRADE%20%3B%20JOS%20C3%89%20CARLOS%20DE%20OLIVEIRA%20FILHO%20%3B%20RENAN%20RIGO.pdf>>

¹⁵ WEIJERS, Daniel Michael. **Happiness in Theory and Practice**. Victoria University of Wellington. 2012, p.16.

Disponível em:

<<http://www.danweijers.com/pdf/Hedonism%20and%20Happiness%20in%20Theory%20and%20Practice%20-%20Dan%20Weijers.pdf>>

¹⁶ BAUJARD, Antoinette. **Utilitarianism and anti-utilitarianism**. Working paper Groupe D’Analyse et de Théorie Économique Lyon – St. Étienne. 2013-32. 2013.

Disponível em:

<halshs-00906899> p.3) <<https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00906899/document>>

Classic utilitarianism is consequentialist as opposed to deontological because of what it denies. It denies that moral rightness depends directly on anything other than consequences, such as whether the agent promised in the past to do the act now. Of course, the fact that the agent promised to do the act might indirectly affect the act's consequences if breaking the promise will make other people unhappy. Nonetheless, according to classic utilitarianism, what makes it morally wrong to break the promise is its future effects on those other people rather than the fact that the agent promised in the past.¹⁷

Para dar um tom crítico inaugural, vale observar o entendimento de Ian Shapiro que entende que o Estado deve instituir limitações aos anseios individuais, para permitir a vida e as relações na sociedade:

People are individual utility-maximizers, who care nothing for the overall good of society. This view suggests that they will break their promises and steal from others if it is worth their while and they can get away with it, unless there is a criminal law to protect life, limb, and property rights and a civil code to enforce contracts and otherwise facilitate commerce.¹⁸

As experiências neste sentido (dor e prazer) apresentam subjetivamente ao indivíduo uma cadeia de causas e efeitos e, simultaneamente, em cotejo com o que se tem por *certo* e *errado* é que as ações são humanas são tomadas.

Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pains and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think [...] The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law.¹⁹

¹⁷ Verbetes “*consequentialism*” da Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/#WhaCon>

¹⁸ [As pessoas são maximizadoras da utilidade individual, que não se importam com o bem geral da sociedade. Esta visão sugere que eles vão quebrar suas promessas e roubar os outros, se valer a pena e eles podem fugir com isso, a menos que haja uma lei criminal para proteger a vida, membros e direitos de propriedade e um código civil para fazer cumprir contratos e caso contrário, facilitar o comércio.]

SHAPIRO, Ian. **The Moral Foundations of Politics**. Yale University Press: New Heaven, 2004, p.22

¹⁹ [A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, dores e prazeres. É somente para eles apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que devemos fazer. Por um lado, o padrão do certo e do errado e, por outro, a cadeia de causas e efeitos, estão firmados em seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos [...] O princípio da utilidade reconhece esta sujeição, e a assume para a fundação desse sistema, cujo objetivo é criar o tecido da Felicidade pelas mãos ou razão e de direito.]

E, ainda mais, esta noção de *utilidade* está relacionada ao fato de que a propriedade sobre determinado objeto ou a prática de uma ação específica tende a produzir benefícios, vantagens, prazeres ou felicidade, sem que haja qualquer diferenciação entre estas percepções individuais dos efeitos de tal ação:

Utility itself is defined as that property in an object whereby it 'tends to produce benefit, advantage, pleasure, good or happiness' (all these, he says, come to the same thing).²⁰

Neste aspecto, Bentham não promove uma ponderação e hierarquização dos *outputs* das respectivas ações. Ou seja, toda forma de prazer e felicidade são julgadas em uma base de paridade qualitativa.

Deve ser reconhecido que os ânimos governantes, referidos acima, são estados mentais subjetivamente individualizados. Este é um reconhecimento relevante, ao se analisar a problemática na implementação de medidas que atinjam uma determinada coletividade. Nesta medida, as medidas ajustadas ao princípio da utilidade (considerado nos termos, aqui, lançados) poderão ser tomada como adequadas quando a tendência dos seus respectivos resultados tender mais a aumentar a *felicidade* da comunidade, do que diminuí-la:

A measure of government (which is but a particular kind of action, performed by a particular person or people) may be said to be conformable or dictated by the principle of utility, when in like manner the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any which it has to diminish it²¹.

Refletindo a noção sintetizada por Bentham há que se adicionar o filtro moral (utilitarista) que considera como *correta* a ação que tenha efetivamente

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Blackwell. Oxford: 1789, p. 1-2.

²⁰ [Utilidade em si é definida como aquela propriedade em um objeto em que "tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade" (tudo isso, diz ele, vem à mesma coisa)]

WARNOCK, Mary. **Utilitarianism and on Liberty**. Blackwell Publishing: 2003, p. 7.

²¹ [Uma medida de governo (que é apenas um tipo particular de ação, realizada por uma determinada pessoa ou pessoas) pode ser considerada conforme ou ditada pelo princípio da utilidade, quando, da mesma forma, a tendência que tem para aumentar a felicidade de a comunidade é maior do que qualquer outra que tenha que diminuir]

GLOVER, Jonathan. **Utilitarianism and its critics**. Macmillan: New College, Oxford University: 1990, p. 11.

capacidade de somar felicidade à comunidade. O resultado, portanto, é o elemento objetivo que chancela a adequação da ação. Reflexo, evidente, de uma ligação com as consequências de determinada decisão e não, propriamente, com as suas respectivas intenções.

3.1.2 SOCIEDADE E ESTADO NO UTILITARISMO DE BENTHAM

A doutrina de Jeremy Bentham deixa muito claro que a sua bússola moral orienta-se em razão de dois ideais; *primeiro* o de que a validade moral de um ato deve ser realizada por uma análise dos resultados produzidos por determinada ação. Se os efeitos forem positivos, a ação é tomada como positiva. *Segundo*, os indivíduos devem moralmente optar por ações capazes de gerar a maior utilidade para o maior número de pessoas.

Indispensável identificar, neste contexto filosófico, que toda a construção é feita em torno do indivíduo como unidade tendo as suas respectivas preferências e percepções como referenciais para a avaliação da adequação moral da escolha, seguindo os preceitos utilitaristas. Quando se remete a uma investigação sobre as decisões de uma coletividade é preciso que se realize uma ponderação adicional. A sociedade não pode ser encarada como uma unidade inteligível, capaz de tomar decisões de modo centralizado e ponderando a maximização da utilidade. Fato é que a comunidade é resultado de uma agregação de suas partes componentes e, por natureza, cada qual age de maneira a atender aos seus anseios idiossincráticos. Isto reflete-se na justeza de uma ação coletiva, sendo necessário reconhecer esta composição social a partir de uma pluralidade de indivíduos e, portanto, definir o parâmetro adequado para orientar as condutas no âmbito político, pautando-se em critérios aritméticos²². Este preceito entabula o conceito de Bentham para a *utilidade* que tem raiz notadamente quantitativa.

²² CORREA, Lara Cruz. **Utilitarismo e Moralidade: Considerações sobre o indivíduo e o Estado.** In. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 27. N. 79. Julho: 2012, p. 176.

As ações destinadas a atender a coletividade devem, segundo esta vertente, produzir a maior utilidade para o maior número de pessoas, sem que o incremento individual de utilidade venha a prejudicar o nível total de utilidade da comunidade. Eis que é relevante atentar para um filtro de averiguação do atendimento a este objetivo de maximizar a felicidade. Para que se defina uma ação específica como adequada aos preceitos utilitaristas é preciso cotejar os seus respectivos resultados produzidos com a *felicidade* que anseiam os indivíduos que compõem a determinada sociedade²³.

Tanto mais, a forma de organização política em um sistema democrático demanda um aparato institucional que permita uma interferência externa aos anseios puramente egoístas dos indivíduos e estabeleça um meio legítimo para a tutela de bens coletivos. Bentham aponta este como sendo um dos papéis da *legislação*, enquanto elemento externo investido com legítimo poder para fazer com que os interesses individuais convirjam para o bem público²⁴. Na ótica utilitarista, portanto, o Estado é um instrumento, um artifício social.

Há, nesta análise, que se fazer uma retomada para a essência hedonista que embasa a teoria utilitarista de Bentham, pela qual o homem é cuja propriedade de propensão maior é a busca pelo *prazer* e a fuga da *dor*. Conhecendo (e pressupondo) esta tendência humana é possível estabelecer meios institucionais – dentre os quais o sistema jurídico pode ser inserido – para manipular condutas e comportamentos de modo a direcionar os sujeitos, em suas respectivas decisões individuais, a uma ação coletiva que, seja capaz de gerar a maior *utilidade* para o maior número de indivíduos.

A base de qualquer análise de comparação utilitarista de resultados está na garantia a cada cidadão contra a usurpação dos bens de sua propriedade. O estabelecimento desta segurança nas relações privadas é o que encabeça a orientação do direito de propriedade no pensamento utilitarista. Partindo do princípio da escassez dos recursos. Havendo insuficiência de recursos na natureza os

²³ MILL, James. **Essay on government**. In. LIVELY, Jack; REES, John. *Utilitarian logic and politics*. Oxford, Clarendon Press: 1978, p.55.

²⁴ CORREA, Lara Cruz. *Opcit.*, p. 178.

homens são obrigados ao trabalho para produzirem, acumularem e satisfazerem as necessidades.

Considerando o instinto egoísta dos indivíduos haveria uma propensão à apropriação dos frutos do trabalho alheio. O Estado, para dirimir este conflito, deve, então, a garantir mediante o emprego do legítimo uso do poder coativo o direcionamento das condutas (restrição externa) para assegurar a estabilidade sobre a propriedade. A lei, neste sentido, pode ser considerada como um contrato entre a sociedade e o cidadão que tem por objeto a instituição de um sistema de incentivos e penalidades para alinhar os objetivos individuais ao interesse coletivo

Dentro dessa óptica, pode-se, por exemplo, interpretar a lei como um contrato entre a sociedade (o principal) e o cidadão (o agente), que busca criar um sistema de incentivos (majoritariamente calcado em penalidades) capaz de alinhar os objetivos individuais aos do cidadão social²⁵.

Não se pode negar, por outro lado, que as decisões em situações limítrofes quando orientadas pelo benefício da coletividade e da maximização da utilidade não são isentas do ônus moral proveniente da omissão ou das negativas à minoria que é rejeitada em prol da maximização. Como se vê na paradigmática e hipotética de um médico que está diante da possibilidade de sacrificar um paciente e utilizar seus órgãos para salvar diversos outros. Por mais que a preferência pela maioria possa ser justificada, nada altera o fato que o médico matou um paciente:

It is plausible to think that the present tense matters because the question for the agent at the time of acting is about the present, viz., "What may I here and now do?," and because that question is the same as the question "Which of the alternatives here and now open to me may I choose?" The alternatives now open to the second surgeon are: kill five or kill one. If killing five is worse than killing one, then perhaps he ought to, but at any rate he may, kill the one.²⁶

²⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Campus: Rio de Janeiro, 2005, p. 141.

²⁶ [É plausível pensar que o tempo presente é importante porque a questão para o agente no momento de agir é sobre o presente, a saber, "O que posso fazer aqui e agora?", E porque essa pergunta é a mesma que a pergunta. "Quais das alternativas aqui e agora abertas para mim eu posso escolher?" As alternativas agora abertas ao segundo cirurgião são: matar cinco ou matar um. Se matar cinco é pior do que matar um, então talvez ele deva, mas de qualquer forma, matar aquele primeiro.]

A característica finalista de avaliação de resultados é marca do pensamento utilitarista de Bentham que se apoia (muito) em uma análise *consequencialista*, cujo postulado fundamental é o de que os comportamentos podem ser explicados inteiramente por suas consequências²⁷.

3.2 CONFLITO ENTRE EQUIDADE E EFICIÊNCIA

Deve ser reconhecido que as teorias consequencialistas possuem dois elementos básicos²⁸, o primeiro é o de que as opções disponíveis aos agentes devem ser passíveis de uma classificação gradativa em reflexo ao valor que as respectivas decisões são capazes de agregar. O segundo elemento é a estipulação de que uma ação é tomada como correta, ou acertada, se (e somente se) o agente não tiver a opção de tomar outra decisão que possa proporcionar maior utilidade, dentro da gradação que é postulada pelo primeiro elemento do consequencialismo. Com o cuidado de evitar a generalização do objeto da ação em análise, para um âmbito maior do que a por ela foi inicialmente pretendida.

Este cuidado é necessário aos utilitaristas para que se evite o conflito com outra corrente de pensamento, adiante apresentada, que trata da *equidade*. Pois, reconhecidamente, existem decisões políticas que têm impactos em diversas esferas sociais e econômicas. Contudo, para que a moralidade e a validade de determinada ação seja analisada em seus aspectos utilitaristas é preciso que se identifique os *objetivos* que se pretende atingir com a ação. Nos casos em que há um conflito entre a eficiência (no sentido utilitarista de gerar a maior utilidade com os recursos

THOMSON, Judith Jarvis. **The Trolley Problem**. The Yale Law Journal. Vol. 94, No. 6, 1985, p. 1415.

<http://www.jstor.org/stable/796133?origin=JSTOR-pdf>

²⁷ HAMMOND, Peter J. **Consequentialist Decision Theory and Utilitarian Ethics**. Stanford University. In. FARINA, F.; HAHN, F. VANNUCCI, S. orgs. *Ethics, Rationality and Economic Behaviour*. Oxford University Press: 1992, p.11.

²⁸ SUIKKANEN, Jussi. **Consequentialism, Constrains and the Good-Relative-to: A Reply to Mark Schroeder**. In. Journal of Ethics & Social Philosophy: 2009, p.1

disponíveis) e a equidade – que busca uma justiça social recusando o princípio da utilidade, partindo da concepção de que os homens tendem a recusar uma estrutura social que maximize a utilidade da comunidade se houver alguma forma de diminuição dos seus respectivos direitos pessoais

Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos. Assim, parece que o princípio da utilidade é incompatível com a concepção da cooperação social entre iguais para a vantagem mútua²⁹.

Diante deste dilema, a saída é reconhecer que, muito embora exista um conflito aparente, a presença de objetivos diferentes, nas acepções de eficiência e equidade, importa o reconhecimento da existência de diferentes instrumentos para lidar com o seus respectivos atendimentos, procedendo-se uma abordagem bidimensional.

A questão foi bem elucidada pelo ganhador do Prêmio Nobel Thomas C. Schelling ao ilustrar um conflito entre o gerenciamento das tarifas de energia elétrica e o acesso ao serviço pelas classes sociais mais humildes:

To the rescue we bring the two-dimensional approach. We have two problems. We can call them the energy problem and the poverty problem. They may turn out to be an efficiency problem and an equity problem, but our object is to avoid that. Like a Supreme Court that shies from constitutional questions if it can settle a case on its merits, we try to resolve the competing claims of poverty and energy without choosing sides between equity and efficiency. The way to do that is to recognize that, although we have two objectives or criteria or competing claims, we also have two sets of instrument for coping. We have an energy problem and a poverty program. With two programs to work with, and two objectives to meet, we may be able to evade the ethical dilemma³⁰.

²⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 16.

³⁰ [Para o resgate, trazemos a abordagem bidimensional. Nós temos dois problemas. Podemos chamar-lhes o problema energético e o problema da pobreza. Eles podem se tornar um problema de eficiência e um problema de equidade, mas nosso objetivo é evitar isso. Como uma Suprema Corte que se esquivava de questões constitucionais, se puder lançar um caso sobre seus méritos, tentamos resolver as reivindicações concorrentes de pobreza e energia, sem escolher lados entre a eficiência do capital acionário. A maneira de fazer isso é reconhecer que, embora tenhamos dois objetivos ou critérios ou reivindicações concorrentes, também temos dois conjuntos de instrumentos para o enfrentamento. Nós temos um problema de energia e um programa de pobreza. Com programas de reboque para trabalhar e dois objetivos a cumprir, podemos ser capazes de evitar o dilema ético]

O princípio da utilidade, nesta medida, deve ser aplicado individualmente para a ação que se pretende julgar a validade moral. Esquemáticamente, o primeiro passo seria identificar qual o objetivo da medida ou ação em análise, na sequência devem ser mensurados os resultados da execução da medida. Por fim, o cotejo entre os objetivos da ação e os seus respectivos resultados deve passar pela verificação do pressuposto de geração de maior utilidade (estritamente dentro dos objetivos da ação) diante dos recursos disponíveis.

3.3 JOHN STUART MILL E OS ASPECTOS QUALITATIVOS

Foi identificada por outro pensador – John Stuart Mill – uma fragilidade na adoção de um critério unicamente quantitativo para a validação dos efeitos produzidos por determinada ação tomada por um indivíduo. Pois, ela parte de uma noção de que todas as formas de prazer seriam qualitativamente equivalentes sendo, então, a mensuração em termos *aritméticos* insuficiente para real apuração dos efeitos produzidos.

Partindo da ideia de que percepção de felicidade é uma determinação individual e, adicionalmente, que cada sujeito traz consigo uma série de questões subjetivas de modo a singularizar o seu processo de reconhecimento cognitivo, os efeitos de uma mesma ação podem, portanto, gerar diferentes percepções de prazer para diferentes indivíduos

It is quite compatible with the principle of utility to recognize the fact, that some kinds of pleasure are more desirable and more valuable than others. It would be absurd that while, in estimating all other things, quality is

considered as well as quantity, the estimation of pleasures should be supposed to depend on quantity alone.³¹

Aplicando-se este apontamento filosófico ao estudo moral da invocação dos preceitos utilitaristas na reflexão sobre a obrigação do Estado custear medicamento de alto custo, é preciso verificar que o *princípio utilitarista* exige uma preocupação *qualitativa* com os resultados mensurados a partir de uma determinada ação ou medida, em complemento a uma apuração *quantitativa*.

Apesar de John Stuart Mill distanciar-se da teoria hedonista, em termos puristas, pode ser, ainda, identificado com esta raiz doutrinária. Uma vez que, no desenvolvimento de sua teoria, ele bebe na fonte de origem grega, que apregoa que as ações devem ser escolhidas pela sua capacidade de maximizar o prazer para o maior número possível de pessoas. A sua especificidade é decorrente do trato refinado que ele dá ao conceito de *utilidade* estabelecendo-a como uma progressão autodirecionada dos próprios indivíduos.

Deve ser importada à análise a concepção utilitarista estrita, para evitar primeiramente o conflito entre a eficiência e a equidade. Isto é, deve ser reconhecido que o princípio utilitarista afilia-se à *eficiência* e esta exige que a ação seja analisada em consideração obrigatória e isolada aos seus respectivos objetivos. O eventual conflito identificado com a eficiência e a equidade não se admite no âmbito concreto, visto que este se presta a uma análise da adequação das medidas adotadas para a geração dos melhores resultados (qualitativa e quantitativamente), considerando os recursos disponíveis.

3.4 ANÁLISE CUSTO-EFICÁCIA

³¹ [É perfeitamente compatível com o princípio da utilidade reconhecer o fato de que alguns tipos de prazer são mais desejáveis e mais valiosos do que outros. Seria absurdo que, ao estimarmos todas as outras coisas, a qualidade seja considerada e também a quantidade, a estimativa dos prazeres deveria depender apenas da quantidade]

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Batoche Books: Kitchener, 2001, p. 11.

Conhecendo os inúmeros desdobramentos possíveis na concretização ou instrumentalização prática da teoria moral utilitarista, torna-se relevante a identificação dos meios de se apurar empiricamente a eficiência, no caso concreto.

A análise de Custo-Eficácia é uma alternativa para a apuração do atendimento aos preceitos utilitaristas e, adianta-se, pelos seus métodos é indicada para a apuração de um ato praticado em uma área na qual exista uma previsibilidade sobre os efeitos gerados pela execução do ato determinado ou alguma forma de padronização. Adicionalmente, que os resultados produzidos pelas alternativas ao ato em estudo possam ser mensurados de maneira similar, permitindo uma comparação objetiva.

O ponto de partida para esta análise de Custo-Eficácia é o reconhecimento de que o programa de verificação deve ser pautado na relação das medidas de resultados, efeitos ou consequências com a matriz de custos dos insumos empregados para produzir os mesmos resultados, efeitos ou consequências

These economic evaluation techniques all focus on relating some measure of the output, outcomes or consequences of a program to the costs of the inputs used to produce those outcomes.³²

A decisão mais eficiente acaba, portanto, afiliando-se ao sentido utilitarista. Sendo a que promove a maior geração de resultados ao menor expendo de recursos escassos.

Esta avaliação trabalha com uma quantificação objetiva de resultados, exprimindo-os em termos de unidades físicas – de bens ou serviços – disponibilizadas ou com base nos efeitos que naturalmente se espera da apropriação de determinada prestação estatal. Procedendo-se um método comparativo entre as demais alternativas disponíveis que, por sua vez, prestem-se ao mesmo objetivo e produzam os mesmos efeitos, ou muito similares.

³² [Todas essas técnicas de avaliação econômica concentram-se em relacionar alguma medida do resultado, resultados ou consequências de um programa com os custos dos insumos usados para produzir esses resultados.]

FARNHAM, Paul G.; GUESS, George M. **Cases in Public Policy Analysis**. 3.ed. Georgetown University Press: Washington DC, 2011, p.275.

Sistematicamente, é necessário seguir um rito procedimental, ajustado certamente às necessidades do caso concreto, que deve atender cinco pressupostos para que, só então, seja possível aplicar o método comparativo para se atingir à alternativa eficiente em uma análise de Custo-Eficácia, são eles: (1) identificação do objetivo; (2) identificação dos resultados desejados; (3) identificação dos custos de execução; (4) identificação de alternativas sob os mesmos critérios anteriores; (5) construir um modelo analítico com os dados e probabilidades disponíveis. Por mais que os pontos apresentados sejam óbvios quanto ao conteúdo que prescrevem, valem algumas anotações específicas.

Identificação do objetivo. Tratando-se de um método comparativo para a obtenção da alternativa eficiente é imprescindível que todas as opções consideradas sejam direcionadas ao mesmo objetivo. Vez que divergências de escopo geram severos impactos na apuração objetiva dos custos da alternativa e nos resultados produzidos. Pode-se pensar, neste caso, que o objeto seria a implementação de uma política de saúde capaz de atender à sociedade brasileira.

Identificação dos resultados desejados. É preciso que se observe a motivação constante do objetivo determinado. Sendo a intenção precípua a de tutelar o direito à saúde dos cidadãos, não se deve admitir generalizações ou definições muito amplas quanto aos resultados pretendidos. Na medida em que uma abstração quanto aos resultados pretendidos cria um espaço turvo que permite a justificação da adequação de um ato, em termos de eficiência, de maneira não propriamente adequada.

Por isso, a definição exata dos resultados que se pretende obter dentro do objetivo estabelecido é uma medida importante para verificação da eficiência, seja com relação a redução ou combate de uma doença específica, distribuição de determinados medicamentos etc.

Identificação dos custos de execução. Esta é uma fase simples de listagem dos custos de todos os meios e materiais necessários a efetivamente implementar a política de saúde e, eventualmente, os gastos extraordinários com a obrigação imposta de custeio de medicamentos de alto custo. O único cuidado indicado é promover uma abordagem global de todas as despesas, sem dispensar qualquer delas em razão dos resultados que se pretende atingir. Isto é deve-se considerar a previsão orçamentária, por exemplo, e não se considerar deduções em razão dos

segmentos sociais que irão ou não usufruir dos resultados gerados pela política de saúde, em decorrência da capacidade de arcar com planos privados de saúde.

Identificação das alternativas e construção do método. Sendo a comparação a metodologia utilizada para a obtenção da conclusão da alternativa eficiente, todas as medidas possíveis aos objetivos e aos resultados pretendidos devem ser quantificadas em termos de custos e de efeitos produzidos. A comparação objetiva deve apontar para a alternativa mais eficiente, qual seja, aquela que produz o maior resultado com o menor gasto possível. Veja-se, novamente, que esta objetividade somente é possível nos casos em que haja uma previsibilidade ou padronização quanto aos resultados pretendidos. Tais como no fornecimento de bens determinados, como medicamentos, prestação de serviços, como consultas médicas e, ainda, na gestão administrativa, como a compra de materiais, a gestão de contratos de terceirizados e de prestadores privados de serviços para a administração pública.

Esta análise prática de implementação com base no método de Custo-Eficácia é forma de sugerida para ajustar os deveres do Estado de tutelar o direito à saúde à realidade financeira, para que a política implementada seja condizente com a disponibilidade de recursos sem a geração de déficits – os quais criam indisponibilidades futuras e, logicamente, ferem o interesse coletivo – e sejam eficientes para a consecução dos resultados pretendidos.

O reconhecimento da limitação orçamentária não é propriamente um requisito para o estabelecimento do objetivo da medida a ser implementada, entretanto, a melhor medida seria, para os utilitaristas, aquela que produza os melhores resultados dentro do leque de opções viabilizadas pelos recursos disponíveis

Where the goal choice is undisciplined by awareness of limited resources, the best alternative for reaching that goal may turn out to be too costly and must then be modified to bring it within available resources³³.

³³[Onde a escolha do objetivo é indisciplinada pela consciência de recursos limitados, a melhor alternativa para alcançar esse objetivo pode se tornar muito dispendiosa e, então, deve ser modificada para trazê-la para os recursos disponíveis.]

FESLER, James W. **Public Administration: theory and practice**. Prentice-Hall: New Jersey: 1980, p. 213.

3.5 ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO

Paralelamente à análise de Custo-Eficácia, tem-se a análise de Custo-Benefício a qual tem por uma de suas utilidades o uso dos dados de eficiência gerados pelo primeiro método (Custo-Eficácia) para questionar os próprios objetivos de uma determinada política. Da seguinte forma, a análise de Custo-Eficácia oferece uma forma para calcular o custo de cada medida prescrita pela política pública de saúde, com relação ao programa para tratamento de determinadas doenças, por exemplo.

O método de Custo-Benefício utiliza este dado quantitativo para avaliar se é interessante para a sociedade arcar com este custo individualizado em detrimento do uso destes mesmos recursos em outras áreas. Seria algo como a verificação do custo de oportunidade na manutenção de determinado programa de combate a certa doença, verificando o uso que os mesmos recursos poderiam ter se implementados para outra finalidade.

Os detalhes deste método podem ser úteis em uma análise econômica de políticas públicas, por exemplo. Contudo, adianta-se, juridicamente há resistência do Judiciário em acatar no caso concreto os argumentos da análise de Custo-Benefício. Tanto que mesmo com a presença de argumentos que possam remeter a esta origem moral no voto vista do Ministro Barroso a decisão constante na conclusão de sua fundamentação é pela imposição de restrições à obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo, não pela total eliminação do seu respectivo fornecimento da política de saúde, tal como se poderia verificar de uma análise pura de custo-benefício utilitarista.

Esclarecendo, o *benefício*, nesta análise, é a soma total dos resultados de determinada medida expresso em dinheiro. Assim, a política é considerada eficiente quando os seus benefícios – o total de dinheiro que a sociedade está disposta a pagar para a produção dos determinados efeitos – é maior que os seus custos de implementação. Esta é uma diferença essencial para a análise de Custo-Eficácia, a Custo-Benefício usa como parâmetro a disposição da sociedade em gastar para obtenção de determinado benefício.

A vantagem do uso deste método é a possibilidade de avaliar uma gama mais ampla de alternativas para determinado objetivo, ou seja, apurar de maneira mais panorâmica o custo de oportunidade. Uma vez que o parâmetro utilizado é o valor monetário que se atribui ao benefício que se pretende produzir. Todavia, a análise de Custo-Benefício não é vista, por alguns críticos, como um mecanismo adequado do ponto de vista moral pelo reconhecimento da dificuldade de se impor um valor monetário a projetos específicos e de quantificar os benefícios nos mesmos parâmetros utilizados para a quantificação dos custos, tal como se verifica na breve indicação de James Fesler:

It may be extremely difficult if not impossible to place dollar values on some of the benefits and costs of particular projects.³⁴

Passagem que é complementada por Amitava Dutt:

Sometimes the benefits are so difficult to quantify that some economists suggest that quantitative analysis should be done only for costs and not for benefits, in order to compare between different projects which yield (roughly) the same benefits.³⁵

Esta crítica deve ser considerada quando se observa que estas concepções utilitaristas encontram previsão constitucional, conforme a definição do princípio da eficiência para a administração pública. Desta forma, passa a ser necessária uma breve pontuação sobre o princípio constitucional da eficiência tendo em vista que ele está inserido em diploma legal de mesma hierarquia do direito à saúde.

3.6 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

³⁴ [Pode ser extremamente difícil, se não impossível, colocar os valores em dólares em alguns dos benefícios e custos de projetos específicos.]

FESLER, James W. **Public Administration: theory and practice**. Prentice-Hall: New Jersey: 1980, p. 321.

³⁵ [Às vezes, os benefícios são tão difíceis de quantificar que alguns economistas sugerem que a análise quantitativa deve ser feita apenas para os custos e não para os benefícios, a fim de comparar os diferentes projetos que geram (aproximadamente) os mesmos benefícios.]

DUTT, Amitava Krishna; WILBER, Charles K. **Economics and Ethics: an introduction**. Palgrave Macmillan: Londres, 2010, p. 156.

Sob o ponto de vista moral a justificativa para a adoção da análise de custo benefício é entendê-la como uma forma de implementação prática de uma teoria moral correta, no caso a utilitarista, e que no Brasil foi relativamente aceita (ainda que não com poder definitivo de sobreposição a outras modalidades de implementação de políticas) pelo ordenamento jurídico com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que alterou o texto da Carta Magna Brasileira passando a apregoar a *eficiência* como princípio da Administração Pública, de modo expreso, ao adicionar-se o vocábulo no texto do Art. 37 da Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) ³⁶.

Em meio a um movimento legislativo impulsionado pelo reclame social contra a falta de lisura no trato com a coisa pública, denúncias recorrentes de desvios, corrupção, nepotismo, baixa qualidade dos serviços públicos prestados, contratações exageradas e descabidas, é que se promoveu uma reforma administrativa no Estado Brasileiro. Como resposta a esta convulsão social o movimento legislativo acabou por positivar na norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico brasileiro o dever de obediência aos preceitos da eficiência, no âmbito de atuação da Administração Pública de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios.

A abstração semântica do *princípio da eficiência*, destarte, serve para que ele funcione como um importante elemento hermenêutico na análise e aplicação de normas de força hierárquica inferior. É apenas lógico, então, que se analise a função e significados jurídicos da eficiência administrativa que o legislador constitucional derivado pretendeu atingir na edição da emenda constitucional.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

3.6.1 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Direito vale-se de elementos linguísticos para traduzir intenções normativas em prescrições juridicamente válidas, dentro de uma interpretação lógica da estrutura do ordenamento positivo. Assim, o conteúdo pretendido pelo *princípio da eficiência* merece ser analisado em cotejo com os objetivos que foram pretendidos pela reforma administrativa.

Da Exposição de Motivos Interministerial nº 49 de 1995 fica claro que a dimensão da eficiência inserida na esfera administrativa tem por objetivo fazer cumprir o preceito de que o *‘aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis*³⁷.

Depreende-se, portanto, que o sentido da eficiência afilia-se, inicialmente, ao postulado utilitarista de criação de um arranjo que permita a geração da maior utilidade (*“gerar mais benefícios”*) com o mesmo espectro de recursos (*“com os recursos disponíveis”*). Fica claro que o significado jurídico (e pretendido) da *eficiência* está incorporando uma preocupação com uma adequação fática que se preza pela avaliação tanto dos fins quanto dos meios³⁸. Esta significação jurídica é relevante para que se possa julgar a adequação dos atos administrativos ao preceito constitucional.

Tratando-se de linguística jurídica, é possível adiantar a existência de manobras disponíveis ao exegeta para restringir ou aumentar o significado de determinado vocábulo para ajustar a aplicação da norma aos fins que parecerem mais ajustados. É possível analisar a semântica da *eficiência* em seu sentido linguístico mais comum, sinônimo de eficácia, algo que agrupa ao significado uma

³⁷ BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS INTERMINISTERIAL Nº 49, de 18 de agosto de 1995, dos Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>

³⁸ UBIRAJARA FILHO, Costódio. **A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 27. Revista dos Tribunais: Ano 1999, p. 210. (pp. 209-217).

preocupação finalista. De modo que eficiente seria obter os resultados que se espera ao menor custo e no melhor tempo³⁹. Pode-se aventar, noutro giro, o sentido científico do princípio da eficiência como a imposição de preocupação com o ótimo aproveitamento dos meios disponíveis, independente do cumprimento de metas. Em um sentido puramente de administração de custos, descasada de seus resultados.

Não é isto, entretanto, que se retira da interpretação sistemática da Constituição, inclusive ao se considerar a Exposição de Motivos da Emenda 45/98. Nega-se o sentido de *eficiência* estritamente ligado aos meios adotados para a consecução dos objetivos do Estado, bem como também deve ser recusado o sentido que se liga apenas aos fins. Vez que somente há respeito à eficiência quando determinada medida atinge fins lícitos por vias lícitas⁴⁰. O conjunto de regras legais instituídas no ordenamento jurídico institui uma série de condutas proibidas, as quais o Estado está igualmente impedido de adotar para atingir uma finalidade legal. Ainda que haja economicidade no uso de recursos, a ilicitude depõe diametralmente contra o princípio da eficiência, que deve ser interpretado pela análise ajustada dos meios e dos fins.

Na busca por uma definição mais acertada não raro buscam-se definições para eficiência nas ciências sociais aplicadas. Dos manuais utilizados pelos administradores de empresas se verifica que para o estudo das melhores práticas gerenciais é realizada uma separação metodológica entre a eficiência e a eficácia. Tomando-se a primeira como relacionada a correta utilização dos meios, dos recursos disponíveis, e a segunda como a melhor obtenção de resultados. Juridicamente tal segregação semântica não pode ser aceita⁴¹. Pois, tal separação não está alinhada ao sentido que a Constituição procurou atribuir ao vocábulo

³⁹ UBIRAJARA FILHO, Costódio. **A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 27. Ano 1999, p. 211. (pp. 209-217).

⁴⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência Administrativa na Constituição Federal**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 35. Revista dos Tribunais: Ano 2001, p. 183. (pp. 182-194)

⁴¹ CUNHA, Marcos André da; RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio da Eficiência na Administração Pública: Propostas para a otimização da cobrança judicial da dívida ativa**. In. Gestão de Políticas Públicas no Paraná. Cap. 8. Administração e Previdência. Disponível em <http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/gestao_de_politicas_publicas_no_parana_coleta_nea_de_estudos/cap_8_administracao_e_previdencia/capitulo_8_3.pdf>

eficiência e, portanto, deve prevalecer o sentido mais amplo, que representa a concretização dos fins com o melhor uso dos recursos disponíveis.

Em certa medida, a Reforma Administrativa pretendida pelo Constituinte Derivado em 1998, no que diz respeito a posituação do *princípio da eficiência*, acabou apenas por reafirmar uma lógica gerencial que já estava prevista implicitamente na Constituição e explicitamente em dispositivos da legislação esparsa⁴². Tanto que na própria construção doutrinária do saudoso Hely Lopes Meirelles já havia o reconhecimento de que o dever de eficiência impunha-se a todo agente público, que deve se pautar pelos limites e deveres legais, orientar-se para a concretização do interesse coletivo sempre promovendo uma utilização eficiente dos recursos sem prejuízo ao satisfatório atendimento às necessidades da sociedade⁴³.

Para extrair uma primeira conclusão, é preciso apontar que o *princípio da eficiência* contido no *caput* do Art. 37 da CF/88, pode ser resumido como o dever de maximização de utilidade dados os recursos disponíveis, que o Estado deve obrigatoriamente observar na momento final de implementação de determinada política que, uma vez em vias de execução, deve atender (e pressupõem-se atendidos) os demais princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e demais princípios implícitos no texto constitucional.

Eis que se apresenta uma faceta do *princípio da eficiência* que emerge tanto de uma análise da natureza jurídica da norma constitucional que por ele é representado, bem como pelos aspectos econômicos que são valiosos para a formação conceitual mais ajustada ao significado textual pretendido na prática e, por fim, a raiz moral que justifica e explica materialmente o *princípio da eficiência*.

É preciso, de largada, reconhecer que a *eficiência* é uma dotação qualitativa que unicamente pode ser atribuída mediante um comparativo empírico entre uma pluralidade de amostras ou suposições. Isto é dizer, não há uma fórmula prévia que

⁴² Tal como se podia verificar da atribuição do encargo de assegurar a eficiência administrativa, o aumento da produtividade, a profissionalização o aperfeiçoamento do servidor público, tudo conforme o Decreto Lei 200 de 1967. Assim como se preza pela eficiência nos serviços públicos, conforme as Leis Federais nº 8.112/1990 e 8.987/1995 e o Decreto Federal 1.171/1994.

⁴³ CUNHA, Marcos André da; RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio da Eficiência na Administração Pública: Propostas para a otimização da cobrança judicial da dívida ativa**. In. Gestão de Políticas Públicas no Paraná. Cap. 8. Administração e Previdência. Disponível em <http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/gestao_de_politicas_publicas_no_parana_coleta_nea_de_estudos/cap_8_administracao_e_previdencia/capitulo_8_3.pdf>

possa ser tida como eficiente. É que preciso que se atribua esta característica (eficiente ou ineficiente) a determinado ato administrativo após a verificação *comparativa* dos custos de implementação e dos resultados gerados com as demais opções disponíveis ao Estado. Apenas após este cotejo fático entre dois ou mais paradigmas que se pode coroar um deles com o título de eficiente.

A eficiência é, então, identificada somente em momento *ex post*.

3.6.2 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Os fins pretendidos pelo Estado, em seu aspecto material, não importam para os fins desta comparação, que é voltada à verificação da alternativa mais eficiente. A eficiência mede-se em decorrência dos resultados gerados por determinada medida. Não se pode, todavia, confundir esta preocupação naturalmente utilitarista com os fins que se pretende atingir. Na formação de determinada medida os demais princípios devem ser atendidos sendo somente na fase de execução que o respeito ao *princípio da eficiência* é verificado.

Ilustrativamente, se pretende-se aumentar o acesso à cultura, acesso à saúde ou diminuir o número de acidentes de trânsito, será eficiente a ação do Estado que gere a maior utilidade, *dentro dos fins a que a ação se presta*, com o menor dispêndio de recursos. A eficiência é, então, verificada no ajuste dos meios ao fim previamente estabelecido.

Unindo as pontas, o Estado deve orientar-se por uma série de princípios para que se produza determinada medida, que deve ser lícita, impessoal, atender ao interesse coletivo. Cumpre salientar que o *princípio da eficiência* não pode ser plenamente atendido nesta fase *ex ante* de formação da política pública. É apenas no momento *ex post* que poderá ser verificável o atendimento ao *princípio da eficiência*.

Pensando negativamente, o Estado estará em desatendimento ao *princípio da eficiência* se (1) houver uma forma alternativa de se executar a medida e; (2) que a alternativa seja capaz de gerar melhores resultados para os mesmos fins, com menor consumo dos recursos públicos; Adicionalmente (3) a alternativa proposta deve atender aos mesmos requisitos legais da medida em análise e se prestar aos

mesmos fins; A medida verificada *ineficiente* deve ser anulado (4) se os custos de transação para a anulação da medida inicial e produção de novo ato não comprometerem os resultados comparativamente superiores do ato administrativo alternativo.

Sendo a *eficiência* naturalmente apurada *ex post* conforme a lógica econômica, o atendimento ao *princípio da eficiência* apenas pode ser igualmente verificável em momento *ex post*. Da mesma forma, analogamente, que a legalidade dos atos administrativos é presumida, a eficiência dos atos administrativos também deve ser presumida.

Entretanto, uma vez verificado, no caso concreto, que existe um ato administrativo alternativo e mais eficiente, o Estado é obrigado a tomar a via alternativa, tendo em vista a obrigação de atendimento ao *princípio da eficiência*. Uma vez que, conhecendo-se as alternativas, a ação adotada é ou não eficiente. Não sendo possível ser relativamente ou parcialmente eficiente.

Para justificar qualquer avanço nesta análise é preciso apurar a conceituação econômica da eficiência, que é indiscutivelmente o cerne material do discutido *princípio da eficiência*. Certo que a validade da aplicação jurídica do *princípio da eficiência* decorre, esta sim, de uma interpretação normativa do postulado. Entretanto, quando o legislador tipificou a eficiência como princípio constitucional estabeleceu uma condição de licitude ao tornar *obrigatória* a eficiência nos atos administrativos

Em rigor, o Direito não elimina os conteúdos finalísticos, mas, tipifica-os. Sem fins a alcançar não se poriam os negócios jurídicos, ou os atos administrativos. Há fins juridicamente relevantes (existentes para o Direito) e fins juridicamente irrelevantes (existentes faticamente, mas inexistentes para o Direito). O Direito tipifica os conteúdos das condutas, como tipifica as condutas mesmas. Insere aqueles e estas nas modalidades deônticas do obrigatório, do proibido e do permitido, repartindo-as com o sinal positivo da licitude e com o sinal negativo da ilicitude.⁴⁴

Ou seja, há uma finalidade desejada (no mundo fático) a qual é tipificada, ou traduzida, em linguagem jurídica, inserindo uma norma válida no sistema de Direito Positivo.

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 4.ed. Editora Noeses: São Paulo, 2010, p.174.

Para que se atinja completamente o propósito da norma é preciso, portanto, que se tenha um profundo entendimento sobre o que conteúdo moral que o legislador tipificou na norma positiva.

A *eficiência* é uma das figuras mais almejadas pelas diversas teorias econômicas, trata-se de um objetivo ideal normalmente identificado com a definição de que a eficiência geral da economia incrementa-se na medida em que os indivíduos de determinada sociedade maximizam suas respectivas *utilidades*, dados os recursos disponíveis. Neste sentido, a aplicação do princípio da eficiência, por exemplo, para justificar a adoção de políticas públicas que sejam alinhadas com a noção de que, em decorrência da escassez de recursos públicos, deve-se privilegiar opções de programas de saúde que ofereçam a maior utilidade – neste caso observada pela tutela dos direitos de saúde dos cidadãos – para o maior número de pessoas.

Portanto, uma aplicação da análise custo-benefício, como uma vertente prática possível a partir da moral utilitarista na formação da decisão política de aplicação dos recursos públicos voltados ao oferecimento de serviços públicos em satisfação ao direito à saúde, daria preferência, em tese, para a adoção de políticas públicas que, por resultado, beneficiassem o maior número de pessoas.

Tratamentos excepcionalmente custosos falhariam no crivo da análise de custo-benefício, vez que o número de indivíduos beneficiados seria comparativamente muito menor, em uma análise sobre as opções disponíveis para a utilização dos mesmos recursos e para os mesmos objetivos (de oferecimento de serviços de saúde), comprometendo a capacidade financeira do Estado tutelar os mesmos direitos, para um número maior de cidadãos. Este cuidado é observado na seguinte ressalva feita pelo Ministro Barroso: “*Como os recursos são limitados e precisam ser distribuídos entre fins alternativos, a ponderação termina sendo entre a vida e a saúde de uns versus vida e saúde de outros*”⁴⁵.

Importante ressaltar que o Ministro Barroso, em momento algum, defende que haveria menor importância do direito à saúde de uma minoria – portadora de

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Voto vista**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 7.

doenças raras, por exemplo – apenas alerta que cabe ao Judiciário estabelecer regras e requisitos que permita ao Estado recusar-se, legitimamente, quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Dado que o interesse coletivo poderia ser gravemente ferido na hipótese de uma ampla e indiscriminada obrigação de fornecimento de medicamentos pelo Estado.

4 VOTO RELATOR: CONCEPÇÃO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

O argumento da eficiência na utilização de recursos públicos, é decorrente de uma tentativa de aplicação prática do utilitarismo – que se manifesta pela aplicação da análise de custo-benefício – no sentido de prezar pelo financiamento de programas de políticas públicas que garantam a prestação de tutela ao direito de saúde dos cidadãos, a partir de uma opção que promova a maior utilidade para o maior número de indivíduos.

Sob o ponto de vista moral é possível levantar a possibilidade de identificação de problemas na própria justificação da adoção da análise de custo benefício, ainda que pelo fundamento legal do princípio da eficiência, como um implementação prática de uma teoria moral entendida como correta:

The attempt to justify the funding of and reliance on BCA by claiming it to be the direct implementation of the correct moral theory is not promising. (...) Whatever range and role one seeks to justify for BCA, the best way to give a full moral justification of a procedure would be to begin with the correct moral theory and show that the procedure in question is endorsed by it. But, since there is significant disagreement about what is the correct moral theory, no noncontroversial starting place presents itself.⁴⁶

Importa verificar, contudo, que a imposição de restrições à obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo também é defendida pelo Ministro Marco Aurélio, relator do RE 566.471, produzindo o mesmo resultado de determinação de critérios de limitação legítimos defendido pelo Ministro Barroso. Também é importante (e preciso) verificar que, na medida em que o Ministro Barroso utiliza-se de argumentos que refletem a moral utilitarista o Ministro Marco Aurélio

⁴⁶ [A tentativa de justificar o financiamento e a confiança na BCA, alegando que ela é a implementação direta da teoria moral correta, não é promissora. (...) Qualquer que seja o alcance e o papel que alguém procure justificar para o BCA, a melhor maneira de dar uma justificativa moral completa de um procedimento seria começar com a teoria moral correta e mostrar que o procedimento em questão é endossado por ele. Mas, como há discordância significativa sobre qual é a teoria moral correta, nenhum ponto inicial incontroverso se apresenta]

HUBIN, Donald. C. **The Moral Justification of Benefit/Cost Analysis**. In. Economics and Philosophy, Vol. 10 The Ohio State University: 1994, p. 177-179.

levanta questões com premissas morais diferentes e que dão outro tom à decisão que pode, eventualmente, ser uma construção valiosa para orientação de magistrados de instâncias inferiores, no futuro julgamento de outros casos similares.

Primeiro, há um reconhecimento de que a efetivação da previsão ampla e fundamental do direito à saúde depende de um programa prático formulado pelo Estado. Este, por sua vez, deve ser regido por uma disciplina própria.

Contudo, o Ministro Marco Aurélio reconhece que o caráter fundamental do direito à saúde justifica o questionamento da própria política pública pelo cidadão que eventualmente não seja atendido pelo programa de política pública desenhado pelo Estado:

A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.⁴⁷

A perspectiva adotada pelo Ministro Marco Aurélio diverge da premissa utilitarista, vez que há reconhecimento do direito do cidadão exigir do Estado o fornecimento de medicamentos de alto custo, ainda que o pedido seja contrário ao método eficiente de gestão dos recursos para a saúde. Isto porque o indivíduo tem direitos que são fundamentais, os quais não podem estar sujeitos a restrições, ainda impostas por uma defesa do interesse coletivo. A efetivação deste preceito, ressalte-se, deve ser realizada com cuidado:

Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável.⁴⁸

⁴⁷ MELLO, Marco Aurélio. **Voto antecipado**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 5.

⁴⁸ MELLO, Marco Aurélio. *Opcit.*, p. 8.

A adoção desta via argumentativa, ainda que não se defenda a obrigação irrestrita do Estado fornecer medicamentos de alto custo a qualquer cidadão que venha os requerer, distancia-se da premissa utilitarista identificando que o indivíduo possui existência e direitos próprios e, assim, seria moralmente equivocado utilizar o indivíduo como um meio para se atingir qualquer tipo de objetivo, ainda que em benefício da coletividade.

Novamente, para definir as bases para a investigação das premissas morais do argumento do o Ministro Marco Aurélio, é necessário ressaltar que não é defendido no voto a obrigação irrestrita do Estado em fornecer medicamentos de alto custo, como se vê:

Pode ainda a Administração Pública, em cognição profunda e tecnicamente qualificada, demonstrar a existência de medicamentos menos onerosos e que possam surtir, em mesma ou similar medida, efeitos benéficos ao tratamento de saúde envolvido, se comparados ao que é requerido judicialmente, constantes da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Produzida tal prova e com base exclusiva nela, há de se confiar na capacidade institucional e responsabilidade do juiz da causa em determinar a substituição dos meios terapêuticos.

Caso o Estado não logre revelar a inadequação ou a desnecessidade do medicamento de alto custo, havendo indicação médica lícita a instruir o requerimento judicial, surgirá a imprescindibilidade do remédio como elemento objetivo do próprio mínimo existencial, considerado o direito ao tratamento da saúde, essencial à existência digna.⁴⁹

A imprescindibilidade da administração do medicamento ao cidadão é apenas o meio de comprovação da obrigação do Estado em tutelar o direito à saúde. O fundamento moral para a própria obrigação do Estado em fornecer qualquer meio necessário à tutela do direito à saúde está no reconhecimento de que o cidadão possui direitos essenciais que moralmente não podem ser constringidos, diminuídos ou negligenciados, vez que são direitos intrínsecos à própria natureza humana. Esta linha argumentativa encontra coerentemente bases no pensamento de John Rawls, que se utiliza de instrumentos abstratos para verificar que qualquer homem em um estado original de plena liberdade e igualdade não concordaria em participar de uma

⁴⁹ MELLO, Marco Aurélio. **Voto antecipado**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 13.

sociedade na qual os seus direitos pudessem ser restringidos em benefício do de outros. Primeiro reconhecendo um âmbito de inviolabilidade:

Cada pessoa possuiu uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total da maior das vantagens desfrutadas por muitos.⁵⁰

De maneira explícita indica o objetivo de uma sociedade justa:

Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais⁵¹.

Para a identificação dos elementos dos direitos invioláveis, John Rawls reflete sobre a posição original dos homens (utilizando-se de instrumentos filosóficos explicitados adiante):

(...) as partes na posição original são mutuamente indiferentes; elas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros. A intenção aqui é imitar a conduta e os motivos dos homens em casos onde surgem questões de justiça.⁵²

Trata-se de uma forma de racionalidade desinteressada, como se verifica em outra passagem:

A suposição desta racionalidade mutuamente desinteressada, portanto, resulta nisto: as pessoas na posição original tentam reconhecer princípios que promovem seus sistemas de objetivos da melhor maneira possível. Elas fazem isso tentando garantir para si mesmas o maior índice de bens sociais primários, já que isso lhes possibilita promover a sua concepção do bem de forma efetiva., independentemente do que venha a ser essa concepção. As partes não são movidas nem pela afeição nem pelo rancor. Nem tentam levar vantagem umas sobre as outras/ não são invejosas nem vaidosas.⁵³

⁵⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 4.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² RAWLS, John. *Opcit.* p. 140

⁵³ RAWLS, John. *Opcit.* p. 155

Certo que há muito a se verificar nesta construção moral. Contudo, inicialmente, percebe-se que os argumentos do Ministro Marco Aurélio desenvolvem-se apoiando-se em três premissas morais: (1) o reconhecimento de que não é possível cercear o direito à saúde do cidadão apenas com base no argumento da valorização e manutenção da capacidade financeira do Estado para tutelar o direito à saúde de um número maior de cidadãos; (2) o indivíduo possui um rol de direitos revestidos de fundamentais, dentre os quais está incluído o direito à saúde, e que se configuram como o mínimo que qualquer indivíduo deve possuir para uma existência digna – chamado mínimo existencial – e, neste sentido, o Estado não pode, em nenhuma medida, restringir a efetivação dos direitos desta natureza; (3) é preciso verificar a efetiva necessidade do cidadão obter do Estado a tutela do direito à saúde que lhe é indispensável para uma existência digna.

4.1 CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Partindo da ideia de que a Justiça é a primeira virtude das instituições sociais e a primeira virtude para os sistemas de pensamentos, John Rawls procura desenvolver uma filosofia que considere os valores de igualdade e de liberdade em uma concepção de justiça. Para tanto, o pensador sugere dois princípios que devem ser observados na criação de uma concepção de justiça e que é de grande utilidade para a orientação de casos concretos e, tanto mais, Rawls posiciona a concepção de justiça como a própria fundação da sociedade:

(...) embora os homens possam fazer excessivas exigências mútuas, eles contudo reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Se a inclinação dos homens ao interesse próprio tornar necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a sua associação segura. Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica.⁵⁴

⁵⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 5.

Como bem observa Flávio Pansieri, na teoria proposta por Rawls há uma tentativa de identificação de um parâmetro moral básico, elementar, que possa ser utilizado para que as instituições da sociedade possam, a partir da premissa de justiça, dar soluções para o caso concreto.

A teoria da justiça de John Rawls é identificada como uma tentativa de encontrar um parâmetro moral básico da sociedade para que se possa, a partir de então, quando necessário, avaliar políticas fundamentais sob o prisma das instituições sociais de determinado país.⁵⁵ (p. 188)

Considerando que os homens possuem direitos invioláveis, algumas vezes, em valorização e para a viabilização da tutela deste rol específico e determinado de direitos (conforme a concepção de justiça da sociedade em questão) os indivíduos podem se ver em encruzilhadas éticas envolvendo *excessivas exigências mútuas*, nas palavras de Rawls, que são exigíveis em razão do fato de que uma sociedade moralmente justa – para Rawls – deve ser aquela que é norteada por princípios de justiça que foram consentidos pelos indivíduos em um estado original específico:

São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação.⁵⁶

É proposto, neste sentido, que haveriam determinados princípios de justiça que os sujeitos livres e, ainda, segregados consentiriam no momento anterior ao ingresso em uma sociedade (pelo contrato social):

A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética de liberdade equitativa, pressupondo por ora que esse problema de escolha tem uma solução, determina os princípios da justiça.⁵⁷

É proposto pelo filósofo, no pensamento de uma teoria de justiça como equidade, pensar um estado originário da sociedade, no qual todos os indivíduos

⁵⁵ PANSIERI, Flávio. **A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça**. In. Sequência (Florianópolis). N. 74: dezembro, 2016, p. 188

<http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00181.pdf>

⁵⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 12.

⁵⁷ RAWLS, John. *Opcit.* p. 13.

são iguais e desconhecem quaisquer desigualdades que, porventura, pudessem vir a ser percebidas após o ingresso em sociedade.

4.1.2 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Para construir este ambiente hipotético Rawls sugere instrumentos específicos que serão abordados mais adiante. Para o momento é importante verificar que, partindo do pressuposto da igualdade no estado original, os indivíduos concordariam em dois princípios de justiça, um garantindo o direito a igualdade de direitos e deveres básicos e o outro garantindo que os benefícios das, eventuais, desigualdades pudessem ser apropriadas apenas na medida em que houvesse a melhora na condição de uma minoria gerasse uma melhora, também (mas não em igual medida), aos de pior condição:

as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e de autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade.⁵⁸

Com estes primeiros contornos dos princípios da justiça John Rawls começa a contestar o pensamento utilitarista. Rememorando que, em termos gerais, uma medida é justa do ponto de vista utilitarista quando é capaz de promover a maior utilidade para o maior número de indivíduos. Aqui, Rawls entende que os indivíduos não concordariam – no estado original de igualdade – com qualquer medida que pudesse violar os seus direitos fundamentais, ainda que em benefício da coletividade.

(...) enquanto o utilitarista estende à sociedade o princípio da escolha feita por um único ser humano, a justiça como equidade, sendo uma visão

⁵⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 16.

contratualista, sustenta que os princípios da escolha social, e portanto os princípios da justiça, são eles próprios o objeto de um consenso original.⁵⁹

Entretanto, conforme aponta Gabriel Bertin de Almeida, o conceito de justiça para John Rawls não é correspondente àquele que busca maximizar a utilidade, mas, ao contrário, é configurado pelos princípios básicos adotados pelos indivíduos na posição original, conforme adiante explicada, na definição dos termos básicos de estruturação da sociedade:

O conceito de justo, então, precede ao de bem na medida em que os princípios oriundos da posição original limitam os desejos e aspirações individuais. Não se quer maximizar as tendências e inclinações humanas, direcionando-as, mas sim motivar a todos sobre a necessidade de restringi-las.⁶⁰

Assim, não se justificaria a adoção de uma medida que pudesse restringir os direitos fundamentais de qualquer indivíduo, em valorização dos direitos da coletividade. Isto porque, a justificação da medida em termos utilitaristas seria contrária ao consentimento original sobre a justiça pelos indivíduos livres:

Na teoria da justiça como equidade, por outro lado, as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual e o fazem sem conhecer seus próprios objetivos pessoais. Implicitamente concordam, portanto, em conformar as concepções do seu próprio bem com aquilo que os princípios da justiça exigem, ou pelo menos em não insistir em reivindicações que os violem diretamente.⁶¹

A justiça como equidade parte, portanto, destes princípios de justiça consentidos pelos indivíduos que são indicados objetivamente por John Rawls como o **(1) de que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras**⁶². No sentido de que os indivíduos no estado original estariam reconhecendo os seus próprios direitos e liberdades básicas e identificariam neles pilares a serem respeitados na sociedade a que pretendem

⁵⁹ RAWLS, John. *Opcit*, p. 31.

⁶⁰ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. **Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los?** In. *Cadernos de Ética e de Filosofia Política*. N. 8, Universidade de São Paulo: 2006, p. 11.

⁶¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 33.

⁶² RAWLS, John. *Opcit*, p. 64.

ingressar; e (2) o de que *as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos*⁶³.

Como será adiante aprofundado, vale destacar inicialmente que os princípios de justiça propostos acima são relevantes para o pensamento de Rawls na sua rejeição à interpretação utilitarista para decisões corretas:

(...) it would be rational for the parties to use the maximin rule for choice under uncertainty when deciding which conception of justice to select. If they do use this rule, then they will reject average utility in favor of his two principles, since the maximin rule directs choosers to select the alternative whose worst outcome is superior to the worst outcome of any other alternative, and the two principles are those a person would choose if he knew that his enemy were going to assign him his place in society.⁶⁴

John Rawls em *Justiça e Democracia*, complementa esta apresentação dos princípios de justiça como um mecanismo de efetivação dos ideais de liberdade e igualdade uma vez que tais princípios, para ele, devem definir a estrutura básica da sociedade:

A teoria da justiça como equidade tenta arbitrar entre essas tradições concorrentes, em primeiro lugar propondo dois princípios de justiça para servirem como guias na efetivação, pelas instituições básicas, dos valores da liberdade e da igualdade, e depois definindo um ponto de vista segundo o qual esses princípios aparecem como mais apropriados do que outros para a natureza dos cidadãos de uma democracia, se eles forem considerados como pessoas livre e iguais.⁶⁵

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ [(...) seria racional que as partes usassem a regra maximin para escolha sob incerteza ao decidir qual concepção de justiça escolher. Se eles usarem essa regra, rejeitarão a utilidade média em favor de seus dois princípios, uma vez que a regra maximização direciona os selecionadores a selecionar a alternativa cujo pior resultado é superior ao pior resultado de qualquer outra alternativa, e os dois princípios são aqueles uma pessoa escolheria se soubesse que seu inimigo iria lhe atribuir seu lugar na sociedade]

SCHEFFLER, Samuel. **Rawls and Utilitarianism**. In. FREEMAN, Samuel (org.) *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press: 2003, p. 431.

⁶⁵ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 207.

Por um lado, os princípios de justiça remetem à concepções liberais na medida em que haveria uma preferência pela justiça em relação à valorização do bem comum:

(...) Rawls se identifica com uma das principais ideias da moralidade para os autores liberais, que é a sobreposição da justiça em relação ao bem comum, concepção contrária, por exemplo, a dos autores comunitaristas. Essa é a principal característica da teoria da justiça como equidade: a imposição de alguns critérios de justiça na moldagem da estrutura básica da sociedade (visão procedimental).⁶⁶

Em linha com este entendimento e em primeira conclusão, John Rawls refuta a adoção do princípio da eficiência (de origem utilitarista) na solução de dilemas de justiça em decorrência de uma contradição com os princípios que seriam consentidos pelos indivíduos e que determinam, por sua vez, todos os pilares e regramentos da sociedade:

(...) o princípio da eficiência sozinho não pode servir como concepção da justiça. Portanto é preciso completá-lo de alguma forma. No sistema de liberdade natural o princípio da eficiência é restringido por certas instituições básicas; quando essas restrições são respeitadas qualquer distribuição eficiente resulta é aceita como justa.⁶⁷

Esta é, talvez, uma das maiores contribuições de John Rawls, no sentido de evidenciar a dificuldade em aplicar preceitos utilitaristas – razoáveis e claros em teoria – a casos concretos, nos quais importantes direitos podem ser contrapostos:

The major weakness of liberal theory is also demonstrated by Rawls, and that weakness should be clear from any analysis. The open-space created by a liberal theory of justice makes the process of applying principles to individual cases extremely difficult.⁶⁸

⁶⁶ PANSIERI, Flávio. **A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça**. In. Sequência (Florianópolis). N. 74: dezembro, 2016, p. 190.

⁶⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 75-76.

⁶⁸ [A maior fraqueza da teoria liberal é também demonstrada por Rawls, e que esta fraqueza deve ser clara em qualquer análise. O espaço aberto criado pela teoria liberal torna o processo de aplicação de princípios ao caso concreto extremamente difícil]

SHEVORY, Thomas C. Applying Rawls to Medical Cases: An Investigation into the Usages of Analytical Philosophy, In. Journal of Health Politics, Policy and Law, Vol. 10, No. 4, Winter 1986, p. 759.

Há a prescrição dos princípios de justiça para uso procedimental e não propriamente relacionados com o bem jurídico em discussão no caso concreto, esta é uma característica que distancia o contratualismo social de Rawls da concepção utilitarista, que, como aponta Denis Silveira, prioriza o justo sobre o bem:

Como, na teoria utilitarista, o bem se define de maneira independente do justo, esta teoria é caracterizada como teleológica e, no, contratualismo de Rawls, seu objetivo é estabelecer a prioridade do justo em relação ao bem, a teoria da justiça como equidade se identifica como deontológica.⁶⁹

Sob esta perspectiva de justiça, os princípios definidos por Rawls servem para que toda a estrutura de regras da sociedade seja formada e validada, conforme se verifica:

Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos. O que uma pessoa faz depende do que as regras públicas determinam a respeito do que ela tem direito de fazer e os direitos de uma pessoa dependem do que ela faz. Alcança-se a distribuição que resulta desses princípios honrando os direitos determinados pelo que as pessoas se comprometem a fazer à luz dessas expectativas legítimas.⁷⁰

É preciso avaliar, ademais, que a aplicação destas regras depende de uma aplicação de justiça que Rawls trata como justiça procedimental. Indicando que a aplicação dos preceitos legais, que devem ser elaborados à luz dos princípios de justiça consentidos no estado original, devem ser executados nos casos concretos sempre aludindo e voltando-se para o sistema social – que por sua vez é resultado do consentimento inicial dos indivíduos livre no estado original.

⁶⁹ SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria da Justiça de John Rawls: entre o liberalismos e o comunitarismo**. In. Trans/Forma/Ação. Revista de Filosofia da Universidade Estadual Paulista – UNESP, Vol. 30(1): São Paulo, 2007, p. 173-174. <http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n1/v30n1a11.pdf>

⁷⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 90

Uma distribuição não pode ser julgada separadamente do sistema do qual ela é resultado ou sem levar em conta o que os indivíduos fizeram, de boa-fé, à luz de expectativas estabelecidas.⁷¹

Igualmente e novamente, os princípios de justiça devem regular a estrutura básica da sociedade e propagar, assim, para as respectivas instituições sociais os princípios de justiça:

a ideia de que os princípios de justiça devem servir para regular a estrutura básica da sociedade sem recorrer a nenhuma verdade suprema, buscando um acordo equitativo entre os próprios cidadãos que promova o benefício mútuo, respeitado o fato do pluralismo razoável.⁷²

Não se depende de uma verdade suprema e universal mas concretização independente de um consentimento expresso e explícito de cada cidadão para cada ato de justiça. O pertencimento a um sistema e uma estrutura é suficiente para que as decisões sejam vinculativas:

Cada um está vinculado a essas instituições independentemente de seus atos voluntários, sejam eles de execução ou de outro tipo. Assim, embora os princípios do dever natural sejam derivados de um ponto de vista contratualista, eles não pressupõem nenhum ato de assentimento, tácito ou explícito, e nem mesmo nenhum ato voluntários, para que possam ser aplicados.⁷³

A explicação para isto está no fato de que os princípios de justiça foram acordados no estado original, para ingresso em sociedade, e servem como expressão suficiente do consentimento dos cidadãos aos mesmos princípios que formam toda a estrutura da sociedade.

Os princípios que valem para os indivíduos, exatamente como os princípios válidos para as instituições, são aqueles que seriam reconhecidos na posição original. Esses princípios são entendidos como o resultado de um acordo hipotético.⁷⁴

⁷¹ RAWLS, John. *Opcit.* p. 94

⁷² FELDENS, Guilherme de Oliveira. **A Razão Pública no Liberalismo Político de John Rawls**. In. Perspectiva. V. 36. n. 136, Erechim, 2012, p. 64.

⁷³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 123

⁷⁴ RAWLS, John. *Opcit.* p. 124

Os indivíduos quando no estado original podem reconhecer direitos naturais que são incondicionais e, neste sentido, podem não comportar restrições individuais, mesmo em relação aos outros membros da sociedade. Isto não importa em nenhuma medida uma contradição aos preceitos de John Rawls com relação ao seu pensamento de justiça como equidade.

Não há nada inconsistente, nem mesmo surpreendente, no fato de que a justiça como equidade permite princípios incondicionais. Basta mostrar que as partes na posição original concordariam com princípios que definem os deveres naturais que, quando formulados, se aplicam incondicionalmente.⁷⁵

Há compatibilidade entre a existência de um núcleo de direitos inalienáveis e os princípios de justiça que estruturam a sociedade. Novamente, estes princípios derivam de um estado original no qual todos os indivíduos são considerados em plena igualdade, refletir sobre este cenário hipotético é possível no pensamento de John Rawls a partir da utilização do que ele chama de *véu da ignorância*.

4.1.3 VÉU DA IGNORÂNCIA

É importante que se verifique que estas reflexões tem por objetivo, justamente, a identificação de preceitos morais e não se prestam a um fim de comprovação da conduta humana:

Não se pretende que a concepção da posição original explique a conduta humana, exceto na medida em que ela tenta dar conta de nossos juízos morais e nos ajuda a explicar o fato de termos um senso de justiça⁷⁶.

Afirmção quase idêntica à afirmação transcrita acima é verificada também no texto *'Justice as Fairness'* também de John Rawls:

I do not want, therefore, to be interpreted as assuming a general theory of human motivation: when I suppose that the parties are mutually self-

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 130.

interested, and are not willing to have their (substantial) interests sacrificed to others, I am referring to their conduct and motives as they are taken for granted in cases where questions of justice ordinarily arise.⁷⁷

Este cenário abstrato e hipotético é criado para que se possa eliminar todas as diferenças entre os indivíduos que, de alguma forma, contaminam as percepções sobre a justiça:

(...) o postulado da indiferença mútua na posição original visa a assegurar que os princípios da justiça não dependem de suposições muito exigentes. Lembremo-nos de que a posição original tem por objetivo incorporar condições amplamente partilhadas e, também, pouco pretensiosas. (...) Em conclusão, deverei supor que as partes na posição original são mutualmente indiferentes: elas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros.⁷⁸

Não se pode olvidar que há uma série de ponderações específicas que são relativas ao indivíduo e as concepções formadas em decorrência do conjunto de relações sociais vividas. Assim, fica relativamente mais árdua a reflexão sobre princípios que seriam consentidos unanimemente pelos indivíduos. Para lidar com estas questões, John Rawls propõe um método para anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício.

Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.⁷⁹

O que se propõe é anular (1) a posição que homens se situam na sociedade, isto é, a sua posição de classe; (2) as habilidades e dotes naturais; (3) as condições específicas da própria sociedade da qual participam; e (4) os traços característicos de sua psicologia, como aversão ao risco ou tendência ao pessimismo, e as

⁷⁷ RAWLS, John. **Justice as Fairness**. The Philosophical Review, Vol. 67, No. 2, Duke University Press: 1958, p. 175.

<http://www.jstor.org/stable/2182612>

⁷⁸ RAWLS, John. *Op cit.* p. 140

⁷⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 147

particularidades da vida racional. Explicado de maneira mais pontual nas próprias palavras de Rawls:

Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e forar, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem.⁸⁰

Estas ponderações relevantes para considerar um estado original no qual as pessoas possam efetivamente *escolher princípios cujas consequências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam*⁸¹. Certo que há uma série de dificuldades sobre este método para atingir o estado abstrato de completa igualdade entre os indivíduos. Mas, Rawls defende a sua condição na medida em que a anulação das particularidades entre os indivíduos é necessária para que sejam reconhecidos os princípios de justiça mais elementares e que, assim, possam ser oponíveis a todos por meio de uma garantia de aplicação universal.

Um dos objetivos desta abstração é colocar os indivíduos em uma posição na qual ele não disponha de meios para obter vantagens especiais. Neste sentido, também este indivíduo teria fundamentos para discordar que existam vantagens especiais e que determinados indivíduos – que não ele mesmo – possam obter benefícios maiores.

Há uma crítica ao modelo de Rawls, no sentido de que não se pode deixar de cogitar que as pessoas, mesmo no sob o véu da ignorância, estariam dispostas a tomar riscos e estariam dispostas a não consentir com uma estrutura de plena igualdade na busca pela obtenção de vantagens especiais e, justamente, neste sentido advoga Robert Nozick argumentando que o Estado não deveria ser um

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

entreve ao desenvolvimento de atividades que os indivíduos entendam que necessárias para atingir seus interesses:

(...) o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realiza-las para o seu próprio bem ou proteção.⁸²

Outros autores interpretaram a obra de Robert Nozick e concluem de maneira didática que na concepção dele o Estado deve garantir o exercício das liberdades individuais e não deve se ocupar de impor restrições com intuítos precipuamente distributivos:

Para Nozick, se o governo pretende ser justo, não deve retirar dos indivíduos seus bens, posses ou qualquer coisa que provenha do exercício da liberdade individual ou dos talentos individuais para beneficiar os menos favorecidos. (...) O pensamento de Nozick visa, então, elaborar uma teoria que garanta a possibilidade do indivíduo de desfrutar sua liberdade sem que haja interferência do Estado que o obriga a se sacrificar em benefício de outrem.⁸³

Contudo, John Rawls defende que este interesse por desenvolver o máximo potencial das habilidades individuais são apostas sobre o futuro e que não podem ser concretizadas sob o véu da ignorância, entendendo que o desconhecimento sobre as posições sociais de cada indivíduo impossibilita a realização de qualquer cálculo de probabilidade indispensável à própria tentativa de tomada de riscos:

As partes não têm base para determinar a natureza provável de sua sociedade, ou o seu próprio lugar nela. Assim, não têm base para cálculos probabilísticos. Elas também devem levar em consideração o fato de que a sua escolha dos princípios deve parecer razoável perante os outros, em particular para os seus descendentes, cujos direitos serão profundamente afetados por ela. Essas condições ganham força com o fato de que as partes sabem muito pouco a respeito dos estados possíveis da sociedade. Não só elas são incapazes de conjecturar sobre as probabilidades das várias circunstâncias possíveis, mas também não podem dizer muito sobre

⁸² NOZICK, Robert. Anarquia, estado e utopia [Trad. Ruy Jungmann] Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 46.

⁸³ BRESOLIN, Keberson; CICHOWSKI, Vicente Cougo. Sobre o Conceito de Justiça em John Rawls e Robert Nozick. Clareira Revista de Filosofia da Região Amazônica. Vol. 1. No. 2. Manaus, 2014, p. 134-137.

quais são as circunstâncias possíveis, muito menos enumerá-las e prever o resultado de cada alternativa possível.⁸⁴

Ainda mais, há que se verificar que os indivíduos sob o véu da ignorância não teriam bases para conhecer sobre as suas próprias disposições para a tomada de risco:

Na justiça como equidade, entretanto, não há como evitar completamente essa questão. O essencial é não permitir que os princípios escolhidos dependam de atitudes particulares perante o risco. Por esse motivo, o véu da ignorância também exclui o conhecimento dessas inclinações: as partes não sabem se têm ou não uma aversão característica a correr riscos, que não é afetada por preferências individuais particulares por uma ou outra maneira de se arriscar. Naturalmente, um sistema social pode tirar vantagem dessas propensões variáveis, criando instituições que permitam seu pleno desenvolvimento visando a fins comuns.⁸⁵

Rawls entende que os princípios de justiça tendem a uma concepção deontológica, na medida em que não há uma preocupação iminente consequencialista:

In contemporary moral philosophy, deontology is one of those kinds of normative theories regarding which choices are morally required, forbidden, or permitted (...) within that domain, deontologists stand in opposition to consequentialist.⁸⁶

Desta forma, as reflexões individuais devem ser orientadas pelos princípios de justiça, que não está efetivamente relacionada com as consequências das decisões mas essencialmente elas devem ser consideradas justas e adequadas tomando-se como ponto de observação a forma, o procedimento ou a estrutura de organização da sociedade:

Uma doutrina da economia política deve incluir uma interpretação do bem público que se baseie numa concepção da justiça. Deve orientar as reflexões do cidadão quando ele considera as questões da política econômica e sociais. O cidadão deve assumir a perspectiva da convenção

⁸⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 167

⁸⁵ RAWLS, John. *Opcit.* p. 185-186

⁸⁶ ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. **Deontological ethics**. In. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Center for the Study of Language and Information: Stanford University, Stanford, California: 2015, p.1 <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/ethics-deontological/>

constituente ou a do estágio legislativo e avaliar como se aplicam os princípios da justiça.⁸⁷

Uma crítica à abstração que é o estado original pode ser igualmente cabível ao pensamento de Robert Nozick, no sentido de que em ambos os casos não é possível ignorar as nuances do caso concreto que muito frequentemente possuem direitos igualmente válidos em contraposições e outras vezes é possível encontrar em debate um direito moralmente importante contra uma ideologia que não é prática:

(...) a realidade é muito mais complexa do que as elucubrações de gabinete são capazes de dar solução. Todavia, não se pretende também constituir um Estado meramente assistencial, mas criar oportunidades de escolha e decisões substantivas aos indivíduos ao proporcionar condições mínimas de vida.⁸⁸

Esta concepção quando aliada com uma noção constitucionalista da sociedade aceita um pluralismo de opiniões e credos que permite ao mesmo tempo, segundo Rawls, uma propagação válida dos princípios de justiça:

Constitutional contractarian political justification depends on the view that your finding the constitution acceptably in line with reasons that apply to you, considering your interests, commits you to acceptance of the daily run of lawmakings that issue properly from the constituted system, regardless of whether each and every one of them does or should elicit your agreement. (...) Thus a kind of constitutional contractarianism is Rawls's response to the question of the possibility of legitimate government in modern, plural societies.⁸⁹

Para John Rawls o contrato social, organizado constitucionalmente, é uma forma da sociedade propagar os princípios de justiça que são moralmente desejáveis mesmo em um ambiente plural.

⁸⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 286.

⁸⁸ PANSIERI, Flávio. **A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça**. In. Sequência (Florianópolis). N. 74: dezembro, 2016, (pp. 181-206), p. 186-187.

⁸⁹ MICHELMAN, Frank I. **Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law**. In. FREEMAN, Samuel (org.) *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press: 2003, p. 396-397.

(...) uma vez deduzidos os princípios da justiça, a doutrina contratualista de fato estabelece certos limites para a concepção do desejável. Esses limites decorrem da prioridade da justiça sobre a eficiência, bem como da prioridade da liberdade sobre as vantagens econômicas e sociais. (p. 288)

Toda esta consideração é utilizada para afastar a análise econômica amparada em concepções utilitaristas, uma vez que aceita a pluralidade e promove uma integração e consideração mútua na formação das decisões que são justas na medida em que são tomadas a partir de estruturas formadas pelos princípios de justiça:

(...) o constitucionalismo democrático colocou em cheque a corriqueira perspectiva econômica preocupada com os “meios”. Avançando para temas ligados à ética e à moral, tais questões tornam inadequado o instrumental da análise econômica tradicional.⁹⁰

Os princípios de justiça decorrem de uma concepção unânime dos indivíduos no estado original, podendo ser considerados como razões norteadoras e estáveis no desenvolvimento da sociedade, no sentido em que os princípios de justiça não estão sujeitos a restrições ou modificações em decorrência de interesses concretos e, assim, cria um valor de comunidade que reflete os interesses individuais:

A ideia essencial é que queremos explicar os valores sociais, o caráter intrinsecamente bom das atividades institucionais comunitárias e associativas, através de uma concepção da justiça que, em sua base teórica, é individualista.⁹¹

Rawls argumenta que os princípios que estruturam a comunidade decorrem de uma concepção uníssona dos indivíduos, quanto às suas respectivas noções de justiça, e que repercute coletivamente na definição de um sistema justo que, por sua vez, deve assegurar os direitos individualmente reconhecidos no estado original sem que devam ser levadas em consideração as características idiossincráticas da pessoa ou das peculiaridades do caso concreto:

⁹⁰ PANSIERI, Flávio. **A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça**. In. Sequência (Florianópolis). N. 74: dezembro, 2016, p. 183.

⁹¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 292

Um sistema justo, portanto, determina aquilo que os homens têm direito; satisfaz as suas expectativas legítimas, que são fundadas nas instituições sociais. Mas aquilo a que elas têm direito não é proporcional nem depende do valor intrínseco das pessoas. Os princípios da justiça que regulam a estrutura básica e especificam os deveres e obrigações dos indivíduos não mencionam o mérito moral, e as partes distributivas não tendem a corresponder-lhe.⁹²

Se a concepção de justiça cria a estrutura da sociedade, é razoável pensar que os indivíduos consentiriam apenas em participar de uma sociedade na qual os fundamentos da estrutura social refletissem as suas próprias concepções de justiça.

Os cidadãos não aceitariam vincular-se nem mesmo a uma constituição justa, se antes não aceitassem, e tivessem a intenção de continuar aceitando, os seus benefícios.⁹³

Este consentimento abstrato quanto aos princípios de justiça permitiria uma estrutura na qual mesmo quando houvessem exigências mútuas entre os indivíduos estas seriam plenamente legítimas e justificáveis em decorrência do consentimento inicial sobre os fundamentos de justiça que estruturam a sociedade.

O conhecimento público de que estamos vivendo numa sociedade em que podemos contar com a assistência dos outros em circunstâncias difíceis é por si só um grande valor. Não faz muita diferença que, na prática, nunca venhamos a precisar dessa assistência e que ocasionalmente sejamos solicitados a prestá-la. O balanço dos ganhos, interpretado em termos estritos, talvez não seja importante. O valor básico do princípio não é medido pela ajuda que de fato recebemos, mas sim pelo senso de segurança e confiança nas boas intenções dos outros homens e pelo fato de sabermos que podemos contar com eles em caso de necessidade.⁹⁴

O reconhecimento deste fundamento de cooperação na sociedade é fundamental para verificar que o senso de justiça é algo que emana não apenas do consentimento sobre os princípios de estrutura da sociedade. Mas, também, do senso de cooperação entre os indivíduos.

⁹² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 343.

⁹³ RAWLS, John. *Op.cit.*, p. 373

⁹⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 375

A sense of justice is the capacity to understand, to apply, and to act from the public conception of justice which characterizes the fair terms of social cooperation.⁹⁵

É preciso reconhecer que a convivência em sociedade, apesar de criar o referido senso de segurança para os indivíduos, cria uma série de responsabilidades uns com os outros e, não raro, exigências mútuas são realizadas em decorrência dos direitos individuais. Com o choque entre direitos legítimos e mutuamente reconhecidos pelos homens, é que o princípio da utilidade – como aquele que procura indicar a solução que garante a maior utilidade para o maior número de indivíduos – pode ser indicado como uma saída justa para a solução destes conflitos. Entretanto, John Rawls argumenta que, ao contrário, a aplicação desta visão utilitarista cria uma concepção distorcida do justo.

As exigências relativas aos indivíduos opõem-se entre si com tanta frequência que essa solução praticamente equivaleria à adoção do padrão da utilidade para os indivíduos; em como vimos, essa opção está excluída por conduzir a uma concepção incoerente do justo.⁹⁶

Para resolver este dilema Rawls sugere observar uma distinção entre direitos que são válidos em determinadas situações (dever *prima facie*) e os deveres válidos em todas as situações. Havendo consenso dos indivíduos sobre os preceitos básicos que devem orientar a formação das instituições sociais de maneira justa, as obrigações são originadas de uma promessa mútua que fazem entre si, de respeitar os direitos acordados no estado original. A obrigação moral, portanto, não decorre da mera existência das instituições mas por força do princípio da equidade.

Certo que existe a necessidade de verificar que os princípios de justiça dependem da utilização hipotética do véu da ignorância, e que na prática diversas outras circunstâncias podem influenciar os julgamentos sobre a concepção de justiça. Este nível de distanciamento entre o cenário hipotético no qual são reconhecidos os princípios de justiça e os casos concretos nos quais os indivíduos

⁹⁵ [Um senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e agir de acordo com a concepção pública de justiça que caracteriza os termos justos de cooperação social] (tradução livre)
RAWLS, John. **Justice as fairness**. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 3, (Summer, 1985), p. 223-251

Published by: Formerly published by Princeton University Pressp. 233

⁹⁶ RAWLS, John. *Op.cit.* p. 376

exigem-se mutuamente, não aparece como um problema para Rawls, pois as concepções de justiça dos indivíduos não se modificam em decorrência de peculiaridades fáticas do caso concreto:

Os princípios mais evidentes e facilmente aplicáveis da escolha racional não especificam o melhor plano; resta ainda muito a ser decidido. Essa indeterminação não representa uma dificuldade para a justiça como equidade, já que os detalhes dos planos não afetam de modo algum o que é correto ou justo.⁹⁷

Ainda mais, mesmo que as preferências dos indivíduos sobre fatos e circunstâncias especiais do caso concreto pudessem orientar uma decisão sobre algum conflito, nem sempre os desejos dos indivíduos conduzem à decisão justa:

Ainda é preciso verificar que as circunstâncias que formam a concepção das preferências de utilidade da maioria nem sempre conduzem a uma decisão justa, ainda que justificável do ponto de vista utilitarista. Por outro lado, na justiça como equidade esse problema não se coloca, uma vez que as fortes convicções da maioria, se formem de fato meras preferências sem nenhum fundamento nos princípios da justiça anteriormente estabelecidos, não têm peso algum.⁹⁸

A questão é que podem ser invocados direitos fundamentais para opor-se à solução proposta como justa, estes igualmente reconhecidos no estado original. A argumentação proposta é a que se verifica no caso da discussão sobre a obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo, no qual estão contrapostos o direito à saúde de um paciente contra o potencial dano ao direito à saúde de um número maior de pacientes.

4.2 PLURALISMO DE ENTENDIMENTOS

Por mais que o conflito possa ser resumido ao mesmo denominador (o direito à saúde), sob a perspectiva da justiça como equidade não seria possível

⁹⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 498

⁹⁸ RAWLS, John. *Opcit.* p. 499

invocar a solução de que considerando que os direitos em jogo são os mesmos o deslinde para o caso deveria ser aquele de gera a maior satisfação – do mesmo direito – para o maior número de indivíduos. Isto porque, ainda que possa se justificar que o direito à saúde seja reconhecido no estado original, sob o véu da ignorância, é preciso reconhecer que ao mesmo tempo que os indivíduos em plena igualdade reconheceriam a sua existência, eles não consentiriam com a sua respectiva constrição em nenhuma medida, ainda que em valorização do direito da maioria. Tal como indica Thomas Shevory em um trabalho de aplicação do pensamento de Rawls:

It is important to remember that those in the original position are not kind to the least advantaged out of sympathy or compassion, but from rational self-interest. They want to maximize the benefits received if they find themselves in a minimum position.⁹⁹

A saída justa, sob a perspectiva de John Rawls, seria a não restringir o direito à saúde de qualquer indivíduo, de modo que haveria uma obrigação do Estado em fornecer medicamentos de alto custo. Entretanto, não se pode defender que tal obrigação deveria ser plena completa e indiscriminada. Pois, se assim o fosse, haveria um potencial dano aos direitos fundamentais dos indivíduos, em decorrência do esvaziamento de recursos do Estado, de modo que passa ser igualmente necessária a verificação das circunstâncias especiais do caso concreto para a definição de uma decisão ajustada. Que, ressalte-se, em essência não se altera em termos de justiça.

No caso concreto a ponderação é feita no sentido de reconhecer a capacidade do indivíduo em arcar com os custos do medicamento às suas próprias expensas sem que isto prejudique a sua capacidade de manter a sua subsistência e custear outros direitos que lhe sejam fundamentais. Deste modo, para os indivíduos

⁹⁹ [É importante lembrar que aqueles que ocupam a posição original não estão abertos a aceitarem menores vantagens por simpatia ou compaixão, mas apenas em decorrência de uma racionalidade autointeressada. Eles procuram maximizar os benefícios recebidos no estado original] (tradução livre)

SHEVORY, Thomas C. Applying Rawls to Medical Cases: An Investigation into the Usages of Analytical Philosophy, In. Journal of Health Politics, Policy and Law, Vol. 10, No. 4, Winter 1986, p. 759.

que não possuem condições financeiras para o custeio dos medicamentos o Estado tem a obrigação de socorrê-los.

Este ponto é, veja-se, comum em ambos os votos dos Ministros Marco Aurélio e Luís Barroso. A questão é que a fundamentação parte de pressupostos morais diferentes, enquanto o Ministro Barroso defende que a fixação de critérios é imprescindível para que o Estado possa continuar tutelando o direito à saúde da coletividade. O Ministro Marco Aurélio defende que os indivíduos têm um direito essencial e inalienável à saúde e que o Estado têm a obrigação de tutelá-lo quando o sujeito não tenha disponibilidade de fazer isto às suas próprias expensas.

Pelos votos antecipados é possível identificar uma convergência para a construção de uma decisão justa e moralmente ponderada que, apesar das inclinações morais divergentes entre os Ministros, se afilia ao preceito defendido por John Rawls, no sentido de que a decisão justa deve ser isenta de qualquer posicionamento ideológico e deve refletir as concepções de justiça dos indivíduos observadas no estado original:

A ideia é que, numa democracia constitucional, a concepção pública da justiça deveria ser, tanto quanto possível, independente de doutrinas religiosas e filosóficas sujeitas a controvérsias. É por isso que, na formulação de tal concepção, devemos aplicar o princípio da tolerância à própria filosofia: a concepção pública da justiça deve ser política, e não metafísica.¹⁰⁰

Sendo relevante observar que mesmo com motivações morais e ponderações provenientes de diferentes pensamentos morais a decisão final atingida pelos Ministros é a mesma, com pequenas divergências, sendo pela obrigatoriedade do Estado fornecer medicamentos de alto custo em decorrência da imprescindibilidade dos fármacos para a existência digna do paciente, devendo, contudo, ser considerado que no caso prático o Estado não pode atender a todos os pleitos com risco de prejudicar toda a execução da política de saúde. Em decorrência desta ressalva, de natureza utilitarista, os Ministros acordam com a definição de requisitos para que a obrigação do Estado possa ser exigida pelo cidadão no caso concreto.

¹⁰⁰ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 202.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual discussão sobre a obrigatoriedade do Estado custear ao cidadão medicamento de alto custo é relevante em decorrência da importante reflexão filosófica que coloca em evidência a já conhecida, no âmbito do pensamento moral, contraposição entre a concepção utilitarista e a da justiça como equidade.

O debate é necessário e urgente, pelos potenciais efeitos negativos que podem ser desencadeados tanto pela indefinição com relação à orientação judicial pela efetivação do direito à saúde no STF como pela própria decisão que será proferida. O indivíduo possui direito à saúde, isto é incontroverso entre os Ministros – conforme os votos já divulgados – é também inegável o fato de que as políticas públicas de saúde dependem da disponibilidade financeira do Estado. Assim, o argumento utilitarista ganha contexto no sentido em que evidencia os prejuízos do uso excessivo de recursos públicos para o custeio do tratamento de um único paciente, quando o custo de oportunidade é a indisponibilidade de recursos para o atendimento a diversos outros cidadãos que podem demandar tratamentos igualmente necessários e menos custosos.

Trata-se, no limite, da contraposição entre o direito à saúde de um indivíduo contra a potencial efetivação do direito à saúde de todos os demais.

Por outro lado, há que se considerar que pela ótica do ideal da justiça como equidade é preciso observar que a concepção utilitarista não resolve o problema da negativa ao direito à saúde do indivíduo, apenas justifica a restrição a um sujeito em decorrência do preceito da maximização da utilidade. Em contraposição, há o entendimento de que o ser humano não pode ser utilizado como meio para se atingir qualquer objetivo, ainda que em benefício da coletividade.

Isto porque haveria, neste sentido, uma violação aos princípios básicos de justiça que são estruturantes da sociedade. Estes princípios seriam aqueles consentidos entre os indivíduos em um estado hipotético de plena liberdade e igualdade, a partir do isolamento de posições sociais e privilégios abstratamente atingido com a figura do véu da ignorância.

Os indivíduos, sem conhecer as suas próprias características sociais e tampouco a dos demais, concordariam, assim, com preceitos de justiça que seriam a eles aplicáveis em decorrência da sua própria existência humana. As instituições

sociais deveriam ser estruturadas com base nesses princípios e os casos concretos seriam resolvidos com base na aplicação dos princípios acordados no estado original.

Pensando estes preceitos de justiça como equidade no caso concreto da discussão da obrigatoriedade do Estado fornecer medicamentos de alto custo, deve ser considerada a evidência do aspecto específico de que o indivíduo não pode ser utilizado como um meio para a concretização de uma política pública de saúde relativa à determinada disponibilidade financeira, mesmo que o desenvolvimento seja eficiente na oferta dos serviços à sociedade.

No sentido mais específico, não é possível determinar que o cidadão que precise de um tratamento de alto custo tenha negado o seu pleito, pelo Estado, unicamente pela onerosidade dos medicamentos.

Os posicionamentos dos Ministros do STF – indicados em votos antecipados no RE 566.471 – destacam, em alguma medida, argumentos que são reflexos destas duas posições morais (utilitarismo e da justiça como equidade), mesmo que de uma maneira, provavelmente, não intencional em relação ao emprego de tais teorias. Contudo, é possível verificar que o constitucionalismo democrático da sociedade brasileira permite a convivência desta pluralidade de concepções filosóficas e o debate no Supremo Tribunal Federal parece estar se encaminhando para uma decisão que razoavelmente equilibra estes dois pensamentos que partilham origens morais diferentes, ainda que no arrazoado dos votos não tenham sido empregados argumentos diretamente utilitaristas ou rawlsianos. O que se percebe é que a linha de raciocínio adotada pelos Ministros tende a refletir os pensamentos filosóficos analisados neste trabalho, novamente, ainda que os Ministros não os tenham empregado expressamente ou talvez sequer sejam totalmente alinhados a tais preceitos filosóficos.

Por um lado, é reconhecido que a tutela da saúde é um direito dos indivíduos, relativo à existência humana, e dever do Estado. Desta forma, não se poderia cogitar um afastamento completo da obrigação do Estado fornecer o tratamento adequado ao cidadão doente, mesmo que envolva a disponibilização e custeio de medicamentos de alto custo.

Não se nega, por outro lado, que, de fato, a capacidade do Estado desenvolver e manter adequadamente uma política pública de saúde para atendimento da sociedade depende de um planejamento financeiro e eficiente, no

que diz respeito a questões relacionadas a contratação de médicos, enfermeiros, compra de equipamentos, medicamentos, enfim, tudo quanto seja necessário para tutelar o direito à saúde da população.

A obrigação geral e indiscriminada do Estado fornecer medicamento de alto custo para qualquer cidadão que pleiteie tratamento invocando o seu respectivo direito constitucional pode ser potencialmente prejudicial à sustentabilidade do sistema de saúde.

A saída que parece estar se desenhando, conforme se verifica dos votos antecipados dos Ministros do STF, é a adoção de uma solução híbrida. Reconhecendo que o indivíduo tem direito de obter medicamentos de alto custo do Estado contudo, desde que atendidos determinados requisitos. Os critérios estão, ainda, em fase de desenvolvimento e provavelmente serão alvo de discussão nas sessões de julgamento.

Todavia, percebe-se que a intenção fundamental é restringir (e não eliminar) a obrigação do Estado para o atendimento daqueles que comprovarem a necessidade do medicamento de alto custo e, ao mesmo tempo, demonstrarem que não tem capacidade de arcar com os custos por si mesmos.

Desta forma, o Estado seria a salvaguarda final e subsidiária para garantir que o cidadão tenha acesso ao tratamento de que necessite. No limite, de uma forma ou de outra, seja por meio de custeio particular ou por meio de auxílio do Estado, todos os cidadãos veriam satisfeitos o seu direito à saúde, que envolve o acesso ao tratamento prescrito para o combate à doença que o afeta.

Em alguma forma, o arranjo constitucional e o debate que está sendo realizado no âmbito do STF cumpre um papel fundamental para a definição de uma decisão adequada e que equilibre diferentes concepções morais sobre esta questão polêmica e altamente relevante para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. **Deontological ethics**. In. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Center for the Study of Language and Information: Stanford University, Stanford, California: 2015.
<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/ethics-deontological/>

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. **Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los?** In. Cadernos de Ética e de Filosofia Política. N. 8, Universidade de São Paulo: 2006.

ANDRADE, Daniella Christina Peres; OLIVEIRA FILHO, José Carlos de; RIGO, Renan. **Volúpia: prazer para quem dá prazer**. Universidade Federal de Goiás, Orientação Dr. Juarez Ferraz de Maia: Goiânia, 2007.

Disponível em:

<<http://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/4427/2/TCCG%20-%20JORNALISMO%20-%20DANIELLA%20CHRISTINA%20PERES%20ANDRADE%20%3B%20JOS%C3%89%20CARLOS%20DE%20OLIVEIRA%20FILHO%20%3B%20RENAN%20RIGO.pdf>>

BARROSO, Luis Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. In. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Voto vista**. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello

BAUJARD, Antoinette. **Utilitarianism and anti-utilitarianism**. Working paper Groupe D'Analyse et de Théorie Économique Lyon – St. Étienne. 2013-32. 2013. Disponível em:

<<https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00906899/document>>

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Blackwell. Oxford: 1789

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

BORGES, Rodrigo Lanza de Moraes. **O conceito de princípio: uma questão de critério**. In. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 7. N. 7.: Unibrasil, 2010, pp. 247-269.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS INTERMINISTERIAL Nº 49, de 18 de agosto de 1995, dos Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>

BRESOLIN, Keberson; CICHOWSKI, Vicente Cougo. **Sobre o Conceito de Justiça em John Rawls e Robert Nozick**. Clareira Revista de Filosofia da Região Amazônica. Vol. 1. No. 2. Manaus, 2014, pp. 123-138.

BUCHANAN, James M. **Custo e Escolha: uma indagação em teoria econômica**. Editora Inconfidentes: São Paulo, 1993.

CERQUEIRA, Hugo E. A. da Gama. **Sobre a filosofia moral de Adam Smith**. In. Síntese. Vol. 35. No. 111: Belo Horizonte: 2008, pp. 57-86.

COLEMAN, Jules L. **Efficiency, Utility, and Wealth Maximization**. Yale Law School. Faculty Scholarship Papers: Paper nr. 4202, 1980.

COMMONS, John R. **Legal Foundations of Capitalism**. The Macmillan Company: New York, 1924.

CONGLETON, Roger D.; SWEDENBORG, Birgitta. **Democratic Constitutional Design and Public Policy**. MIT Press: Cambridge, 2006.

CORREA, Lara Cruz. **Utilitarismo e Moralidade: Considerações sobre o indivíduo e o Estado**. In. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 27. N. 79. Julho: 2012, pp. 173 – 234.

CUNHA, Marcos André da; RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio da Eficiência na Administração Pública: Propostas para a otimização da cobrança judicial da dívida ativa**. In. Gestão de Políticas Públicas no Paraná. Cap. 8. Administração e Previdência. Disponível em:

[http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/gestao de politicas publicas no parana coletanea de estudos/cap 8 administracao e previdencia/capitulo 8 3.pdf](http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/gestao_de_politicas_publicas_no_parana_coletanea_de_estudos/cap_8_administracao_e_previdencia/capitulo_8_3.pdf)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. Editora Atlas: São Paulo, 2013.

DIMOCK, Marshall Edward; DIMOCK, Gladys Ogden. **Public Administration**. Rinehart & Company: Nova Iorque, 1953.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999.

DUTT, Amitava Krishna; WILBER, Charles K. **Economics and Ethics: an introduction**. Palgrave Macmillan: Londres, 2010.

FARO, Clovis de. **A eficiência marginal do capital como critério de avaliação econômica de projetos de investimentos**. IBMEC: Rio de Janeiro, 1985.

FARNHAM, Paul G.; GUESS, George M. **Cases in Public Policy Analysis**. 3.ed. Georgetown University Press: Washington DC, 2011.

FELDENS, Guilherme de Oliveira. **A Razão Pública no Liberalismo Político de John Rawls**. In. *Perspectiva*. V. 36. n. 136, Erechim, 2012, pp. 61-71

FESLER, James W. **Public Administration: theory and practice**. Prentice-Hall: New Jersey: 1980.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência Administrativa na Constituição Federal**. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 35. Revista dos Tribunais: Ano 2001, pp. 182-194.

GLOVER, Jonathan. **Utilitarianism and its critics**. Macmillan: New College, Oxford University: 1990.

HAMMOND, Peter J. **Consequentialist Decision Theory and Utilitarian Ethics**. Stanford University. In. FARINA, F.; HAHN, F. VANNUCCI, S. orgs. *Ethics, Rationality and Economic Behaviour*. Oxford University Press: 1992.

HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Taking Ethics Seriously**. Journal of Economic Literature. Vol. 31. No. 2 American Economic Association: 1993, pp. 671-731, p. 673.

<http://www.jstor.org/stable/2728513?origin=JSTOR-pdf>

HERRMANN JÚNIOR, Frederico. **Custo de Produção e Racionalização Econômica (ritmos econômicos)**. Editora Atlas: São Paulo, 1967.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. Norton: New York, 2000.

HUBIN, Donald. C. **The Moral Justification of Benefit/Cost Analysis**. In. Economics and Philosophy, Vol. 10 The Ohio State University: 1994, pp. 169-194.

KAPLOW, Louis. **Pareto Principle and Competing Principles**. Discussion Paper no. 519. Harvard Law. Agosto, 2005.

Disponível em

<http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_519.pdf>.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice**. In. Journal Of Legal Studies. Nr. 23. January 2003. University of Chicago.

Disponível em <

http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/32_J_Legal_Stud_331.pdf>

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Campus: Rio de Janeiro, 2005.

LEIBENSTEIN, Harvey. **Allocative Efficiency vs. "X-Efficiency**. In. The American Economic Review, Vol. 56: June, 1966, pp. 392-415.

MAKDISSI, Paul. **On the Definition of Economic Efficiency**. Cahier de recherche. Working Paper nr. 06-44. D épartement d'économique, CIRPÉE and GRÉDI, Université de Sherbrooke, 2006.

Disponível em

<http://www.cirpee.org/fileadmin/documents/Cahiers_2006/CIRPEE06-44.pdf>

MELLO, Marco Aurélio. Voto antecipado. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello.

MICHELMAN, Frank I. **Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law**. In. FREEMAN, Samuel (org.) *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press: 2003.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Batoche Books: Kitchener, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. Ed. Editora Atlas: São Paulo, 1999.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

PAGE JR, John M. **Efficiency and Economic Performance: Some evidence from Ghana**. *Oxford Economic Papers, New Series*, Vol. 32. No. 2, Jul. 1980, pp. 319-339.

PANSIERI, Flávio. **A Crítica de Amartya Sen à Concepção Rawlsiana de Justiça**. In. *Sequência (Florianópolis)*. N. 74: dezembro, 2016, pp. 181-206.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Campus: Rio de Janeiro, 2005.

PORCELLI, Franceso. **Measurement of Technical Efficiency: a brief survey on parametric and non-parametric techniques**. January, 2009.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

RAWLS, John. **Justice as Fairness**. *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2, Duke University Press: 1958, pp. 164-194.
<http://www.jstor.org/stable/2182612>

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

SCHELLING, Thomas C. **Choice and Consequence: perspectives of an errant economist.** Harvard University Press: Cambridge, 1984.

SHAPIRO, Ian. **The Moral Foundations of Politics.** Yale University Press: New Heaven, 2004.

SHEVORY, Thomas C. **Applying Rawls to Medical Cases:** An Investigation into the Usages of Analytical Philosophy, In. Journal of Health Politics, Policy and Law, Vol. 10, No. 4, Winter 1986

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria da Justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo.** In. Trans/Forma/Ação. Revista de Filosofia da Universidade Estadual Paulista – UNESP, Vol. 30(1): São Paulo, 2007.
<http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n1/v30n1a11.pdf>

SUIKKANEN, Jussi. **Consequentialism, Constrains and the Good-Relative-to: A Reply to Mark Schroeder.** In. Journal of Ethics & Social Philosophy: 2009.

STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito.** Makron Books: São Paulo, 1993.

TARGETTI, F.; THIRLWALL, A. P.; **The Essential Kaldor.** Holmes & Meier: Nova Iorque, 1989.

THOMSON, Judith Jarvis. The Trolley Problem. The Yale Law Journal. Vol. 94, No. 6, 1985, pp. 1395-1415.
Disponível em:
<http://www.jstor.org/stable/796133?origin=JSTOR-pdf>

UBIRAJARA FILHO, Costódio. **A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública.** In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 27. Ano 1999, pp. 209-217.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo.** 4. Ed. Noeses: São Paulo, 2010.

WARNOCK, Mary. **Utilitarianism and on Liberty.** Blackwell Publishing: 2003.

WEIJERS, Daniel Michael. **Happiness in Theory and Practice**. Victoria University of Wellington. 2012.

Disponível em:

<http://www.danweijers.com/pdf/Hedonism%20and%20Happiness%20in%20Theory%20and%20Practice%20-%20Dan%20Weijers.pdf>