

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira, Riva Sobrado De Freitas, Sérgio Antônio Ferreira Victor – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-179-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Em uma sociedade plural e complexa, a investigação sobre os limites e possibilidades de realização da democracia é desafio permanente. No espaço do XXV CONPEDI, o grupo de trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais I” congrega esforços no sentido do estabelecimento de pautas jurídico-políticas e sociais com o objetivo de favorecer a compreensão do papel das instituições quanto à realização dos direitos.

Nesse sentido, o resultado dos debates é agora apresentado ao público trazendo uma gama de reflexões que envolvem o direito à informação, o direito à saúde, o direito à educação, a questão indígena, os direitos laborais, o direito das pessoas com deficiência, o direito da infância, a questão das minorias, em sua complexa singularidade jurídico-institucional.

Cabe a título de apresentação, agradecer a todos os participantes do grupo, pelos trabalhos apresentados e pelo rico debate presencial. A todos desejamos uma boa leitura.

Recife, Chapecó, Brasília,

julho de 2016

João Paulo Allain Teixeira

(Universidade Católica de Pernambuco / Universidade Federal de Pernambuco)

Riva Sobrado De Freitas

(Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Sérgio Antônio Ferreira Victor

(Instituto Brasiliense de Direito Público)

DIREITO DO IDOSO À SAÚDE À LUZ DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA CONTEMPORÂNEA

DERECHO A LA SALUD A LOS ANCIANOS EN LA LUZ DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA CONTEMPORÂNEA

Cleidiane Martins Pinto

Resumo

Artigo que pretende discutir o direito fundamental à saúde como um direito de todos os seres humanos, do qual o idoso não pode ser apartado, especialmente em razão da sua condição biológica requisitar mais atenção no tocante a este bem fundamental, estabelecendo o liberalismo de princípio como um modelo teórico adequado para fundamentar esse entendimento, a partir, especialmente, da concepção de justiça distributiva contemporânea de John Rawls e Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Direito do idoso à saúde, Justiça distributiva, John rawls, Ronald dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

Artículo que pretende discutir el derecho fundamental a la salud como un derecho de todos los seres humanos, del qual los ancianos no pueden ser excluidos, especialmente por su condición biológica que requiere más atención respecto a este bien fundamental, estableciendo el liberalismo de principios como un modelo teórico adecuado para fundamentar esta teoría, a partir, especialmente, de la idea de justicia distributiva contemporánea de John Rawls y Ronald Dworkin.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho a la salud a los ancianos, Justicia distributiva, John rawls, Ronald dworkin

1 INTRODUÇÃO

O progresso da ciência prometeu ascender os seres humanos em seus projetos de busca por melhor qualidade de vida. Todavia, a promessa tomou proporções imprevistas, desencadeou uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam a vida humana em todos os aspectos – saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, da economia, tecnologia e política (CAPRA, 2006, p. 19).

Uma das facetas desta crise envolve o cenário do envelhecimento populacional, fenômeno que deve ser tratado com muita seriedade pelas nossas instituições estatais, principalmente, porque o aumento da população com idade de 60 anos ou mais já é uma realidade sentida por todos e, na maioria das vezes, sentida negativamente.

O impacto da longevidade atinge tanto quem a experimenta, quanto o expectador que convive com pessoas idosas em seus lares, nas farmácias, nas filas bancárias, nos coletivos urbanos, na sala de espera dos consultórios médicos, dentre outros espaços públicos.

No Brasil, país que apresenta uma das desigualdades mais acentuadas no mundo, a situação é bem preocupante, em razão de o país ter experimentado uma acelerada modificação na sua pirâmide etária a partir da década de 60, processo pelo qual o “perfil jovem” do país dá lugar a uma população de vida longa¹.

Não obstante, devemos esperar ainda mais transformações nas próximas décadas. O censo demográfico do IBGE projeta para 2050 o triplo do número de idosos no país, indicando para o referido ano uma população próxima de 50 milhões de idosos².

Apresentam-se como um dos principais fatores do aumento da população idosa os incrementos técnicos, aliados aos investimentos em vacinas e campanhas ao longo dos anos, que, de um lado, refletiram no baixo crescimento populacional e, do outro, reduziram as taxas de fecundidade. Como consequência, a população tem a vida biológica prolongada cada vez mais.

Diante deste cenário, o impacto da longevidade exige uma redefinição das políticas públicas voltadas para este segmento populacional, especialmente no setor

¹ Informações que podem ser encontradas no estudo “Projeção da população do Brasil por sexo e idade 1980-2050”. Disponível em <http://www.ibge.gov.br>.

² Idem.

da saúde, âmbito que exige uma atenção redobrada, pois é perceptível que o envelhecimento promove, naturalmente, o dano progressivo ao corpo, tornando o idoso dependente de medicamentos, assistência médica e cuidados com a saúde em geral.

O envelhecimento traz, intrinsecamente, um conteúdo de vulnerabilidade que cabe ao Estado reconhecer e atender, tendo em vista que viver mais está longe de ser considerado sinônimo de viver bem. Ter uma boa vida representa a capacidade do indivíduo de responder às demandas do cotidiano de forma autônoma e independente, pressuposto básico para uma vida saudável, na qual ele seja capaz de realizar os mais variados fins e valores humanos.

Para se fazer cumprir tais pressupostos, far-se-á um breve panorama de uma concepção teórica dos chamados liberais igualitários, John Rawls e Ronald Dworkin, que, sob nossa ótica, é capaz de embasar uma redefinição da política de saúde que abarque essa faixa etária da população e reconheça a jusfundamentalidade do direito à saúde.

2 O CENÁRIO DO ENVELHECIMENTO POPULACIONAL NO BRASIL

Tratar da velhice é sempre um desafio, por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a literatura sobre a matéria é escassa; em segundo, porque não dispomos de um conceito com contornos bem delineados que designe o que é ser velho. A própria ciência não permite identificar uma classificação precisa, especialmente pela impossibilidade de categorizar a velhice em um único estado, em um momento único.

Esse é o entendimento corroborado por Fraiman (1995, p. 19), a qual acrescenta: "o envelhecer não é somente um momento na vida de um indivíduo, mas um processo extremamente complexo e pouco conhecido, com implicações tanto para quem o vivencia como para a sociedade que o suporta ou assiste a ele".

A velhice, então, é um período etário do qual dispomos de pouquíssimo conhecimento e vastas ideias controversas. Embora todos concordem que o envelhecer esteja associado à idade avançada, há um dissenso acerca do verdadeiro estado da pessoa velha.

Por isso, há uma série de terminologias para designar a pessoa de idade avançada, as quais trazem embutidas uma carga ideológica em cada termo que, por

sua vez, derivam do processo de construção e reconstrução da velhice, levando a inúmeras subjetivações ao tentar se estabelecer um marco para o referido estado.

Silva Junior argumenta que

existem vários termos para designar as pessoas identificadas com o fenômeno da velhice, dos quais destaca: idoso, velho, meia-idade, idade proecta, idade avançada, melhoridade, decrepito, senil, macróbio, ancião, terceirista, juvelhice, envelhescente. A utilização destes termos não se dá de forma aleatória, uma vez que cada uma das expressões traz consigo certa intencionalidade, ou mesmo uma carga ideológica. (SILVA JUNIOR, 2010, p. 29).

Todavia, devido à idade cronologizada ser a forma mais costumeira de dimensionar a organização da vida social, o enfoque do texto se direciona mais ostensivamente na condição de vulnerabilidade reservada à velhice, que se reporta ao indivíduo com idade de 60 anos ou mais, privado de sua saúde, por falta de recursos financeiros, seja qual for o termo designado.

Neste contexto, em termos etários, é a partir dos 60 anos que se considera no Brasil a periodização da vida humana em que a maioria esmagadora da população está relegada a um papel marginal na sociedade, visto que se trata da faixa etária indicadora do envelhecimento populacional que vai se aproximando da esperança média de vida³. E, em todo caso, mesmo não correspondendo à realidade, a imagem construída desses indivíduos, em sua maioria, é destrutiva e tem um significado social reservado à indiferença e ao descaso.

Além da degradação social, voltada à exclusão, isolamento e desvalorização da pessoa velha, é na chegada dos 60 de idade que os indivíduos mais sofrem com a aceleração da degradação física (funcional), orgânica e fisiológica, tornando esses seres dependentes dos recursos públicos e assistenciais. (TEIXEIRA, 2008, p. 76).

Portanto, ora o texto utilizará o termo “velho”, ora “idoso”, sem que haja qualquer distinção significativa de tais designações. Os termos, assim, equivalem-se à condição do sujeito com 60 anos ou mais, que tenha privação no direito à saúde em razão de falta de recursos financeiros próprios e, portanto, incluído no rol dos indivíduos vulneráveis que carecem de especial atenção estatal.

3 O PAPEL DO ESTADO NO CONTEXTO DA LONGEVIDADE

³ A esperança média de vida gira em torno de 75 anos, se o indivíduo viver nas regiões mais desenvolvidas do mundo, e até 64 anos se ele viver em uma das regiões menos desenvolvidas. (IBGE, 2008).

É pacífico o entendimento de que a vida social é essencial aos seres humanos, pois somente os benefícios instrumentais da comunidade possibilitam que o indivíduo alcance o bem-estar. Todavia, tais benefícios não são assegurados espontaneamente, demandam ação positiva e, por vezes, negativa, por parte do ente estatal, a fim de que se promova a inclusão de todos neste processo, bem como o próprio desenvolvimento social, do qual o idoso não pode ser apartado.

Desse modo, há que se afastar a neutralidade da entidade detentora de todo o aparelhamento organizacional e institucionalizado, tendo em conta que o Estado possui uma razão de existir que está além da simples organização institucional do seu povo, ele está a serviço de um objeto muito mais amplo.

A existência do Estado só se justifica caso ele esteja comprometido com a distribuição dos bens sociais de maneira justa para todos, e apto para corrigir as iniquidades. Esse é o entendimento partilhado por Dworkin na seguinte passagem da obra *Justiça para Ouriços*⁴:

O governo coercitivo só é legítimo quando tenta demonstrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa e respeito total pela responsabilidade pessoal dessas pessoas pelas suas próprias vidas. (DWORKIN, 2012, p. 360)

Em outra obra, que será explanada mais ostensivamente ao longo deste texto, Dworkin ressalta essa mesma preocupação igual que o governo deve ter com o destino do seu povo, senão vejamos:

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, [...], então sua igual consideração é suspeita. (DWORKIN, 2013).

Assim, ancoradas nestas ideias de Dworkin, de que a igual consideração é pré-condição da possibilidade de uma comunidade livre e de cidadãos livres e iguais, o Estado deve estar atento à promoção de uma vida digna para todos, no sentido de atender aos anseios da população por uma vida longa, com autonomia, mobilidade, acesso à informação, serviços, segurança e saúde.

⁴ É considerada a última obra de Dworkin, em que o autor se dedica ao projeto de construir uma teoria unitária, tendo em vista que ele pretende conectar todos os elementos do que ele havia desenvolvido até então, desde a sua teoria do direito, teoria da política e a teoria da justiça.

Por este prisma, concentrar-se na faixa etária das pessoas acima de 60 anos é importante, especialmente porque o custeio da saúde à população idosa pelo Estado necessita de um gerenciamento responsável, visto que a rápida transição demográfica desencadeou, no Brasil, demandas de uma nova situação. O país vivencia um incalculável número de requerimentos por serviços médicos e sociais, outrora restritos a países desenvolvidos. Vislumbra-se um movimento de transição epidemiológica em que doenças crônico-degenerativas predominam sobre doenças infecto-contagiosas.

Ora, se o processo de transição demográfica é correlato à transição epidemiológica, a equalização da longevidade com a qualidade de vida resulta no aumento de gastos, tendo em conta a necessidade de incorporação da tecnologia para o tratamento contínuo das doenças incuráveis.

No trato das pessoas com idade de 60 anos ou mais, Schramm *et al* (2004, p. 907) aduz que “os agravos crônicos-degenerativos, que atingem esta faixa etária, implicam tratamento de duração mais longa e recuperação mais lenta e complicada, exigindo também intervenções de elevado custo”.

Logo, se o direito à saúde encontra guarita como direito fundamental, o Estado deve reestruturar o sistema de atendimento à população, nos níveis básico e hospitalar, no sentido de promover a prevenção, o diagnóstico e o tratamento precoce das incapacidades geradas nesse contexto social descrito. Afinal, o reconhecimento de jusfundamentalidade da saúde é pacificamente aceito no seio social, alicerçado pelo fato da saúde se constituir no principal instrumento para que o indivíduo alcance o completo bem-estar físico, psíquico e social e não apenas a ausência de doenças⁵.

4 JOHN RAWLS E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Na obra *Uma teoria da justiça*⁶, publicada originalmente em 1971, Rawls (2008, pp. 26-27) expôs um modelo de justiça distributiva que “represente uma

⁵ O conceito de saúde foi se transformando ao longo do processo das novas e complexas demandas feitas à justiça, até chegar à atual definição de “completo bem-estar físico, psíquico e social”, ou seja, quase um sinônimo de felicidade. É vastíssima a extensão que tais demandas têm em face dos operadores do direito. (CARRARA, 2012, p. 525).

⁶ É considerada a obra mais importante no seio da ciência política, com a qual Rawls revolucionou o pensamento que se tinha acerca da justiça distributiva até então. Nela, embora não haja

alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, portanto, a todas as suas versões”⁷, tendo em conta a debilidade teórica da filosofia moral, predominante no mundo anglo-saxão à época, que o autor pretendeu superar.

Na teoria utilitarista, caracterizada como teleológica, o bem precede o justo e, no contratualismo de Rawls, como o objetivo é estabelecer a prioridade do justo em relação ao bem, a teoria da justiça como equidade se identifica como deontológica, ao passo que é capaz de dar um fundamento filosófico à noção de justiça ontologicamente anterior a qualquer concepção empírica do bem (RAWLS, 2008, p. 38).

A proposta de Rawls, propriamente dita, é estabelecer uma concepção de justiça que generalize e enalteça a teoria contratualista de Locke, Rousseau e Kant (RAWLS, 2008, p. 13). A justiça é vista como a virtude mais importante das instituições sociais, e isso implica dizer, conforme Rawls (2008, p. 4) que “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”.

Exatamente por preocupar-se com todos os indivíduos, em especial, os menos favorecidos, o enfoque da justiça na teoria rawlsiana se volta para a estrutura básica da sociedade e não para a correção ou incorreção moral de conduta dos agentes particulares.

Desse modo, as instituições sociais podem especificar os direitos e deveres fundamentais na sociedade, bem como determinar o esquema distributivo mais apropriado em relação aos encargos e benefícios resultantes da cooperação social (RAWLS, 2008, pp. 65-66).

Considerando que os indivíduos são desiguais, o filósofo propõe uma teoria contratualista e consensual, cujos indivíduos, preocupados em promover seus interesses, irão formular princípios como definidores dos termos básicos de sua associação. Tais princípios têm a função de regular todo o esquema de cooperação social, bem como a forma de governo que irá reger a sociedade.

expressamente, pode se extrair a ideia de se atribuir ao Estado a responsabilidade de garantir o mínimo existencial, a qual outros autores, inclusive Dworkin, aprimoraram.

⁷ Rawls se refere ao pensamento utilitarista clássico formulado por Sidgwick, cuja ideia principal se reporta à sociedade ordenada de forma justa, levando em conta que suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem (RAWLS, 2008, p. 27).

Impende ressaltar o caráter moral da sociedade pensada por Rawls. Ele opera com uma noção pública de justiça, específica de uma sociedade bem-ordenada, de modo que o valor moral é endossado por todos os cidadãos e a concepção de pessoa está vinculada a uma política transparente, que trabalha de forma racional e com os sujeitos mutuamente desinteressados.

Assim, os indivíduos chamados a optar por um ideal de justiça razoável e plausível, no qual ninguém é favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios estarão dispostos a perseguir esses fins, especificando os meios para alcançá-los (RAWLS, 2008, p. 22). Pretendem buscar a satisfação de seus interesses privados, mas comprometendo-se com um ideal de justiça que beneficie a todos conjuntamente (RAWLS, 2008, p. 144).

Com efeito, ao explicar o procedimento metodológico da sua teoria, Rawls (2008, pp. 165-166) descreve uma situação imaginária de igualdade inicial, a que denomina de posição original. Situação em que os princípios de justiça são escolhidos no momento em que os indivíduos estão envoltos sob um véu de ignorância, o qual os impede de conhecer suas condições particulares, como o seu lugar na sociedade, a que posição sua classe ou *status* social pertencem, sua sorte na distribuição de habilidades naturais, sua inteligência, condições físicas, idade, etc.

O indivíduo rawsiano conhece, tão somente, formas genéricas da sociedade em que vive, como as bases elementares da organização social e da psicologia humana. Somente assim, segundo a conjectura de Rawls (2008, pp. 22-23), será possível deixá-los sob condição de completa igualdade, para que sejam capazes de se colocar de acordo e decidir de forma imparcial. O véu de ignorância expressa as exigências da razão prática.

As partes, então, escolheriam por um juízo prudencial, dois princípios: o primeiro seria aquele que exigiria a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos ao mesmo tempo em que assegura a liberdade; o segundo afirmaria que as desigualdades econômicas e sociais, como a desigualdade de riqueza e autoridade, são justas se resultarem em benefícios para cada um, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade. Nas palavras do autor:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam

em benefícios de todos, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos (RAWLS, 2008, p. 73).

Ao descrever o segundo princípio, conhecido como princípio da diferença, Gargarella (2008, p. 80), baseando-se nos ensinamentos de Cohen, compartilha do entendimento, na análise do segundo princípio rawlsiano, que sugere "que ninguém seja beneficiado ou punido por questões pelas quais cada um não é responsável – questões que, em suma, não dependem dos gostos e escolhas de cada pessoa", ou seja, circunstâncias arbitrárias.

E, assim, pensando na cooperação social, é permissível, pela teoria rawlsiana, que as pessoas de talentos naturais obtenham vantagens adicionais, para serem incentivadas a colocarem seus talentos à disposição de tarefas que favoreçam a todos, em especial, aos sujeitos vulneráveis (GARGARELLA, 2008, p. 80).

5 O IGUALITARISMO LIBERAL DE RONALD DWORKIN

O debate aceso no mundo ocidental acerca da igualdade também tem a contribuição de Ronald Dworkin. É em sua obra *A virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*, que sua teoria igualitária de recursos ganha corpo. O autor acredita que a virtude soberana de uma sociedade política está diretamente relacionada ao caráter igualitário que a mesma possui. A igualdade é vista pelo filósofo norteamericano não apenas como um valor compatível com a liberdade, mas, sobretudo, com os recursos que cada cidadão possui à sua disposição.

A igualdade de consideração requer que o governo aspire uma forma de igualdade material que ele denomina de igualdade de recursos, mas, ao lado de uma sociedade que expresse compromissos fundamentais com a vida humana e com a responsabilidade que cada indivíduo tem sobre si, e pela vida dos demais indivíduos, ou seja, temos uma liberdade de escolha ao agir, baseada na responsabilidade de cada um pelas escolhas deliberadas.

A responsabilidade, então, tem o papel fundamental de esclarecer o que, de fato, deve ser distribuído na sociedade, cuja finalidade reflita nas escolhas das pessoas. Este princípio permite uma avaliação sobre a relação entre a igualdade e a liberdade na distribuição das riquezas, tornando claro que uma distribuição idêntica de riquezas não é, necessariamente, uma distribuição justa ou igualitária.

Para persuadir que sua teoria é a mais igualitária possível, Dworkin também idealiza uma situação imaginária para ilustrar o funcionamento de uma sociedade baseada na igualdade de recursos: o leilão hipotético.

Dworkin (2013, p. 81) nos convida a imaginar uma ilha deserta, habitada por um grupo de pessoas (náufragos) que têm à disposição recursos naturais em abundância e suficientes para a sobrevivência de todos. Sabendo da indeterminação do tempo que essas pessoas irão viver no lugar, um acordo é feito: ninguém possui direito prévio a nenhum dos recursos disponíveis, mas eles devem ser distribuídos igualmente entre todos. Ou seja, não há nenhum recurso que seja exclusivamente destinado a qualquer um dos indivíduos, por qualquer razão que seja.

Para validar sua proposta do ponto de vista da justiça, Dworkin descreve o teste de cobiça, uma situação ilustrativa da divisão pública dos bens disponíveis na sociedade, cujo propósito é garantir uma igualdade de oportunidade de acesso da seguinte forma: cada pessoa escolhe um quinhão de acordo como pretende cumprir seu plano de vida, ao final da divisão dos recursos, se algum integrante preferir o bem adquirido por outro, então a teoria é falha e não pode ser descrita como igualitária, porque o referido teste não foi satisfeito.

Mas, recorde-se que Dworkin, baseado na igual consideração, está preocupado em oferecer um artifício que impeça que a divisão dos recursos privilegie algum segmento social entre as partes envolvidas, justamente para evitar a cobiça.

Desse modo, para que a satisfação do teste da cobiça seja concretizada, Dworkin (2013, p. 83) supõe que cada indivíduo tem a posse de um número grande e igual de conchas de mariscos. Tais conchas são utilizadas como fichas para o lance do leilão. Do ponto de vista prático, o procedimento metodológico de Dworkin (2013, p. 89), busca mensurar os recursos necessários para cada vida em particular, observando o peso de cada recurso adquirido por um indivíduo em relação aos demais.

Segundo ele, um leilão de bens jamais daria certo em uma ilha deserta ou evitaria a cobiça de seus participantes ou, até mesmo, jamais teria conseguido adeptos para a solução da distribuição das riquezas, caso todos não dispusessem de uma mesma quantidade de conchas no início do leilão.

Portanto, o caráter de igualdade inicial no leilão se trata de um artifício que só pode conter a própria igualdade durante o acontecimento do próprio leilão. Já na etapa seguinte, a qual finda o leilão, o que prevalece entre as relações dos indivíduos

é o livre mercado. Isto implica dizer que, em pouco tempo, a igualdade de recursos alcançada na etapa do leilão, rapidamente será desfeita. (DWORKIN, 2013, pp. 90-91).

Diante de tais circunstâncias, Dworkin (2013, p. 91) constrói outro artifício para dar conta de sustentar, continuamente, sua defesa em torno da igualdade de recursos, qual seja: o mercado de seguros.

O mercado de seguros equaliza as pessoas em relação aos recursos com os quais elas enfrentam riscos (*ex ante*), e não em relação à situação na qual se encontram, depois que os riscos se materializam de forma diversa, para pessoas diferentes (*ex post*). Esse esquema, em uma situação de incerteza, oportuniza as pessoas a possibilidade de efetuarem a compra de seguro contra possíveis danos futuros.

Dessa forma, cada um é responsável pelos bens e seguros que escolheram, já que possuem as mesmas quantidades de conchas e, por isso, as mesmas chances de adquirir os bens disponíveis. Em decorrência dessa opção, o indivíduo se responsabiliza pelos resultados positivos ou danosos dessas escolhas.

Dworkin entende não haver razão para refutar, em nome da justiça distributiva, um resultado pelo qual quem se recusou a apostar possui menos do que aqueles que não se recusaram. E, assim, a política de divisão de recursos defendida desenvolve uma alocação que contemple níveis iguais de bens, recursos e oportunidades de escolhas para todos.

O livre mercado, nesse sentido, possui duas funcionalidades: (i) um mecanismo de correção da desigualdade de recursos gerados a partir de escolhas individuais e, (ii) o papel de demonstrar que o motivo das desigualdades de riquezas entre os indivíduos não deve levar em conta apenas a diferença de talentos naturais, mas as contingências das escolhas de cada um.

A ideia central do chamado igualitarismo liberal de Ronald Dworkin é que desigualdades econômicas são justificadas, desde que resultem das escolhas das pessoas, não de circunstâncias arbitrárias, que o autor denomina de pura sorte bruta⁸.

⁸ Dworkin diferencia dois tipos de sorte: a sorte por opção e a sorte bruta. A sorte por opção diz respeito ao resultado de apostas deliberadas que são calculadas – isto é, a ganhos e perdas de alguém que aceita um risco isolado que devia ter previsto e poderia ter recusado. A sorte bruta diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas. (DWORKIN, 2013, p. 91).

6 O DIREITO DO IDOSO À SAÚDE A PARTIR DO IGUALITARISMO LIBERAL DOS AUTORES SUPRACITADOS

Certamente, cada autor possui o seu procedimento metodológico particularizado de aplicar a justiça distributiva. A teoria de Dworkin se diferencia da teoria de Rawls, na medida em que a distribuição dos recursos, na visão do primeiro autor, é feita com base em todas as informações disponíveis para que as pessoas possam escolher o seu quinhão, a fim de não cobiçarem o quinhão dos demais. Ao passo que o segundo entende que o "véu de ignorância", que não disponibiliza as informações pessoais, é necessário para não comprometer o grau de imparcialidade que sustenta as escolhas na divisão dos bens e justificar a razão prática do método.

Entre outras diferenças das duas teorias, o momento de aplicação da distribuição dos bens fundamentais no arranjo político é distinto. Dworkin também propõe que a distribuição seja feita *ex ante*, na linguagem de Rawls "posição inicial", mas o mecanismo do seguro na teoria dworkiniana pressupõe que após a distribuição haja ajustes, continuamente.

Portanto, considera-se, nestes pontos, a teoria de Dworkin complementar a de Rawls. As duas propostas contribuem para se extrair a melhor leitura hermenêutica que devemos ter da nossa carta de direitos, além de orientar de maneira justa as nossas ações individuais e institucionais.

Neste sentido, com esse propósito de melhor interpretar o conteúdo presente nas normas que versam sobre a saúde e à questão do idoso no Brasil, à luz das teorias de Rawls e de Dworkin, de forma mais restrita, passemos a questão da análise do direito à saúde tendo como destinatário o idoso em dois aspectos: (i) a realização do direito à saúde que satisfaça a real necessidade do idoso menos favorecido; e (ii) qual dos teóricos liberais supracitados melhor fundamenta a plena realização do direito do idoso à saúde.

6.1 A realização do direito à saúde que satisfaça a real necessidade do grupo de idosos no Brasil

Em se tratando do modelo de reconhecimento e proteção do direito fundamental à saúde ao idoso, os dois autores estão em consonância com o modelo adotado no Brasil, frise-se: ao menos da melhor leitura que se faz do plano normativo.

De antemão, importa advertir que, embora esses liberais trabalhem na ótica da valorização exacerbada do indivíduo, a discussão pela perspectiva de grupo não está fora do liberalismo de princípios, que se apoia na máxima de que os direitos individuais jamais podem ser sobrepujados pelos direitos coletivos, pois, de uma forma ou de outra, tal discussão toca em um grupo em desvantagem dentro da sociedade brasileira, já que objetiva atender, ao final, um indivíduo singularmente considerado em nosso enfoque, o indivíduo idoso.

Destarte, o direito à saúde, descrito no artigo 6º da Constituição Federal, encontra-se albergado dentro da categoria reservada aos direitos sociais. Portanto, é comum direcioná-lo a toda coletividade de forma universal, o que não traz nenhuma discrepância das teorias mencionadas, e novamente se invoca o mesmo argumento do parágrafo anterior, a fim de explicar o atendimento das demandas no plano individual.

Outro aspecto de relevo consta no artigo 196¹⁰, do mesmo diploma legal, o qual estabelece como dever, especialmente, do Estado, adotar políticas públicas necessárias tanto para a prevenção dos riscos de doenças, quanto para promoção, proteção e recuperação da saúde, o que, de uma forma ou de outra, irá contemplar os integrantes da coletividade como um todo.

Nessa ótica, ainda que não se possa estabelecer uma ordem de prioridade, o direito à saúde, quando analisado em função de uma sociedade que envelhece, deve ter uma atenção especial, posto que é natural a decadência física imanente de todo ser mortal, o que demanda mais gastos nesse setor.

Diante dos números expressivos indicados na introdução deste texto, concernentes à maior expectativa de vida, a situação que já é periclitante, tende a se tornar mais difícil ainda, pois o grande desafio, embora não seja o único, é equilibrar a longevidade com qualidade de vida, preservando da capacidade funcional do idoso.

A tarefa do Estado de tratar todos com igual consideração é primordial. Questões ligadas com a saúde do idoso, como a barreira do preconceito etário e

⁹ Art. 6, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela EC 64, de 2010). (BRASIL, 1988)

¹⁰ Art. 196, CF: A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (idem)

promoção da qualidade de vida, jamais podem ser deixadas de lado em nosso contexto sociocultural.

Portanto, quaisquer ações que ofereçam a “roupagem” que propõe os liberais de princípios citados devem ser incentivadas, para que haja uma efetiva realização do direito à saúde que satisfaça a real necessidade do idoso no Brasil.

A “roupagem”, por sua vez, diz respeito à garantia de um mínimo necessário para que o idoso tenha capacidade de responder às demandas da vida diária de forma autônoma e independente, além de ser motivado, continuamente, a buscar a realização do seu plano de vida.

Desse modo, a proposta de Rawls, complementada por Dworkin, permite a todos os indivíduos usufruírem dos direitos fundamentais, necessários à preservação de sua dignidade.

Tal dignidade, quando não preservada, voluntariamente, pelo gestor público – responsável direto de provê-la por meio de políticas públicas –, dependerá de um sistema jurídico eficaz e célere, que garanta o respeito aos direitos fundamentais.

6.2 Qual dos teóricos liberais melhor fundamenta a plena realização do direito do idoso à saúde?

Em que pese a apresentação do modelo procedimental de representação rawlsiano, em uma situação imaginária de imparcialidade e que não são analisadas referências contingentes, a teoria é acusada por muitos críticos, dos quais se inclui o próprio Dworkin, de que, ao contrário do que anuncia, gera algumas iniquidades.

Uma delas é alvo de atenção de qualquer estudioso que reflita sobre a igualdade. A referida objeção tangencia o modo de avaliar, nas condições oferecidas por Rawls, qual sujeito menos favorecido deve ser compensado por fatores arbitrários dos quais não contribuiu, ou seja, que não foram fruto de suas escolhas.

Ao comentar a crítica de Dworkin a Rawls, Kymlicka (2006, p. 91) ressalta que Rawls não examina a responsabilidade pelas escolhas para avaliar quem é o sujeito menos favorecido e, então, o modelo rawlsiano pode incorrer em uma visão de mundo maniqueísta e a “teoria da justiça” recair em contradição.

Possivelmente, na prática, a sociedade irá se deparar com esse notável paradoxo: imaginemos que estamos diante de duas pessoas que nascem em

condições igualitárias. No decorrer da vida adulta, já que são livres para perseguirem os planos de vida que lhes aprouver, digamos que uma trabalha arduamente, prefere poupar para ter uma velhice mais tranquila, enquanto que a outra tem uma vida mais consumista e dedica maior parte do tempo com o ócio.

Pois bem, na velhice, por um processo natural e biológico, o corpo requer mais atenção e cuidados com a saúde e, conseqüentemente, mais recursos serão gastos. No caso hipotético apresentado no parágrafo antecedente, há de se presumir que o indivíduo que optou por perseguir uma vida consumista e ociosa tenha menos recursos que o indivíduo que se privou de consumir e trabalhou arduamente, ou nenhum recurso para atender as demandas de gastos com sua própria saúde.

Assim, indaga-se: seria justo, que o governo impusesse, por meio da tributação compulsória, a transferência de parte dos ganhos do primeiro ao segundo, porque a saúde é um bem fundamental e, este último, nos termos práticos da teoria rawsiana, está em uma condição de sujeito menos favorecido?

Para esse dilema Rawls não apresenta nenhuma solução e parece mesmo ilustrar conseqüências injustas, pois, fatalmente, o sujeito que trabalhou arduamente seria tributado para custear a saúde do sujeito com renda menor, ou nenhuma.

Já Dworkin, embora não tenha apresentado solução perfeita para esse dilema, trouxe, com o mercado de seguros, uma proposta redistributiva, para, ao menos, amenizar as conseqüências injustas, o que já lhe concede vantagem sobre o outro filósofo, ao passo que este tipo de situação sequer foi mencionado na teoria rawsiana.

Todavia, avaliar as circunstâncias do sujeito menos favorecido, já que estamos trabalhando com pessoas livres e iguais, é altamente complexo. Almejamos que cada indivíduo seja responsabilizado pelos resultados das suas escolhas, mas, o próprio Dworkin reconhece que separar escolha individual das circunstâncias sociais é muito difícil.

O mecanismo do seguro de Dworkin serve para fins de equalizar as oportunidades que as pessoas têm e para protegê-las dos riscos de possuírem menos recursos nas circunstâncias de incerteza, ou seja, para que os preços cobrados a título de prêmio reflitam os verdadeiros custos de oportunidade e possibilitem às pessoas o acesso ao mercado em igualdade de condições.

Para simplificar, é como se Dworkin dissesse: já que é impossível, nesse aspecto, avaliar quem é o sujeito menos favorecido, ao menos, vamos esquematizar

um sistema de tributação impositiva, que recolha os impostos dos que desenvolveram seus talentos naturais para custear as necessidades básicas, em especial, daqueles que mais necessitam. Daí todos ficam protegidos contra eventuais danos futuros.

A proposta de Dworkin, no Brasil, é comparada a um sistema de benefícios sociais mínimos financiado por impostos progressivos. A aplicação prática é evidenciada no regime de previdência social, a qual todos que exercem atividade laborativa estão submetidos compulsoriamente. Assim, é possível, segundo Dworkin, reduzir as disparidades nos resultados do mercado por meio da tributação e programas de transferência redistributivos.

Diante da apresentação dessas duas propostas, muito resumidamente, e da objeção trazida à baila, embora existam outras, que não convém salientar pelo pouco espaço que ainda nos resta, entende-se que não há que se falar em opção por um dos dois teóricos liberais que melhor justifique a plena realização do direito do idoso à saúde no Brasil, visto que a proposta de Dworkin é, ao nosso ver, complementar a de Rawls. Então, nada mais coerente do que, ao se orientar a prática, ou, ainda, ao realizar a melhor leitura da nossa carta constitucional, que as duas propostas sejam aplicadas em conjunto.

Para concluir, de modo a suprir as diferentes desvantagens que os idosos venham a sofrer na etapa final de suas vidas, não merece prosperar um argumento do Estado que limite-se a sustentar que não lhe cabe o dever de custear um tratamento ao idoso que optou por uma vida ociosa, haja vista que não há como mensurar exatamente a medida de sua escolha por este modo de vida. Em todo caso, o Estado tem a sua parcela de responsabilidade no modo de vida deste sujeito.

Segundo Dworkin, o governo não pode se furtar da igual consideração,

afirmando que os recursos que um indivíduo tem dependem das suas escolhas e não das do governo. Dependem de ambas. A solução política, que está sob o controle da comunidade, determina as oportunidades e consequências de escolha para cada indivíduo, por cada um dos conjuntos de escolhas sobre educação, formação, emprego, investimento, produção e lazer que pode fazer, e por cada um dos acontecimentos de boa ou má sorte com que se pode deparar. (DWORKIN, 2012, p. 361).

A escolha política monetária e fiscal, o próprio direito laboral, a política ambiental, o planejamento rural e urbano, a política externa, a política de cuidados com a saúde e regulamentação de medicamentos e alimentos, enfim, uma gama de escolhas que estão sob o comando governamental, determinam as oportunidades e

consequências para o conjunto de escolhas dos indivíduos, como educação, formação, emprego, investimento, produção e lazer. (DWORKIN, 2012, p. 361).

Toda ação governamental altera a distribuição de riqueza das pessoas, bem como a oportunidade de acesso aos bens fundamentais. Todo sujeito dá sua parcela de contribuição ao Estado e vice-versa, ainda que minimamente.

Portanto, todos têm direito de que o sistema tributário deva ser acionado também na sua velhice para custear a saúde, caso sua renda não consiga suprir maiores gastos com medicação, intervenção cirúrgica ou algum equipamento especial para locomoção, por exemplo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As propostas oferecidas por Rawls e Dworkin admitem as desigualdades, pois eles desenvolveram suas teorias considerando-as factíveis, e os indivíduos reais são, essencialmente, desiguais. Contudo, tal desigualdade é gerenciada em um arranjo político muito bem controlado, em que não se admitem injustiças de qualquer ordem.

A justiça como equidade, de John Rawls, e o igualitarismo liberal, de Ronald Dworkin, não permitem que os indivíduos fiquem relegados à própria sorte. Ao menos com o conteúdo do mínimo existencial, eles estarão protegidos, e é um dever do Estado custear as necessidades básicas de todos.

Agora, ambos os autores reconhecem que, acima do mínimo, somente alguns que contam com o evento da sorte, ao desenvolverem seus talentos naturais, gozam de maiores benefícios e, assim, devem ser tributados, progressivamente, para custear os bens a serem redistribuídos.

Nessa linha, o Estado não pode se furtar de assegurar o exercício do direito à saúde aos idosos, em razão deste bem fundamental estar inserido no rol do conteúdo do mínimo existencial, e resguardado no plano da essencialidade a que um indivíduo tem direito.

Portanto, tais propostas de justiça distributiva merecem ser difundidas no seio da sociedade brasileira, sob pena de concepções restritivas do direito fundamental à saúde ganharem corpo, como aquelas que sustentam que o Estado não tem o dever de custear as pretensões do sujeito que optou por uma vida ociosa nos moldes que foram apresentadas neste texto.

Para argumentar dessa forma, o Estado deveria ostentar a autoridade moral para afirmar que em nada contribuiu para que o sujeito optasse por uma vida ociosa.

Esse modelo, embora contenha uma justificativa bastante atraente, é mais uma proposta capciosa, que deve ser rechaçada, pois leva em consideração apenas as escolhas do indivíduo e não coloca em evidência as escolhas políticas do ente estatal que, fatalmente, influenciam na vida das pessoas.

Logo, é preciso estar atento para não fazer coro a um tipo de política que não coloca a salvo os direitos das camadas mais vulnerabilizadas da população, a fim de que o governo não comprometa o atendimento das necessidades básicas que são vitais ao seu conjunto.

Desta feita, o liberalismo de princípio constitui-se no modelo teórico capaz de sustentar uma política de saúde que abarque a todos, especialmente as camadas mais vulnerabilizadas, como é o caso dos idosos, que, hodiernamente, carecem de apoio institucionalizado.

Espera-se, com isso, que a garantia do direito fundamental à saúde do idoso não resulte apenas do seu reconhecimento como pessoa vulnerável, mas, conjuntamente, do fruto da sua contribuição para a sociedade, durante todo o espaço de uma vida longínqua, algo que, sob nenhuma hipótese, pode ser olvidado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal. Brasília, 1988.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARRARA, Sérgio. **Direito e Saúde**. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: Contra capa/Laced/Associação Brasileira de Antropologia, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra-Portugal: Almedina, 2012.

FRAIMAN, Ana Paula. **Coisas da idade**. São Paulo: Gente, 1995.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias de justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Projeção da População do Brasil por sexo e idade para o período 1980-2050 – Revisão 2008. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br>.> Acesso em: 16 out. 2014.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ª.ed. Tradução Jussara Simões. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHRAMM, Joyce Mendes de Andrade *et al.* **Transição epidemiológica e o estudo de carga de doença no Brasil**. Revista Ciência e Saúde, vol. 9, n.4, p. 897-908, 2004.

SILVA JUNIOR, Paulo Isan Coimbra da. **Ação afirmativa para o trabalhador velho**. São Paulo: Ltr, 2010.

TEIXEIRA, Solange Maria. **Envelhecimento e trabalho no tempo do capital**: implicações para a proteção social no Brasil. São Paulo: Cortez, 2008.