

Justiça distributiva, critérios de alocação de recursos escassos em saúde e suas críticas

Distributive justice, criteria for scarce health resources allocation and their critiques

Maria Elisa Villas-Bôas*

Resumo

Embora a saúde seja um direito de todos, os recursos para ela são inegavelmente limitados. Diante dessa realidade, é necessário recorrer a critérios de alocação para que se promova a distribuição de recursos escassos, ante necessidades intermináveis. O texto analisa os critérios de alocação mais freqüentes para a racionalização da assistência à saúde e discute suas principais críticas, como meios que se propõem a alcançar a justiça distributiva.

Palavras-chaves: justiça distributiva, alocação de recursos, saúde, escassez, critérios

Resumen

La salud es un derecho de todos, pero los recursos para ella son limitados. Por esto es necesario utilizar criterios de asignación para hacerse la distribución de recursos que son escasos para necesidades sin límites. El texto analiza los criterios de asignación de recursos en salud más frecuentes y sus dificultades como medios para obtenerse la justicia distributiva.

Palabras claves: justicia distributiva, asignación de recursos, salud, escasez, criterios

Abstract

Although the right to health care is universal, the resources for it are limited. So, it is necessary to use allocation criteria for making the distribution of the scarce resources among endless needs. The text analyses the most frequent allocation criteria for rationing health assistance and their main problems as ways for the distributive justice.

Key words: distributive justice, resources allocation, health, scarcity, criteria

* Bacharela, Mestra e Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Médica Pediatra; Assessora Jurídica na 1.^a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Bahia. Endereço eletrônico: mariaelisavb@bol.com.br.

Introdução

O economista indiano Amartya Sen (Sen, 2000:72-73) narra o dilema de Annapurna, dono de um jardim que precisa de cuidados e se vê na missão de decidir, entre três jardineiros desempregados – Dinu, Bischanno e Rogini – a quem dará o serviço, desejando fazer a escolha mais justa.

Explica o autor que, embora os três sejam pobres, Dinu é reconhecidamente o mais pobre, de sorte que é a primeira opção em que pensa Annapurna. Pondera, entretanto, que, embora seja Dinu o mais pobre, é Bischanno que se acha mais infeliz com essa condição, por ser aquele que empobreceu há menos tempo e que se encontra mais abalado e deprimido, de forma que, provavelmente, seria aquele que teria mais alegria em receber a oportunidade de trabalho e de resgate de sua autoconfiança, possivelmente aproveitando melhor a chance. Considera, então, que, embora não seja o mais pobre nem o mais infeliz, Rogini, o terceiro trabalhador, é portador de uma doença crônica, estoicamente suportada, que poderia ser tratada, caso lhe fosse dado o emprego.

A questão se torna, então, eleger a qual elemento se dará prioridade, como critério prevalente para a seleção do beneficiado pelo único emprego de que dispõe Annapurna: se a medida será a díade renda-pobreza, a maior possibilidade de felicidade produzida ou o favorecimento potencial de uma melhor qualidade de vida. O autor não diz qual foi a opção de Annapurna, mas, analisando as hipóteses, deixa claro que todos os critérios aventados, ao mesmo tempo em que são justificados, têm, também, seus vieses e não estão isentos de críticas ou de preconceitos, como critérios humanos que são. Eles são, contudo, tentativas de racionalizar as escolhas e os processos seletivos, quando não se pode oferecer a todos os interessados os bens a que defendem fazer jus.

Também na ótica de Alf Ross (Ross, 2003:326), encontra-se a referência a que a ideia de justiça pode ser entendida como uma “exigência de racionalidade” dos critérios. Defende Ross que, sem um mínimo de racionalidade (compreendendo aí

a previsibilidade e a regularidade), não se poderia falar em uma ordem jurídica.

Assim, buscando dar racionalidade à aplicação da justiça no âmbito da alocação de recursos escassos, variados critérios foram organizados, priorizando determinado aspecto de desigualdade que se entendeu, naquela circunstância, dever ser particularmente amenizado. Sua utilização permite a comparação entre os elementos da realidade submetidos à apreciação, evitando-se que um excessivo casuísmo e imprevisibilidade na escolha culmine por gerar mais injustiça. O conhecimento dos critérios, de outro lado, permite uma maior compreensão e segurança no manejo das questões e favorece uma fundamentação mais precisa em relação à solução adotada.

É nesse contexto que se situa a alocação de recursos em saúde.

O presente texto objetiva apresentar e analisar os critérios mais comumente utilizados na alocação de recursos escassos em saúde – aspecto de inegável interesse para a Bioética, em sua vertente voltada para a Saúde Pública – considerando, para tanto, as vantagens e críticas mais assíduas em relação a cada parâmetro. Para isso, realizou-se pesquisa bibliográfica a algumas das referências mais frequentemente citadas sobre o tema, bem assim buscaram-se exemplos de utilização dos critérios em sistemas internos, como mecanismos que visam a aplicar e a garantir o melhor acesso à saúde e sua universalidade. Com efeito, embora a saúde seja de reconhecimento assente como direito humano e fundamental, nem sempre se enfrenta, entretanto, a questão dos óbices materiais da escassez. Não se tem aqui a pretensão de fornecer resposta definitiva a tão intrincada questão, mas, sim, de auxiliar na busca a uma combinação o mais justa e racional possível, favorecendo uma prestação mais equânime da saúde, quando submetida ao impasse da existência de necessidades ilimitadas, face a recursos naturalmente finitos.

Da necessidade de critérios alocatórios prédefinidos e promotores de equidade

Dizem Beauchamp e Childress (Beauchamp, Childress, 2002:367) que, nessa seara, é mister promover o acesso igual a um nível adequado, ainda que não máximo, de assistência médica – sendo o exato nível de acesso determinado pela disponibilidade de recursos sociais e pelos processos públicos de decisão. Também a esse respeito, pondera Amaral (Amaral, 2001:37):

Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognóstico de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue primeiro uma liminar? Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de *motivação* e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra.

Em relação aos critérios de alocação possíveis, há de se distinguir discriminações aceitas (porquanto se destinam a equilibrar diferenças, visando à equidade) e não aceitas (por serem arbitrárias, eivadas de preconceitos, irrazoáveis ou simplesmente iníquas) (Calabresi, Bobbit, 1978:25). Nesse sentido, a equidade tem servido, assim, a diversas interpretações, fundadas no princípio da igualdade (igualdade de “oportunidade de acesso a serviços de saúde, de recursos despendidos para cada indivíduo de uma condição particular, de vida sadia ganha por unidade monetária utilizada, de possibilidade das pessoas atingirem seu potencial de vida saudável” (Fortes, 2003:39)), bem assim visando ao atendimento desigual para os desiguais, com fulcro no princípio da diferença rawlsiano (Rawls, 2002,2003) que prevê discriminação positiva mediante a estipulação de “consequências desiguais para os diversos envolvidos apenas quando resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente, para os

membros ‘menos favorecidos’, ‘menos afortunados’ da sociedade”.

Nesse sentido, a escolha de critérios pode funcionar, per si, como parte de políticas compensatórias que tentem equilibrar as oportunidades, buscando a promoção da equidade, em direção, ainda que inalcançável em plenitude, à maior igualdade possível. Pretende-se, com isso, claro está, compensar as desvantagens naturais ou sociais, às quais o indivíduo não deu causa, mas que comprometem seu acesso aos bens e condições favoráveis socialmente disponíveis, de modo a priorizá-lo de certo modo, criando uma situação de discriminação positiva compensatória das oportunidades (Daniels, 1985:41; Perelman, 2005:217; Singer, 1998:53-56).

Diz Engelhardt (Engelhardt, 2004:461) que a igualdade absoluta de oportunidades é utópica, já que alguns têm mais dinheiro, enquanto outros têm mais saúde, mais talentos, mais habilidade social ou melhor aparência, o que sempre interferirá de algum modo em relação às oportunidades, de modo nem sempre compensável pelas instituições. É fato, ainda, que a igualdade equitativa, potencial de oportunidades não assegura uma igualdade efetiva de resultados, os quais dependerão não apenas das condições, originais ou compensadas, de cada um, mas de seu empenho pessoal e de habilidades outras no manejo das mesmas armas. É necessário, contudo, nessa seara, prover um ponto de partida digno e equânime, de sorte a não negar, de prima, as oportunidades possíveis de desenvolvimento humano.

A esse respeito, entende Kottow (Kottow, 2000:70) que o justo ordenamento social é aquele que possibilite a satisfação das necessidades individuais, de sorte que cada pessoa possa ter opções abertas para a concretização de seu plano de vida, o que, no âmbito da saúde, significa que todos devam ter acesso, de modo equânime, às medidas preventivas pertinentes e a medidas curativas decentes, compatíveis com um tratamento condigno ao ser humano.

Inicialmente, os critérios se destinam, então, a identificar as condições de igualdade e de des-

igualdade que permitam exercitar a equidade, evitando que as escolhas se tornem oportunistas ou injustificadamente discriminatórias.

Os critérios mais comumente utilizados em Bioética e a alocação de recursos em saúde

Tomando-se os critérios bioéticos mais frequentes, que objetivam uma justa alocação de recursos escassos em saúde, cumpre assinalar, especialmente, cinco mais assíduos, a saber: a efetividade, a necessidade (em suas três vertentes, a saber: uma sob o prisma médico – no sentido da urgência e gravidade – e duas sob o prisma social – o no sentido da hipossuficiência econômica ou da existência de dependentes, não só financeiros, como também afetivos), o merecimento, a fila e a loteria. Dentre esses, alguns priorizam as características pessoais dos indivíduos (como a efetividade, a necessidade e o mérito), enquanto outros consideram a mecânica de alocação, sem individualizar os potenciais beneficiários, como na aleatoriedade (sorteio ou loteria) e na fila. Elster (Elster, 1992:62) chama os primeiros de critérios e os segundos de procedimentos, distinção que aqui não se fará, visto que se destinam ao mesmo fim.

Segundo Paulo Fortes (Fortes, 2001), os critérios da efetividade (ou da eficácia clínica) e da necessidade-gravidade fazem parte do grupo de parâmetros considerados de natureza técnica, fundados numa proposta de objetividade médico-científica, que não está isenta, entretanto, de ser contaminada por valores ético-sociais subliminares. Já os critérios da necessidade social (abrangendo tanto a condição econômica quanto a responsabilidade social) e do merecimento (sob a forma do reconhecimento de mérito ou de demérito, como na adoção de estilo de vida considerado não saudável) participam do grupo dos parâmetros ditos sociais, que pretendem maximizar o bem-estar dentro da sociedade, ao lado de outros aspectos sociais, como a idade, o sexo, a força de trabalho potencialmente afetada e recuperável, o potencial e a expectativa de vida, a qualidade ajustada

de anos de vida (geralmente associada também com a efetividade), o ambiente de suporte para o seguimento do tratamento, a adstrição de clientela, a priorização de profissionais de saúde, entre outros.

Assim é que o critério da necessidade interroga “quem precisa mais?”, a fim de definir a quem alocar recursos escassos. Essa maior precisão, quando entendida no sentido da gravidade, é um dos critérios mais utilizados, soando natural que se atenda primeiro o paciente em situação de maior urgência. Em desfavor do referido critério, assinala-se o risco (abominado pelos utilitaristas, mas que tampouco deixa de ser uma desvantagem para os não utilitaristas) de desperdício de recursos – já per si escassos – caso devotados a pacientes que, de tão graves, já não contem com esperança real de recuperação. Um outro risco desse critério é a subjetividade na avaliação da urgência, o que se tenta contornar mediante a utilização de critérios objetivos, como marcadores técnicos de gravidade em sistemas de pontos, a exemplo dos parâmetros atualmente utilizados na alocação de fígados para transplantes no Brasil.

A vertente da necessidade como dependência social prioriza aquele que se mostra necessário socialmente, por ter quem dele dependa econômica e afetivamente, por exemplo. Esse critério foi utilizado pelo Comitê de Seattle, ao se selecionarem como prioritários para o programa de diálise renal os casados – o que, naquela época, implicava de logo a dependência de uma esposa e, talvez, de filhos – em detrimento dos candidatos solteiros. Objetiva-se, aqui, evitar que a repercussão do dano se multiplique e se estenda para além do próprio indivíduo acometido, deixando desamparados os que dele dependem.

A necessidade no sentido da hipossuficiência, por seu turno, dá preferência ao requerente que detém menos condições de amparar-se por si mesmo, aproximando-se do critério mais estritamente pensado por Rawls, ao defender a discriminação positiva dos menos favorecidos socialmente. A priorização dos economicamente hipossuficientes como critério de compensação e de equidade é mencionada também, amiúde, em decisões judi-

ciais que referem, entre os fundamentos para a concessão, a impossibilidade de o requerente arcar com os custos do tratamento (Branco, 2009).

Esse caráter compensatório é estimulado, ainda quando a disciplina do Sistema Único de Saúde preveja a universalidade de sua prestação, o que teoricamente afastaria o requisito da carência econômica para se fazer jus aos serviços assim prestados. Diante, porém, da soma das necessidades médica (pela indicação confirmada do recurso terapêutico) e social (pela evidência da carência econômica, que obsta a busca a outras formas de auxílio), ressaí nítida a situação de penúria do acometido, a demandar sua priorização em relação àquele que tem a opção e a possibilidade de arcar economicamente com os custos do tratamento.

A necessidade, seja sob o prisma da gravidade clínica ou da carência socioeconômica, é o critério adotado na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, publicada em 2006 pelo Ministério da Saúde, segundo a qual “a prioridade deve ser baseada em critérios de vulnerabilidade clínica e social, sem qualquer tipo de discriminação ou privilégio” (Brasil, 2006).

Ao critério da necessidade opõe-se, por vezes, o da efetividade ou prognóstico. É inegável que a efetividade tem forte veio utilitarista, na medida em que visa a assegurar o maior aproveitamento possível dos recursos disponíveis, mediante a apuração da real vantagem em seu uso. Por esse critério, questiona-se: “quem tem melhor prognóstico, maior possibilidade de benefício e de sobrevivência com a utilização do recurso?” A justiça se fará, então, maximizando o bem coletivo mediante a alocação dos recursos àqueles que têm melhores chances de os aproveitarem, favorecendo os beneficiados no particular e evitando o mau ou vão uso e o desperdício de bens, coletivamente. Com efeito, é de péssimo alvitre deixar de considerar critérios de efetividade mínimos, que assegurem a aplicação vantajosa de recursos preciosos, culminando resultarem inúteis para quem os recebe, em detrimento de quem teria com eles bem mais chance de sucesso. Imagine-se, *verbi gratia*, alocar órgãos para transplante pelo exclu-

sivo critério da fila, sem atentar para uma compatibilidade minimamente essencial entre o órgão e o receptor, que permitisse supor com segurança a viabilidade do procedimento. O priorizado, nesse caso, não apenas não resolveria seu problema com o recebimento do órgão que poderia melhor servir a outrem, como poderia vir a sofrer agravos maiores, com o risco de se perderem o órgão e as duas vidas.

Por força de suas naturais vantagens, embora nem sempre haja norma expressa recomendando a utilização desse critério, seu uso é intuitivo em muitos casos de decisões trágicas, envolvendo recursos escassos. Por esse prisma, não se pode negar que a maior perspectiva de aproveitamento (efetividade) seja um dos critérios mais comumente usados na alocação de recursos, mas ele não pode ser visto de forma absoluta, devendo-se-lhe fazer tantas reservas quanto aos demais critérios, que tomam por base a idade, o sexo, a condição social, a ordem de chegada, entre outros, pois, analisando-se a fundo, ou mesmo superficialmente, todos os critérios utilizáveis têm em si alguma carga de preconceito ou de deficiência. O risco então existente é que se recaia numa lógica economicista, a que José Renato Nalini (Nalini, 2000) chama de “uma ética capitalista, muito próxima à singela ausência de qualquer ética”. E similarmente próxima da injustiça.

Em que pese sua relevância, duas das principais críticas a que se sujeita o critério da efetividade são, de um lado, o fato de atentar ele, muitas vezes, contra o senso comum de humanidade, ao preterir pacientes mais graves em prol de outros não tão graves, mas, talvez por isso mesmo, com melhores chances de recuperação. De outro lado, assinala-se o fato de que a alegada efetividade se pauta notadamente por estatísticas e previsões prognósticas, nem sempre válidas na análise de casos individuais, podendo ocorrer que um paciente aparentemente com melhores chances responda menos eficazmente na prática do que outro, que teoricamente teria menos chances. A efetividade também não é unânime, no sentido de se questionar em que consiste exatamente a perspectiva de sucesso visada: maior sobrevivência apenas? Melhor qualidade de vida promovida? Mais vidas salvas a menor custo?

Exemplo clássico de crítica ao critério da efetividade é, também, o preconceito etário muitas vezes a ele associado, ao considerar que pessoas idosas em regra responderão pior aos tratamentos do que os mais jovens. Cuida-se do chamado “ageism” ou senilismo. De prima, cumpre observar que, embora o senilismo se associe geralmente com o critério da efetividade, aduzindo-se uma menor taxa de sucessos ou, ao menos, uma menor duração dos benefícios, essa coincidência não é perfeita. Isso porque não é a idade, isoladamente, que reduz o índice de sucesso nos tratamentos, mas a condição de base do paciente. Nesse sentido, embora seja fato que pessoas idosas tenham maior propensão a já apresentarem comorbidades que dificultem o tratamento, nada obsta que, no caso concreto, um idoso previamente hígido tenha bem mais possibilidade de êxito terapêutico do que um jovem com grave patologia de base. Nem sempre o mais jovem é necessariamente mais saudável, satisfazendo melhor à efetividade.

O fator etário é, contudo, não raro utilizado como critério de exclusão de pacientes e mencionado como determinante na elevação dos gastos públicos em saúde. No Reino Unido, o British National Health Service não provê diálise renal para pacientes acima de 65 anos de idade (Daniels, 1985:90). Nos Estados Unidos, os 12% da população acima de 65 anos consomem um terço das despesas anuais na área de saúde pública no país (Beauchamp, Childress, 2002:402-404). Em face disso, poder-se-ia alegar que priorizar os jovens significa dar-lhes igual chance de chegar à idade do idoso. Isso desconsidera, entretanto, o igual direito de jovens e idosos de continuar vivendo (Beauchamp, Childress, 2002:103), bem assim que a elevação dos custos é um ônus natural e esperado do envelhecimento da população e do aumento da expectativa de vida.

É de se levar em conta, com efeito, que, se os custos com pessoas idosas são maiores, esse é um preço a ser pago pela elevação da expectativa de vida, tão arduamente conquistada, como também maiores são os custos em decorrência da evolução biotecnológica, e não se cogita abrir mão dela, exclusivamente sob esse fundamento. Trata-se de um grupo com mais necessidades, assim como as crianças requerem também atenções e

cuidados especiais e despesas maiores para educação e formação profissional, por exemplo.

O problema do mundo ocidental atual com a questão etária é que a evolução tem sido tão rápida e a importância dos bens materiais tão crescente, que o aprendizado acumulado acaba perdendo o valor. Cultua-se a juventude como valor máximo e vive-se na era do descartável. É de se recordar, todavia, que o envelhecimento populacional é uma realidade e uma conquista e que a valorização que se dá aos idosos e aos doentes hoje repercute na que também se terá um dia. Arcar com os custos atuais dos idosos é uma manifestação de solidariedade intergeracional (Fortes, 2003:41), e se a geração atual considera caro arcar com os custos dos idosos de hoje, gastos bem maiores terão seus filhos, a cotizar entre um quantitativo provavelmente menor de pagantes, considerando a tendência à elevação da expectativa de vida e à redução da taxa de natalidade. Refuta-se, assim, a eticidade de se considerar o fator etário exclusivo como critério de alocação, sem considerar a possibilidade de vantagem efetiva para o paciente.

O terceiro critério de alocação comumente referido, com fulcro no princípio da justiça, é o do merecimento. Ele interroga “quem merece mais prioridade, por sua história, seu modo de vida ou contribuições para a sociedade?” Por esse critério, ao contrário do anterior, os mais velhos tendem a levar vantagem, pois, como se atribui a Demócrito, “o velho foi jovem, mas, quanto ao jovem, é incerto se chegará à velhice. Portanto, o bem realizado vale mais que o que está por vir e é incerto” (Goldim, 2006). O merecimento leva em consideração, ainda, os contributos do indivíduo para a sociedade e sua eventual concorrência para a condição patológica, em vista de suas condutas de vida. Isso enseja dois riscos principais: inicialmente, o perigo de se enxergarem as pessoas a partir de sua utilidade para a sociedade e não em seu valor intrínseco (Kilner, 1990:228). Outrossim, há o risco de suscitar preconceitos contra as chamadas condições estigmatizantes. É, todavia, um dos critérios mais difíceis de se afastar, na avaliação humana das demandas de alocação, e dos que mais evocam a menção a uma noção intuitiva de justiça.

Questionar-se-ia, nesse caso, a quem socorrer com prioridade, entre um cientista em vias de descobrir a cura para o câncer, que sofrera um infarto, e um desempregado, usuário de drogas, após overdose; entre o portador de cirrose alcoólica e a criança que nascera com atresia (importante estreitamento ou oclusão) de vias biliares, ambos precisando de um fígado; entre o bandido baleado em tiroteio com a polícia e a vítima por aquele alvejada. A questão dos criminosos, por sinal, merece particular menção, no sentido de que considerar essa condição como elemento isolado de preferência na alocação de recursos, embora sob o critério do merecimento – no sentido de que o candidato em comento gerou dano e não benefício à sociedade – implicaria atribuir-lhe uma espécie de pena acessória (Kilner, 1990:31), não prevista legalmente.

Em relação à lista de transplantes, mencionam-se, ainda, leis de Israel e da Singapura (Elster, 1992:161), que combinam esse critério de alocação com o da fila, ao estabelecerem que somente serão admitidos na lista de receptores aqueles que forem também doadores de órgãos e tecidos, priorizando-se, dentre esses, os que há mais tempo se dispuseram como doadores. Essa medida, entretanto, teria pouca valência no Brasil, considerando que, ainda quando o indivíduo faça constar em seus documentos o intuito de ser doador, a última palavra é da família, após a modificação da redação original da Lei 9.434/97, que previa a doação presumida, compreensivelmente mal recebida pela população, a qual sequer fora informada (como, até hoje, pouco o é) em relação aos trâmites e à importância do diagnóstico de morte encefálica e do procedimento de transplantes de órgãos.

No caso do paciente com cirrose alcoólica, o raciocínio utilizado é que há casos nos quais o próprio acometido, por suas condutas, expôs-se ao risco do dano que ora o atinge, donde caber-lhe menor prioridade no atendimento do que àqueles considerados inocentes quanto a sua patologia. Cuida-se de uma espécie de responsabilização moral do indivíduo por sua saúde. Nesse sentido, defendem Beauchamp e Childress (Beauchamp, Childress, 2002:368-388) que a regra da oportunidade equitativa se aplica quando os elementos

desfavoráveis na vida não sejam de responsabilidade do agente, pois, para esses autores, assim como as pessoas perdem seu direito à liberdade por comportamentos antissociais, podem perder seu direito à assistência por não agir de forma responsável. Não se trataria de deixá-los sem assistência, mas de priorizar outros, cuja necessidade não teve sua participação. Também Calabresi e Bobbitt (Calabresi, Bobbitt, 1978:21) ponderam que, embora se reconheça que a vida não tem preço, soa-lhes incongruente realizar dispêndios milionários para se resgatar um balonista que caiu nas montanhas, em detrimento de pessoas cujos riscos não lhes podem em nada ser atribuídos.

Contra isso se levantam os argumentos de favorecimento de preconceitos sociais e da inconveniência de julgamentos morais sobre comportamentos pretéritos, a contrapor merecimento (ou um suposto não merecimento) e necessidade atual. Veja-se, ainda, que muitos dos alegados comportamentos não são, sequer, sancionados pelo Estado, como no caso do balonista, da utilização de bebida alcoólica ou do fumo – predisponente ao câncer e a outras patologias que, uma vez ocorridas, serão submetidas ao Sistema Único de Saúde. E, mesmo no caso de condutas ilegais – como o uso de drogas ilícitas ou a lesão com arma de fogo não autorizada –, não ensejam um abandono do paciente, em caso de necessidade, respondendo-se, nesse caso, nas esferas jurídicas ou administrativas pertinentes.

No intuito de equilibrar esse critério com a própria efetividade – evitando que os recursos sejam perdidos pela manutenção da atuação de risco do paciente –, sugere-se uma espécie de responsabilização intermediária, exemplificando-se com a exigência de que o candidato a transplante de fígado esteja abstêmio há determinado tempo antes do transplante, o que, inclusive, dá-lhe melhores chances de prognóstico (Beauchamp, Childress, 2002:390). Recordam os defensores dessa tese que, embora o alcoolismo seja também uma patologia, é de se questionar se haveria mais justiça em priorizar eventuais pacientes rebeldes, para lhes dar um terceiro ou mesmo um quarto fígado saudável, em detrimento de bebê com atresia de vias biliares, patologia com bom prognóstico em caso de transplante, e que aguar-

da pela chance de ter seu primeiro órgão normal. Nesse sentido, ainda que se considere que “todos têm direito a uma segunda chance”, torna-se discutível se teriam direito a uma terceira ou quarta, com igual prioridade. Quadro diverso é aquele em que as necessidades seguintes são involuntárias, no sentido de um risco não assumido pelo agente, como na hipótese de rejeição do transplante por questões imunológicas.

Cumpra assinalar que a orientação prevalente na Bioética é no sentido de se hostilizar a discriminação contra as chamadas patologias de origem sociocomportamental (Berlinger, 2004:238; Fortes, Zoboli, 2003:20), embora haja quem considere devida a responsabilização pessoal, opondo-se ao que se considera uma excessiva “vitimização social”, que afasta a voluntariedade do indivíduo mesmo no caso de condutas ilícitas, como o consumo de drogas ou a criminalidade (Drane, Pesini, 2005:217).

Fato é que mesmo critérios considerados recrimináveis podem parecer tentadores na prática. Veja-se a situação (Kilner, 1990:72) em que um bombeiro, pai de duas crianças e participe em ações sociais de sua comunidade, chega à emergência logo após paciente com retardo mental severo, sem família, que vive há anos em abrigo, onde precisa ficar contido ou sob sedação frequente, em virtude de crises assíduas de agressividade. Ambos têm urgência e contam com similares chances de sobrevivência, se encaminhados imediatamente à UTI. A opção quase intuitiva pelo pai de família, nesse caso, considerando seu merecimento e necessidade social, soa, todavia, quase eugênica, em face da preterição de alguém que, por sua própria e involuntária condição, não pôde contribuir para a sociedade e que conta com idêntica dignidade como ser humano.

Com essa consideração, a equipe optou pelo critério da ordem de chegada, reputado mais imparcial, o que culminou com a morte do bombeiro. Se, de outro lado, esse paciente – por ter quem o defenda e provavelmente mais condições de mover uma ação judicial, obtém ordem judicial que determina seu internamento, tampouco se resolve o problema de alocação, visto que o fluxo de pa-

cientes não pára e talvez, a essa altura, já houvesse chegado à unidade um terceiro candidato (suponha-se que um idoso, com quadro mais grave), de sorte que caberá ao médico eleger quem preferir para assegurar a vaga: se o paciente com a deficiência neurológica, que chegara primeiro, ou se o idoso, em maior gravidade, mas com boa chance de sobrevivência, persistindo o dilema.

Em face disso – e considerando-se que cada vez mais decisões dessa ordem chegam ao Judiciário, nem sempre equipado para conhecê-las a fundo e, pior, ainda mais sob a alegação de urgência –, verifica-se a vantagem de se discutir, conhecer e de declinar o julgador, em sua decisão, o critério adotado, não apenas como parte da obrigação de motivar suas decisões, mas de modo a auxiliar, inclusive, no direcionamento das atuações subsequentes para o cumprimento do comando judicial, orientando aqueles que o recebem quanto à priorização que deve ser dada. Assim, se se determinar o internamento de determinado paciente em virtude da gravidade, da hipossuficiência e da necessidade social, em face da existência de filhos menores que dele dependem, por exemplo; caso seja necessária a alta de outro paciente para o cumprimento da ordem judicial, terá o médico a indicação dos parâmetros considerados relevantes para o cotejo.

Reduz-se, dessa forma, a possibilidade da incoerência de se utilizarem critérios distintos para o mesmo caso e dentro do mesmo contexto; ou a sobrecarga de ônus moral para o profissional, que teria de decidir, por sua própria conta e risco, a quem dar alta para receber o paciente amparado por comando judicial, ainda que considere que os critérios que vinham sendo utilizados administrativamente estavam corretos. Externados os parâmetros judiciais, o administrador elegerá, assim, segundo a orientação utilizada judicialmente, a alta do paciente que não atenda àqueles critérios, é dizer: um paciente menos ou igualmente grave, mas que não tenha dependentes, no exemplo.

Por fim, cumpre mencionar outras diretrizes possíveis, embora pareça a alguns que elas encerram, em verdade, um “decidir não decidir”: são exemplificadas basicamente pelos critérios ou proce-

dimentos da fila (“quem chegou primeiro?”) e da loteria ou sorteio. A vantagem desses parâmetros, alega-se, está em sua imparcialidade, na medida em que dispensam qualquer avaliação pessoal. Essa é, contudo, também uma de suas desvantagens, pois deixam de levar em conta diferenças que talvez precisassem de reparação.

Em favor do critério randômico do sorteio, Paulo Fortes (Fortes, 2001) relata caso ético-judicial de navio americano naufragado em 1841, em que foram utilizados pela tripulação critérios sociais para a seleção daqueles que fariam uso dos botes salva-vidas, priorizando-se os homens casados e as mulheres. Posteriormente, os membros da tripulação resgatados foram julgados e condenados judicialmente, entendendo-se que se deveria ter utilizado o critério aleatório para seleção dos sobreviventes, em vista da igualdade fundamental dos sujeitos. Para alguns, portanto, a escolha aleatória é por vezes melhor aceita pelos rejeitados do que a seleção por julgamentos comparativos (Beauchamp, Childress, 2002:418).

Para outros, porém, o resultado soa algo irracional e sem sentido (Beauchamp, Childress, 2002:351; Calabresi, Bobbitt, 1978:187), mencionando-se caso ilustrativo de dois pacientes, candidatos tecnicamente similares a um recurso médico de alto custo somente disponível para uma pessoa, aos quais foi informado que a escolha seria feita mediante o expediente de se jogar uma moeda (Kilner, 1990:206). Um dos pacientes opôs-se, argumentando que aceitaria melhor a rejeição se algum motivo razoável lhe fosse dado, e que lhe soava frio e impessoal demais decidir o destino de um homem jogando uma moeda. Já o segundo paciente teve visão diametralmente oposta, afirmando que se sentiria melhor em atribuir seu destino ao acaso do que em saber que fora rejeitado por não ser julgado tão bom, e que, caso escolhido, ser-lhe-ia muito oneroso conviver com o peso da pecha de ter sido considerado um “melhor cidadão” e de daí ter advindo, por via oblíqua, a morte de outrem.

Também o critério da fila, embora mais racional do que o sorteio aleatório, nem sempre é bem aceito por aqueles que acreditam ter maior direito

aos recursos em discussão, segundo outros critérios, ou somente por não se aceitarem preteridos em suas condições. Nesse sentido, Amaral (Amaral, 2001:37) cita notícia, assaz comum nas ações judiciais, de portador de câncer de bexiga que, sendo o quadragésimo nono na lista de espera para cirurgia, conseguiu ser o primeiro a ser atendido, via liminar, em detrimento dos quarenta e oito anteriores. Esse mesmo autor critica o critério da fila, por desconsiderar a urgência, e Calabresi e Bobbitt (Calabresi, Bobbitt, 1978:181-186) ponderam que, se usado exclusivamente, ele desconsidera a eficiência, ensejando o desperdício de recursos, esperanças e vidas. Daí porque costuma vir temperado com outros critérios, como se pode verificar, *exempli gratia*, na alocação de tecidos e órgãos para transplante no Brasil, que, paritariamente à fila, considera também elementos técnicos de compatibilidade (efetividade) e, a partir de 2006, a ordem de transplantes de fígado passou a seguir também o critério da gravidade, mediante um sistema de pontos, que busca objetivar, pautando-se em marcadores técnicos, a avaliação da urgência em casos que tais urgência (necessidade-gravidade).

Sob o prisma internacional dos Direitos Humanos – esfera cada vez mais tangente à Bioética, especialmente no tocante ao direito à saúde (o qual, embora reconhecido como universal, não raro precisa comportar a inegabilidade da escassez) – pode-se observar, em apertadíssima avaliação dos documentos referentes ao tema, a esporádica menção, expressa ou indireta, a alguns dos critérios de alocação de recursos ora comentados. Assim se verifica, por exemplo, na referência ao atendimento das necessidades primárias, no item VII, 2, da Declaração de Alma-Ata. Já o Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, defende a priorização dos mais vulneráveis, especialmente os hipossuficientes econômicos, em seu artigo 10, 2, f. A Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, por seu turno, pende para a utilização do critério técnico da efetividade, ao proclamar que em circunstâncias onde deve ser feita escolha entre pacientes para um tratamento especial e limitado, todos os outros pacientes devem estar cientes de que a seleção daquele procedimento

foi feita de forma justa para aquele tratamento. Aquela escolha deve estar baseada em critério médico e tem de ser feito sem discriminação.

De um modo geral, a busca à combinação da universalidade de acesso (o que implica especial atenção em relação à vulnerabilidade econômica e social) com um natural nível exigível de efetividade que evite o desperdício parece ser a tônica. De modo específico, contudo, a tendência na maioria dos textos internacionais de Direitos Humanos parece ser a não abordagem direta da questão da necessidade de alocação e a não indicação de critérios pontuais nesse sentido, opção ética que restará a ser exercida, assim, no âmbito das legislações internas.

Considerações finais

É fato que os critérios propostos estão longe de serem perfeitos e tampouco respondem peremptoriamente a todas as dúvidas, mas é preciso adotar alguma diretriz, para que se entenda por que A e não B. Essa opção é parte da organização de idéias e da fundamentação da escolha, e não há como prescindir de algum parâmetro – preferencialmente aqueles que mais se aproximem da equidade pretendida – porquanto os recursos se esgotam, e as necessidades crescem cotidianamente.

Diante disso, mostra-se vantajoso apresentar e conhecer o arsenal dos principais critérios de seleção e suas críticas, bem assim identificar aqueles com maior potencial de obter um consenso social, apto a justificar eticamente as decisões administrativas e judiciais, favorecendo sua legitimidade, mediante o reconhecimento de uma racionalidade que busque efetivar e fortalecer, de forma viável, o discurso de proteção ao direito fundamental à saúde, sem ignorar as contingências e limitações da realidade.

Levantam-se, então, sugestões possíveis em relação aos critérios de alocação discutidos, como mecanismos para se buscar implementar a justiça no âmbito da escassez, ainda que não repre-

sentem soluções unívocas e estanques. Primeiramente, observa-se que a adoção de sistemas mistos ou combinados deve ser preferida, por considerar mais elementos, tentando reduzir as deficiências dos critérios isolados. Nesse sentido, como verificado nos parâmetros acima comentados, algumas diretrizes de alocação de recursos em saúde não são exatamente vertentes da justiça como equidade, apresentando, por vezes, caráter tendencialmente utilitarista.

De outro lado, é de se ver que nem todas as distinções são inválidas, na medida em que a equidade tampouco corresponde a um igualitarismo absoluto, mas, antes, leva em conta o princípio da diferença, de sorte que algumas distinções têm natureza compensatória, como a priorização do hipossuficiente econômico, como opção eticamente válida para se buscar reduzir a excessiva ou desnecessária oneração dos sistemas públicos, em paridade com previsões locais e internacionais de universalidade.

Em outro extremo, há de se ter em mente que a incondicional prioridade do mais vulnerável pode ensejar pesado e inútil ônus social, se não levados em conta alguns aspectos práticos de otimização dos recursos disponíveis, ensejando um indesejado desperdício. Nesse sentido, é também eticamente aceitável e recomendável a cuidadosa aferição da *eficácia* do recurso sanitário pleiteado e sua indicação precisa para o caso em concreto, evidenciando o atendimento mínimo à efetividade.

A necessidade, especialmente sob o prisma da gravidade e urgência, é também critério válido a ser combinado e deve ser verificando, especialmente, nos casos de pedidos judiciais liminares, mas também nesses casos não se pode prescindir da análise da indicação e da utilidade precisas do produto ou procedimento para aquele fim, demonstrando-se sua real possibilidade de vantagem na situação.

Ademais, nos casos em que não se detêm elementos de comparação suficientes e em que se verifica a utilização administrativa do critério da fila, geralmente em combinação com outros cri-

térios predefinidos, para a alocação de recursos materialmente escassos, como na hipótese dos transplantes de órgãos, essa ordem não deve ser modificada, senão na evidência comprovada de irregularidade na observância dos critérios combinados (geralmente um sistema objetivo de pontos, visando a conciliar a efetividade e, nos casos específicos, a necessidade, em reunião com a ordem cronológica), evitando, assim, seleções excessivamente *ad hoc*, em detrimento de outros necessitados que não ingressaram na via judicial.

Refutam-se, ainda, critérios que se lastram exclusivamente em prejulgamentos abstratos e injustificadamente discriminatórios, aproximando-se das críticas tecidas aos critérios sociais, como a exclusão peremptória por parâmetros etários exclusivos, que não apreciem a vantagem concretamente possível naquele caso.

A esse respeito, cumpre também anotar que, embora de intuito nobre, as normas legais que determinam a priorização de determinados grupos para a alocação de recursos em saúde, com fulcro restrito no fato de pertencerem a esse grupo (a exemplo dos idosos e das crianças) podem ser fadadas a frequentes descumprimentos na prática ou, se cumpridas estrita e inquestionavelmente, arriscam-se a gerar indesejada injustiça perante outros indivíduos, por não levarem em conta a combinação com outros critérios de alocação aplicáveis.

Crítérios de natureza eminentemente social, como o mérito ou demérito (situação do atendimento prioritário ao assaltante ou à vítima; ao dedicado esportista benfeitor dos pobres ou ao usuário de drogas), a existência de dependentes (o pai de um recém-nascido, face ao rapaz sem filhos) ou o papel exercido na sociedade (o cientista especialmente habilidoso versus o anônimo badameiro), embora humanamente justificáveis e negavelmente tentadores muitas vezes, encerram o grave risco dos preconceitos e dos estigmas sociais, a se contraporem à premissa da igual dignidade do ser humano. É de se pensar, contudo, na conveniência de algum grau intermediário de responsabilização moral, inclusive a fim de evitar desper-

dício de recursos preciosos, como na exigência de que o candidato a transplante de pulmão, em virtude de câncer devastador motivado pelo fumo, esteja há determinado tempo isento do consumo de cigarro, indicando-se aí uma combinação com o critério da efetividade.

Num dos estudos mais detalhados sobre o tema dos critérios de alocação de recursos escassos em saúde, Kilner (Kilner, 1990:17) afirma, logo de início, que “ad hoc selection is unfair”. Isso significa que, ainda que os critérios de alocação não sejam perfeitos, sua existência se aproxima mais da equidade do que a total ausência de parâmetros, diante da inevitabilidade da escassez e da conseqüente necessidade de alocar. Conheçê-los, pensá-los e discuti-los com previdência, bem assim ter em mente com antecedência as situações a que se destinam, de outro lado, labora por otimizar tanto quanto possível as decisões tomadas diante dos casos concretos, favorecendo não apenas a equidade, mas, também, o melhor aproveitamento dos recursos e a promoção da saúde, simultaneamente à da justiça.

Recibido: 19/6/2010

Aceptado: 5/11/2010

Bibliografia

- AMARAL, G. 2001. Direito, Escassez & Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar.
- BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. 2002. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola.
- BERLINGUER, G. 2004. Bioética cotidiana. Brasília: UnB.
- BRANCO, L.T.C. 2009. Abrangência do Direito à Saúde: Fornecimento de Medicamentos Especiais é Dever do Estado? Disponível

- em www.cepam.sp.gov.br, acessado em 31.ago.09.
- BRASIL. 2006. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf, acessado em 05.out.08.
- CALABRESI, G.; BOBBITT, P. 1978. *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company.
- DANIELS, N. 1985. *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DRANE, J.; PESSINI, L. 2005. *Bioética, Medicina e Tecnologia: Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano*. São Paulo: Loyola.
- ELSTER, J. 1992. *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. New York: Russell Sage Foundation.
- ENGELHARDT JÚNIOR, T. 2004. *Fundamentos da Bioética*. 2.ed. São Paulo: Loyola.
- FORTES, PAC. 2001. Critérios éticos em microalocação de escassos recursos em saúde. In. BARCHIFONTAINE, CP; PESSINI, L (orgs) *Bioética: Alguns desafios*. São Paulo: Loyola, p. 163-180.
- FORTES PAC. 2003. Reflexões sobre o princípio ético da justiça distributiva aplicada aos sistemas de saúde. In. FORTES, PAC; ZOBOLI, ELCP (orgs). *Bioética e Saúde Pública*. 2.ed. São Paulo: Loyola-São Camilo, p. 35-48.
- FORTES PAC; ZOBOLI, E. 2003. *Bioética e Saúde Pública: entre o individual e o coletivo*. In. FORTES, PAC; ZOBOLI, ELCP (orgs). *Bioética e Saúde Pública*. 2.ed. São Paulo: Loyola-São Camilo, p. 11-24.
- GOLDIM, JR. 2006. *Alocações de recursos e Idade*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/geraloc.htm>, acessado em 09.jun.2006.
- KILNER, J.F. 1990. *Who lives? Who dies? Ethical Criteria in Patient Selection*. London: Yale University Press.
- KOTTOW, M. 2000. Bioética e política de recursos em saúde. In. GARRAFA, V.; COSTA, SIF (orgs). *A Bioética no Século XXI*. Brasília: UNB, p. 67-75.
- NALINI, JR. 2000. Reflexões sobre a Ética Médica. In: TEIXEIRA, SF (Coord.). *Direito e Medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 57-65.
- PERELMAN, C. 2005. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- RAWLS, J. 2002. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- RAWLS, J. 2003. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes.
- ROSS, A. 2003. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro.
- SEN, A. 2000. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras.
- SINGER, P. 1998. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes.