

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

FEDERICO LOSURDO

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

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Federico Losurdo, José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-379-5

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. 3. Decisão. 4. Argumentação Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

No XXV Congresso do CONPEDI, realizado de 07 a 10 dezembro de 2016, que teve lugar na UNICURITIBA, em Curitiba-PR, o Grupo de Trabalho - GT “Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica” se destacou no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados, que deixou a sala repleta até o término das atividades. Foram apresentados 22 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente.

Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em Direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que os temas do GT impõem ao Direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em blocos, que se congregam nesta coletânea.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno dos temas da justiça, da decisão e da argumentação. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella - IMED

Prof. Dr. Federico Losurdo - UFMA

UM NECESSÁRIO AVANÇO NO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS: INSUFICIÊNCIAS DA TEORIA DA JUSTIÇA EM MELHORAR O FATOR SAÚDE

A NECESSARY PROGRESS IN RAWL'S POLITICAL LIBERALISM: INSUFFICIENCIES OF THEORY OF JUSTICE IN IMPROVING HEALTH FACTORS

André Luiz Silveira de Lima Júnior ¹
Vicente De Paulo Barretto ²

Resumo

O presente artigo pretende fazer uma abordagem crítico-reflexiva sobre o fator saúde no liberalismo político de Rawls, desde os princípios de justiça preconizados em sua teoria da justiça. Isso porque, embora a sociedade seja configurada através dos princípios de maximização da liberdade e da diferença, o modelo ideal parece insuficiente para, de fato, concretizar mudanças significativas, sobretudo em questões sanitárias. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, desenvolvido por fontes bibliográficas. Concluiu-se, pelas críticas feitas por teóricos, bem como pelo atual estágio constitucional brasileiro pautado no mínimo existencial, que o modelo não consegue efetivar as mudanças desejadas no projeto originário.

Palavras-chave: Teoria da justiça, Rawls, Liberalismo político, Justiça distributiva, Fator saúde

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to develop a critical-reflective approach about health factor in political liberalism made by Rawls from principles of theory of justice. It occurs because, although the model is set by maximization of liberty and difference, the ideal seems to be insufficient to implement significant changes on society, particularly in health issues. Therefore, the research used hypothetical-deductive method, developed by literature sources. Was concluded, by critics from some authors, as well by the brazilian constitutional stage guided by existential minimum formula, that the model can not make effective the desired changes situated at the original project of community.

¹ O presente trabalho foi fruto das pesquisas realizadas pelos autores no projeto de pesquisa intitulado 'Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis: uma análise do discurso de fundamentação das decisões do STF', desenvolvido na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), sob apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

² O presente trabalho foi fruto das pesquisas realizadas pelos autores no projeto de pesquisa intitulado 'Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis: uma análise do discurso de fundamentação das decisões do STF', desenvolvido na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), sob apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of justice, Rawls, Political liberalism, Distributive justice, Health factors

1. INTRODUÇÃO

Na filosofia política, diversas correntes buscam analisar a questão da natureza humana e o ser-em-sociedade. As teses de Rawls (2000; 2008), dentro dessa área, permitem a visualização da questão a partir da perspectiva contratualista-liberal. O ponto chave, para ele, está na criação de uma sociedade democrática ideal, fundamentada no afastamento por parte dos indivíduos de seus interesses, atrelando-se, então, de acordo com os princípios a *justiça como equidade*.

Após o social ser fundado, a manutenção se dá pela institucionalização da justiça, como forma de preservar a liberdade e, também, caso necessário, (re)distribuir os bens para encontrar um termo equitativo justo, o qual conseguiria representar a oferta de um mínimo para a consecução de cada concepção própria de acordo com o viver bem. Todavia, é importante ressaltar, de antemão, a ausência de uma visualização de situações concretas fáticas, o que permite gerar antinomias dentro do próprio ideal político ao abrir brechas para injustiças.

Será desde essa lacuna teórica do autor que o presente trabalho irá se fundar, sobretudo quanto aos bens relacionados às questões sanitárias. O constitucionalismo brasileiro, de característica pós-positivista, coloca o direito à saúde no rol dos sociais, mas, antes, como fundamental, na medida em que pode servir como parâmetro para se garantir a dignidade da pessoa humana, bem como, indiretamente, a própria liberdade e igualdade.

Assim, o objetivo reside em apontar as insuficiências do liberalismo político rawlsiano, dado a partir da teoria da justiça, e a sua incapacidade em solucionar de maneira efetiva e substancial os problemas decorrentes das desigualdades naturais e sociais dos indivíduos. Isso porque o contexto perfeito de participação na sociedade que o autor indica não consegue suplantar as necessidades específicas de cada sujeito, o que, inclusive, pode inviabilizar os próprios termos de sua tese.

Para responder a problemática proposta, a pesquisa parte do método hipotético-dedutivo, utilizando como fontes referenciais bibliográficos. Concluiu-se que, muito embora o liberalismo igualitário consiga oferecer parâmetros teóricos e políticos para o desenho institucional de uma sociedade justa, é insuficiente para visualizar a dimensão real do problema sanitário, uma vez que os indivíduos também possuem diferenças inatas que prejudicam a sua participação igualitária no processo deliberativo.

O desenvolvimento está dividido em duas partes principais: na primeira, há a exposição sobre a proposta contratualista de John Rawls, no que concerne aos princípios de justiça (da liberdade e da diferença), a manutenção da sociedade bem-ordenada pela concepção de

consenso sobreposto e, por fim, a ideia de razão pública e não-pública. Na segunda e última parte, como essa teoria dialoga com a questão da saúde dentro do constitucionalismo, a breve exposição e/ou menção das críticas feitas por Amartya Sen (2011), Ian Shapiro (2006), Norman Daniels (1985) e Kenneth Arrow (1973) à ela e, em adição, a abordagem entre os bens primários e o mínimo existencial dentro do constitucionalismo brasileiro.

2. A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E A SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO

2.1. A Constituição da Sociedade a partir da Justiça como Equidade

A formação da sociedade é complexa. De alguma forma, os indivíduos se reúnem em torno de diversos valores estipulados e formulam condições para uma convivência (mais ou menos) coesa entre todos. Certamente, isso indica a necessidade de relativo afastamento do campo meramente pessoal, para corresponder cooperativamente como ser social dentro de uma coletividade.

Na perspectiva contratualista, o início se dá com a elaboração pela *metáfora do contrato* (HÖFFE, 2005), ou seja, em torno de um acordo no em que o corpo político realiza certa reunião de liberdades individuais, que se manifestam no momento de elaboração dos termos para o todo conjuntivo. Ao se filiar à essa corrente, Rawls, por sua vez, busca consagrar o papel central da justiça no interior da estrutura básica.

Isso exige a consubstanciação, no acordo primevo, de princípios responsáveis pela aceitação da condição de igualdade mútua entre os participantes no momento de definição dos termos sociais fundamentais (RAWLS, 2008. p. 13-15). Assim, forma-se a base da *justiça como equidade*, na qual a reflexão racional dos (futuros) membros ocorre ainda antes da integração efetiva, segundo uma posição original em que atuam por pressupostos justos.

A posição original é, pode-se dizer, o *status quo* apropriado e, assim os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos. Isso explica a adequação da expressão “justiça como equidade”: ela expressa a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa (RAWLS, 2008. p. 15).

Para garantir esse ideal, quaisquer favorecimentos e prejuízos *a priori* precisam ser afastados pelo *véu da ignorância*, que corresponde ao abandono da cognição pessoal acerca do próprio *status* social, permitindo, com o seu uso, a ação imparcial (RAWLS, 2008. p. 15). A

posição de neutralidade é precípua, constituindo o “pacto primeiro”, tendo em vista que, para efetivá-lo, o desinteresse entre os contratantes deve estar presente.

Acredita-se que o contrário permitiria, por sua vez, um eventual choque entre posições, como decorrência da existência de brechas geradoras da corrupção do objetivo do contrato social. Nesse caso, a motivação poderia partir de critérios egoísticos unilateralmente postulados por determinada(s) corrente(s) existente (s) na sociedade, inviabilizando a verdadeira noção democrática, então pautada na pluralidade.

Destarte, Rawls indica que na elaboração do modelo ideal, as manifestações dos “criadores” devem ser isentas, ou seja, afastadas de vícios. Como seres racionais, a articulação no período originário necessita seguir os dois princípios de justiça, representantes da ideia de liberdade compartilhada desde critérios equânimes. As suas duas premissas demonstram o afastamento de instrumentalização do poder para beneficiar benefícios individuais.

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 (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos (RAWLS, 2008. p. 73).

Apesar de dispostos como complementares na consecução da justiça como equidade, regras de prioridade estabelecem a preponderância de determinados valores internos de cada um, de acordo com a disposição lexical. A primeira mostra que a liberdade é prioritária, podendo ser restringida apenas como justificção da maximização de seu conglomerado. Dito de outro modo, quando determinada liberdade é disposta de maneira diferente, ela deve visar a provisão da totalidade de liberdades, sendo aceita por aqueles que possuem-na menos (RAWLS, 2008. p. 376). O que importa, pois, é a sua compensação aos indivíduos desfavorecidos, para reestabelecer a condição ideal de igualdades libertárias (RAWLS, 2008. p. 307).

Os bens compõem a sociedade de forma a configurar um sistema político-econômico, o qual trabalha com recursos esgotáveis, estimulando a eficiência de produção e distribuição, o que fatalmente gera consequências na fruição do bem-estar individual. Surge, então, a necessidade de se ter uma segunda regra de prioridade, tendo em vista que o corpo conjuntivo de membros deve assegurar a prerrogativa do exercício pleno da liberdade por cada cidadão, não sob o auspício da liquidez utilitarista, mas a partir da justiça distributiva.

Para Rawls, ela será dada pela atribuição de desigualdades de oportunidades com o intuito de beneficiar os que estão em posições inferiores e, também, estabelecer uma taxa alta

de poupança para suavizar essa situação (RAWLS, 2008. p. 376). A eficiência e o bem-estar parecem, com isso, colocados em um segundo plano na sociedade quando dispostos apenas em momento posterior.

2.2. A Sociedade Constituída em Risco e a sua Manutenção como Bem-Ordenada pelo Consenso Sobreposto

A teoria de John Rawls segue a premissa de que um acordo – o contrato social – origina a sociedade. Os contratantes, então, estipulam diversos preceitos, que serão compartilhados pelos sujeitos dessa criação. Conforme visto,¹ na posição original, momento primevo da confecção do contrato, a atuação ocorre com o afastamento das individualidades pelo véu da ignorância. Isso porque a preocupação está somente em agir conforme os princípios de justiça, ao intentar a paridade igualitária de liberdades. A justiça como equidade, nessa configuração, é sublimada.

Já constituída, porém, a ignorância total sai gradativamente para dar espaço à percepção real de diferenças entre os agora membros. Nesse contexto, a exposição a composição é feita por sujeitos que possuem singularidades, manifestadas pela adoção do conjunto próprio de posicionamentos acerca de questões públicas e particulares. A dissonância entre cada um gera conflitos e, muitas vezes, até a egoística exclusão de alguns pontos de vista, que se tornam marginalizados dentro do “sistema”.

Porém, na democracia, isso não pode prosperar, tendo em vista a necessidade de cooperação entre os seus membros, pelos pressupostos de liberdade mútua, cujo sentido está em pelo menos manter o antigo projeto de comunidade², composta de pessoas livres e iguais. A pergunta é: como se dá a manutenção e a viabilidade dessa sociedade depois de criada? A resposta perpassa a ideia de que a pluralidade de moralidades não inviabiliza, de imediato, a possibilidade de conciliações e convergências entre os indivíduos dentro do processo político-deliberativo.

O agir globalmente feito por crenças razoáveis permite a sua continuidade dentro dos moldes democráticos. A razoabilidade está na busca do bem-comum e na conquista recíproca de ganhos, correspondidos pela aceitação geral. Os meios e fins dos entes – pessoas físicas e

¹ Ver item 2.1.

² É bem verdade que o termo “comunidade” aqui utilizado não possui o mesmo sentido para Rawls. Para ele, a comunidade é um tipo especial de associação não-pública, que se reúne em torno de uma doutrina abrangente (RAWLS, 2000. p. 84).

jurídicas – necessitam estar em conformidade com a noção comunitária (RAWLS, 2000. p. 93-94).

Entretanto, tal conduta, *per se*, não exclui a possibilidade de permanecerem discordâncias dentro do corpo social, uma vez que as situações concretas mostram a existência de caminhos e resultados desejáveis díspares, mesmo quando os sujeitos racionais ajam da forma ideal descrita. É perceptível, então, o limite do juízo, já que os vícios racionais, como os desejos e inclinações, possibilitam os desacordos entre os sujeitos.

Por si só, tais desacordos não são problemas graves. O prejudicial é a discórdia não-razoável, oriunda de prejuízos decorres de “simulacros da razão”, como o preconceito (BOBBIO, 2011). A coexistência de conflitos de pensamento razoáveis é perfeitamente possível. Rawls deixa claro que a possibilidade de manutenção social reside justamente na razoabilidade, cuja característica é composta por dois aspectos básicos complementares:

O primeiro aspecto básico do razoável é, portanto, a disposição de propor termos equitativos de cooperação e cumpri-los, desde que os outros também o façam. O segundo aspecto básico, como agora o vejo, é a disposição de reconhecer os limites do juízo e aceitar suas consequências para o uso da razão pública na condução do exercício legítimo do poder político num regime constitucional (RAWLS, 2000. p. 98).

Nesse ponto fica claro que a “ignorância” de outrora do cidadão não é mais exigida, muito pelo contrário. A razão teórica condiciona a razão prática, fazendo com que o uso de doutrinas abrangentes seja constante no plano político. A existência está no dever de professá-las de modo razoável. Assim, as questões religiosas, filosóficas e morais se materializam nas escolhas sobre as prioridades em relação à distribuição e proteção dos bens existentes no corpo social. A sua legitimidade, contudo, está na ausência de instrumentalização da esfera política por projetos solipsísticos (RAWLS, 2000. p. 102-105).

A busca, portanto, refere-se a constituição de uma *sociedade bem-ordenada*, na qual os cidadãos, ainda que discordem entre si, possam aceitar princípios de justiça iguais, anuir às instituições e atuar segundo determinadas máximas comuns (RAWLS, 2000. p. 79). Para Rawls (2000), a reciprocidade entre os membros é possibilitada pelo *consenso sobreposto*, ou seja, com a admissão da existência de outras concepções morais, que se comunicam constantemente para não normatizar um único *modus vivendi* e, também, excluir eventuais autoritarismos epistemológicos.

A estabilidade social é adquirida, em especial, pelo intermédio da tradição construída por acordos contínuos entre indivíduos razoáveis. Destarte, enquanto seres racionais, faltamente

acabam por aderir a dimensão coletiva, externa à sua mera individualidade. Isso é possível em virtude do reconhecimento e proteção de pluralidades existentes em outros seres livres e iguais, de modo a concretizar a existência harmônica do ser-em-sociedade segundo os critérios de cooperação recíproca.

2.3. A Articulação dos cidadãos a partir da Razão Pública e Não-Pública

A dedução da necessidade de articulação entre os indivíduos é notória na teoria de John Rawls. Como trabalhado,³ em um estágio “pré-social”, o acordo para se formar o estatuto universal parte da manifestação neutra, resultado do afastamento do âmbito “individual”, conforme as exigências de justiça como equidade. Por sua vez, a manutenção da sociedade como bem-ordenada, mostra a necessidade de acordos contínuos, nos quais se alcança o consenso sobreposto entre os posicionamentos divergentes. Assim, ambos os momentos (pré e pós-acordo) indicam a grande importância da deliberação na criação e continuidade do projeto político.

A manutenção da liberdade individual na democracia não permite que se realizem motivações arbitrárias. Ao sujeito, então, está vedado ignorar as ponderações necessárias com vistas para o social, ainda que seja em comunidades de âmbito “privado”, nas quais há a prévia estipulação de interesses subjetivos, permitindo a associação por afinidades. Por sua vez, principalmente no contexto público, o diálogo com outras liberdades visando o bem comum se faz necessário.

Com isso, aparece um sistema de razões, compostas em uma pública e várias não-públicas. Pela estrutura “tolerante”, as manifestações devem se dar de acordo com o objeto a ser debatido, bem como em relação ao espaço. Em especial, itens primordiais, que versam sobre a essencialidade política são discutidos no fórum público, ganhando uma restrição maior, pela importância e capacidade de afetação no cotidiano de todos. Esse será o contexto propício para a razão pública.

Definida por Rawls como a “razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a sua constituição (RAWLS, 2000. p. 263), não é exigida em qualquer situação. Ela somente é imposta em situações especiais, que versem sobre “elementos constitucionais essenciais”, sendo

³ Ver itens 2.1 e 2.2.

obrigatória no fórum público de discussão pelo princípio de legitimidade democrática (RAWLS, 2000. p. 263-264).

Por conseguinte, na discussão dos valores políticos, todas as pessoas e instituições devem realizá-la. Todavia, quanto a questões não-essenciais, embora também sejam importantes para a sociedade, não fazem parte desse tipo de fundamentação. A atuação nessa seara pode ser feita pela razão não-pública, equivalente à “cultura de fundo” (RAWLS, 2000. p. 269).

É importante ressaltar, porém, que elas não são “privadas”, mas sociais. Para Rawls (2000, p. 269-272) como os componentes da sociedade são cidadãos, quaisquer que sejam os motivos utilizados serão sociais, independentemente do contexto. Mesmo as questões domésticas ou associativas passam a ganhar importância para o todo unitário, tornando possível a regulação de seus limites por parte do Estado, embora a própria autoridade estatal encontre barreiras nos vínculos históricos e sociais.

É evidente que o conteúdo heterogêneo entre os modos de articulação e os respectivos objetos de cada razão se dá a partir de uma exclusão: o que não é razão pública, por consequência, será não-pública, e vice-versa. O autor parte da identificação do conteúdo do primeiro e mostra que, na democracia liberal, existem posicionamentos dissonantes quanto ao respectivo valor de cada item:

Esse conteúdo é formulado pelo que chamei de “concepção política de justiça”, que suponho ser de caráter liberal em um sentido muito amplo. Com isso, quero dizer três coisas: a primeira é que esse conteúdo especifica certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais (do tipo que conhecemos nos regimes democráticos); a segunda é que atribui uma prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, principalmente no que diz respeito às exigências do bem geral e dos valores perfeccionistas; e a terceira é que esse conteúdo endossa medidas que garantem a todos os cidadãos os meios polivalentes adequados para tornar efetivo o uso de suas liberdades e oportunidades básicas (...). Mas cada um desses elementos pode ser visto de formas diferentes, e é por isso que há tantos liberalismos (RAWLS, 2000. p. 272-273).

A concepção política de justiça se refere à estrutura básica da sociedade, incluída aqui as instituições oficiais. As doutrinas abrangentes mais amplas são afastadas, elaborando a institucionalização por critérios fundamentais existentes (RAWLS, 2000. p. 273). Mesmo que o liberalismo tenha dois tipos de valores distintos – o da justiça política (princípios de justiça) e o da razão pública (indagação livre e pública) -, o ideal de justiça como equidade aglutina ambos, uma vez que “são partes complementares de um mesmo acordo” (RAWLS, 2000. p. 275).

A razão pública se refere aos “princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político”, bem como pelos “direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar (RAWLS, 2000. p. 277). Já a razão não-pública pode ser conceituada como o conjunto de posicionamentos não atuantes nesse campo, os quais, mesmo assim, ao possuírem um caráter social, exigem uma articulação razoável dentro da democracia. Portanto, há uma relação direta entre o ideal de justiça como equidade e aproximação entre os termos de ambas as razões.

3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E A SAÚDE: IMPLICAÇÕES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

3.1. A Concepção de Bens Primários

Os bens existem, porém, de forma limitada. A noção de esgotabilidade de recursos indica que, inevitavelmente, haverá desigualdade entre os indivíduos, seja do ponto de vista natural ou social. Isso dificulta a própria existência do ser, haja vista a assimetria dos ônus suportados. Nesse ponto, a política e a economia se encontram: como é possível consubstanciar a sociedade bem-ordenada, pela partilha dos produtos de acordo com os princípios da justiça, garantindo o mínimo existencial a todos?

A resposta parte de uma decisão, a ser feita de acordo com os fundamentos da sociedade, então materializados na Constituição, cujo preceito está em moralizar as relações entre os cidadãos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016). E, como já mencionado, os seus termos são frutos do processo deliberativo racional, no qual as posições individuais convergem para o bem coletivo, o que constitui questões políticas essenciais e, conseqüentemente, levam a exigência de uso da razão-pública.

A limitação ocasiona na escolha de prioridades. Isso configura um verdadeiro *trade-off*, já que o momento decisório acerca da (re)distribuição de determinado bem, algum critério passa a ser preterido. Na sociedade, o caso típico está relacionado às políticas públicas que precisam escolher entre a eficiência mercantil e a igualdade distributiva (MANKIW, 2009. p. 4-5). Assim, o “aumento da fatia do bolo” pode entrar em colisão com o modo de transmitir os seus pedaços.

Rawls deixa claro que a boa-ordenação sempre vai escolher, nesse caso, a liberdade e a igualdade, tendo em vista os princípios de justiça estipulados no momento primevo. Na medida em que os interesses das pessoas residem além da primazia da questão social, tais princípios,

então concatenados nos órgãos institucionais, direcionam a decisão para maximizar a questão distributiva liberal. Conforme Sen⁴ (2011, p. 268), a prioridade está no objetivo de proporcionar os meios necessários para que os contratantes adquiram capacidades e, por elas, concretizem suas expectativas, principalmente em relação aos valores de participação dentro do procedimento político. Isso será feito pelos bens primários, listados a seguir:

- a. os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista;
- b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas;
- c. poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;
- d. renda e riqueza;
- e. as bases sociais do autorrespeito (RAWLS. 2000. p. 228).

A rigor, tais itens são imprescindíveis para o exercício do dever moral de cidadania, e não possuem o objetivo inicial de repartir a totalidade dos itens materiais. Salvaguarda-los, na verdade, não quer dizer a obrigatoriedade de seu uso, mas a garantia de possibilidade de participação política como fruto da própria existência em sociedade. Esse “básico” é direcionado a todos, independentemente de sua posição. Importante dizer, porém, que aqueles em situação menos favorável são os principais beneficiados.

Isso não implica no término de desigualdades. Rawls é ciente dessa situação, buscando atenuá-la na lógica institucional de que a sua existência é possível, desde que resulte em benefícios ao conjunto. Veda-se a instrumentalização da *res publica* e o acúmulo excessivo para adquirir vantagens individuais, pelo fato de o aumento de injustiças resultar em instabilidades à democracia. Nesse caso, o uso da razão não-pública se torna um risco ainda maior.

O igualitarismo rawlsiano reside nas liberdades, frutificadora de oportunidades para a concretização das expectativas acerca dos próprios ideais de vida. Destarte, presume-se que através da oferta dos bens primários, a liberdade é possibilitada a todos, que se tornam, ao menos minimamente, dotados de capacidade de realizar aquilo que desejam, desde que não esteja em conflito com a base social.

Na posição original, é decorrência pela falta de consciência sobre a real posição individual na sociedade, o que ocasiona na reserva para, quando retirado o véu da ignorância, mesmo que esteja em desigualdade, possa concretizar as vontades. Do mesmo modo, a justiça

⁴ Amartya Sen chega a essa conclusão para criticar o foco na obtenção das capacidades feitas por John Rawls. Em linhas gerais, tem como objetivo deslocar a questão dos meios para as oportunidades reais de vida, sobretudo pela consciência de pluralidades de características concretas que redundam em preocupações especiais. Assim, o erro da teoria rawlsiana, para o autor, está em considerar apenas os meios para se alcançar os fins valorizados pelo indivíduo, e não ele próprio quanto ser dotado de unicidade (SEN, 2011. p. 265-269).

como equidade permanece na sociedade já consolidada, e os bens primários devem ser ofertados da mesma maneira, posto que, sem eles, os indivíduos não estariam livres.

3.2. As Críticas à Teoria de Rawls em relação aos Bens Primários e a relação com a Saúde

Na medida em que a liberdade é o ponto central na teoria rawlsiana, a ação dos indivíduos e das instituições estão direcionadas para garanti-la. Destarte, os bens primários suportam essa ideia para permitir, como dito, ao menos um para a sua consecução no âmbito individual. Assim, são meios instrumentalizáveis no direcionamento da efetivação pessoal, realizando projetos de vida de cada pessoa como membro de um corpo social.

De imediato, é possível fazer a seguinte conclusão: há a aparente equiparação entre a obtenção desses meios com o devido estado de liberdade. O sujeito é considerado livre desde que lhe sejam proporcionados os bens primários. Porquanto haja a garantia do mínimo para a participação política, não é interesse estatal avaliar, de antemão, as particularidades substantivas dos desejos e condições.

Portanto, subentende-se que as capacidades de todos se equiparam com a oferta das condições mínimas necessárias, preconizadas por tais bens, para se consolidar a expectativa razoável de cada membro. Isso mesmo com a eventual admissão de eventuais diferenças entre as habilidades individuais, embora tenha sido ignorada a diferença participativa por questões sanitárias.

O desenho político-institucional imaginado por Rawls está, contudo, distante da realidade fática por duas razões. A primeira, de acordo com Sen (2011, p. 95-96) reside na disposição lexicográfica da liberdade como valor supremo, pois, ao se tornar irrestrita, acaba por negligenciar os outros valores sociais que porventura causem desigualdades concretas, colocando a fome e a negligência médica, por exemplo, em segundo plano.

Assim, mesmo que de início se possa dar prioridade à maximização da liberdade, o viável seria adequar o sistema ao juízo de ponderação, convergindo os diversos valores existentes para também possibilitar a prioridade ao princípio da diferença, garantindo a visualização da realidade concreta das desigualdades (SEN, 2011. p. 96). Nessa abordagem, a supremacia única de certo item muito mais prejudica do que beneficia o estabelecimento de termos democráticos.

O segundo motivo, por seu turno, parte do pressuposto de que o critério distributivo se encontra desalinhado se comparado com as situações efetivas enfrentadas pelo indivíduo. Para Sen (2011, p. 96. Grifo no original), “Rawls joga as oportunidades que as pessoas têm através

dos meios que possuem, sem levar em conta as amplas variações que essas pessoas apresentam quanto às capacidades de *converter* bens primários em viver bem”. Diversos fatores especiais, na verdade, são responsáveis por influenciar diretamente na verdadeira chance de realização pessoal, sendo ignorados pela perspectiva rawlsianas.

Destarte, pelo princípio da diferença é que se dá, de fato, a justiça distributiva, estando ela alinhada à fórmula *maxim*, na medida em que visa “maximizar a cota mínima” (SHAPIRO, 2006. p. 169-170). E a distribuição para se dar essa maximização reside mais na égide quantitativa, do que qualitativa, tornando-se, de certo modo, incapaz de solucionar as situações concretas, como o fator saúde.

3.3. A Convergência entre os Bens Primários e o Mínimo Existencial desde o Constitucionalismo Brasileiro

A análise histórico-social mostra a formação da sociedade ocidental, no período moderno e contemporâneo, como fruto do pensamento liberal, cuja busca pela democracia marca a valorização da liberdade individual. O avançar temporal exteriorizou imperfeições nesta premissa, através de lacunas que demonstraram a necessidade de certas reformas para a manutenção do contrato original.

Destarte, acrescentou valores “sociais”, significativos da necessidade de (re)distribuição de bens considerados primordiais pelo projeto político, de modo a efetivar, na prática, a possibilidade de exercício pleno da vida a partir de um “mínimo existencial”⁵. Todavia, dentro da tese rawlsiana, à princípio, embora acredite na materialização na Carta Magna dos preceitos fundamentais da sociedade como conformadores da vontade política originária, parece haver alguma espécie de convergência entre esses essa categoria e os bens primários, tendo em vista o atual estágio constitucionalismo democrático brasileiro.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o Brasil não apenas ratificou o projeto liberal-social, como também acabou por seguir uma tendência jurídica mundial ao se incluir no *neoconstitucionalismo*, embora com alguns acréscimos geográficos, já que a particularidade regional influenciara em um alinhamento ao novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista o pluralismo político existente no continente.

⁵ Embora toda a discussão em torno do “mínimo existencial”, este é entendido, no presente trabalho, como um direito fundamental criador dos alicerces para se garantir a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2004), que promove a justiça material mínima para o seu alcance.

É inegável o reconhecimento da saúde como um bem fundamental no projeto da sociedade brasileira. A sua imprescindibilidade, expressa no ordenamento jurídico e, também, presumida a todos os seres humanos, não apenas se torna pressuposto do mínimo existencial, como, da mesma forma, permite a consagração da pessoa, por oportunizar o exercício da cidadania na concretização das escolhas particulares.

Embora seja fundamental na realização dos valores individuais e sociais, a ineficácia das políticas públicas, ocasionada por diversos motivos, como a falta de recursos, má administração e interesses particulares, torna-se incapaz de sozinha efetuar o desenho originário dos termos constitucionais. Ou seja, muito embora aja de acordo com a razão pública na consideração dos bens na sociedade, os órgãos estatais não conseguem, de fato, realizar o projeto inicialmente delineado.

Existe alguma relação entre o mínimo existencial e os bens primários? As duas categorias acabam dialogando de certa forma, embora o primeiro seja, na verdade, conteúdo do segundo. Portanto, na ideia de indivíduos como cidadãos, é imprescindível a consolidação da dignidade da pessoa humana, ainda que basicamente.

Como defende Thadeu Weber (2013, p. 203-204) a noção de mínimo existencial é fundamental para o exercício político dentro da *pólis*, mas insuficiente para abarcar toda a preocupação de Rawls, que representaria uma dimensão mais complexa, próxima, talvez, do “máximo existencial” realizado pelas categoriais fundamentais ao ser-em-sociedade. De qualquer modo, mesmo que não se eleve a saúde à categoria de bens primários, a sua disposição dentro do mínimo existencial permite, no contexto pós-positivista, a atuação direta da Justiça – como instituição - em questões que envolvem direta ou indiretamente este bem.

Caso não atue neste sentido, afasta-se da característica do atual período de judicialização da política, correspondendo tal negativa à um possível rompimento da estrutura básica do Estado, cujo fim é a garantia de dignidade à todos os seus membros, não obstante o possível desvio de sua função peculiar que é o de concretizar, pela interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, a efetividade dos preceitos constitucionais. Fica, contudo, nessa configuração, a questão sanitária fica adstrita a voluntarismos, ainda que atrelada à necessária justificação a partir da razão pública.

4. CONCLUSÃO

Duas fragilidades na teoria de Rawls foram apontadas: (1) A supremacia da liberdade viabiliza situações de desigualdades concretas, ao passo que, em eventuais conflitos entre o seu

princípio e o da diferença, não há uma ponderação a partir de dados fáticos. Diante disso, Shapiro (2006, p. 175-176) entra em acordo com as críticas feitas por Sen (2011) ao mostrar que a existência de pluralidades cria uma cadeia de compromissos o que, pela prioridade léxica, dificultaria a implementação de medidas afirmativas, tendo em vista a possível de consideração como recursismo distributivo contrário ao compromisso inicialmente acordado, ou seja, à própria liberdade.

E (2) a desconsideração da existência de desigualdades fáticas dificulta concretizar o princípio da diferença, pois a divisão dos recursos se dá sem a consciência de que paridades reais de capacidades são improváveis. Na questão sanitária esse aspecto é relevante sob o ponto de vista da ingerência dos atributos inatos e sociais. De algum modo, os indivíduos foram beneficiados ou prejudicados, fato visualizado na existência de talentos e deficiências ínsitas.

Para Rawls, isso não impede as devidas participações na formação e continuação da sociedade, já que o atributo racional está presente em qualquer humano, independentemente de suas particularidades. As eventuais contingências da natureza, que acabariam por criar desigualdades de oportunidades, são passíveis de reparação através da distribuição compensatória dos bens sociais primários, cuja carga suportada passa a ser de responsabilidades daqueles “privilegiados”.

Assim, na medida em que o princípio da diferença seria capaz de assegurar a capacidade individual de realizar as expectativas individuais, os bens primários são meios que concretizam esse ideal. É importante mencionar que a sua teoria parte de uma situação hipotética em que todos são saudáveis, posto que quaisquer intempéries, além de não retirar a capacidade moral de cidadania, são estados transitórios solucionáveis, retornando o então enfermo à sua condição “normal”.

Todavia, a mera distribuição de bens não indica, necessariamente, a melhoria do fator saúde. Isso porque a incapacidade de visualizar as constantes mutações sociais, exigem distribuições qualitativas (SEN, 2011). Ademais, pela partida através de uma ótica idealista, o afastamento da concretude apenas cria padrões, sendo insuficiente para a verdadeira (re)distribuição (DANIELS, 1985).

Com isso, o necessário avanço a ser feito pode partir por um caminho bifurcado, pela inclusão da saúde no rol dos bens primários (ARROW, 1973), ou pela retirada da idealização da teoria de Rawls sobre a vitalidade igual de todos para, com isso, incluir nas principais pautas de discussões sobre sua distribuição em conformidade com os princípios de justiça, exigindo critérios de estudos qualitativos na igualdade de oportunidades (DANIELS, 1985).

De qualquer forma, ambos exigem a mobilização institucional com vistas para as questões sanitárias, sobretudo com a intensificação das Cortes no processo de revigorar a sua centralidade na formação e manutenção da sociedade como bem-ordenada. Tais insuficiências teóricas, portanto, devem ser resolvidas por uma nova visão no pensamento do autor, sobretudo pela possibilidade de se considerar critérios de ponderação quando da divisão dos bens e, também, admitir que quadros de saúdes desiguais, empiricamente visualizados, implicam em condições desfavoráveis reais para a participação do ser-em-sociedade.

Ainda, dentro do atual contexto jurídico, expresso no constitucionalismo democrático pós-positivista, a transformação dos bens primários – expressão meramente deliberativa na esfera pública – é limitada quando se tem em conta o padrão do mínimo existencial, próprio, como a própria terminologia sugere, da (re)existência do indivíduo, cuja saúde é ou está, por algum motivo, debilitada. A dignidade, assim, mostra-se como a base principiológica forte de superação desse limitador rawlsiano.

REFERÊNCIAS

ARROW, Kenneth. Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawl's Theory of Justice. *In: Journal of Philosophy*. p. 70-253. 1973.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DANIELS, Norman. *Just Health Care*. New York, Estados Unidos: Cambridge University Press, 1985.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. Ernildo Stein. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: tradução da 5ª edição norte-americana*. Trad. Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. 2 ed., 4 reimpr. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamental na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. 2 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *In: Kriterion [online]*. Belo Horizonte, Vol. 54, n. 127, p. 197-210, jun. 2013.