

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

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

RICARDO ARAUJO DIB TAXI

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Ricardo Araujo Dib Taxi; José Claudio Monteiro de Brito Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-872-1

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

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Uma das questões que tem motivado os mais candentes debates diz respeito à mais justa forma de distribuir os direitos entre os integrantes da sociedade, o que tem sido chamado de justiça distributiva, ou, por alguns autores, como Nozick e Dworkin, às vezes, de igualdade distributiva.

As discussões a respeito, travadas de forma sistemática desde Aristóteles, normalmente são estabelecidas a partir de dois ideais políticos: liberdade e a igualdade, indo desde propostas mais extremadas, em que um dos dois ideais sobressai, como no libertarianismo e no marxismo, passando por teorias que maximizam os interesses majoritários da comunidade, caso do utilitarismo, ou que os vinculam à concepção majoritária de vida boa da comunidade, como no comunitarismo, até chegar em distribuição que pretende equilibrar os dois ideais acima mencionados, caso do liberalismo igualitário.

Essas concepções ou teorias são chamadas de teorias da justiça, e foram elas que dominaram as atividades do Grupo de Trabalho, compondo dez dos quatorze trabalhos defendidos, com destaque para o liberalismo igualitário, a partir das teorias de Rawls, Dworkin e Sen, mas também de Nussbaum, quer de forma puramente teórico-descritiva, quer relacionando esta concepção de justiça a bens da vida específicos, como o trabalho, a educação e a saúde.

Houve, ainda, a contraposição da teoria de Dworkin em relação a dois autores específicos: George, discutindo-se a ideia deste da aplicabilidade da Teoria da Lei Natural, e Posner, no caso o debate deste autor com Dworkin em torno da Análise Econômica do Direito.

Completando o conjunto de trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho temos mais quatro relacionados às teorias da decisão e da Argumentação, discutindo, principalmente, a maneira como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo diversas questões, como no caso dos prefeitos itinerantes, ou manejando questões processuais, além de, em um texto específico, discutir-se princípios que interferem na noção de justiça ambiental

É um conjunto alentado de textos, que renderam boas discussões entre os participantes do Grupo de Trabalho, e que, estamos seguros, renderão uma boa leitura, o que recomendamos fortemente.

José Claudio Monteiro de Brito Filho - CESUPA

Ricardo Araujo Dib Taxi - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE JOHN RAWLS E A TUTELA JUDICIAL INDIVIDUAL DO DIREITO À SAÚDE

JOHN RAWLS'S EQUAL LIBERALISM AND THE INDIVIDUAL COURT OF HEALTH RIGHTS

Heloisa Sami Daou ¹

Resumo

Artigo que analisou o direito fundamental social à saúde e a possibilidade de sua tutela na esfera individual, a partir do liberalismo igualitário de John Rawls. Analisou-se a concepção de justiça de Rawls. Destacou-se acerca da tutela do direito à saúde no Brasil com base na CRFB/88. Por fim, o liberalismo de princípios de Rawls foi apontado como concepção teórica suficiente para sustentar a possibilidade de tutela do direito à saúde dos indivíduos singularmente considerados. A pesquisa é descritiva, qualitativa e utiliza do método hopotético-dedutivo, com suporte teórico na teoria de Justiça como Equidade de Rawls.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, Política pública, Judicialização, Poder judiciário, Tutela individual

Abstract/Resumen/Résumé

Article that analyzed the fundamental social right to health and the possibility of its protection in the individual sphere, from the egalitarian liberalism of John Rawls. Rawls's conception of justice was analyzed. It stood out about the protection of the right to health in Brazil based on CRFB / 88. Finally, Rawls's liberalism of principles was pointed out as sufficient theoretical conception to support the possibility of safeguarding the right to health of singularly considered individuals. The research is descriptive, qualitative and uses the hopotetic-deductive method, with theoretical support in Rawls's theory of Justice as Equity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental social rights, Public policy, Judicialization, Judicial power, Individual tutelage

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do Grupo de Pesquisa Concretização de Direitos Fundamentais(CESUPA/CNPq). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA). Professora.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os direitos sociais fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o direito à saúde, ou a falta dele, tem suscitado inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência, não havendo uniformidade nas teses defendidas pelos doutrinadores que se ocupam do assunto, especialmente no que diz respeito ao aspecto da subjetividade desse direito e a possibilidade de sua tutela na esfera individual.

O direito à saúde está previsto no rol dos direitos sociais, dispostos na CRFB/88 no Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, que versa sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. O art. 6º da CRFB/88 estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A topografia constitucional evidencia a importância dada pelo constituinte aos direitos fundamentais, que logo no preâmbulo são evidenciados. Logo em seguida, a partir do art. 5º, o Constituinte estabelece o rol dos direitos fundamentais. A disposição desses direitos no texto constitucional, logo no início, revela a opção do constituinte de que todos os dispositivos subsequentes sejam interpretados com base na necessidade de garantia desses direitos por imperativo lógico da dignidade da pessoa humana, utilizando-os como parâmetros hermenêuticos.

Os direitos fundamentais são, desse modo, todos eles marcados pela essencialidade, bem como são ferramentas por meio das quais o Estado pode garantir a dignidade da pessoa humana, uma vez que eles são dela decorrentes. O princípio da dignidade da pessoa humana, tão caro para o Estado instituído no Brasil a partir da CRFB/88 impõe que todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles de cunho prestacional, sejam garantidos em níveis adequados a todos os indivíduos, sem restrições que desconsiderem as suas necessidades particulares.

A partir do art. 196, já destacada a fundamentalidade dos direitos sociais, bem assim do direito à saúde, o constituinte destaca a sua forma de garantia, dando destaque às políticas sociais e econômicas. O constituinte não somente fez previsão de uma gama de direitos prestacionais, mas reservou aos poderes políticos competentes a tarefa de implementá-los. Instituiu, ainda, um Poder Judiciário forte, capaz de proteger os direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos, quando necessária sua atuação e contra eventuais excessos da vontade da maioria. Portanto, é importante que o Poder Judiciário assumira uma posição de

destaque, exercendo, em níveis adequados, a importante tarefa de garantir concretude aos direitos sociais fundamentais, quando os Poderes Legislativo e Executivo não lograrem fazê-lo de maneira satisfatória.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva analisar o direito fundamental social à saúde e a possibilidade de sua tutela na esfera individual, a partir do liberalismo igualitário de John Rawls, considerado o modelo teórico adequado para fundamentar essa possibilidade, principalmente com base na concepção contemporânea de Justiça distributiva de Rawls.

Analisar-se-á, inicialmente a concepção de justiça de Rawls delineada na obra *Uma Teoria de Justiça*. Posteriormente, destacar-se-á acerca da tutela do direito à saúde no Brasil com base na CRFB/88. Por fim, o liberalismo de princípios de Rawls será apontado como concepção teórica suficiente para sustentar a possibilidade de tutela do direito à saúde dos indivíduos singularmente considerados.

A pesquisa é descritiva quanto aos objetivos, qualitativa no que diz respeito à abordagem e se utiliza do método hipotético-dedutivo. Aplica-se o procedimento de análise do material doutrinário e legislativo referente ao tema, bem como se busca suporte teórico na Filosofia Política, especificamente na teoria de Rawls para responder ao problema proposto.

2 O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS DE JOHN RAWLS

John Rawls é um marco na história da filosofia política. Sua teoria, desenvolvida especialmente na obra *Uma Teoria da Justiça*, lançada em 1971, tem sido considerada como um divisor de águas. Rawls reacendeu o debate sobre o ideal e os fundamentos de uma sociedade justa, ao propor uma concepção de justiça chamada *Justiça como Equidade* e revigorou a teoria tradicional do contrato social, apresentada por Lock, Rousseau e Kant.

Contudo, a melhor forma de distribuir direitos e liberdades em uma sociedade continua sendo uma questão polêmica e de difícil resposta na filosofia política, isso porque o debate pode suscitar diversas concepções de justiça distributiva, todas elas, cada uma ao seu modo, buscando soluções para as diversas formas de desigualdades.

Nesse sentido, a teoria da justiça como equidade, como toda teoria da justiça, busca alternativas para uma melhor distribuição de bens e riquezas na sociedade. Rawls não se exime de responder três perguntas básicas a todo teórico da justiça distributiva: o que distribuir? A quem? De que maneira?

John Rawls inaugurou uma nova maneira de se conceberem os deveres e o papel do Estado para com a sociedade. Ele mantém o respeito pela autonomia individual, mas considera

que o Estado não pode se escusar de garantir a todos os indivíduos e a estes isoladamente uma gama de bens primários, necessários à consecução de qualquer projeto de vida. Para ele, “tratar casos semelhantes de maneira semelhante não é garantia suficiente de justiça substantiva” (RAWLS, 2016, p.71). Assim, a função do Estado inicia-se e se esgota na garantia do básico, a partir de quando deve ser neutro.

A teoria de Rawls é deontológica, o que implica dizer que o justo prevalece sobre o bem. Nessa abordagem, Rawls retoma Kant, para quem a noção de justiça considera cada pessoa como um fim em si mesma e não como meio que pode ser colocado em sacrifício para o bem da maioria. Contudo, Rawls vai além de Kant, trazendo para o debate a dimensão institucional da justiça, sustentada a partir da noção de justiça como atributo central para a cooperação social e que faz referência à estrutura básica da sociedade. Ele assinala que:

[...] a justiça é a primeira virtude das instituições sociais (...) cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade não pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalanceados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses pessoais” (RAWLS, 2016, p.04).

Para Rawls a justiça de uma sociedade mostra-se na igualdade entre os seres humanos como valor intrínseco. Assim, todo o suporte necessário – direitos, oportunidades, liberdades e recursos sociais – para que cada um possa desenvolver a vida de acordo com suas próprias convicções morais deve ser oferecido pelas instituições básicas.

Desse modo, a adequada concretização de direitos fundamentais, na visão rawlsiana deve, antes de qualquer coisa, estar voltada para as necessidades de cada pessoa, ou seja, não se admite que uma pessoa sequer seja sacrificada em suas necessidades básicas, nem mesmo em prol de um benefício para a coletividade.

Ademais, Rawls é um contratualista, tradição que considera a constituição política e as leis como justas somente quando acordadas por pessoas racionais e livres, com direitos iguais e com igual autoridade política. Nesse sentido:

A natureza hipotética do acordo de Rawls na posição original se parece a ideia do contrato original de Kant, do qual Kant disse que é um contrato social hipotético e não real. Na leitura de Rawls todos os proponentes principais da tradição do contrato social, desde Hobbes, através de Locke e Rousseau, até Kant, consideram o contrato social como um experimento de pensamento hipotético que está desenhado para mostrar quais são os termos mais razoáveis de cooperação entre pessoas racionais que são consideradas iguais (FREEMAN, 2016, p. 35)¹.

Duas ideias são fundamentais na teoria rawlsiana: a sociedade como um sistema de cooperação e a estrutura básica da sociedade. Primeiramente, a cooperação social é elemento indispensável na sociedade bem ordenada. É dizer: os seus integrantes, cada um com seus respectivos talentos, devem interagir a fim de criar um ambiente social melhor para todos, por entenderem que isso melhora tanto a situação da sociedade como a sua própria, mais do que se agissem cada um por si. E, a partir desta compreensão, todos estariam dispostos a seguir as regras que ordenam a união societária.

Ao mesmo tempo em que a sociedade é marcada pelo conflito de interesses, sua unidade baseia-se na aceitação, por parte dos cidadãos, de uma concepção política da justiça que faz uso de ideias do bem, consideradas razoáveis (ou seja, compatíveis com essa concepção política da justiça) e que compartilham a mesma concepção de pessoa, o que garante que os princípios da justiça sejam aplicados, além de assegurar a estabilidade social.

No que diz respeito à estrutura básica da sociedade, Rawls (2016, p.09) afirma que a justiça de um arranjo social depende, em essência, “de como se atribuem os direitos e deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade”. Assim, a finalidade primeira da teoria consiste em formular uma concepção de justiça cujos princípios sejam a baliza de tratamento para as questões clássicas relacionadas somente a um contexto específico: a estrutura básica.

Para Rawls, em uma sociedade bem ordenada, os arranjos sociais são justos a partir do conceito de justiça procedimental pura, ou seja, não importa o resultado quando o método é justo, porquanto aceito previamente por todos. Nesta sociedade, os indivíduos confiam nas instituições, pois elas lhes proporcionam confiança do seu próprio valor e de que os seus planos terão chances exitosas; estes agirão de maneira justa desde que seus atos estejam em conformidade com as exigências destas instituições.

¹ No original: La naturaleza hipotética del acuerdo de Rawls en la posición original se parece a la idea del contrato original de Kant, del cual Kant dice que es un contrato social hipotético y no real. En la lectura de Rawls todos los proponentes principales de la tradición del contrato social como un experimento de pensamiento hipotético que está diseñado para mostrar cuáles son los términos más razonables de cooperación entre personas racionales que son consideradas iguales (FREEMAN, 2016, p. 35).

É fundamental perceber que Rawls reconhece a ligação entre o justo e o bem como dois conceitos fundamentais, mas se afasta das teorias teleológicas como ideais de ligação desses conceitos, especialmente pelo fato de essas teorias definirem o bem de maneira independente do justo. Ao contrário, Rawls insere uma teoria do bem em sua obra, mas reafirma o caráter deontológico do seu projeto, pois a justiça na teoria do autor parece ir além da mera preocupação com interesses circunstanciais. A preocupação é com uma concepção geral de bem, ou seja, proporcionar o básico a todos e permitir a liberdade do cidadão para perseguir seu próprio plano de vida boa.

Rawls insere uma teoria do bem em sua obra, no capítulo VII, mas isso fortalece o caráter deontológico da sua teoria, pois para ele, a escolha de bens primários, entendidos como bens que todos escolheriam, antecede a escolha dos princípios da justiça, vez que são bens necessários para esta escolha. E a concepção de cada indivíduo sobre o bem próprio se adapta aos princípios de justiça.

Os bens primários, na teoria de Rawls, são definidos como coisas que sempre seria melhor ter mais do que menos, ou, em outras palavras, coisas que todo homem racional deseja mais que outras ou deseja ainda que deseje outras. Desse modo, esclarece Kymlicka (2006, p. 83):

Estamos todos comprometidos com um ideal de boa vida e certas coisas são necessárias para perseguir estes compromissos, seja qual for seu conteúdo mais específico. Segundo a teoria de Rawls, estas coisas são chamadas de “bens primários”. Há dois tipos de bens primários:

1. bens primários sociais – bens que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como renda e riqueza, oportunidades e poderes, direitos e liberdades;
2. bens primários naturais – bens como saúde, a inteligência, o vigor, a imaginação e os talentos naturais, que são afetados pelas instituições sociais, mas não são diretamente distribuídos por elas.

Nesse sentido, importante destacar que os bens primários a que Rawls se refere são os sociais, pois possuem estreita relação com a estrutura básica da sociedade, conforme destaca Brito Filho (2016, p. 45):

Os bens primários a que Rawls se refere, a propósito, são os bens primários sociais, e que, como explica Kymlicka, constituem os distribuídos pelas instituições sociais, e não os naturais, como a saúde e os talentos, entre outros, e que, embora possam ser influenciados de diversas formas pelas instituições sociais, não são por elas distribuídos.

Assim, pode-se resumir a lista de Rawls falando de autoestima ou autorrespeito, direitos, liberdade e oportunidades, bem como renda e riqueza (RAWLS, 2016, p. 110). Mesmo em uma

teoria deontológica não é possível prescindir desses bens, uma vez que eles não se relacionam às particularidades, mas são bens gerais, necessários para o sucesso de qualquer plano de vida, diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana. Logo, não se justifica a prioridade do justo impondo uma doutrina particular.

Mesmo diante de tantas diferenças entre as pessoas, há bens que todos escolheriam em uma posição original, embora cobertos pelo véu da ignorância, sem conhecimentos sobre o futuro, em que as escolhas são feitas com base em fatos gerais e as pessoas não conhecem sequer a noção de próprio bem, esses bens são imprescindíveis.

Gargarella (2008, pg. 23) reforça, afirmando que:

Os ‘bens primários’ seriam aqueles bens básicos indispensáveis para satisfazer qualquer plano de vida. (...). A ideia, nesse caso, corresponde a princípios claramente não perfeccionistas: qualquer pessoa precisa estar em condições de buscar seu próprio projeto de vida, independentemente – em princípio – do conteúdo dele.

Rawls observa que, em circunstâncias normais, as pessoas preferem liberdades e oportunidades mais amplas às mais restritas e uma parcela maior, e não menor, de riqueza e renda. Parece bem claro que estas coisas são boas. Mas, também acrescenta à sua lista o autorrespeito ou a confiança na noção do próprio valor, que defenderá adiante como sendo o mais importante bem primário.

Para Rawls (2016), pode-se definir o autorrespeito ou autoestima em dois aspectos:

Em primeiro lugar, (...), essa idéia contém o sentido que a pessoa tem de seu próprio valor, sua firme convicção de que vale a pena realizar sua concepção de bem, seu projeto de vida. E, em segundo lugar, o auto-respeito implica uma confiança na própria capacidade contanto que isso esteja ao alcance da pessoa, de realizar suas próprias intenções. (...). Sem ele, parece que não vale a pena fazer nada, ou, se alguma coisa tem valor para nós, falta-nos disposição para luta por ela (RAWLS, 2016, p. 544).

Com uma quantidade maior de bens primários Rawls conclui que “(...), em geral é possível prever um maior êxito na realização das próprias intenções e na promoção dos próprios objetivos, sejam quais forem esses objetivos” (RAWLS, 2016, p. 110). Ou seja, os indivíduos são livres para o desenvolvimento de seus planos de vida, com base em suas próprias concepções de vida boa e devem arcar com a responsabilidade de suas escolhas.

A sociedade de Rawls é presumidamente bem ordenada e ele denomina a situação inicial de posição original, hipoteticamente, a situação na qual os membros da sociedade decidem, em que são escolhidos os princípios de justiça e os indivíduos estão cobertos pelo “véu da ignorância”. Significa dizer que os cidadãos que participam da formulação desses princípios

não possuem informações nem sobre suas condições sociais, nem sobre a de outros, o que também garante que determinadas concepções individuais do bem não tenham influência sobre a escolha dos princípios.

Esses princípios regularão a estrutura básica da sociedade e cuidam, tão somente, da distribuição dos bens primários, reitera-se, aqueles que “se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje” (RAWLS, 2016, p. 110). Nesse sentido, os dois princípios de justiça são formulados da seguinte maneira:

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
(b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2016, p. 376).

“Esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo” (RAWLS, 2016, p. 74). Essa organização serial léxica significa que há uma complementariedade circular entre um direito e outro, o que confere a cada constituinte da ordem um peso, evitando, dessa forma, que se tornem mutuamente substituíveis. Desse modo, não há como um bem substituir o outro, ou seja, um não pode ser preterido em favorecimento ou para o exercício de outro.

A articulação de Rawls nos dois princípios reúne três componentes. O primeiro princípio abrange as liberdades e os direitos fundamentais que devem ser assegurado igualmente a todos e engloba os direitos liberais clássicos, tais como as liberdades de pensamento e associação e os direitos e liberdades essenciais à estrutura democrática; o segundo reúne elementos de igualdade equitativa de oportunidades que devem ser iguais para alcançar posições na sociedade àqueles que têm talentos similares, além de reunir elementos do princípio de diferença ou critério *maximin* de justiça social, para o qual somente deve-se admitir a desigualdade econômica que favorecer ao terço mais pobres da sociedade (VITA, 2016, p. XXIII-XXIV).

Ademais, em relação ao primeiro princípio, Freeman (2016, p. 61) esclarece:

A ideia primordial do primeiro princípio é que há certos direitos e liberdades básicos da pessoa que são más importantes que outros, e que são necessários para caracterizar o ideal moral das pessoas livres e iguais. Com o primeiro princípio Rawls pretende, primeiro, definir um ideal democrático de cidadãos

livres que têm status cívico igual com poderes para influenciar equitativa e efetivamente na legislação e participar da vida política pública. (...). Segundo, o primeiro princípio na Teoria da Justiça é parte do ideal liberal de Rawls de pessoas livres e autônomas que desenvolvem suas capacidades humanas e configuram e seguem modos de vida que são intrinsecamente gratificantes.²

O Princípio da Diferença, por sua vez, trata da distribuição de renda e riqueza, e de cargos de autoridade e responsabilidade na sociedade, abarcando dois subprincípios, a saber: a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. Rawls aceita as desigualdades econômicas e sociais, ele sabe que elas vão sempre existir, mas desde que tragam maiores benefícios possíveis aos mais necessitados e desde que haja igualdade de oportunidades.

No que diz respeito à igualdade equitativa de oportunidades, tem-se que, por meio dela, devem ser garantidas oportunidades iguais de acesso aos cargos e a posições de autoridade na sociedade. Portanto, assim como o primeiro princípio, este subprincípio volta-se à igualdade de oportunidades. Sobre ele, Brito Filho (2015, p. 59) exorta:

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades, que para Rawls não deve ser visto como conduzindo a uma sociedade meritocrática, tem como objetivo garantir que todos tenham acesso, de forma equitativa, aos cargos e posições disponíveis, e isso pode indicar que, em alguns casos, deverá a sociedade dar mais atenção aos que têm menos, em termos de talentos e de condições sociais e econômicas.

Por sua vez, o subprincípio da diferença admite distribuição desigual de renda e riqueza, desde que essa desigualdade seja benéfica para todos, especialmente aos mais necessitados ou menos favorecidos. É o que Brito Filho (2015, p. 59) chama de desigualdade controlada, para o qual:

Ela teria, como teto, o que cada indivíduo licitamente amealhar, menos o que é destinado, especialmente pela tributação – e que pode ser progressiva –, à redistribuição, e como piso os Direitos Humanos e, no plano interno dos Estados, os Direitos Fundamentais, que podem ser representados, na teoria de Rawls, pelos bens primários, mais abaixo referidos.

O princípio da diferença é, então, direcionado primeiramente às instituições da estrutura básica da sociedade. É importante observar que esse princípio possui um papel importante na justiça como equidade, pois reúne tanto um princípio de reparação, segundo o qual tanto as

² No original: La idea primordial del primer principio es que hay ciertos derechos y libertades básicas de la persona que son más importantes que otros, y que se necesitan para caracterizar el ideal moral de las personas libres e iguales. Com el primer principio Rawls pretende, primero, definir un ideal democrático de ciudadanos libres que tiene estatus cívico igual con poderes para influir equitativa y efetivamente em la legislación y participar en la vida política pública. (...). Segundo, el primer principio em Teoría de la justicia es parte del ideal liberal de Rawls de personas libres autónomas que desarrollan sus capacidades humanas y configuran y siguen modos de vida que son intrinsecamente gratificantes (FREEMAN, 2016, p. 61).

igualdades como as desigualdades imerecidas devem ser reparadas, quanto uma concepção de reciprocidade, pois as arbitrariedades naturais e sociais só devem ser admitidas quando resultarem em benefício comum.

Por isso, Freeman (2016, p 106) conclui:

O princípio da diferença de Rawls não adiciona simplesmente um dever de justiça para assistir aos pobres através de uma lista tradicional de deveres que a sociedade tem em relação aos seus Membros. Não é apenas o dever de prestar "pagamentos de bem-estar" ou assistência pública a quem se encontra limitado por circunstâncias infelizes. O princípio da diferença é mais profundo do que isso e funciona em plano diferente. Ele deve ser projetado desde o início, com base em perspectivas econômicas dos menos favorecidos, instituições legais que especifiquem direitos de propriedade e contrato, e instituições econômicas que tornem possível a produção, o comércio e o consumo.³

Segundo Rawls (2016, p.122), “a distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos”. Por isso, o princípio de diferença se refere às instituições. Isso não quer dizer que os mais afortunados não tenham direito de gozar normalmente dos seus talentos naturais e de tudo que venham a conquistar a partir deles; a grande questão é garantir esse direito de acordo com as normas de um sistema equitativo de cooperação social. Portanto, fica claro que há em Rawls uma evidente preocupação com os menos favorecidos.

Desta análise dos princípios da justiça, há preocupações de Rawls que restam evidentes: em primeiro lugar, o autor preocupa-se com a igualdade formal no que diz respeito às liberdades fundamentais. Em segundo lugar, há uma forte preocupação com a igualdade material na distribuição de renda e riqueza e no acesso aos cargos e posições na sociedade, pois não basta às pessoas liberdade formal se a elas não forem concedidas condições de liberdade material. É dizer que dos princípios de justiça se extrai o nítido objetivo de proporcionar a todos, singularmente considerados, condições materiais necessárias para realização dos seus planos de vida, quaisquer que sejam eles.

A ideia de sociedade justa exposta na obra de Rawls indica uma preocupação que

³ No original: El principio de diferencia de Rawls no agrega simplemente un deber de justicia para asistir al pobre mediante una lista tradicional de deberes que la sociedad tiene para con sus miembros. No se trata sólo del deber de proveer “pagos de bienestar” o asistencia pública a quienes se encuentran limitados por circunstancias desafortunadas. El principio de diferencia es más profundo que eso y funciona en un plano diferente. Deben diseñarse desde el principio, con base en las perspectivas económicas de los menos favorecidos, instituciones legales que especifiquen derechos de propiedad y contrato, e instituciones económicas que hagan posible la producción, el comercio y el consumo (FREEMAN, 2016, p. 106).

transcende os interesses individuais. Em seu projeto de sociedade bem ordenada e justa, os indivíduos são vistos como cidadãos iguais, ou seja, todos têm valor intrínseco e, em razão disso, todos possuem importância para a sociedade e o Estado justo não pode impor aos indivíduos uma única ideia de bem. Assim, a cada um é dada liberdade para perseguir seu plano de vida conforme suas próprias convicções de bem e ideia de vida boa, cabendo, contudo, ao Estado a garantia do mínimo necessário para perquirição de qualquer projeto de vida, ou seja, os bens básicos. A atuação do Estado, com base em uma ideia de justiça, inicia e se esgota na distribuição de bens fundamentais, mas esta atuação é essencial e indispensável.

3 A TITULARIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Já foi mencionado que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas econômicas e sociais, obedecidas as necessidades dos indivíduos beneficiários do direito em suas particularidades, como mandamento constitucional decorrente da dignidade humana em estreita relação às exigências de justiça social.

Não obstante o mandamento constitucional, na prática, o que se observa é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais ainda encontra óbice, tanto em razão de ainda existir resistência de parte da doutrina à plena e incondicional realização desses direitos, a partir da força dos argumentos negativos de fundamentalidade, quanto pela argumentação de que esses direitos são afetos à decisões políticas, que, portanto, devem obedecer critérios de escolha dos administradores, pois exigem, dentre outras coisas, gerenciamento de recursos financeiros, o que deve ser feito pelos poderes Executivo e Legislativo.

A relação dos direitos sociais com as políticas públicas ainda suscita outros argumentos contrários à plena concretização dos direitos sociais, relacionadas à titularidade individual ou transindividual desses direitos.

Nesse sentido, argumentos diversos sustentam que o direito à saúde, por ser um direito social, deve apenas ser pleiteado de maneira coletiva, inclusive diante da previsão da própria CRFB/88 ao determinar a implementação de políticas públicas, argumentos tendentes a limitar ou até mesmo impedir demandas judiciais de saúde de forma individualizada, convergindo para a defesa de uma titularidade exclusivamente coletiva.

Nesse sentido, manifesta-se Scaff (2010, p. 30):

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de ‘políticas sociais e econômicas’, porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma

política pública. Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.

Para o autor, embora exista espaço para atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, esse não pode ser “transformado em um instrumento de grupos em prol de interesses individuais” (SCAFF, 2010, p. 42). Em seu entender, muitas vezes as demandas individuais acabam por interferir no orçamento que seria destinado ao coletivo. Logo, entende ser necessário uma análise cuidadosa para que o Judiciário não se transforme em um instrumento a arrecadar verbas públicas para o uso individual.

Por sua vez, Maués (2010), ao admitir a atuação do Judiciário em demandas individuais, estabelece limites e condicionantes, quais sejam, o respeito ao princípio da universalidade e integralidade. Portanto, para o autor, “o campo de excelência em que essas decisões são tomadas é o das leis orçamentárias” (MAUÉS, 2010, p. 270), e quando não, haveria um “sequestro” dos bens da sociedade em prol do indivíduo.

Além do mais, o autor relaciona ainda o conflito existente nas demandas sobre saúde aos dois princípios e afirma que demandas desse tipo não devem ser tidas como conflito bilateral entre o indivíduo e o poder público, pois a universalidade e integralidade impõem que sejam tratados como um conflito plurilateral, diretamente relacionado à apropriação dos indivíduos dos recursos que são comuns (MAUÉS, 2010).

Assim, complementa:

Consequentemente, são inadequadas as decisões judiciais que ordenam o sequestro ou remanejamento de verbas públicas, pois seu caráter emergencial não permite as ações de planejamento necessárias para uma eficiente implementação das políticas públicas (MAUÉS, 2010, p. 271).

Amaral (2013), a seu turno, quando explana sobre as diversas linhas de argumentação envolvendo o tema saúde, explica que há aqueles que defendem que na falta de recursos para atender a todos em matéria de direitos sociais, deve-se retirar de outras áreas, nas quais a aplicação dos recursos não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais ao homem. Contudo, para o autor, o discurso, embora bonito, não é realizável. Diante de necessidades infinitas e limitada disponibilidade de recursos para garantia do direito à saúde o discurso aproxima-se da utopia.

Diante da questão da escassez, destaca o autor:

A noção de justiça e moralidade, qualquer que seja, deve levar em conta não apenas um catálogo de “boas intenções”, aspirações legítimas ou utopias distantes, mas sim os resultados concretos que se pode antever para o sentido. Ademais, *as soluções justas para o caso* devem ter por substrato a enunciação

de normas com um mínimo de generalidade e um nível ao menos adequado de não contradição.

Dizer “que todos sejam atendidos” é discurso legítimo no campo dos atores sociais. Todavia, quando tais pessoas estão investidas na qualidade de atores jurídicos, mormente estatais, e se está presente um quadro de falta de elementos objetivos para o atendimento, nos parece mister apontar a origem dos meios e os critérios de escolha (AMARAL, 2013, p. 124).

Para Amaral (2013), a busca de justiça e moralidade está ligada a soluções concretas, e não a utopias; no caso de medicamentos, por exemplo, a efetivação de direitos sociais por meio de demandas individuais acaba por “tornar o Judiciário o alocador de recursos públicos” (AMARAL, 2013, p. 125).

Entretanto, em face da caracterização constitucional do direito à saúde, não é possível interpretar no mesmo sentido dos autores. Ao contrário, é dizer: se percebida, na prática, que a realização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas voltadas à coletividade não é satisfatória para um indivíduo que seja, está este indivíduo autorizado a requerer frente aos poderes públicos medidas que lhe garantam efetividade da prestação de direitos fundamentais pelo Estado, pois a sua dignidade de pessoa humana é razão suficiente para isso. Nesse sentido:

(...) é forçoso admitir que o direito à saúde, embora classificado como um direito social, também é um direito fundamental individual, pelo menos em sua fruição, com a consequência de que o Estado é obrigado a proporcionar a cada indivíduo o que for necessário para que esse direito seja satisfeito (BRITO FILHO, 2014, s.d.).

Dessa forma, ainda que o constituinte tenha relacionado o direito à saúde à coletividade é preciso ter clareza de que isso em nada diminui seu conteúdo e nem a obrigatoriedade de sua realização com base nas necessidades de cada pessoa individualmente considerada, isso porque a promoção da dignidade da pessoa humana é assegurada por meio dos direitos e garantias fundamentais, o que desloca a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando-a em uma obrigação jurídica e imperativo de justiça social.

É evidente que a questão da saúde envolve, além da coletividade, o indivíduo em sua particularidade. O direito fundamental à saúde, embora previsto no rol dos direitos sociais, pode também ser tutelado na esfera individual, pois sua fruição se dá no plano do indivíduo.

Ademais, o constituinte, no art. 196 dispôs, claramente, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. A utilização do termo “todos”, ressalta Sarlet (2013, p. 155) “não constitui indicativo de que a titularidade será necessariamente coletiva (transindividual), ainda mais no sentido de uma exclusão da titularidade individual”.

Logo, o Estado deve planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam saúde das pessoas, mas deve também garantir à saúde de cada pessoa individualmente. Em outras palavras: o Estado deve assegurar saúde à coletividade, mas não pode se escusar de nenhum indivíduo, porque ao lado do interesse geral há o interesse pessoal e as pessoas vão manifestar necessidades diferentes.

Assim, a preferência de alguns doutrinadores pela garantia do direito à saúde em tutelas coletivas não pode excluir a dimensão individual desse direito, uma vez que ambas as dimensões coexistem. Esse é o entendimento dispensado por Sarlet (2013, p. 171-172):

[...] quanto os direitos sociais (como, de resto, os direitos fundamentais no seu conjunto) em geral, quanto o direito à saúde em particular, possuem uma dupla dimensão individual e coletiva, e, nesta medida, uma titularidade – no que diz com a condição de sujeito de direitos subjetivos- igualmente individual e transindividual, tal como acertadamente vem sendo reconhecido pelo próprio STF. Cuida-se, portanto, de direitos de todos e de cada um, de tal sorte que o desafio é saber harmonizar, sem que ocorra a supressão de uma das dimensões, ambas as perspectivas.

Desse modo, está o indivíduo legitimado para propor ação individual em busca da garantia do seu direito à saúde, pela própria característica de titularidade desse direito e, ainda, por imperativo de justiça distributiva. Ademais, toda e qualquer política pública relativa à garantia do direito à saúde, especialmente a de acesso à medicamento, não deve se escusar de interpretar o direito desse mesmo modo.

O ideal de justiça distributiva que valoriza o indivíduo em suas particularidades deve ser buscado, mas não somente na via judicial, como também na via administrativa, na elaboração de políticas de saúde. Sobre esse ideal referido tratar-se-á mais profundamente na próxima seção.

4 O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS DE RAWLS COMO CONCEPÇÃO TEÓRICA SUFICIENTE PARA SUSTENTAR A POSSIBILIDADE DE TUTELA DO DIREITO À SAÚDE DOS INDIVÍDUOS

Nos termos até aqui expostos, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe que todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles de cunho prestacional, sejam garantidos em níveis adequados a todos os indivíduos, considerando as suas necessidades particulares. Para tanto, o Poder Judiciário deve assumir posição de destaque, garantindo, sempre que provocado, aos direitos sociais fundamentais, quando os Poderes Legislativo e Executivo não lograrem fazê-lo de maneira satisfatória.

Isso porque, ao primar pela dignidade da pessoa humana, o constituinte estabeleceu uma obrigação que se dirige ao Estado como um todo, incluindo todos os três Poderes dentre os quais as funções estatais são repartidas. As normas constitucionais definidoras dos direitos sociais fundamentais são normas jurídicas, dotadas, desse modo, de imperatividade capaz de obrigar os Poderes da República ao fiel cumprimento.

E, em se tratando de normas jurídicas, o seu não cumprimento, ou o seu cumprimento insatisfatório, pelos órgãos estatais encarregados para o exercício dessa função, abre-se a possibilidade de o Estado ser compelido a fazê-lo. Logo, o modelo de Estado implementado pelo Constituinte de 1988, centrado nos direitos fundamentais, implica, também, o reconhecimento de um Poder forte e independente, que tenha a função de garantir que todos os direitos fundamentais dos indivíduos sejam de fato concretizados, independentemente da vontade dos poderes políticos.

Propõe-se que as políticas públicas voltadas à garantia do direito à saúde voltem-se na direção do indivíduo e não somente da coletividade. É o ser humano individualmente considerado, e não o corpo coletivo ao qual ele pertence, que tem uma dignidade a ser respeitada e promovida. Portanto, os direitos fundamentais de todos os indivíduos devem necessariamente ser assegurados. E o liberalismo de princípios, exposto com mais riqueza de detalhes na primeira seção deste artigo, oferece o fundamento teórico mais apropriado para sustentar essa proposta.

Ainda que o constituinte tenha relacionado o direito à saúde a coletividade é preciso ter clareza de que isso em nada diminui seu conteúdo e nem a obrigatoriedade de sua realização com base nas necessidades de cada pessoa individualmente considerada, isso por próprio imperativo de garantia da dignidade da pessoa humana, o que desloca a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando em uma obrigação jurídica. E, ainda, o direito à saúde, embora social é um direito de fruição individual. Entender diferente é reforçar a tese reducionista daqueles que se utilizam do fato de ser o direito à saúde um direito social para lhe negar o caráter de direito subjetivo de índole individual, negando também que possa ser pleiteado judicialmente na via individual.

A justiça como equidade de John Rawls se ocupa, prioritariamente, do indivíduo e da satisfação das suas necessidades básicas, sob a responsabilidade do Estado, para que todos tenham acesso às condições materiais necessárias à livre elaboração e realização dos seus planos individuais de vida. E, ao fazê-lo, Rawls quer assegurar que nenhum indivíduo fique excluído da proteção estatal. Essa forma de se conceberem as obrigações do Estado para com a

sociedade é a razão principal pela qual se optou pela justiça como equidade como ideia base do fundamento teórico desta análise.

Segundo a teoria da justiça de Rawls, cada indivíduo, e não a coletividade como um todo, é titular de um conjunto básico de direitos, que lhe deve ser assegurado pelo Estado. E, nesse conjunto de direitos, está incluída uma parcela de bens materiais, a qual pode ser compreendida como o conteúdo dos direitos sociais fundamentais.

O Estado deve planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam saúde das pessoas, mas deve também garantir à saúde de cada pessoa individualmente. Em outras palavras: o Estado deve assegurar saúde à coletividade, mas não pode se escusar de nenhum indivíduo, porque ao lado do interesse geral há o interesse pessoal e as pessoas vão manifestar necessidades diferentes. “Cuida-se, portanto, de direito de todos e de cada um, de tal sorte que o desafio é saber harmonizar, sem que ocorra a supressão de uma das dimensões, ambas as perspectivas.” (SARLET, 2011, p. 144).

Desse modo, os direitos sociais fundamentais possuem uma tríplice característica: o Estado está obrigado a proporcioná-los aos indivíduos, ou a todos eles; sem eles não há condições de vida digna e, ainda, eles são direitos essenciais para todas as pessoas. “Os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade.” (SARLET, 2011, p. 131).

E ainda:

O Estado assume a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, por meio da realização de fins materiais. Para cumprir os ideais de Estado Social, a ação dos governantes deve ser racional e planejada, o que ocorre por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. As políticas públicas, definidas como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais, envolvem a atividade de planejamento, (...) (DUARTE, 2013, p. 16-17).

O Estado deve ter atuação decisiva na formulação das políticas públicas voltadas para realização de direitos fundamentais, diminuição de desigualdade na aquisição de serviços públicos a partir do planejamento, com a utilização de instrumentos de participação social fomentando o debate sobre os assuntos relevantes para a população.

Em sentido amplo, o direito à saúde abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos, bem como a organização de instituições, serviços,

ações e procedimentos. Em sentido estrito, a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de bens materiais ao titular desse direito fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Para Rawls (2016, p. 4) “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar”. Desse modo, a adequada concretização de direitos fundamentais na visão do autor deve, antes de qualquer coisa, estar voltada para as necessidades de cada pessoa, ou seja, não se admite que uma pessoa sequer seja sacrificada em suas necessidades básicas, nem mesmo em prol de um benefício para a coletividade.

O princípio da diferença, pensado por Rawls para regular a distribuição de renda e riqueza entre os membros da sociedade, garante que todos os indivíduos, sem exceção, tenham as suas necessidades básicas satisfeitas como objeto próprio da distribuição de recursos e, desta forma, lhes sejam proporcionadas as condições materiais necessárias à persecução dos seus objetivos individuais de vida. Isso porque a parcela de bens materiais a ser distribuída pelo Estado é pensada a partir das necessidades dos indivíduos menos favorecidos. Desta forma, o princípio da diferença controla as desigualdades surgidas no seio da sociedade, admitindo-as como justas somente se não comprometerem o acesso de nenhum indivíduo a essa parcela mínima de bens materiais.

O princípio da diferença interpretado a partir da realidade brasileira comporta o entendimento de que a parcela de bens materiais devida pelo Estado a todos os indivíduos corresponde ao conteúdo dos direitos sociais que contam com previsão constitucional, porque tidos como essenciais ao respeito e à promoção da dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, em razão do simples fato de serem humanos.

Acredita-se, assim, que toda produção de Rawls está diretamente relacionada à garantia de direitos sociais. Isso porque, para o autor, alguma distribuição de bem é devida “a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos” (FLEISCHACKER, 2006, p. 12). Depois porque os direitos sociais são todos necessários para uma vida digna, enquadram-se no conceito de bens básicos. E, por fim, porque a distribuição desses bens cabe ao Estado, que deve ter sua atuação, com base nessa ideia de justiça, iniciando e se esgotando na distribuição de bens fundamentais, a partir daí o Estado deve ser neutro.

É, com base nisso, que Fleischacker, mais a frente (2006, p. 12) sintetiza o conceito moderno de justiça distributiva nos seguintes termos:

Em resumo, dado o significado geral de “justiça”, pelo menos as seguintes premissas são necessárias para se chegar ao conceito moderno de justiça distributiva:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

As premissas acima podem ser resumidas em três: Em primeiro lugar, cada indivíduo é detentor de direitos básicos que lhe devem ser garantidos considerando suas necessidades individuais. Depois, dentre os direitos que devem ser distribuídos há uma parcela de bens materiais e, por fim, essa distribuição cabe ao Estado.

O direito à saúde, considerado como um bem básico a partir da teoria de Rawls é, assim, de responsabilidade do Estado e deve ser garantido a cada indivíduo a partir de suas necessidades, impondo-se ao Judiciário, sempre que provocado, essa garantia em níveis adequados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos do que foi explanado no presente artigo, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é imposto pelo constituinte como baliza de toda atuação Estatal e impõe que o direito à saúde seja garantido amplamente.

Nesse sentido, é a CRFB/88 paradigmática e as normas que instituem direitos fundamentais são dotadas de imperatividade, o que significa dizer que o Estado lhe deve fiel cumprimento, de modo a garantir aos indivíduos uma vida digna.

Há, contudo, duas questões frequentemente enfrentadas em relação à garantia de direitos sociais, especialmente do direito à saúde: a ineficiência das políticas públicas voltadas à coletividade e a força de argumentos que tendem a negar a ampla garantia de saúde e a sua subjetividade, no sentido de não reconhecer a possibilidade de tutela judicial individual.

Entretanto, como foi explanado, a partir das características do direito à saúde e das normas que o instituem, não devem ser admitidos argumentos de cunho reducionista, quaisquer

que sejam eles, nem mesmo os que negam o caráter de direito individual, pois embora sendo um direito social, a sua fruição se dá individualmente.

É nesse sentido a teoria de justiça como equidade de Rawls, pois para ele cada indivíduo, e não somente a coletividade, é titular de um conjunto básico de direitos, todos indispensáveis para realização do plano de vida de qualquer indivíduo. Esses bens correspondem aos direitos fundamentais, dentre eles os sociais constitucionalmente previstos, todos eles igualmente essenciais ao respeito e à promoção da dignidade e que devem, desse modo, serem garantidos pelo Estado, que está juridicamente obrigado a fazê-lo.

Assim, colocar qualquer restrição à prestação de saúde é colocar nas mãos do Estado decisão que não é sua, uma vez que o constituinte já decidiu. Não cabe ao Estado dizer quem atende e quem não atende, quem deve ter direito a um determinado tratamento e quem não deve, quais medicamentos atendem a maioria e quais não e por isso não devem ser disponibilizados, pois decisões como estas acabam por prejudicar os menos favorecidos.

Ademais, só há realização do direito à saúde se as políticas públicas forem efetivas e os serviços forem prestados de forma plena, garantindo vida e dignidade aos indivíduos. Por fim, pensar no Estado é pensar em um Ente que não tem um fim em si mesmo, mas está a serviço das pessoas. Logo, trata-se de um Ente que existe única e exclusivamente pela vontade da coletividade, do povo, verdadeiros titulares do Poder, e, portanto, sua função primeira se perfaz na garantia de direitos tidos como essenciais pelo Legislador, como é o caso da saúde, direito social fundamental, assim considerado pelo Constituinte. Essa ideia vincula todos os Poderes ao fiel cumprimento dos objetivos da República. Portanto, perfeitamente possível e aceitável a intervenção do Judiciário em demandas individuais envolvendo a garantia do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117-147.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada dos direitos fundamentais sociais. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Orgs.). **Direito e desenvolvimento**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2014. p. 227-246.

_____. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Ações Afirmativas**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DUARTE, Clarisse Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-43 (capítulo 2).

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Traducción Adolfo García de la Sienna. México: FCE, 2016 (Colec. Sección de Obras de Filosofía).

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 1-31.

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

MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4ª ed. rev. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 117-147.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-41.

VITA, Álvaro de. “Apresentação da Edição Brasileira”. In: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4ª ed. rev. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.