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

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 – Goías
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 Prof.
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.

DIREITO À SAÚDE E LIBERALISMO RAWLSIANO

RIGHT TO HEALTH AND RAWLSIAN LIBERALISM

Versalhes Enos Nunes Ferreira [1]
José Claudio Monteiro de Brito Filho [2]

Resumo

Texto que analisa a alteração interpretativa do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito à saúde, de norma programática a direito público subjetivo, adotando como marcador de pesquisa o RE 271.286 AgR, buscando um prisma teórico que justifique esse entendimento. Para tanto, adotará o liberalismo igualitário de John Rawls como base teórica, que entendemos ser a concepção político-filosófica adequada ao propósito da justiça distributiva. Através do método dedutivo, discutiremos o problema da pesquisa, qual seja, um fundamento filosófico de justiça que se amolda à ideia de distribuição, satisfatória, do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde, Norma programática, Direito individual, John rawls, Justiça

Abstract/Resumen/Résumé

Text that analyzes the interpretative amendment of the Federal Supreme Court regarding the right to health, from programmatic rule to subjective public law, adopting RE 271,286 AgR as search marker, seeking a theoretical prism that justifies this understanding. To do so, he will adopt John Rawls's egalitarian liberalism as a theoretical basis, which we consider to be the political-philosophical conception suited to the purpose of distributive justice. Through the deductive method, we will discuss the research problem, that is, a philosophical foundation of justice that conforms to the idea of satisfactory distribution of the right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Programmatic standard, Individual rights, John rawls, Justice

---

[1] Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/BRASIL).

[2] Doutor em Direito pela PUC/SP e Professor do CESUPA (Centro Universitário do Estado do Pará).

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) consagrou, através de suas normas, um elenco de direitos individuais e coletivos tendentes ao propósito de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, alçada à categoria de fundamento da República, cabendo ao Estado Brasileiro, precipuamente, o dever de atuar visando efetivar os direitos fundamentais para todos, conquanto necessidades vitais básicas dos cidadãos, afastando os obstáculos que impedem ou dificultam a sua escorreita implementação.

Tomando por base este raciocínio, é tarefa do Estado a formulação, implementação, execução e fiscalização de políticas públicas para concretizar e ampliar, cada vez mais, os direitos essenciais inscritos pelo legislador constituinte originário na CRFB/88, almejando-se a realização da igualdade material e o exercício das liberdades básicas por cada cidadão. Nesta conjuntura, o direito à saúde desponta como bem jurídico tutelado em níveis constitucional e infraconstitucional, revelando-se como direito de todos e dever do Estado.

Neste estudo, objetiva-se demonstrar um parâmetro filosófico para o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao direito à saúde que, até a paradigmática decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286 ofertava, unicamente, a visão de norma programática a este direito essencial, sendo que após a prolação do acórdão no instrumento recursal supramencionado, conferiu à saúde a condição de direito público subjetivo, exigível pela via judicial, alterando, assim, seu entendimento acerca da matéria.

Convém frisar que o marcador de pesquisa utilizado, no caso, o RE 271.286 AgR, não afastou, por completo, a interpretação de que o artigo 196 da CRFB/88 é uma norma programática, porém, acresceu à saúde o *status* de direito subjetivo, possibilitando, desta forma, sua imediata exigibilidade no âmbito judicial, especialmente por representar consequência constitucional indissociável do direito à vida e meio de salvaguarda da dignidade humana. A questão que exsurge, em nosso sentir, é indicar uma ideia de justiça que fundamente o *decisum*.

Deste modo, o problema de pesquisa a que se propõe dirimir é: qual o prisma teórico capaz de fundamentar, no campo da filosofia política contemporânea, o entendimento esposado pelo STF no acórdão RE 271.286 AgR?. Busca-se deixar em perspectiva qual a ideia de justiça que regeu a decisão da Corte. Não podendo olvidar-se que realizar o direito à saúde é proteger o fundamento dos direitos humanos, ou seja, a dignidade da pessoa humana (BRITO FILHO, 2015; COMPARATO, 1998), qualidade intrínseca e distintiva de todos os seres humanos.

Para dar conta do problema de pesquisa e do objetivo referenciado, utilizar-se-á o Liberalismo igualitário de John Rawls como marco teórico, em especial na sua obra *Uma teoria da justiça,* que consagrou, originariamente, sua concepção de justiça intitulada Justiça como Equidade,

e que é suficiente para trabalhar o direito à saúde como necessidade concreta da pessoa individualmente considerada e meio hábil para a proteção da dignidade humana, reconhecendo-se, assim, sua jusfundamentalidade.

Metodologicamente, o estudo será uma análise teórico-normativa, utilizando-se de estudos nas doutrinas de Filosofia Política e Direito. Quanto à estrutura, inicialmente, abordam-se a norma constitucional programática e a mudança interpretativa do STF. Por fim, estudar-se-á a teoria da justiça de Rawls, explorando seu ideal de justiça alicerçado na distribuição de bens primários aos indivíduos, para que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida, para que possam lidar com seus próprios problemas e tomar parte na cooperação social.

2 A NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA E A MUDANÇA INTERPRETATIVA DO STF QUANTO AO DIREITO À SAÚDE

A promulgação da Carta Política da República em 1988 tornou-se um marco fundamental da retomada da democracia no Brasil, emergindo depois de mais de duas décadas de arbítrio e autoritarismo, expressando, de maneira contundente, um compromisso inequívoco com os direitos fundamentais dos cidadãos, envolvidos os valores da liberdade, igualdade e dignidade, cabendo ao guardião da Constituição, o STF, a tarefa da interpretação constitucional, voltada à afirmação das garantias constitucionais e realização concreta dos direitos essenciais.

Ao lado dos direitos de defesa e liberdades individuais, o constituinte originário previu um rol de direitos sociais e econômicos, vinculando o poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, a realizar prestações positivas em favor dos que necessitam, distribuindo ações e serviços nas áreas da educação, moradia, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, saúde etc., que revelam-se como necessidades básicas da sociedade e, por conta disso, devem ser efetivadas.

Ocorre que, os mandamentos constitucionais não possuem uma eficácia e/ou aplicabilidade uniformes, mesmo que suas linhas tratem de direitos fundamentais. Em princípio, todas as normas constitucionais possuem força normativa, o que significa dizer que apresentam alguma eficácia, porém, o grau de eficácia não é idêntico, assim como, a capacidade de incidência plena automática. À vista disso, a doutrina internacional e nacional dividiu as normas e ofertou-lhes diversas classificações.

Tavares (2018) leciona que autores como o americano Thomas Cooley e os italianos Vezio Crisafulli e Zagrebelsky se ocuparam da tarefa de classificar as normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, bem como, nomes da doutrina nacional a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e Carlos Ayres Britto, Luis Roberto Barroso e José Afonso da Silva. O

autor chega a levantar uma crítica geral direcionada às classificações em que normas de estatura constitucional não possuiriam ampla exigibilidade imediata.

Para Tavares (2018, p. 204), a defendida ineficácia de normas constitucionais por parte da doutrina é entendimento incompatível com a força normativa e supremacia do Texto Constitucional, chegando ao ponto de "impedir avanços sociais importantes, servindo inequivocamente para manter o estado de coisas inconstitucional em que nos encontramos atualmente". Continua, para dizer que condicionar o exercício de um direito à existência de norma infraconstitucional é fragilizar a hierarquia normativa de uma Constituição.

Aceitar a existência de uma norma constitucional sem vigência efetiva reveste-se de uma orientação que, acredita-se, referenda a ideia de que algumas conquistas, simplesmente, não seriam eficazes, pois, dependeriam da vontade política do legislador derivado ou constituído que, em certo sentido, teria mais poder do que o próprio constituinte original. E, em inexistindo tal aspiração legiferante por parte do Legislativo, garantias e direitos conquistados poderiam, facilmente, permanecer em inércia, desprovidos de utilidade prática.

Apesar da crítica levantada, a doutrina tradicional vem apresentando classificações para as normas constitucionais, partindo do pressuposto de que, como regra geral, todas as normas apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídica. Cunha Júnior (2012) preceitua que a eficácia social se liga ao fato da norma ser efetivamente obedecida e aplicada, e, a eficácia jurídica consiste na capacidade da norma em atingir seus objetivos, ou seja, conseguir desencadear todos os seus efeitos jurídicos aos seus destinatários.

Dentro deste contexto, apenas a título meramente informativo, especificamente na seara da eficácia jurídica, Lenza (2012) e Fernandes (2017) preceituam que existem três grupos de normas constitucionais, a saber: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (artigos 2º; 14, §2º; 134; 226 etc.); 2) normas de eficácia contida ou prospectiva e aplicabilidade direta e imediata (artigo 5º, VII, VIII, XIII, XV, XXIV etc.); e, 3) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, reduzida ou diferida (artigos 205; 227; 215 etc.).

A norma constitucional de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, reduzida ou diferida subdivide-se, por sua vez, em outras duas: normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo (artigos 18, §2º; 33; 90, §2º etc.) e normas constitucionais de princípio programático (artigos 7º, XX, XXVII; 173, §4º; 216, §3º; 218, §4º etc.) (LENZA, 2012; FERNANDES, 2017). Para o estudo, vai interessar a classificação ofertada ao direito à saúde (artigos 6º c/c 196 da CRFB/88), que recebe a identificação de norma programática.

Barroso (2015, p. 237), quando trabalha com as normas programáticas, explicita que essas normas "traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos". As normas programáticas, diz ele, não geram às pessoas a possibilidade de exigirem comportamentos

comissivos do Estado, isto é, não geram direitos subjetivos na sua versão positiva e, por consequência, não podem demandar os órgãos estatais no âmbito judicial. Assim, é necessário que os cidadãos usufruam das políticas gerais implementadas pelo Estado.

Já Canotilho (2003) afirma que essas normas condensam princípios definidores dos fins do Estado, e possuem conteúdo eminentemente social, motivo pelo qual, aduz ele, alguns autores realizam uma quase irrefutável conexão entre os direitos sociais, econômicos e culturais com as normas programáticas, resultando que estas acabam servindo como meio, como fundamento para pressão política sobre os órgãos competentes, para que eles regulamentem as prestações sociais visando à sua distribuição para a população.

Horta (2010) diz que as normas programáticas são não autoaplicáveis, reclamando atividade legislativa ulterior para esgotar o comando normativo constitucional, motivo pelo qual projetam a Constituição no futuro, revelando-se, desta forma, como simples programas, apelos ou diretivas ao legislador. E é exatamente por conta disso que Bonavides (2011, p. 245) introjeta a reflexão de que as modernas constituições são marcadas por significativos conteúdos programáticos, sobretudo por servirem de "pretexto cômodo à inobservância da Constituição".

Convém frisar, por oportuno, que as normas constitucionais programáticas não são destituídas de eficácia, apenas o constituinte não regulou direta e imediatamente alguns interesses, deixando a tarefa para os órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais, sendo que, remanesce para a comunidade o direito a que uma ação normativa seja protagonizada, efetivamente, pelo Estado, visando dar concretude posteriormente. Desta maneira, um dever para o legislador ordinário exsurge para a edição de legislação futura.

Frise-se que as vias de realização das normas programáticas são as leis complementar e ordinária, porém, há normas que não se exaurem, diretamente, na atividade legiferante. Isso porque, alude Horta (2010), nem toda norma constitucional que depende de lei pode ser considerada de conteúdo programático, pois esse subgrupo está vinculado a uma diversidade de comandos que, estabelecem fundamentos, fixam objetivos, declaram princípios e enunciam diretrizes. Então, somente a complementação legislativa ulterior não esgota este tipo normativo.

Pois bem. Superadas essas primeiras impressões, convém lançar luzes para a ligação entre o direito à saúde dos artigos 6º e 196 da CRFB/88 e a ideia de norma programática acima referenciada. As doutrinas de Lenza (2012), Cunha Júnior (2012), Fernandes (2017) e Mendes (2016) asseveram que o direito à saúde do artigo 196 da CRFB/88 é uma norma programática, sendo que este último autor aduz que tratá-lo, unicamente, como princípio programático é "negar a força normativa da Constituição" (MENDES, 2016, p. 685).

A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de reconhecer que o artigo 196 da CRFB/88 é uma norma de caráter programático, necessitando de posterior realização mediante

adoção de políticas públicas, requerendo disponibilidade de recursos para tal desiderato, citando-se, como exemplos desse entendimento, o AI 232.469 de 1998, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e o AI 550.530 AgR de 2012, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, denotando a permanência interpretativa ao longo do tempo.

O problema é que muitos dos direitos fundamentais inscritos na CRFB/88 não alcançaram realização à população, deixando em situação de frustração aqueles que depositaram confiança no Texto de 1988 que representou um marco zero na perspectiva de uma nova história. A falta de efetividade dos mandamentos constitucionais, notadamente aqueles instituidores dos direitos básicos, fragiliza a força normativa da Constituição e decorre, em nosso sentir, dentre outros fatores, da ausência de vontade política do Legislativo e Executivo.

Por consequência, conforme infere Fachin (2014), a Constituição brasileira e seus princípios explícitos e implícitos ainda não se efetivaram para a maior parte da população, e o resultado disso é o fosso abissal que separa o texto escrito da vida real de cada cidadão, revelando que a ausência de implementação e efetivação de seus comandos pode torná-la apenas uma folha escrita de papel, sem reflexo positivo para as pessoas. E, esse é o desafio principal do Magno Texto Federal, qual seja, materializar os direitos, para todos.

Nesta conjuntura, desponta a saúde como um bem jurídico fundamental, essencial para a existência humana, para o crescimento intelectual, físico e emocional dos cidadãos, para a prática de atos em sociedade, garantindo o exercício efetivo da cidadania e revelando-se como necessária à preservação da dignidade humana. É um estado da vida capaz de proporcionar o pleno bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, sendo elemento basilar para o desenvolvimento pessoal e a segurança econômica dos indivíduos.

A qualidade da saúde de cada pessoa é considerada um dos aspectos primordiais para o combate à desigualdade social e à redução da pobreza, por isso que nos casos de doença, cada pessoa tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da medicina, independentemente de sua condição econômica, recaindo sobre o Estado a orientação para atuar, seja como regulamentador, seja como prestador de ações e serviços sanitários, por conta da saúde ser integrante do interesse público fundante do pacto social exteriorizado em 1988.

A importância desta condição basilar individual é tamanha que o direito internacional previu sua proteção em diversos instrumentos. A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou, através de seu artigo XXV, 1, o direito à saúde, dispondo, *in verbis*: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive [...] cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...]” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 212).

Mendes (2016) acentua que a Constituição de 1988 foi a primeira Carta brasileira a consagrar a saúde como um direito fundamental, porque os Textos anteriores apenas possuíam disposições esparsas sobre a matéria, não deixando explícita a importância desde bem jurídico para a sociedade da época. E mais, universalizou o acesso da população às ações e serviços de saúde, adotando-se, assim, a premissa de igualdade na distribuição deste direito, ou seja, a saúde deve ser garantida de maneira generalizada a todos e em todos os níveis de assistência.

Criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), núcleo estruturante de todas as políticas sanitárias de responsabilidade estatal, orientando-as e conformando-as aos ditames constitucionais, devendo adaptar-se às peculiaridades regionais e diferenças sociais e econômicas entre a população, sendo regido pelas Leis ordinárias 8.080 (Lei orgânica da Saúde) e 8.142 de 1990 (Transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde) e pela Lei complementar 141 de 2012 (Regulamenta o §3º do artigo 198, CRFB/88).

Contudo, em que pese a CRFB/88 representar um extraordinário avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, elevando-os à categoria de cláusulas pétreas, o reconhecimento e a declaração de um direito humano no corpo de uma Constituição são insuficientes para assegurar sua efetividade, sendo necessário mecanismos outros para protegê-lo contra potenciais violações. E, neste sentido, o cidadão acaba por buscar o Poder Judiciário visando a realização de seu direito.

O Brasil ainda convive com um sério e grave deficit social no campo da saúde pública, fruto do não cumprimento adequado da obrigação estatal nesta área, situação que tem estreita ligação com desvios de recursos e ineficiência da gestão pública, resultando que os serviços ofertados ficam aquém do desejado. Deste modo, o sistema público de saúde brasileiro necessita de sensíveis melhorias, notoriamente em seu orçamento, tanto que é um dos setores que, em nossa leitura, se apresenta com as maiores violações aos direitos humanos dos usuários.

O caráter programático do artigo 196 da CRFB/88, que diz ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado, consubstanciando, assim, mera diretriz a ser observada pelo poder público é entendimento que passou por modificação interpretativa no STF, fruto de construção jurisprudencial. Buscou-se identificar a decisão paradigma que, a par de atestar o direito à saúde como de conteúdo programático, reconheceu-o como direito público subjetivo, e, portanto, exigível judicialmente a quando da ocorrência de inadimplemento por parte do Estado.

Antes de o STF fixar jurisprudência reconhecendo a saúde como direito individual, traduzindo-se na faculdade de qualquer pessoa provocar o Judiciário a quando da negação, por parte do Estado, de acesso a medicamento e/ou tratamento essenciais à manutenção da vida, frustrando a eficácia jurídico-social da CRFB/88 no que tange à saúde, a Corte proferiu diversas decisões sobre

a matéria, citando como exemplos: Pet 1.246 MC de 1997; AI 238.328 AgR e RE 234.017, ambos de 1999 e os RE's 232.335 e 267.612 de 2000.

A consolidação da jurisprudência que assentou o entendimento de que a saúde é um direito individual, reivindicável judicialmente em relação ao Estado, ocorreu através do julgamento do RE 271.286 AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12 de setembro de 2000, perante a Segunda Turma do STF, fixando interpretação norteadora para as demais questões de saúde levadas ao conhecimento da Corte, deixando em perspectiva a possibilidade de uma proteção direta do direito à saúde.

Para se chegar à decisão paradigmática, realizou-se pesquisa no sítio do STF na rede mundial de computadores, na parte referente à sua Jurisprudência, utilizando-se os termos "saúde" e "direito público subjetivo", marcando o interregno de tempo entre 05 de outubro de 1988 a 05 de outubro de 2008, abarcando 20 (vinte) anos da CRFB/88, e escolhendo como base de pesquisa somente "Acórdãos". O resultado obtido foram 33 decisões colegiadas e, de suas análises, chegou-se ao marcador desta pesquisa, qual seja, o RE 271.286 AgR.

O Recurso Extraordinário 271.286 versou acerca de demanda individual ajuizada por Diná Rosa Vieira em face do município de Porto Alegre (RS), onde a referida cidadã buscava o recebimento imediato e gratuito de medicamentos para o combate do vírus HIV. O tribunal de justiça local reconheceu incumbir ao município de Porto Alegre, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem os fármacos necessários ao tratamento da AIDS, nas situações de pacientes destituídos de recursos financeiros.

O município de Porto Alegre recorreu ao STF alegando que as decisões de instâncias inferiores haviam violado os artigos 2º; 167, I; 165, III e §5º, III e 198, parágrafo único da CRFB/88, carreando, em apertada síntese, as teses de que a condenação feriu o comando constitucional que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual e que o município possui autonomia para estabelecer sua lei orçamentária, não podendo o Judiciário interferir nesta seara, por conta da independência entre os Poderes.

O Ministro Relator Celso de Mello atestou que o artigo 196 da CRFB/88 é uma norma de conteúdo programático, isto é, dirigida ao Estado e cujo cumprimento demanda o estabelecimento de políticas públicas em benefício da comunidade, contudo, foi além. Destacou a dimensão individual do direito à saúde quando reconheceu tratar-se de direito público subjetivo assegurado à generalidade dos indivíduos, conduzindo a pessoa e o Estado-administração a uma relação jurídica obrigacional.

Complementou o Ministro asseverando que a interpretação referente ao artigo 196 da CRFB/88, de que se trata de norma de princípio programático, não pode transformar o referido comando em promessa constitucional inconsequente, impondo-se, desta maneira, aos entes

federativos um dever de prestações positivas de saúde à coletividade, não se podendo postergar a efetivação deste direito básico. A saúde, acrescenta, é uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada, constitucionalmente, à generalidade dos cidadãos.

A indisponibilidade deste direito básico da pessoa humana faz com que recaia sobre as instâncias governamentais o dever de distribuição destinada a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pela CRFB/88, colaborando para a afirmação da fundamentalidade do direito à saúde, que é uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas. Assim, concretizar este bem jurídico é realizar a vontade da Constituição, é dar efetividade ao pacto social firmado em 1988.

Ademais, a decisão reconheceu que o artigo 196 da CRFB/88 gera direitos subjetivos, especialmente para os cidadãos carentes, que não dispõem de meios econômicos para custear, por conta própria, a aquisição de medicamentos, ainda mais quando esses fármacos se mostram essenciais para a própria manutenção da vida da pessoa. Deste modo, o fornecimento de remédios a pessoas carentes ou o custeio de tratamentos e exames específicos, necessários à conservação da vida humana, é obrigação impostergável do Poder Público.

Sustenta o Ministro Celso de Mello que a essencialidade ou fundamentalidade do direito à saúde fez com que o constituinte originário qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde, legitimando, assim, a atuação do Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional inserto no artigo 196 da CRFB/88, concernente a que a saúde é um direito de todos, tanto que o legislador originário estabeleceu um sistema universal de acesso às ações e serviços públicos de saúde.

Marmelstein (2016, p. 321), quando trabalha com a efetivação judicial de direitos prestacionais, acentua que a atuação judicial pró-direitos fundamentais tem-se revelado de significativa importância para que essa categoria de direitos saiam do papel e alcancem alguma efetividade na vida das pessoas, pois, Governo e Parlamento, por inúmeras razões, "são incapazes de cumprir a contento os objetivos traçados na Constituição", recaindo ou exigindo do Poder Judiciário uma postura ativa em defesa desses direitos essenciais.

Se os direitos básicos do cidadão não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, a quando do inadimplemento do Estado-administração, tais bens jurídicos correm o risco de serem transformados em mera retórica política. Não se tem aqui, em nosso sentir, violação ao princípio da separação dos poderes, mas sim um desdobramento natural. Como Legislativo e Executivo não conseguem implementar os direitos fundamentais, é razoável aceitar que o Judiciário, enquanto Estado, dê a melhor concretização possível à CRFB/88.

É papel dos juízes, enquanto defensores da supremacia da Constituição, zelar para que os direitos constitucionais sejam realizados da melhor forma possível (MARMELSTEIN, 2016). Se o

Magno Texto Federal contemplou objetivos a serem implementados, e se tais não alcançam concretização, penalizando a população, notoriamente o segmento mais carente, cabe ao órgão responsável pela jurisdição constitucional, reconhecendo a força normativa da Constituição, obrigar o Estado a agir ou, ele mesmo, desenvolver as normas constitucionais.

Revela-se inaceitável que à Constituição seja reservada uma condição subalterna, subordinada à vontade ordinária do legislador e administrador, especialmente quando se está diante de direitos fundamentais, essenciais por excelência. A manutenção do direito à saúde como norma apenas programática, de realização futura, é interpretação que degrada a vontade do constituinte. É por isso que Bachof (2014) leciona que a jurisprudência constitucional pode contribuir, consideravelmente, para tornar viva e eficaz as normas constitucionais.

Desse modo, o que se observa, na prática, é que o julgamento do RE 271.286 AgR pelo STF fixou uma nova interpretação ao direito à saúde dos artigos 6º e 196 da CRFB/88, reconhecendo-lhe, *pari passu*, tanto um direito coletivo quanto um direito individual de proteção à saúde, assegurado mediante políticas públicas amplas que devem alcançar todos os cidadãos, pois a saúde é um bem extraordinariamente relevante à vida humana, elevada à condição de direito fundamental do ser humano, de todos os seres humanos.

Nos parágrafos seguintes o estudo trabalhará, no campo da filosofia política contemporânea, com a concepção filosófica que, em nossa leitura, fundamenta, justifica a decisão prolatada pelo STF no ano de 2000 e que se tornou jurisprudência, irradiando até os dias atuais seus efeitos. Trata-se da corrente liberal igualitária, que tem em John Rawls seu autor original, especialmente em sua obra *Uma teoria da justiça* de 1971, onde desenvolveu sua teoria chamada de Justiça como Equidade, e que será visitada nas páginas vindouras.

3 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS: A SAÚDE COMO UM DIREITO DOS INDIVÍDUOS

Em 1971, um filósofo de Harvard chamado John Bordley Rawls publica uma obra intitulada *Uma teoria da justiça*, ofertando à comunidade científica sua concepção de justiça a que designou Justiça como Equidade, e que tinha como objetivo generalizar e levar a um ponto de reflexão maior a conhecida teoria do contrato social defendida, outrora, por Locke, Rousseau e Kant, porém, com um diferencial, os indivíduos não criariam uma ordem governamental, mais sim, escolheriam princípios de justiça a reger a estrutura básica da sociedade.

Os indivíduos, em Rawls (2002), teriam a missão de alcançar um consenso original quanto aos ideais políticos que viriam a reger a sociedade, ou seja, necessitariam de uma cooperação para encontrar a medida de justiça apta à proteção e realização individual. Sendo assim, o indivíduo na teoria rawlsiana é um agente com capacidade de decidir a respeito de sua concepção particular de

bem, de buscar a respectiva concretização e assumir a responsabilidade pelas incumbências decorrentes de suas próprias escolhas.

Justamente daí advém, segundo Brito Filho (2015), a Justiça como Equidade, significando que os princípios de justiça seriam escolhidos numa situação inicial de igualdade, sendo eles próprios o objeto do acordo original em uma condição inaugural adequadamente definida. As pessoas, preocupadas com a realização de seus interesses, definiriam os termos fundamentais de sua associação, compatíveis com o projeto pessoal de vida de cada um, resultando desse consenso a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais.

A teoria da justiça de Rawls é proposta para funcionar como base da construção social, cabendo à autoridade política a tarefa da efetivação da distribuição igualitária dos bens primários que irão possibilitar aos indivíduos a sua autorrealização. Rawls realiza uma opção pelo indivíduo, por todos os indivíduos, não aceitando teorias onde uma pessoa sobrepuje outra ou outras, motivo pelo qual sua concepção de justiça nasce como alternativa aos postulados utilitaristas, marcados pela sedimentação na maximização dos resultados ou prazeres.

Lovett (2013) acentua que o utilitarismo foi a concepção dominante na filosofia política e moral por quase um século, defendendo como ideia principal que as ações, leis, instituições podem ser julgadas como melhores ou piores de acordo com a tendência que tenham de ampliar ao máximo o somatório de felicidade das pessoas. Buscava-se a felicidade da população como um todo. O problema é que a sociedade não é formada apenas por maiorias, e sim, por um conglomerado plural de indivíduos, com aspirações e necessidades díspares.

A partir desta reflexão, Rawls (2002) constrói sua teoria da justiça com o deliberado e principal propósito de apresentar uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, por consequência, a todas as suas diferentes versões, bem como, volta-se também contra o intuicionismo, que é uma mescla de diversas formas de distribuição de bens, baseadas numa multiplicidade de princípios, inexistindo, por conta disso, uma ordenação principiológica, mas, apenas, um amontoado de intuições.

Embora Rawls tenha construído sua teoria visando superar a teoria da justiça utilitarista, ele fez mais. Ao introduzir a igualdade como um ideal político que deve interferir na distribuição dos direitos, ele rompeu com o liberalismo clássico que, até então, guiava-se apenas pela liberdade. A partir de Rawls, a distribuição de direitos em sociedade deve ser guiada pelos ideais da liberdade e da igualdade, e tal formulação encontrará ressonância nos dois princípios de justiça rawlsianos, quais sejam, princípio das Liberdades iguais e da Diferença.

A conjugação dos ideais políticos da Liberdade e da Igualdade como métricas para a concessão de direitos entre os integrantes da sociedade é a enunciação mais completa do ideal de justiça distributiva que pode ser entendido através da ideia de que o Estado deve prover uma partição

mínima da riqueza para todos, funcionando como garantidor da distribuição de direitos por toda a sociedade de modo que todos os indivíduos possam se suprir com esses recursos materiais, buscar sua própria felicidade e, assim, ter-se-á uma sociedade mais igual e justa.

Rawls (2002) quer, exatamente, através da ordenação principiológica, estabelecer os fundamentos essenciais para a construção da referida sociedade justa, propiciando aos seus membros as condições para que cada um possa agir com base em suas próprias convicções sobre aquilo que tem valor intrínseco na vida. Ele sabe que a felicidade de todas as pessoas não será encontrada da mesma maneira, especialmente porque não há uma única moral igualitária, e não cabe à autoridade política determinar os objetivos e fins que cada um deve perseguir.

Para alcançar a sociedade justa, ou seja, a "ordem social e política cujas instituições principais garantem a todos os cidadãos certa condição que podemos denominar 'igualdade humana fundamental' ou 'igualdade moral'" (VITA, 2013, p. 59), Rawls vai elaborar uma situação hipotética na qual as partes contratantes, representando pessoas racionais e morais, isto é, livres e iguais, escolherão os princípios de justiça que irão governar a estrutura básica da sociedade. Para esta abstração deu o nome de posição original.

A questão que exsurge é como pensar uma sociedade justa se, na origem, os contratantes estão imbuídos de suas visões de certo e errado, de justo e injusto, . O caminho eleito pelo filósofo é conseguir a isenção, a imparcialidade, e fará isso através do chamado véu da ignorância. Para escolher os princípios de justiça é necessário que haja "isenção ideológica, partidária e doutrinária" dos contratantes (ZAMBAM, 2016, p. 96), pois só assim conseguir-se-á uma escolha justa e isenta. O desconhecimento, pelos pactuantes, de suas situações pessoais garantirá princípios equitativos.

Desta maneira, posição original e véu da ignorância garantirão a igualdade entre as partes e a imparcialidade destas. Essa dinâmica, aduz Rawls (2002, p. 152): "Oferece-nos a possibilidade de afirmar que a concepção da justiça aqui privilegiada representa uma genuína conciliação de interesses". Assim, as partes reconhecerão e adotarão os princípios que melhor viabilizem a efetivação dos seus projetos e interesses, sem prejudicar ou incentivar os interesses de terceiros, mesmo porque, não saberão seu lugar após a retirada do véu da ignorância.

Másera (2016) explicita que a teoria de Rawls acaba por buscar uma justificação de princípios fundamentais para a implantação de instituições sociais que reconheçam a igualdade, a liberdade e o respeito devido a cada pessoa humana. Os ideais políticos que seriam escolhidos, segundo defende Rawls, estabeleceriam as bases da ordem jurídica, definiriam direitos e deveres básicos, partilhariam os benefícios e as vantagens decorrentes da cooperação e os respectivos encargos, funcionado como os termos equitativos da cooperação social.

Importante ressaltar que Rawls define os bens primários que serão distribuídos tendo como parâmetro os princípios de justiça que ainda serão escolhidos. Os bens sociais primários são as

“coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importando o que mais ele deseja”, e que para o autor, de maneira ampla, são “direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza” (RAWLS, 2002, p. 97-98). Brito Filho (2015), ofertando interpretação à teoria de Rawls, defende que tais bens seriam nossos atuais direitos fundamentais.

Neste ínterim, a distribuição de direitos fundamentais seria o ponto de partida para que cada cidadão fique em condições de dar curso às ações necessárias para o cumprimento de seu plano de vida. Por conta disso, a teoria de Rawls oferece um modelo de justiça distributiva, isto é, pensa na obrigação de conceder a todas as pessoas os direitos básicos, indispensáveis para que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida. As instituições sociais devem conceder esses direitos/bens valiosos aos cidadãos em geral, e não apenas a uns poucos.

A justiça como equidade rawlsiana vai, então, propor dois princípios fundamentais de justiça de acordo com as condições da posição original e véu da ignorância, para que as instituições básicas da sociedade realizem os valores da liberdade e da igualdade. Sendo que, Rawls defende a existência de regras de prioridade e uma ordem lexical entre os princípios. Ou seja, a sociedade justa será alcançada quando distribuirmos primeiro os direitos de liberdade para, somente então, concedermos os direitos de igualdade.

A ordem serial significaria a forma mais adequada de alcançar a total realização dos dois princípios de justiça. Uma sociedade justa, na visão de Rawls, não se constrói a partir da igualdade, e sim, a partir da liberdade. Sendo certo que para realizarmos os nossos propósitos de vida precisamos ter acesso a direitos de liberdade e de igualdade. Desta maneira, os ideais políticos que serão escolhidos pelos indivíduos representantes das posições sociais relevantes revelam a moralidade política em Rawls (VITA, 1993). E, assim, temos os princípios:

> Primeiro princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.
> Segundo princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e, (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2002, p. 333).

O primeiro princípio refere-se às liberdades básicas iguais, que devem ser distribuídas em nível máximo para todos. Para Rawls (2002), as mais importantes liberdades básicas são: liberdade política – que inclui o direito ao voto e a ocupar cargo público; liberdade de expressão; liberdade de reunião; liberdade de consciência; liberdade de pensamento; liberdades da pessoa – proteção contra a opressão psicológica e a agressão física, direito à propriedade privada e proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, conforme os ditames do estado de direito.

As liberdades serão distribuídas a partir da chamada Posição de cidadania igual, isto é, não se levará em consideração, na distribuição, classes sócio-econômicas, ou se o indivíduo é rico ou pobre. Esses direitos de liberdade deverão ser concedidos a todos, da mesma forma, com o mesmo *quantum*, sem privilégios. O mérito moral não entra na distribuição dos princípios de justiça. O propósito deste primeiro ideal político, conforme explicitado acima, é "assegurar as liberdades cívicas ou básicas pertencentes aos pactuantes" (FORMAIO, 2017, p. 208).

O segundo princípio é formado por outros dois princípios: igualdade equitativa de oportunidades e diferença (BRITO FILHO, 2015). A igualdade de oportunidades visa garantir o bem primário do acesso a cargos de poder e responsabilidade, nas principais instituições políticas e econômicas. A distribuição das liberdades básicas, feita pelo primeiro princípio, precisa ser complementada com acessibilidade equitativa às posições importantes da sociedade. Ora, se todos são iguais, não há sentido existirem privilégios para acesso às funções de poder.

A igual oportunidade defendida por Rawls, notoriamente de acesso aos comandos e cargos de relevância, exige que para se garantir ingresso equitativo às posições de poder na sociedade, seja também garantida, em condições de igualdade, as precondições para tal. E isso exige a concretização de direitos como educação e saúde que, indubitavelmente, são precondições essenciais para a realização de qualquer projeto de vida. Sem a distribuição desses bens primários à coletividade, não há que se falar em igualdade (JESUS, 2011).

Já o princípio da diferença surge com o desiderato de cuidar dos menos beneficiados pela loteria social, pregando uma distribuição equânime de renda e riqueza, direitos e deveres. Para Oliveira (2003), é neste princípio que reside o desafio da justiça distributiva. Aqui, a diferença vai amenizar a desigualdade e será fundamental para a justificação e a implementação de uma justiça distributiva que referende maiores investimentos em pessoas que vivem nas camadas mais pobres da sociedade. O desígnio da concepção rawlsiana é enfrentar a injustiça social.

O cerne do princípio da diferença está na justificação à proteção dos direitos humanos, do acesso dos pobres à Justiça, da implementação, para todos, dos serviços de saúde, educação, como também, fundamentando que esses direitos sejam distribuídos às expensas do Estado, com recursos da tributação. É o ideal de cuidar dos menos beneficiados pela loteria social, dos menos favorecidos, introjetando a ideia de que desigualdades imerecidas devem ser compensadas, viabilizando a que todos consigam perseguir e realizar seus planos de vida.

Nestes termos, fixados os dois princípios de justiça que, na estrutura básica da sociedade representam uma instância normativa e cogente para as instituições, formando o ordenamento jurídico, prevalecendo sobre leis, costumes e jurisprudência (MÁSERA, 2016), caberá ao setor de distribuição, ou seja, ao Estado, a transferência dos direitos indispensáveis/bens primários às

pessoas, no limite do que for necessário para que cada indivíduo fique em condições de realizar seu próprio projeto de vida (BRITO FILHO, 2015).

A construção teórica de Rawls, alicerçada na distribuição de bens sociais primários para que cada pessoa fique em condições de buscar sua realização pessoal e usufrua de uma vida decente, delineia uma ideia completa de justiça distributiva, qual seja, "alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos" (FLEISCHACKER, 2006, p. 12). Assim, todos os indivíduos são merecedores de direitos básicos, devendo a concessão competir, principalmente, ao Estado.

Para Rawls, cada pessoa deve ser levada em consideração, motivo pelo qual deve ser garantido para cada uma delas os bens indispensáveis para um viver decente. Não podem existir arbitrariedades na determinação dos direitos e deveres dos cidadãos, na medida em que todos merecem consideração e respeito por parte do Estado. Afirma Rawls (2002, p. 04) "Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar".

A autonomia dos indivíduos não pode ser violada por considerações coletivas de bem-estar social, do bem comum ou outro fim coletivo. As pessoas, todas elas, devem ser levadas a sério, especialmente quanto à distribuição de direitos fundamentais/bens primários. É por isso que Brito Filho (2015, p. 64) defende que "é de Rawls a melhor concepção, das atualmente existentes, para a ideia de justiça distributiva", adequando-se como teoria justificadora de uma ideia de Direitos Humanos, assim como para sua plena realização.

Os bens primários, em Rawls, devem ser compreendidos como aquilo que é necessário para que cada um viva de acordo com seus projetos e suas convicções, quaisquer que sejam elas. E, para que o indivíduo possa viver livremente sua existência de acordo com suas convicções, é imprescindível que tenha acesso às condições básicas que lhe permitam pensar, perseguir e alcançar seu plano de vida. À vista disso, o direito de cada um à saúde entra neste conceito de condição essencial, devendo ser efetivado para todos, sem exceções.

O direito humano à saúde deve ser distribuído para todos, cabendo tal desiderato ao Estado, seja por meio do Legislativo, Executivo ou Judiciário, não importando a esfera de poder a que for submetida a responsabilidade para referido dever. É óbvio que o Judiciário atuará somente em casos excepcionais, de maneira atípica, em especial a quando da ocorrência de inadimplemento praticado pelos Poderes que têm a missão constitucional de concretizar direitos fundamentais. A efetivação dos direitos humanos é uma tarefa, precípua, do Estado.

A saúde é uma precondição para o exercício pleno das liberdades básicas, para ficar em situação de concorrer a cargos de poder e responsabilidade e para, de uma maneira geral, dar curso às ações necessárias à realização do projeto pessoal de vida. E mais, ela é fundamental para que cada

ser humano tenha sua qualidade intrínseca e distintiva salvaguardada, ou seja, sua dignidade. Inviabilizar o exercício desse direito básico, é impedir e fragilizar a autodeterminação das pessoas e sua capacidade de fazer escolhas existenciais e morais.

Outrossim, realizar o direito à saúde é um gesto que se reveste de apreço, não apenas ao direito à vida e à dignidade humana de cada indivíduo, mais de consideração à possibilidade que deve ser dada a cada ser humano de poder construir sua própria trajetória de vida, realizar seus objetivos e alcançar sua própria versão de felicidade. Impedir esse caminhar por conta de argumentos de negação, notadamente questões orçamentárias, é conduta incompatível com o respeito indeclinável que a vida e saúde humanas merecem.

A decisão do STF de considerar a saúde como direito público subjetivo e, com isso, viabilizar a que cada pessoa busque a satisfação de seu direito à saúde no palco judicial, quando este não for realizado pelos órgãos com competência ordinária para tal, reforça o apreço que o Estado deve ter pela dignidade de cada indivíduo, bem como, reafirma o impostergável respeito que a vida humana alcançou para o constituinte originário. E, mais especificamente, revela que cada ser humano deve receber bens essenciais do Estado, entre os quais, a saúde.

Compete ao Estado garantir a distribuição dos direitos fundamentais a cada indivíduo, é sua função constitucional, é seu motivo de existência realizar as prestações materiais inscritas na CRFB/88, essa foi a vontade do legislador originário, viabilizar a que cada pessoa receba um *quantum* de direitos e proteções com vistas à existência de uma vida digna, com potencialidade para realizar seus projetos de vida e construir seu próprio caminho. O não cumprimento desta obrigação desconstitui o próprio fundamento de existência do Estado.

A decisão do STF no RE 271.286 AgR traduz um ideal de justiça alicerçado no entendimento de que todo e qualquer ser humano deve e merece receber prestações de saúde, na medida de suas necessidades, porque este bem jurídico é um direito fundamental que assiste a todas as pessoas. Por conseguinte, distribuir direitos fundamentais para a generalidade dos indivíduos é premissa básica do moderno conceito de justiça distributiva que, em nossa leitura, tem na teoria da justiça de John Rawls sua formulação mais completa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento por parte do STF, guardião da Constituição brasileira, de que a saúde é um direito individual, exigível judicialmente em casos de não satisfação por parte do Estado ou carência de recursos financeiros da pessoa, é medida que referenda o pressuposto de que um mínimo de direitos de índole material devem ser concedidos a todos os cidadãos, sendo o Poder Público o principal obrigado. Esta linha de pensamento encontra um natural eco na corrente filosófica liberal igualitária, que tem em John Rawls seu autor original.

O ideal de que direitos fundamentais precisam alcançar realização prática na vida dos cidadãos como condição para proteção e promoção de sua dignidade humana e para que possam realizar seus objetivos de vida, encontra ressonância na teoria de justiça rawlsiana, posto que tais direitos, entre os quais a saúde, têm por fundamento a própria ideia de justiça, especificamente, a justiça distributiva defendida neste estudo. É justo que todas as pessoas tenham acesso a direitos básicos, essenciais, qualquer que seja o esquema social adotado.

A paradigmática decisão do STF, em nossa leitura, alcança sustentáculo justamente na ideia de que todos devem ter assegurado, no mínimo, esse conjunto básico de direitos. E, o liberalismo igualitário consegue sustentar esse raciocínio, pois, enfatiza que os seres humanos são merecedores, apenas porque são humanos, de direitos essenciais (saúde, educação, moradia, segurança, lazer, trabalho etc.) que justificam a existência dos direitos fundamentais e a adoção de todas as práticas (legislativas, executivas e judiciais) que signifiquem sua plena efetivação.

Além disso, mister ressaltar, especificamente em relação às pessoas carentes, desprovidas de recursos financeiros suficientes para custear um plano privado de saúde ou adquirir fármacos de elevado valor, a questão do princípio da diferença rawlsiano que encontra maior repercussão. Em especial porque este tem por objetivo a correção da distribuição desigual advinda de contingências como riqueza, talentos e aptidões. Rawls não pretende excluir as desigualdades existentes no seio social, objetiva, em verdade, ordená-la.

A finalidade do filósofo é otimizar a divisão e a participação de todos no que tange ao acesso e divisão dos bens, atingindo principalmente os menos favorecidos. Em Rawls, todas as pessoas, enquanto membros da sociedade, devem ser beneficiadas, conquanto a sociedade deve ser vista como um sistema de cooperação para a vantagem de todos, sendo que melhorar a situação dos indivíduos desfavorecidos é um critério de justiça. Logo, o que se busca com o princípio da diferença é possibilitar que todos ganhem seu *quantum* de bens valiosos.

A partir da escolha dos princípios fundamentais de justiça, a estrutura básica da sociedade será orientada para perseguir o bem dos menos favorecidos e para enfrentar as arbitrariedades porventura existentes. Deste modo, a efetivação do princípio da diferença perpassa pela necessidade de políticas de financiamento, iniciativas assistenciais e outras que demandam ações de apoio e compensação em diferentes áreas. Corrigir as injustiças sociais passa pela superação das diferenças sociais e econômicas que afetam a população.

A teoria de Rawls quer, ao fim, o benefício de todos. Aspira que todas as pessoas recebam um mínimo de direitos fundamentais necessários à consecução de seus projetos de vida e proteção de sua dignidade. O bem de todos revela-se como a missão do Estado, e que será cumprida mediante a distribuição de direitos entre os integrantes da sociedade. Nesta conjuntura, o direito à saúde deve

ser assegurado à todas as pessoas, indistintamente, ainda que ocorra inadimplemento obrigacional estatal ou haja carência de recursos financeiros do cidadão.

Se o Estado-administração quedar inadimplente na sua tarefa de conceder ações e serviços de saúde ou se a pessoa não dispõe de recursos financeiros para adquirir um plano privado ou medicamentos de custo elevado, não poderá esta cidadã ou cidadão ficar à mercê da própria sorte, pois a situação se revela patentemente injusta e desumana. Diferenças decorrentes de contingências precisam ser combatidas; é a vida e a dignidade que estão em jogo, são valores primordiais e vetores do Estado Democrático pactuado em 1988.

As instituições da sociedade não podem, simplesmente, ignorar as patologias/enfermidades que acometem as pessoas alegando ausência de recursos para oferta de tratamentos ou medicamentos que podem significar a salvação de uma vida. A forma como as instituições irão lidar com essas questões é que vai determinar a justiça ou injustiça no seio social. Na emblemática decisão do STF, a Corte reconheceu a posição mais compatível com o espírito do constituinte, qual seja, a interpretação de que a saúde é um direito individual.

E, sendo um direito individual, cada pessoa pode pleitear dos órgãos estatais a satisfação de seu bem jurídico, quando ocorrerem situações de descumprimento da obrigação constitucional de distribuir ações e serviços de saúde ou mesmo quando o cidadão não dispuser de recursos para custear a recuperação de seu estado de higidez. A mudança interpretativa do STF quanto ao direito à saúde alinhou-se, em nossa leitura, com a vontade do constituinte e com as teses fundamentais do liberalismo igualitário de Rawls.

Se, por um lado, o Estado não deve interferir nas concepções de boa vida de cada um dos indivíduos, conquanto tais escolhas encontram guarida na esfera particular, de autonomia, de cada pessoa, por outro lado, esse mesmo Estado deve distribuir e proteger um conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos, para que cada um possa realizar suas próprias escolhas pessoais e encontrar sua própria dimensão de felicidade, efetivando o ideal de justiça distributiva essencial à construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Portanto, dentro da filosofia política contemporânea, o modelo teórico apto a fundamentar o entendimento esposado pelo STF no acórdão RE 271.286 AgR é a corrente do Liberalismo igualitário, na medida em que a decisão judicial explicitou a ideia de que todas as pessoas possuem um direito fundamental à saúde, de sua titularidade, e que deve ser efetivado pelo Estado nos diversos níveis da Federação, revelando-se como medida de realização da justiça distributiva, cuja conceituação moderna foi desenvolvida por John Rawls.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 3ª tiragem: 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 1246 MC**, Presidente Min. Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) Celso de Mello, julgado em 31/01/1997, publicado em DJ 13/02/1997 PP-*****. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 232469**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Julgamento: 12/12/1998, Publicação: DJ 23/02/1999. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **AI 238328 AgR**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 16/11/1999, DJ 18-02-2000 PP-00059 EMENT VOL-01979-05 PP-00976. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 234017**, Relator(a): Min. Nelson Jobim, julgado em 02/12/1999, publicado em DJ DATA-17-12-99 P-00104. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 232335**, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 01/08/2000, publicado em DJ 25/08/2000 P – 00099. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 267612**, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 02/08/2000, publicado em DJ 23/08/2000 P – 00050. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 271286 AgR**, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **AI 550530 AgR**, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, julgado em 26/06/2012, Acórdão Eletrônico DJe-161 DIVULG 15-08-2012 PUBLIC 16-08-2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 53 – 74.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **O supremo tribunal federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos**. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin & FREIRE, Alexandre (coord.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 687-699.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

FORMAIO, Leonardo Cosme. Breves considerações acerca da teoria da justiça de John Rawls. *In*: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José & FUGA, Bruno Augusto Sampaio (Orgs.) **Filosofia do direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 198 - 210.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. **John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem**. Curitiba: Juruá, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura**. Tradução de Vinicius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MÁSERA, Marcos Alexandre. **Estado de direito e justiça distributiva em John Rawls**. 1. ed. – Curitiba: Editora Prismas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. Coleção justiça e direito, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

VITA, Álvaro de. Liberalismo contemporâneo. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 55 – 65.

ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.