XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia 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 - IMED – 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/ UFBA
Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-638-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre autopoiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO ÂNGELO

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.

A QUESTÃO DA EFETIVAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES À SAÚDE NO BRASIL À LUZ DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.

THE QUESTION OF THE JUDICIARY 'S EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES REGARDING HEALTH IN BRAZIL IN THE LIGHT OF DISTRIBUTIVE JUSTICE.

Thaiana Coelho Midlej [1]
Sheyla Suruagy Amaral Galvão do Vale [2]

Resumo

A importância do direito social à saúde é indiscutível. O caráter de direito fundamental que lhe foi atribuído gera ao cidadão uma perspectiva de ter esse direito social efetivado pelo Poder Público. Inúmeras são as ações ajuizadas no âmbito do Judiciário com vistas a concretização do direito da saúde, considerado este tanto um direito individual, quanto um direito coletivo. É com base no crescente aumento destas demandas que o presente articulado tem por objetivo, através de análise crítica com pesquisa doutrinária e jurisprudencial, apresentar um dos critérios já seguidos pelo Poder Judiciário, o da justiça distributiva.

Palavras-chave: Direito à saúde, Implementação, Políticas públicas, Justiça distributiva

Abstract/Resumen/Résumé

The character of fundamental right that was attributed to the right to health generates to the citizen a perspective of having this social right effected by the Public Power. Numerous are the lawsuits filed within the scope of the Judiciary with a view to realizing the right to health, considered both an individual right and a collective right. It is on the basis of the increasing increase of these demands that the present article aims, through a critical analysis with doctrinal and jurisprudential research, to present one of the criteria already followed by the Judiciary, that of distributive justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Implementation: public policy, Distributive justice

1 INTRODUÇÃO

A saúde, no Brasil, é um direito social, um direito fundamental diretamente ligado àquele considerado o mais importante entre os direitos fundamentais: o direito à vida.

A própria Carta Maior descreveu este direito social como pertencente a todos os indivíduos, indistintamente. E mais, trouxe a previsão do direito da saúde ser garantido pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas que tenham por objetivo não só a recuperação da saúde, mas também a sua prevenção, promoção e proteção, de forma a reduzir o risco de doença e outros agravos. Em uma visão geral, os direitos sociais têm a finalidade de permitir aos indivíduos a possibilidade não só de sobrevivência, mas de inserção plena na vida em sociedade.

Tais direitos necessitam de uma atuação prestacional do Poder Público para a sua efetivação. Entretanto, nem sempre as políticas públicas voltadas à saúde são objeto de implementação pelo Executivo e pelo Legislativo, por motivos alheios a este trabalho, buscando no Judiciário a efetivação do direito social da saúde em seu âmbito individual.

Ademais, a atuação conjunta de todos os poderes estatais numa nova concepção do princípio da separação dos poderes se mostra muitas vezes a solução aguardada pelo indivíduo para ver seu direito da saúde efetivado, uma vez que as normas que estabelecem direitos sociais, como o direito à saúde, tem como destinatário direto o Estado em seu sentido mais amplo, envolvendo harmonicamente todos os poderes.

Neste cerne aparece o primeiro questionamento: quando a Constituição dispõe ser a saúde direito de todos, portanto, um direito social, seria este um direito subjetivo público ou apenas um direito coletivo? A resposta para tal indagação tem fundamental importância, tendo em vista o aumento das demandas populares no Judiciário por políticas públicas no âmbito da saúde, colocando em xeque o processo global de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais de modo geral.

É sob o viés da justiça distributiva com relação ao direito social da saúde, no âmbito do Judiciário, que este trabalho projetará seu estudo, focando na efetivação das políticas públicas por este Poder, o que, na visão de muitos juristas, ultrapassa a sua competência instituída em sede constitucional. Além de destacar o grande problema da justiça distributiva: a quem e sob quais condições serão feitas as designações dos bens provenientes do acervo comum da comunidade?

2 O CARÁTER AMBIVALENTE DO DIREITO SOCIAL DA SAÚDE E A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal, em diversos momentos, expressa ou implicitamente, atribui a titularidade dos direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de permanência no Brasil. Ou seja, ultrapassa, inclusive, o campo de abrangência da cidadania, uma vez que, do ponto de vista jurídico, somente é considerado cidadão a pessoa física, nacional (nata ou naturalizada) no pleno exercício dos gozos políticos.

Os direitos sociais, apesar de serem direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais, principalmente porque o seu modo de fruição é distinto, dependendo de uma ação concreta do Estado para sua eficácia, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo através do direito de ação (LOPES, 2010).

É dentro do rol dos direitos sociais, direitos de segunda geração como assim denominou Bobbio, que está abrangido o direito à saúde (BOBBIO, 1992). Por se tratar este de um importante direito social garantido pela Carta Constitucional, indispensável à efetivação da dignidade da pessoa humana, seu estudo é inquestionável.

Como é sabido, a própria Constituição Federal de 1988 prevê a saúde[1] como um direito social do indivíduo e um dever do Estado, que deve zelar por um acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O "gozo do mais alto padrão possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano", e os "governos têm a responsabilidade pela saúde de seus povos, que só podem ser cumpridos mediante a provisão de medidas sanitárias e sociais adequadas" por meio de suas políticas públicas (WHO)[2].

---

[1] Nota explicativa: de acordo com a Constituição da Organização Mundial de Saúde, a "saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade".

[2] Tradução livre de: "*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. […] The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition. […] Governments have a responsibility for the health of their peoples which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures*" (WHO).

De mais a mais, a Carta Maior fundamenta o direito da saúde nos princípios da isonomia e equidade, os quais devem ser garantidos pelo Estado atuante, vedando a este a inoperância e a insuficiência na proteção daquele que se encontra entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, apesar de ser um direito positivado em sede constitucional, não há clareza no que tange ao objeto do direito da saúde, se este estaria limitado às prestações básicas e vitais, ou se este direito abrangeria todo e qualquer tipo de prestação à saúde humana. Quem irá definir o que é direito da saúde, concretizando-o é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição, da mesma forma que será o Poder Judiciário, quando acionado, quem irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem (SARLET, 2002).

E mais, a doutrina ainda não é uníssona quando se trata da classificação do direito da saúde, entendendo alguns autores pelo caráter coletivo, outros pelo individual homogêneo e ainda há os que impute ser direito difuso. Todavia, o que parece prevalecer é o caráter ambivalente, enquadrando-se tanto como individual quanto coletivo ou mesmo difuso. Assim é a concepção de Sarlet assentar que "(...) o direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional" (SARLET, 2002, p. 5).

Na visão deste jurista, o direito à saúde enquanto direito de defesa institui um dever de respeito, ensejando o dever de não afetar a saúde de alguém, mas sim de preservá-la; já no caráter prestacional, há um dever do Estado em executar medidas reais e concretas para a efetivação da saúde da população, tornando o indivíduo, ou a coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, seja material quanto normativa (SARLET, 2002).

Pondo fim a esta discussão, o Supremo Tribunal Federal, após a Audiência Pública nº 04, realizada em abril e maio de 2009, com a finalidade de debater questões relativas às demandas judiciais envolvendo a saúde, assentou o entendimento de que a saúde é tanto direito público subjetivo quanto um direito coletivo, conforme voto do Relator Min. Gilmar Mendes em decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712/RS:

> É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

> A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.o 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. (…)
>
> Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde."

Essa temática, se tal direito seria subjetivo ou não, se mostra relevante quando nos deparamos com infindáveis ações ajuizadas em caráter individual, com o fim de ser efetivado a prestação pelo Estado, seja fornecendo medicamentos ou mesmo outros serviços que deveriam estar disponíveis à população em geral, surgindo a partir daí um binômio: direito individual X direito de todos.

Um dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à prestação da saúde, via judicialização, se fundamenta no princípio da equidade, o qual prega que as ações e serviços para os administrados devem ser distribuídos igualmente a todos, sem qualquer distinção. Entende seus defensores que a efetivação pelo judiciário pode ferir este princípio ao tentar cumprir de modo inadequado o princípio da integralidade.

Segundo Dallari, o princípio da integralidade estabelece que o dever do Estado na prestação da saúde não pode ser limitado, uma vez que a saúde sendo um direito individual e coletivo pressupõe uma abordagem assistencial completa (Dallari, 2010).

Ainda, há quem assevere que o resultado dessa micro-visão do Judiciário, ao conceder tutelas específicas indiscriminadamente, acarreta em uma interferência negativa no plano governamental de ações e serviços que devem ser oferecidos à população como um todo (macro-visão), uma vez que contingencia verbas de destinações mais amplas para cumprir às determinações judiciais. E mais, a gestão dos recursos públicos e a visão transversal das políticas públicas, não são de conhecimento do Estado-juiz, de modo que o cumprimento das decisões em caráter individual pode não só comprometer a integridade das políticas públicas de saúde como também de outras áreas (SAMPAIO, 2013).

Se a concepção quanto à saúde fosse meramente de direito social, fruível somente coletivamente, significaria impedir sua exigência individual, visto que o cidadão não teria

direito subjetivo individual a uma prestação concreta do Estado, pois dependeria da efetivação de tal direito apenas mediante políticas públicas.

Pois bem. Muitas das demandas dos direitos sociais envolvem políticas públicas, as quais não possuem uma única e nem melhor definição sobre o que sejam. No entanto, o mais conhecido significado de política pública continua sendo o de Laswell. Segundo este autor, as decisões e análises sobre política pública implicam responder as seguintes questões: quem ganha o quê, porquê e que diferença faz (LASWELL, 1936).

Assim sendo, pode-se dizer que as políticas públicas são ações do Estado, pois tem foro próprio no Executivo e no Legislativo, com o objetivo de alcançar determinada finalidade em nome do interesse público, e dependentes para sua implementação de planos e orçamentos.

Neste ponto, José Reinaldo de Lima Lopes traz uma interessante abordagem acerca da incapacidade do Estado brasileiro de formular e implementar políticas públicas. O autor, fazendo referência a um texto de José Afonso da Silva (A Constituição e sua revisão, in Cadernos Liberais, IV/XCI) cita, como um dos diagnósticos possíveis para esta inefetividade, a privatização do Estado por determinados grupos sociais, e ainda, o sistema de representação congressista, que transforma os legisladores em agenciadores de verbas públicas (LOPES, 2010).

De acordo com Lopes, o estudo do direito da saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados (LOPES, 2010).

Seguindo nesta linha, com a falta de efetivação das políticas públicas, as demandas populares, em torno delas e da prestação de serviços públicos, deixaram a arena do Legislativo e do Executivo para alocar-se no campo judicial, o que provocou um deslocamento para a esfera jurisdicional de temas que eram tradicionalmente discutidos no

campo político. Tal fenômeno foi chamado por muitos sociólogos do direito de judicialização da política e politização do judiciário[3].

Esta judicialização da política é tida como consequência da nova ordem constitucional, depositária das aspirações à universalização da Justiça. Hoje, os indivíduos buscam ver efetivamente reconhecidos os seus direitos, afastando-se do campo retórico das normas programáticas. Inclusive, a execução desses direitos, até então etéreos, impõe, na verdade, uma visão mais sofisticada da relação entre os poderes públicos.

Na perspectiva de Andreas Krell, em um Estado Social de Direito as políticas públicas não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, podendo o cumprimento das tarefas sociais ser controlado pelos tribunais. Segundo ele, cumpre ao Poder Judiciário realizar os fins sociais das políticas públicas, através da correição da prestação dos serviços básicos, quando o processo político no Legislativo ou no Executivo falha ou se omite em sua implementação (KRELL, 2002).

Acompanhando este entendimento, Flávia Piovesan em seu artigo intitulado "A eficácia dos direitos sociais" conclui que a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. E a autora vai mais além, segundo ela é necessário avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do "empowerment" da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

Após feita uma breve análise acerca do direito fundamental à saúde acarretar ao cidadão o direito subjetivo individual de pleitear no Judiciário, de maneira imediata, o custeio de um tratamento ou fornecimento de medicamento necessário, diante da ausência ou ineficácia das políticas públicas vigentes, passa-se a discussão sobre o ideal de justiça para a efetivação destas políticas pelo Judiciário e se esta se alicerça na ideia de justiça distributiva.

---

[3]Nota explicativa: a expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996), no livro *The Global Expansion of Judicial Power*, em que foram formuladas de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. "Judicialização da política" e "politização da justiça" seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

3 EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O VIÉS DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Como já tratado anteriormente, é manifesta a obrigatoriedade do Poder Público de desenvolver políticas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, conforme expresso no artigo 196 da Carta Fundamental.

Todavia, a garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. Em vista disso, é incontestável a necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos. Mas, quais seriam os seus parâmetros para o justo?

Neste viés, o dilema da escolha dos melhores mecanismos de alocação dos recursos públicos pelos Poderes constituídos vincula-se à justiça distributiva e ao permanente conflito subjacente à vida em sociedade, em que os recursos escassos são diuturnamente requisitados para fazer frente às inesgotáveis necessidades individuais e coletivas. A busca da composição racional desse conflito mostra-se imanente ao Estado democrático de direito, no qual inúmeros são os agentes intervenientes no processo alocativo e incomensuráveis as exigências sociais.

Além do que, as dificuldades encontradas na otimização da apropriação das fontes de financiamento público são exacerbadas pela natureza do Estado moderno, essencialmente prestador de serviços e fornecedor de bens, por força de sua função de provedor do bem-estar coletivo, ainda que esse grau de intervenção varie conforme a evolução do contexto político-cultural e econômico de cada sociedade.

Preliminarmente, questiona-se: qual o significado de justiça? O conceito de justiça é objeto de estudo da filosofia, cujo conteúdo material é plurissignificativo e indefinido como conceito em si.

Para os clássicos, a justiça era uma virtude. Aristóteles, em seu célebre conceito, o qual foi e continua sendo utilizado até os dias atuais, assim responde em sua obra Ética a Nicômaco: “Eis aí, pois, o que é justo: o proporcional; e o injusto o que viola a proporção” (ARISTÓTELES, L.V., 3). Para este filósofo, o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. Todo o desenvolvimento de

sua teoria de justiça fundamenta-se integralmente na Ética, visando a orientar toda a ação humana para a consecução do bem comum.

E mais, justiça para Aristóteles pode compreender dois importantes conceitos: tanto o legal, como o igual. Há a distinção, portanto, entre os tipos de justiça, como modos de se estabelecer o que é devido a outrem, seja pela lei, seja pela igualdade. Pelo primeiro caso, tem-se a definição de justiça geral, no qual se diz que um ato é justo no momento em que se exerce em conformidade com a lei. O verdadeiro objetivo da lei são os de conferir deveres em relação à comunidade, isto é, proporcionar as ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem, qual seja, o bem comum.

Além da justiça geral, que se rege pela ideia de legalidade, tem-se a chamada justiça particular, assim definida como aquela em que o padrão do que é devido é dado pela noção de igualdade. Nesse sentido, a justiça particular subdivide-se em justiça distributiva e justiça corretiva.

Na justiça distributiva, considera-se uma qualidade pessoal do destinatário do bem ou encargo, apreciável segundo o regime adotado pela comunidade. A justiça distributiva é conduzida por uma igualdade não real, mas sim proporcional, isto é, a relação que existe entre as pessoas é a mesma que deve existir entre as coisas. Já a justiça corretiva tem como fundamento o restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas, voluntárias e involuntárias, inclusive civis e penais.

Na definição de Tomás de Aquino, dando continuidade à tradição aristotélica, *"a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido"* (AQUINO, 1956). Para designar a justiça geral aristotélica, Tomás de Aquino utiliza comumente o termo "justiça legal", uma vez que os atos devidos à comunidade, para que esta alcance o seu tão procurado bem comum, estão, na maior parte dos casos, dispostos em lei.

De mais a mais, o conceito de justiça distributiva de Tomás de Aquino é mais amplo que o aristotélico. Define a justiça distributiva como aquela que "reparte proporcionalmente o que é comum", tratando-se de bens ou encargos, sobretudo tendo em vista as condições pessoais que constituem a causa do débito (S.T.Q. LVIII, art. IX, r. 3). Ou seja, esta diz respeito a igualdade na distribuição individualizada do que é socialmente realizado, enquanto que a justiça corretiva, por sua vez, denominada de comutativa por Tomás de Aquino, é aquela que regula as trocas que se realizam entre duas pessoas.

Assim, para o filósofo: “O bem comum é o fim das pessoas particulares que vivem em comunidade; assim como o bem do todo é o de cada parte. Ao passo que o bem de um particular não é o fim de outro” (S.T.Q. LVIII, art. IX, r. 3).

Esta ideia é esclarecida de forma lúcida por José Reinaldo Lopes. Em seu entendimento, tanto a justiça geral quanto a justiça distributiva dizem respeito a conflitos de caráter inevitavelmente transindividuais, muito embora venham a afetar concretamente aos indivíduos. Como o bem comum é uma condição concreta do Estado e da sociedade, a solução social deveria levar em conta um bem superior ao bem de cada um, com a adjudicação dos resultados aos indivíduos após a realização de um diagnóstico da situação social (LOPES, 2010).

Deste modo, nota-se que o objetivo da justiça não é assegurar que todos satisfaçam sua expectativas na medida dos seus desejos e interesses, mas sim encontrar termos equitativos para a cooperação social entre pessoas que se concebem como livres e iguais.

O conceito moderno de justiça distributiva, informa-nos Fleischacker (2006, p. 9), invoca o Estado como garantidor de que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível de recursos materiais, discutindo-se qual seria esse mínimo existencial e o grau de intervenção estatal necessário para assegurá-lo. Não se mostrando o mercado capaz de garantir uma distribuição adequada dos bens gerados pela sociedade, o Estado poderá ter de redistribuir parte desses bens, corrigindo imperfeições do mercado.

Assim, nota-se que a expressão justiça distributiva está frequentemente associada à promoção das políticas públicas destinadas a reduzir as desigualdades estruturais das sociedades de mercado.

E o que fazer com o crescente aumento das demandas populares por políticas públicas vinculadas à saúde, que terminam por colocar em questão o processo global de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais de modo geral (bem comum)? Este é o desafio do Judiciário em um Estado Social de Direito: garantir a justiça distributiva, distribuindo justamente as vantagens comuns aos cidadãos em um viés que amplie a igualdade e a liberdade.

Com o desenvolvimento do Estado de Bem Estar Social observou-se a preocupação em pensar conceitualmente a questão da repartição dos recursos materiais a partir de uma redefinição das noções de justiça e igualdade. Autores como John Rawls se notabilizaram pela

recuperação do antigo conceito de justiça distributiva, conferindo-lhe um novo significado à luz dos problemas suscitados pelo desenvolvimento das economias capitalistas.

John Rawls formulou a Teoria da Justiça como Equidade baseado na ideia de justiça procedimental a partir de um contrato social. Sua defesa consiste que, em uma sociedade justa, as liberdades de cidadania são invioláveis, não podem estar sujeitas à negociação política, nem ao cálculo de interesses sociais, pois "a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído." (RAWLS, 2002, p. 30).

Com este posicionamento, Rawls ficou notoriamente conhecido por sua crítica acerca da visão utilitarista, cuja concepção de que uma sociedade é justa apenas quando suas instituições são organizadas de modo a alcançar o saldo máximo de satisfação, somando-se todas as satisfações dos indivíduos pertencentes a ela, ou seja, a melhor distribuição é aquela que produz o máximo de satisfação total.

Em sua teoria, Rawls propõe um momento decisório inicial hipotético denominado *posição original*, na qual as pessoas, atrás de um véu da ignorância, por desconhecerem as posições religiosas ou morais de si mesmas e dos outros, escolheriam princípios de justiça para governar as estruturas básicas da sociedade, assemelhados às assembléias imaginárias das teorias clássicas do contrato social. Dessa forma, como as pessoas não poderiam saber como as alternativas iriam afetar o seu caso particular, elas seriam obrigadas a avaliar os princípios com base unicamente em considerações gerais (RAWLS, 2002).

Em síntese, as ideias formuladas por ele consistem em dois princípios: primeiro, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos. Como segundo ponto dispõe que as desigualdades sociais e econômicas somente se justificam se duas condições forem satisfeitas: (a) se estiverem vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidade; e (b) se forem estabelecidas para o máximo benefício possível dos membros da sociedade que se encontrarem na posição mais desfavorável (princípio de diferença).

No âmbito do direito à saúde, Brito Filho apresenta uma elucidativa análise de aplicação deste direito à luz das ideias de justiça de John Rawls. Na concepção deste autor, com relação ao direito fundamental da saúde, duas premissas são utilizadas com base na teoria

de Rawls. Primeiro, de que cada indivíduo deve ser levado em consideração, respeitadas as suas diferenças. Segundo, é o que pode ser depreendido em um dos princípios de justiça enunciados por Rawls, o qual é chamado de princípio da diferença (BRITO FILHO, 2013).

Com relação a este último, o autor expande a ideia de que Rawls defende o que ele denomina de desigualdade controlada, seguindo a linha de que ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado licitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; e ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido (BRITO FILHO, 2013).

Neste ponto chega-se a conclusão de que a teoria de Rawls possui alguns eixos fundamentais os quais podem ser utilizados para a construção de uma concepção individual do direito à saúde. A igualdade democrática guarda relação com a realização da justiça distributiva e com a prioridade a ser garantida às necessidades dos menos favorecidos (princípio da diferença).

Adiante, ao retornar a ideia de efetivação das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário, quando este é provocado pelo cidadão com vistas a ter seu direito da saúde concretizado, parte-se para uma análise acerca das decisões e de sua justiça proferida.

Com base na pesquisa sobre a atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde, nota-se uma identificação do Supremo Tribunal Federal com a preocupação de Rawls com as condições sócio-econômicas do indivíduo como substrato da igualdade e justiça na sua proposta de sociedade. Abaixo, transcreve-se trecho do voto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712/RS, decisão já abordada acima:

> Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.
>
> Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela

> política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Assim, quando o voto na decisão no âmbito da Corte Maior traz expresso que: "Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos", claramente podemos enquadrar esta ideia no princípio da diferença albergado por Rawls.

Recentemente, o Min. Rel. Marco Aurélio em seu voto no RE 566471/RN, antes de ter o julgamento suspenso à pedido de vista em setembro de 2016, relembrou a aplicação da justiça distributiva na efetivação do direito à saúde, principalmente porque seu financiamento é proveniente do bem comum. Para tanto, o eminente Min. frisou a necessidade de demonstração da incapacidade financeira do paciente e de sua família para aquisição do fármaco, veja-se:

> A realização do direito à saúde pelo Estado está incluída em um projeto mais amplo de justiça redistributiva: a sociedade como um todo, por meio do pagamento de impostos e de específicas contribuições sociais, financia serviços públicos no campo dos direitos sociais – programas de educação, moradia, alimentação, trabalho, saúde, previdência e assistência social – em benefício, principalmente, dos mais necessitados. A solidariedade social é o princípio que governa essas práticas políticas. (…)
>
> Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Assim, a concessão de medicamentos pelo judiciário, diante da necessidade da prestação do serviço de saúde e da incapacidade financeira do paciente e de sua família em adquirir os medicamentos essenciais à sua existência digna, ajusta-se no princípio da diferença de Rawls, pois será utilizado recursos do bem comum em prol dos menos favorecidos. E ao priorizar as diferenças existentes entre as pessoas, a justiça se assemelha à equidade.

Portanto, a finalidade maior na resolução desta questão consiste na promoção do bem estar dos indivíduos juntamente com a preservação dos recursos públicos para a

implementação não só do projeto nacional, mas das políticas públicas em geral, efetivando, deste modo, o direito fundamental social.

4 CONCLUSÃO

O objetivo maior da justiça não é assegurar que todos satisfaçam suas expectativas na medida dos seus interesses, mas sim encontrar termos equitativos para a cooperação social entre pessoas que se concebem como livres e iguais, dentro de uma sociedade na qual o bem comum deve ser repartido a partir de determinados critérios.

Entretanto, não se pode falar em oportunidades iguais ou que a distribuição de renda e riqueza deve beneficiar os menos favorecidos sem antes assegurar os direitos e liberdades fundamentais. Isso inclui a satisfação das necessidades básicas materiais. E, possuindo o direito à saúde um caráter universal e outro individual, o Estado deve assegurar, através de políticas públicas, o acesso universal ao tratamento necessário à população, dispondo de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão.

Todavia, em decorrência da falta de concretização das políticas públicas na área da saúde, hoje o Judiciário brasileiro possui um papel fundamental na efetivação destas inúmeras políticas sociais. E mais, constata-se que seu maior desafio nesta seara é garantir a justiça, distribuindo "justamente" as vantagens e desvantagens comuns aos cidadãos sob um viés que amplie sim a igualdade e a liberdade.

Neste ponto, verificadas algumas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que a Corte assentou a concepção de que, no que tange aos direitos fundamentais, especificamente, ao direito à saúde, deve buscar a maior eficácia social através da concretização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos, e não apenas priorizar uma sociedade que visa maximizar o saldo líquido de satisfações, em detrimento dos direitos de alguns que estão num patamar inferior. Ou seja, suas decisões identificam-se às ideias prescritas por John Rawls de uma justiça.

Além do que, seguindo a concepção capaz de garantir a justiça distributiva proposta por John Rawls, o STF segue proferindo suas decisões consistentes em conceber o direito à saúde como um direito fundamental individual, garantindo ao cidadão o direito de exigir tal direito judicialmente, visto que há princípios e valores que jamais podem ser sacrificados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. 8. Madri: BAC, 1956.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos direitos**. RJ. Campus. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566471*. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário.** *A Leitura:* Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 136-145, 2013.

FARIA**,** José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. SP: Malheiros, 2010. Capítulo 6. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito – José Reinaldo de Lima Lopes, p. 113/143.

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

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional Comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, págs. 88 a 90).

LASWELL, H.D. **Politics: Who Gets What, When, How. Cleveland, Meridian Books**. 1936/1958.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanziola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas.**

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, 2002a, p. 5, *apus*, Mariana Filchtiner Figueiredo, **Direito Fundamental à Saúde**, 2007, p. 88.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 edição. Livraria do Advogado Editora. 2010.

TATE, Neal; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Nova York: New York University Press.

WHO. World Health Organization. ***Constitution of WHO***. **Disponível em:** <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>**. Acesso em: 8 nov. 2017**.