V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

ANA LUISA CELINO COUTINHO

GIANELLA BARDAZANO GRADIN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P769
Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Gianella Bardazano Gradin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-265-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Política judiciária. 3. Gestão da Justiça. 4. Administração da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

O grupo de trabalho Política judiciária, gestão e administração da Justiça traz para o debate, entre outros temas, relatos de experiências de mudanças e propostas de modificação em procedimentos judiciários, com o objetivo de dar efetividade e/ou celeridade ao exercício de direitos pelos cidadãos.

Por exemplo, O trabalho intitulado "Jurisdicción militar en América Latina: apuntes históricos y aportes en torno de una reforma necesaria" aborda a questão das justiças militares na América Latina e a necessidade de se fazer reformas às mesmas. Dentre transformações importantes, o autor aponta a revisão dos códigos militares, a revisão processual e o fortalecimento de mecanismos de controle parlamentar nos assuntos de defesa nacional.

Também no campo das modificações procedimentais, temos o texto "Adaptação e procedimento na esfera da justiça social: análise do projeto 'perícia na ordem do dia'", que trata da simplificação de procedimentos relativos à perícia médica nos processos relativos a benefícios previdenciários e assistenciais implementada, em princípio, pelo Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Acre – experiência esta que posteriormente foi ampliada.

Outra questão abordada nesse grupo de trabalho é a tripartição das funções do Estado. Não existe uma separação absoluta de funções entre os três poderes, e sim, uma preponderância, um predomínio no exercício de cada uma dessas funções. A Constituição estabelece situações que determinam a ausência de rigidez, em que cada poder exerce pontualmente, e com base legal, funções prioritárias de outros poderes, como por exemplo, o Poder Judiciário no exercício da função administrativa. O autor do texto "Análise da possibilidade de delegação à iniciativa privada da função administrativa do Poder Judiciário" defende, ao final do trabalho, a pertinência dessa delegação.

O trabalho intitulado "Os caminhos da justiça e suas portas: autonomia do sujeito e transformação do papel do Estado na gestão de litígios" propõe uma reflexão sobre a atividade estatal de gestão de conflitos e a ineficácia do Poder Judiciário na realização dessa

tarefa. Como decorrência dessa reflexão, os autores indagam a possibilidade de haver uma retração da participação do Estado em algumas atividades, como, por exemplo, a transferência de parte da função de solucionar conflitos para entes privados e semipúblicos.

O texto intitulado “O teletrabalho na visão do Poder Judiciário brasileiro” aborda a situação em que o Poder Judiciário, seguindo tendência de reforma vigente no Estado Brasileiro como um todo, tem assumido um caráter nitidamente gerencial, pautando-se por metas de desempenho, visando à concretização do princípio da eficiência. Nesse texto, a autora defende que o teletrabalho, sob as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, tem sido um instrumento propiciador de eficiência à gestão de pessoas e processos nos tribunais.

Observamos, portanto, a recorrência da questão, certamente polêmica, da execução de funções do Estado por meios próprios da iniciativa privada, seja por meio da delegação dessas funções, seja por meio da adoção de princípios gerenciais empresariais – num processo entendido por alguns como sendo de desburocratização e por outros como privatização.

O trabalho intitulado “Judicialização de política pública de saúde com base na teoria de John Rawls” aborda uma situação recorrente na sociedade atual – a ineficácia das políticas públicas de saúde a cargo do Poder Executivo, o que constantemente leva o cidadão a recorrer ao Poder Judiciário para a efetivação desse direito social fundamental. Segundo o autor, a atuação do Poder Judiciário não poderia ser outra que não a concessão desse direito, vez que ele está previsto na Constituição e, além da lei maior, em relevantes documentos internacionais como a Declaração de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

O texto “O Excelentíssimo Senhor Presidente do STF: O ‘agenda-setter’ da Constituição de 1988, entre limites e responsabilidades” trata, entre outras questões, do alargamento da competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. A ampliação da competência do STF pelo Constituição de 1988 gerou uma elevação significativa da demanda da prestação jurisdicional do mesmo, bem como a ampliação da competência do próprio presidente do STF – que além do gerenciamento administrativo da Suprema Corte é também responsável pela gestão da pauta do órgão plenário. Conforme ressalta a autora, a definição da agenda de julgamentos é definida através de atos discricionários do seu presidente, sem que nenhum órgão possa cobrar ou fiscalizar tais decisões. Este quadro demonstra uma situação em que o presidente do STF seleciona quais os sujeitos de direitos terão as suas demandas apreciadas em curto prazo.

No texto “O Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte de Justiça, aproximação e desafios no diálogo entre o Brasil e o Uruguai”, o autor traz um quadro comparativo das características da composição e das competências das duas cortes supremas. É desenvolvido um estudo de Direito Comparado objetivando trazer a compreensão das peculiaridades de cada uma das cortes visando o estudo dessas características para auxiliar na busca de um aperfeiçoamento recíproco.

Por fim, no trabalho “O ‘amicus curiae’ como instrumento de democratização do Poder Judiciário”, os autores tratam da compatibilização do ‘amicus curiae’ com o Estado Democrático de Direito. Os autores demonstram de que forma o referido instituto contribui para uma maior participação e cooperação de grupos sociais para a conformação da decisão judicial de natureza ativista. Sendo assim, alcançam-se decisões com maior legitimidade democrática.

Ao observar o conjunto das contribuições apresentadas, em sua diversidade de pontos de vista, observamos um instigante panorama das tensões entre sociedade e Poder Judiciário; entre administração da justiça e acesso à Justiça; bem como um conjunto de propostas pontuais para o enfrentamento dessas tensões.

Profa. Dra. Ana Luisa Celino Coutinho - UFPB

Profa. Gianella Bardazano Gradin - UDELAR

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE COM BASE NA TEORIA DE JOHN RAWLS

JUDICIALIZATION OF HEALTH PUBLIC POLICY THROUGH THE JOHN RAWLS THEORY

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro [1]
Rodrigo Romano Torres [2]

Resumo

Trata-se da análise do tema judicialização de política pública de saúde à luz da teoria de John Rawls. Apresenta-se, inicialmente, um panorama geral a respeito dos documentos jurídicos internacionais e nacionais sobre o tema, bem como a própria teoria rawlsiana e algumas alterações teóricas produzidas por Norman Daniels e Amartya Sen. Conclui-se ser dever do Poder Judiciário fornecer o tratamento médico necessário ao cidadão que o solicitar, quando o Estado se omitir em situações para as quais deveria agir. Utiliza-se pesquisa bibliográfica e raciocínio lógico-dedutivo.

Palavras-chave: Judicialização da saúde, Política pública, John rawls

Abstract/Resumen/Résumé

The work pretends to investigate about judicialization of health through the John Rawls Theory. For this, show some international and national law about the subject, furthermore, show the Rawls theory and some change make in it by Norman Daniels e Amartya Sen. At end, says that the Judiciary should give the necessary medical treatment for the citizens that ask its, when the state is omitted in situations for which should act. Used literature and logical-deductive reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization of health, Public policy, John rawls

[1] Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor de cursos de graduação e mestrado em direito na Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG

[2] Advogado. Mestrando do Curso de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Bolsista da FAPEMIG - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais, categoria na qual não basta ao Estado se abster, como ocorre na categoria dos direitos de liberdade, mas sim agir. Cabe, entretanto, indagar se tal agir é dever somente do administrador público. Em outras palavras, caberia também ao Poder Judiciário determinar a implementação desse direito?

Hodiernamente, há um número crescente de processos judiciais que buscam o fornecimento de tratamentos médicos[1]. O Estado-juiz se encontra, diante desses requerimentos, muitas das vezes, em situação de difícil resolução, pois o direito à saúde deve ser implementado por meio de política pública, função esta que, ao menos inicialmente, não caberia ao Poder Judiciário.

A fim de se construir uma possível solução para o caso em comento, este trabalho apresentará, primeiramente, o panorama legislativo geral do direito à saúde no âmbito nacional e internacional; em um segundo momento, tratará da teoria de John Rawls; e, por fim, abordará a teoria de John Rawls como fundamento da judicialização de política pública de saúde.

A hipótese sugerida é que o direito à saúde deve ser implementado pelo Estado, inicialmente pelo administrador público. Porém, caso ele se omita, o Judiciário deve suprir a omissão, fundamentado no ordenamento jurídico e apoiado na teoria de justiça rawlsiana.

A relevância do tema e a importância da pesquisa encontram lastro na utilidade e conveniência de se embasar, em teoria jurídico-filosófica, o imiscuir do Poder Judiciário em tarefa que, ao menos de início, deveria competir ao Poder Executivo.

Utiliza-se como marco teórico a obra *Uma teoria de Justiça*, de John Rawls, bem como o artigo científico *Democratic Equality: Rawls's Complex Egalitarianism*, de autoria de Norman Daniels, que propõe algumas alterações na teoria de John Rawls.

A pesquisa é bibliográfica e o raciocínio lógico-dedutivo, mediante o qual se trabalha, como tese, o direito à saúde como direito fundamental, como antítese a omissão estatal e, como síntese, a interferência do Poder Judiciário em questões de política pública com o escopo de suprir a omissão referida.

[1] Na expressão "tratamento médico", para fins deste artigo, em vista de questões didáticas, implicitamente está contido o termo "medicamento".

2. DO DIREITO À SAÚDE: UM PANORAMA LEGISLATIVO GERAL

O direito à saúde está expresso em diversas normas, tanto nacionais quanto internacionais. É necessário apresentá-las, ainda que de modo geral, para que se possa visualizar o *status* normativo desse direito.

No panorama internacional, o direito à saúde está expresso no artigo 25 da Declaração de Direitos Humanos de 1948: "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar" (ONU, 1948).

Há também referência ao direito à saúde no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (ONU) integrado ao sistema normativo brasileiro pelo Decreto nº 591: "Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental" (BRASIL, 1992).

Pertinente, nesse ponto, a observação de Urá Lobato Martins, no sentido de que a "referida norma menciona 'mais elevado' nível de saúde e não 'mínimo de saúde, motivo pelo qual não merece prosperar a interpretação no sentido de considerar que o papel do Estado é de garantir o mínimo existencial" (MARTINS, 2015, p. 312).

Há ainda, na órbita internacional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) internalizado pelo Estado Brasileiro por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999; nele se faz menção ao direito à saúde, nos seguintes termos:

> Artigo 10 - 1. Toda pessoa têm direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
> 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
> a) assistência primária a saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
> b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
> c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
> d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
> e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
> f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (BRASIL, 1999).

Noutro giro, no âmbito nacional, a Magna Carta brasileira prevê o direito à saúde no Título II (Direitos Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais) em seu artigo 6º:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988).

Além disso, não se pode olvidar da regra prevista no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual os direitos fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Por outro lado, na medida em que se evolui na leitura do texto constitucional, nota-se que há uma seção exclusivamente destinada à saúde; trata-se da Seção II, do Capítulo II (Da Seguridade Social), do Título VIII (Da Ordem Social), que assim dispõe em seu primeiro artigo:

> Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Para se efetivar o referido direito, como deixa claro a Constituição, é necessário implementar políticas públicas. Essas políticas devem ser realizadas por meio de leis e atos infraconstitucionais.

Extrai-se dessas leis três importantes instrumentos: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todas têm previsão constitucional expressa – art. 165 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Segundo o art. 165, §1º, da Constituição Federal de 1988, o Plano Plurianual "estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada"(BRASIL, 1988).

Lado outro, de acordo com o §2º do mesmo artigo,

> A *lei de diretrizes orçamentárias* compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da *lei orçamentária anual*, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Por sua vez, a Lei Orçamentária Anual

> é a lei que vincula o instrumento de planejamento que contém a previsão das receitas (origem dos recursos) a serem arrecadadas no exercício financeiro, bem como a

> fixação das despesas (aplicações dos recursos) a serem gastas ao longo do ano a que se refere (PEREIRA, 2015, p. 292).

Diante desse panorama normativo, nota-se que o direito à saúde é reconhecido na órbita internacional, porquanto consta expressamente em três documentos internacionais de grande importância que foram ratificados por diversos países.

No âmbito nacional, por sua vez, pode-se considerar o direito à saúde como um direito fundamental tanto no aspecto formal – por se encontrar disciplinado entre os direitos fundamentais, consoante art. 6º da CF/88 –, como no material. Quanto ao aspecto material, vale frisar que a "fundamentalidade material, por sua vez, identifica os direitos fundamentais em razão de seu conteúdo, que constitui e define as estruturas básicas do Estado e da sociedade" (MATIAS; MUNIZ, 2015, p. 201). Portanto

> dos referidos dispositivos depreende-se que a ordem constitucional vigente consagrou o direito à saúde como dever do Estado, a quem incumbe à adoção de medidas que visem a proteção, promoção e recuperação da saúde, propiciando, quando for o caso, o tratamento mais adequado e eficaz ao paciente que dele necessitar. Assim, tanto do aspecto formal como material não há dúvida sobre a caracterização do direito à saúde como direito fundamental (MATIAS; MUNIZ, 2015, p. 201).

Logo, o direito à saúde é um direito fundamental; assim, relevante citar as palavras de Guillermo Escobar, que, ao diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos, chama a atenção para duas garantias aplicáveis aos direitos fundamentais: "O direito fundamental é uma categoria própria do Direito constitucional que implica, ao menos, duas garantias: vinculação do legislador e tutela judicial (ESCOBAR, 2008, p. 4).[2]

Levando-se em conta a aproximação do contexto normativo internacional e do nacional, pode-se afirmar que o direito à saúde encontra guarida no ordenamento jurídico. Destarte, seu *status* de direito fundamental obriga sua garantia pelo Estado, o que pode se dar inclusive por via judicial.

3. A TEORIA DE JOHN RAWLS

John Bordley Rawls foi um filósofo americano, nascido em Baltimore, Maryland, Estados Unidos da América, em 21 de fevereiro de 1921. Obteve o título de doutor em

2 Tradução de: "El derecho fundamental es una categoria propia del Derecho constitucional, lo cual implica, al menos, dos garantias: vinvulación del legislador y tutela judicial"

filosofia pela Universidade de Princeton em 1950. Tornou-se professor titular da Universidade de Harvard em 1962, tendo lecionado nessa instituição até se aposentar em 1991 (FURLAN, 2012, p. 3).

Entre suas principais obras, podem ser citadas *Uma teoria de justiça*, 1971, *Liberalismo político*, 1993; *O direito dos povos*, 1999; *História da filosofia moral*, 2000, e por fim *Justiça como equidade: uma reformulação*, 2001.

Embora haja diversas obras, é possível afirmar que a espinha dorsal de sua teoria está presente na obra *Uma teoria de justiça*, de 1971.

Com sua teoria, Rawls objetivou elaborar uma alternativa às teorias utilitaristas e intuicionistas. A teoria do contrato social ganhou relevo em sua obra, já que foi com base nela que ele construiu suas principais ideias (FURLAN, 2012, p. 8). Nas palavras de Rawls, "meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social" (RAWLS, 2008, p. 13).

A busca de uma estabilidade em sua concepção de justiça também é explicitada pelo próprio autor:

> Uma característica importante de uma concepção de justiça é que ela deve gerar sua própria sustentação. Seus princípios devem ser tais que, quando integrados à estrutura básica da sociedade, os homens sintam-se inclinados a adquirir o senso de justiça correspondente e passem a ter vontade de agir segundo seus princípios. Nesse caso, a concepção de justiça é estável (RAWLS, 2008, p. 167).

As teorias do contrato social elaboradas por Hobbes, Locke e Rousseau objetivavam criar uma teoria que justificasse o poder estatal, afastando, por conseguinte, toda forma de poder tirânico. Por outro lado, a teoria de justiça rawlsiana do contrato social não tem a

> finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação (RAWLS, 2008, p. 14).

Segundo Furlan (2012, p. 9), o objeto da justiça na teoria de Rawls "é apontado como a busca da justiça social". Portanto, "a visão de Rawls parte da concepção de *fairness* ou *fair play* que clama por uma justiça estabelecida através de um jogo limpo, imparcial (*justice as fairness*)" (FURLAN, 2012, p. 9).

Assim, mais especificamente,

> o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entendo a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes (RAWLS, 2008, p. 8).

Rawls afirma que a criação dos princípios de justiça se dá na posição original, condicionada pelo véu da ignorância.

A posição original "é o *status quo* inicial apropriado, de modo a assegurar que os consensos fundamentais nele alcançados sejam equitativos" (FURLAN, 2012, p. 9). Cabe ressaltar que a posição original não é uma assembleia geral que ocorre em certo momento histórico. "A posição original deve ser interpretada de modo que possamos, a qualquer momento, adotar sua perspectiva" (RAWLS, 2008, p. 168).

A respeito do véu da ignorância, Rawls consigna que há uma clara aproximação desse instituto com o imperativo categórico kantiano. O imperativo pode assim ser descrito: "Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza." – grifo do autor (KANT, 1974, p. 59). Por conseguinte, o véu da ignorância

> é uma condição tão natural que já deve ter ocorrido algo parecido a muitas pessoas. A formulação apresentada no texto está implícita, julgo eu, na doutrina kantiana do imperativo categórico, tanto no modo como esse critério procedimental é definido quanto no seu uso que Kant faz dele. Assim, quando nos sugere testar nossa máxima ponderando como as coisas se passariam se ela fosse uma lei universal da natureza, Kant tem de supor que não conhecemos nosso lugar dentro desse sistema natural imaginado (RAWLS, 2008, p. 166).

Destarte, "entre as características essenciais dessa situação [posição original condicionado pelo véu da ignorância] está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social" (RAWLS, 2008, p. 14).

A partir da posição original e sob o véu da ignorância, os homens, segundo Rawls, elegem os dois princípios de justiça. Conforme o primeiro princípio, "cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas" (RAWLS, 2008, p. 73).

Rawls apresenta o rol de liberdades que deve ser protegido:

> É essencial observar que as liberdades fundamentais figuram em uma lista de tais liberdades. Dentre elas, têm importância a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção

> contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa); o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito. O primeiro princípio estabelece que essas liberdades devem ser iguais (RAWLS, 2008, p. 74).

Quanto ao segundo princípio, Rawls registra que as desigualdades sociais e econômicas "devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos" (RAWLS, 2008, p. 73).

O segundo princípio deve ser interpretado segundo o princípio da diferença, que é aquele que se coaduna com a igualdade democrática (RAWLS, 2008, p. 79; 91-97).

Há, ainda, no princípio da diferença, o dever de poupar para a próxima geração. Rawls reconhece a dificuldade de se discutir o tema que trata dos direitos das futuras gerações quando registra que "não é preciso pôr em destaque as dificuldades levantadas por esse problema. Ele submete qualquer teoria ética a testes severos, se não impossíveis" (RAWLS, 2008, p. 354). Entretanto, enfrentando o tema, ele limita o princípio da diferença ao princípio da poupança justa (FURLAN, 2012, p. 12).

Cabe ressaltar que "essa poupança pode assumir várias formas, do investimento líquido em máquinas e outros meios de produção ao investimento na escolarização e na educação" (RAWLS, 2008, p. 356).

Mas, afinal, como justificar o dever daqueles que se encontram na posição original de poupar para a próxima geração? Rawls enfrenta esse dilema e reformula sua teoria em 1975, afirmando o seguinte:

> Porém, já que interpretamos a posição original como se fosse adotada no momento presente, as partes sabem que são contemporâneas; e assim, não há motivo para que concordem em fazer qualquer tipo de poupança. (...) Portanto, para alcançar um resultado razoável, supomos, em primeiro lugar, que as partes representam linhagens familiares, digamos, que se preocupam pelo menos pelo menos com seus descendentes imediatos; e, em segundo lugar, que o princípio adotado deve ser tal que elas gostariam que as gerações anteriores o tivessem adotado. Essas restrições, juntamente com o véu de ignorância, têm por função garantir que qualquer geração se preocupe com todas as outras (RAWLS, 2008, p. 359).

O princípio da diferença trata, como bem observa Furlan, da distribuição da riqueza, e "a distribuição não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa para todos, e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidades devem ser acessíveis a todos" (FURLAN, 2012, p.12). Segundo Norman Daniels, "o princípio da diferença (PD) restringe as desigualdades

para aqueles que trabalham ao máximo em benefício dos grupos mais desfavorecidos" (DANIELS, 2003, p. 241).[3]

Sintetizando o significado do princípio da diferença, Camila Gonçalves de Mario consigna que

> o princípio da diferença exprime uma noção política de fraternidade, já que almeja um acordo entre os mais talentosos e aqueles cujas capacidades permitem exercer apenas tarefas menos gratificantes e mal remuneradas; mas contém também um princípio de reparação segundo o qual tanto as igualdades como as desigualdades imerecidas devem ser reparadas, quanto uma concepção de reciprocidade, pois as arbitrariedades naturais e sociais só devem ser admitidas quando resultarem em benefício comum (MARIO, 2013, p. 5).

Após expor os princípios de justiça, Rawls passa a tratar das regras de prioridade. Segundo ele,

> esses princípios devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo. Essa ordenação significa que as violações das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas (RAWLS, 2008, p. 74).

A prevalência do primeiro princípio sobre o segundo fica evidente no momento em que Rawls afirma que "a liberdade só pode ser limitada apenas em nome da própria liberdade" (RAWLS, 2008, p. 302).

John Rawls assim expõe as regras de prioridade:

> *Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade)*
> Os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos: a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos; b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade.
> *Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar)*
> O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença. Há dois casos: a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo – grifo do autor (RAWLS, 2008, p. 376).

[3] Tradução de "the difference principle (DP) restricts inequalities to those that work maximally to the advantage of the worst off groups".

Apresentada, ainda que de maneira breve, a teoria de Rawls, oportuna são as palavras de Serge-Chistophe Kolm:

> A contribuição de Rawls é, por fim, semelhante à dos animais comestíveis: é nutritiva por sua carne, não por sua espinha dorsal, ainda que esta tenha sido necessária para sustentar a carne. A espinha dorsal também foi necessária para a tarefa salutar, mas idiossincrática, de posicionar-se contra o utilitarismo no círculo específico da filosofia de língua inglesa. A 'carne' analítica, os *insights*, profundos e certeiros dela derivados, e a coragem de empunhar a bandeira da primazia da liberdade e da igualdade em um território logicamente hostil, explicam o enorme impacto e o inexaurível poder de inspiração da obra (KOLM, 2000, p. 260).

4. A TEORIA DE JOHN RAWLS COMO FUNDAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Observa-se, pelo exposto até aqui, que a teoria de John Rawls busca reduzir as desigualdades sociais, mantendo, entretanto, o conjunto de liberdades. Essa redução ocorre por meio da ampliação do leque de oportunidades sociais aos menos favorecidos. Deve-se indagar, então, se garantir o direito à saúde aos cidadãos seria uma forma de incrementar essas oportunidades. Além disso, caberia ao Poder Judiciário, a partir da teoria rawlsiana (e de algumas alterações que serão realçadas), determinar o fornecimento de tratamento médico em favor do cidadão que não o obtivesse por meio do Poder Executivo?

A resposta à primeira indagação exige uma alteração na teoria rawlsiana. Essa alteração foi proposta, por exemplo, por Norman Daniels (2003) e Amartya Sen (1979).

Como acentua Norman Daniels,

> as desigualdades são medidas por um índice de bens sociais primários. Ele inclui direitos e liberdades, os poderes e oportunidades, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito. Os bens primários podem ser considerados como as "necessidades" dos cidadãos (Daniels, 2003, p. 242).[4]

Contudo, ao pressupor que todos os cidadãos se encontram em posição de igualdade quando estão na posição original, Rawls simplesmente pressupõe que não há desigualdades advindas de moléstias:

[4] Tradução de: "Inequalities are measured by an index of primary social goods. It includes rights and liberties, powers and opportunity, income and wealth, and the social bases of self respect. The primary goods may be thought of as the 'needs' of citizens".

> Para simplificar o problema de medir necessidades dos cidadãos na construção inicial de sua teoria, Raws assume que todas as pessoas são totalmente funcionais ao longo da vida inteira. Por hipótese, ele, portanto, elimina a doença, incapacidade e morte premature como fontes de desigualdade. (DANIELS, 2003, p. 242)[5]

Essa presunção de Rawls decorre do fato de que para ele os bens primários são focados nos recursos, e não nas capacidades das pessoas; por isso não se pode acusar Rawls de incoerência teórica interna. Em outras palavras, se o que se pretende é avaliar as desigualdades através de um índice que considera os recursos como o fiel da balança, não há problema em pressupor a inexistência de desigualdades advindas de questões de saúde. Entrementes, a teoria vem a se chocar com questões externas que nesse caso obstaculizam a sua aplicação, exigindo, portanto, alterações.

Por isso, Daniels vai propor uma alteração na concepção de bens primários, focando-os na capacidade, e não mais nos recursos:

> O índice de bens primários sociais se concentra em recursos, mas as pessoas que estão doentes ou deficientes, por exemplo, não podem converter esses recursos em capacidades da mesma forma que outros podem. Centra-se sobre o "espaço" errado, isto é, sobre os recursos ao invés de capacidades (ou liberdades positivas) para fazer ou ser o que se escolhe. (DANIELS, 2003, p. 242)[6]

Amartya Sen caminha nesse mesmo sentido, afirmando que não se deve buscar compreender as desigualdades considerando apenas a ideia de bens primários de Rawls, porque isso seria uma moralidade cega:

> Mas, de fato, as pessoas parecem ter necessidades muito diferentes que variam com a saúde, longevidade, condições climáticas, localização, condições de trabalho, temperamento, e até mesmo o tamanho do corpo (que afetam as necessidades alimentares e de vestuário). Então, o que está em causa não é simplesmente ignorar alguns casos difíceis, mas ter vista para diferenças muito amplas e reais. Julgar

[5] Tradução de: "To simplify the problem of measuring citizens needs in the initial construction of his theory, Rawls assumes that all people are fully functional over a whole lifetime. By hypothesis he thus eliminates disease, disability, and premature death as sources of inequality".

[6] Tradução de: "The index of primary social goods focuses on resources, but people who are ill or disabled, for example, cannot convert those resources into capabilities in the same way others can. By focusing on the wrong 'space,' that is, on the resources rather than the capabilities (or positive freedom) to do or be what one chooses"

> vantagens apenas em termos de bens primários leva a uma moralidade parcialmente cega (SEN, 1979, p. 215).[7]

Diante desse obstáculo conceitual, segundo Daniels, há um meio de alterar o foco dos bens primários da teoria de Rawls, com vistas a solucionar o problema da desconsideração das desigualdades advindas das moléstias:

> Há, no entanto, um caminho natural para modificar bens primários de Rawls para que sua teoria possa ser estendida para incluir a doença e a deficiência: expandir o poder da teoria à luz do recente trabalho sobre os determinantes sociais da saúde (DANIELS, 2003, p. 242).[8]

Dito isso, a resposta para a indagação feita no primeiro parágrafo deste capítulo pode ser extraída do trecho colacionado abaixo:

> A chave para estender a visão de Rawls é a importante relação entre o funcionamento normal e oportunidade, um dos bens sociais primários. Deficiências de funcionamento normal, incluindo a morte precoce, reduzem o leque de oportunidades abertas a indivíduos no propósito de construir ou prosseguir "planos de vida" (DANIELS, 2003, p. 258)[9].

Nesse diapasão, consequentemente, não há como negar que questões socioeconômicas se relacionam diretamente com questões de saúde. Consoante Camila Gonçalves de Mario, "relacionar desigualdades socioeconômicas com desigualdades em saúde significa que estamos enfrentando fatores que são socialmente controláveis e, portanto, uma questão de justiça distributiva" (MARIO, 2013, p. 14).

[7] Tradução de: "But, in fact, people seem to have very different needs varying with health, longevity, climatic conditions, location, work conditions, temperament, and even body size (affecting food and clothing requirements). So what is involved is not merely ignoring a few hard cases, but overlooking very widespread and real differences. Judging advantage purely in terms of primary goods leads to a partially blind morality".

[8] Tradução de: "There is, however, a natural way to modify Rawls's primary goods so that his theory can be extended to include disease and disability; doing so also unexpectedly expands the power of the theory in light of recent work on the social determinants of health".

[9] Tradução de: "The key to extending Rawls's view is the important relationship between normal functioning and opportunity, one of the primary social goods. Impairments of normal functioning, including early death, reduce the range of opportunity open to individuals in which they may construct or pursue 'plans of life'".

Deve-se, assim, pensar a saúde como uma questão de justiça porque ela

> é fundamental para garantir a plena participação das pessoas em sociedade e para que estas sejam capazes de realizar suas expectativas ao longo de suas vidas; portanto, uma sociedade que não garante aos seus cidadãos condições de saúde, será invariavelmente injusta, pois não assegurará a todos as mesmas condições e oportunidades para realizarem de suas vidas algo valoroso, e nem de desenvolverem as condições necessárias para se tornarem cidadãos plenos e cooperativos (MARIO, 2013, p. 12).

Dessa maneira, pode-se afirmar que "determinados bens e serviços são necessários para manter não somente nosso funcionamento como também nosso Leque de Oportunidades" (MARIO, 2013, p. 12). Há uma relação direta entre o direito à saúde e a extensão do leque de oportunidades, haja vista que, ao alterar o quadro social, melhora-se a saúde, e vice-versa.

Feita essa alteração, fica evidente que o centro da justiça passa a ser as capacidades, e não os recursos.

> Desigualdades no estado de saúde entre indivíduos são abordadas através da concepção de instituições que visam, de forma razoável e justa, proteger o funcionamento normal para toda a população. Esta extensão da teoria de Rawls acomoda os exemplos centrais que Sen (e outros) têm usado para sugerir que o alvo da justiça opera em um espaço diferente (capacidades, não os recursos) dos bens sociais primários (DANIELS, 2003, p. 259).[10]

Cabe, pelo exposto até aqui e portanto, retornar à indagação 'caberia ao Poder Judiciário, a partir das alterações propostas à teoria de Rawls, determinar o fornecimento de medicamento ou tratamento médico em favor do cidadão que não o obtivesse por meio do Poder Executivo?'

Antes de responder a essa indagação, é premente considerar que o trabalho se propôs a tratar a teoria de Rawls e a implementação do direito à saúde através dela; assim, a resposta pressupõe, obviamente, a aceitação dessa teoria pelo Estado. Esclarecido esse ponto, e considerando a própria ideia de justiça construída por Rawls, bem como as alterações propostas por Daniels e Sen, a resposta à pergunta deve ser afirmativa.

O Judiciário deve fornecer o tratamento médico porque no desempenho de sua atividade ele representa o Estado e suas finalidades, e, tendo sido acolhida a ideia de justiça

[10] Tradução de: "Inequalities in health status among individuals are addressed by designing institutions that aim in a reasonable and fair way at protecting normal functioning for the whole population. This extension of Rawls' theory accommodates the central examples that Sen (and others) have used to suggest that the target of justice operates in a different space (capabilities, not resources) from the primary social goods".

rawlsiana, não poderia o Estado-juiz se omitir e permitir que a desigualdade não fosse reduzida. Essa atitude impediria a implementação da própria ideia de justiça que seria fundamento do próprio Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, externou-se neste trabalho o direito à saúde na maneira como ele se apresenta no ordenamento jurídico nacional e no internacional.

No cenário internacional, o direito à saúde é reconhecido por diversos diplomas importantes. Entre eles, citam-se, por exemplo, a Declaração de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

No âmbito nacional, o direito à saúde encontra guarida no documento maior do Estado: a Constituição Federal. Além disso, esse direito deve ser implementado por meio de políticas públicas, que são, como se viu, elaboradas com base em diversas outras leis e atos, tais como o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Apresentado o panorama jurídico acerca do direito à saúde, concluiu-se que este é um direito fundamental, tanto no aspecto material como no formal.

Sendo, portanto, um direito fundamental, há minimamente duas garantias advindas desta categoria de direito, quais sejam: a sua vinculação ao legislativo e a tutela judicial. Considerando isso, já se pode afirmar que o Judiciário tem o dever de determinar a implementação do direito à saúde, caso haja omissão de algum dos outros poderes.

Num segundo momento, apresentou-se a teoria de John Rawls, na qual ele constrói uma concepção de justiça com base na teoria do contrato social.

Em sua elaboração teórica, Rawls pressupõe que os sujeitos estão em uma determinada posição, chamada por ele de posição original, e condicionados pelo véu da ignorância. Por meio dessas ferramentas teóricas, Rawls afirma que as pessoas desconhecem suas posições sociais, tanto presentes como futuras, e elaboram dois princípios de justiça que devem guiar a sociedade. O primeiro princípio se refere ao direito à igual liberdade; o segundo princípio, às desigualdades sociais e econômicas que, consoante o autor, devem estar dispostas de tal modo que tanto a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos, como b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

Porém, dentro de sua construção teórica, Rawls presume que todos são iguais, portanto desconsidera incapacidades advindas de moléstias, o que exigiu uma alteração de sua teoria por outros autores.

Daniels e Sen perceberam a incoerência externa da teoria na medida em que conseguiram comprovar que as incapacidades interfeririam diretamente no leque de oportunidades das pessoas. A ampliação desse leque é uma peça importante na teoria de Rawls já que é ela que possibilita a redução das desigualdades. Diante disso, propuseram uma mudança de foco dos bens primários rawlsianos, alterando-os dos recursos para as capacidades.

A partir dessa mudança de perspectiva, inserir a saúde como um direito de todos passou a ser uma consequência lógica, porque não se implementaria a própria teoria de Rawls caso não fosse concedido esse direito.

Destarte, considerando que o direito à saúde é um direito reconhecido internacional e nacionalmente, e que em âmbito nacional tem guarida constitucional, apresentando-se expressamente como um dever do Estado, e conjugando isso com a teoria rawlsiana e suas alterações, pode-se concluir que o Poder Judiciário tem o dever de determinar que se forneça o tratamento necessário à saúde do cidadão que bater à sua porta, quando, por evidente, omisso for o Estado em condições nas quais deveria agir.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 6 de julho de 1992. **Diário Oficial da União**, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 7 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 30 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1999. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=215628&norma=228560. Acesso em: 1º out. 2015.

DANIELS, Norman. Democratic Equality: Rawls's Complex Egalitarianism. In: FREEMAN, S. R. (Ed.). **The Cambridge companion to Rawls**. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 2003. p. 241-277.

ESCOBAR, Guillermo. Las garantías del derecho fundamental a la salud en España. **Revista da Defensoria Pública**, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008. p. 3-35.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **O debate entre John Raws e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção Os Pensadores, XXV. São Paulo: Abril, 1974.

KOLM, Serge-Chistophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARIO, Camila Gonçalves de. Saúde e Justiça Social: uma análise do SUS a partir das teorias da justiça. In: **Estudos em políticas públicas***:* cidadania, desenvolvimento e controle social. São Paulo: Editora Cultura Acadêmica, 2013.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 309-328.

MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 1, 2015. p. 194-206.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em: 1º out. 2015.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,** 1966. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>. Acesso em: 7 out. 2015.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 290-308.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya. **Equality of what?** Tanner Lecture on Human Values. In: Tanner Lectures, Stanford University, 1979.

UNITED NATIONS. **Treaty series.** Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. v. 993. New York, 1983.