XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

HEITOR DE CARVALHO PAGLIARO

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 - 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/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Heitor de Carvalho Pagliaro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-804-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

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

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Na ocasião do XXVIII do Encontro Nacional do CONPEDI, o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica reuniu pesquisas notadamente na área da hermenêutica jurídica. O debate científico realizado a partir das treze pesquisas apresentadas teve como foco os princípios, com forte ênfase doutrinária. A maior parte dos trabalhos enfrenta questões de ordem teórica e outra parte analisa casos concretos.

De um lado, a precisão e a objetividade das regras atendem aos ideais de segurança jurídica, previsibilidade e estabilização das relações sociais. De outro lado, a generalidade e subjetividade dos princípios possibilitam a flexibilidade do direito frente às especificidades dos casos concretos. O excesso de ênfase nas regras pode afastar a equidade, entendida como a adaptabilidade do direito na aplicação da justiça no caso concreto, ao passo que o excesso de princípios pode conduzir a uma ampliação prejudicial e desmedida das possibilidades de interpretação,

Como o juiz deve interpretar as leis? Essa resposta não está nas leis – salvo poucas exceções nas quais a própria legislação dispõe que algo deve ser ou não deve ser interpretado de determinado modo. Também não está na ciência jurídica, pois não há consenso teórico a respeito disso. Kelsen, na Teoria Pura do Direito, se perguntou se existe uma interpretação ideal, melhor do que as demais, e respondeu que não há. Então o juiz faz uma escolha de qual técnica interpretativa empregar no momento da prestação jurisdicional. É sobre essa escolha que recai toda a preocupação da hermenêutica jurídica. É nesse ponto que política e direito se encontram, pois determinada concepção de direito e de sociedade será levada em conta nessa escolha, isto é, alguns valores e conceitos serão tomados como ponto de referência na decisão judicial.

É nesse sentido que Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann defendem que a interpretação principiológica não pode prescindir de uma sólida teoria hermenêutica do direito, alertando para o risco do uso indiscriminado dos princípios e promovendo uma reflexão sobre a ideia de discricionariedade judicial, própria do que alguns teóricos denominam como pós-positivismo. No mesmo tema, Vitor Oliveira Rocha Fontes escreve sobre a discricionariedade judicial, com base no pensamento de Dworkin, apresentando críticas à teoria neoinstitucionalista do processo. A abertura que os princípios conferem à interpretação do direito pelo poder judiciário torna possível o fenômeno do

ativismo judicial, tema que é estudado por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto em contraste com o princípio da legalidade. O autor analisa tal questão tendo como plano de fundo a distinção entre o poder legislativo e judiciário. Na mesma esteira, considerando a necessidade da interpretação para a efetividade do direito, Ana Cristina Lemos Roque e Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto procuram demonstrar como a hermenêutica é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Caroline Lais da Silva Stelmach, por sua vez, discute a teoria da integridade de Dworkin, relacionando-a com o Direito Processual Civil brasileiro.

Alguns trabalhos do GT, sem perder de vista o debate hermenêutico, tiveram como foco um problema concreto. Maria Eliane Carneiro Leão Mattos e Gabriela Martins Carmo criticam a abertura conferida pela discricionariedade judicial no que diz respeito aos alimentos provisórios, levantando discussões baseadas em Hart, Dworkin e Alexy, sobre os limites do poder de interpretação dos juízes. Évelly Salvador Miranda e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão analisam, com base nos direitos fundamentais, o direito ao nome do natimorto, como direito da personalidade, construindo uma interpretação analógica, tendo como referência o nascituro. As autoras apontam a necessidade de uma legislação federal para regulamentar essa questão, mas ponderam as possíveis consequências que tal direito poderia deflagrar no âmbito do direito civil.

O texto de Anna Paula Bagetti Zeifert e Emmanuelle de Araujo Malgarim aborda a ideia de existência de uma razão pública, refletindo criticamente sobre o que seria o bem comum, partindo do pensamento de John Rawls. Este autor também é referencial teórico no trabalho de Giovanni Galvao Vilaca Gregorio, que constrói uma reflexão sobre o direito à saúde entendido como bem social primário, tendo como base a teoria da justiça como equidade. Com base no mesmo filósofo, Jean Carlos Dias e Shirley da Costa Pinheiro analisam o conceito de justiça distributiva, a partir das relações entre igualdade e desigualdade. Além disso, os autores apresentam uma reflexão sobre como as desigualdades sociais deflagram diferentes graus de liberdade individual. Mauricio Fiorito desenvolve uma pesquisa sobre a justiça distributiva e a equidade, com base em Aristóteles, para pensar, a partir disso, questões relacionadas à justiça eleitoral.

Sublinhando a pluralidade de autores e teorias que permeiam o tema do GT, o trabalho das pesquisadoras Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal abordam um caso concreto envolvendo decisões da justiça eleitoral no município de Valença, no Piaiu, analisadas sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, tendo em vista ideias de ações afirmativas, direitos políticos e igualdade de gênero. Por fim, Maria Izabel Dos Reis Rezende e Viviane Aprigio Prado e Silva têm como objeto de pesquisa o anteprojeto de lei anticrime proposto por Moro.

As autoras elaboram reflexões sobre a proposta legislativa tendo como referências os pensamentos de Dworkin, Streck, Rawls e Abamben, discutindo as ideias de leis injustas e desobediência civil.

Essas são, em linhas gerais, as pesquisas que integram o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica dessa edição do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI. O debate entre os pesquisadores que apresentaram trabalhos e os coordenadores do GT resgataram a clássica distinção grega entre o governo de leis e o governo de homens. As leis não são autoaplicáveis, por isso não há um governo só de leis. Os agentes públicos do Estado, em todas as esferas, não agem como querem, mas são vinculados à legislação, por isso não há um governo só de homens. O poder é exercido por homens, com base em leis. Estas se expressam por meio da linguagem, sobretudo escrita, e é por esse meio que os homens constroem, conhecem e aplicam as normas. Portanto, a interpretação é necessária. Pensando assim, pode-se falar de um governo de intérpretes, isto é, de homens com base em leis. É nesse ponto que as discussões do GT revelam sua importância e atualidade, pois pensar sobre a interpretação do direito é pensar sobre como o poder legítimo é exercido na sociedade.

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. Heitor de Carvalho Pagliaro - UFG

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

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 ABORDAGEM DE NORMAN DANIELS SOBRE O DIREITO À SAÚDE COMO BEM SOCIAL PRIMÁRIO: A EXTENSÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

NORMAN DANIELS'S APPROACH ON THE RIGHT TO HEALTH AS A PRIMARY SOCIAL WELFARE: THE EXTENSION OF JOHN RAWLS'S THEORY OF JUSTICE

Giovanni Galvao Vilaca Gregorio [1]

Resumo

A saúde, considerada um direito fundamental, encontra dificuldades para ser distribuída aos usuários, devido ao seu caráter universal e de atendimento integral como ocorre no Brasil. Assim, este trabalho faz uma revisitação à Teoria da Justiça como Equidade do filósofo norte-americano John Rawls, com a extensão proposta por Norman Daniels, a fim de buscar estabelecer a saúde como um bem social primário a ser distribuído aos indivíduos, não para eliminar as diferenças naturais entre eles, mas mitigá-las, com vistas a garantir um acesso equitativo às oportunidades, numa perspectiva de sociedade justa.

Palavras-chave: Saúde, Distribuição, Justiça, Igualdade, Equidade

Abstract/Resumen/Résumé

Health, considered a fundamental right, has difficulties to be distributed to users, due to its universal character and full care as it occurs in Brazil. Thus, this work revisits the Theory of Justice as Equity of the American philosopher John Rawls, with the extension proposed by Norman Daniels, in order to seek to establish health as a primary social good to be distributed to individuals, not to eliminate the natural differences between them, but to mitigate them, in order to guarantee equitable access to opportunities, from a fair society perspective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Distribution, Justice, Equality, Fairness

[1] Mestrando em Direito Público Universidade FUMEC. Estagiário Docente. Especialista em Direito Administrativo, Eleitoral e Processo Civil. Assessor Judiciário no TJMG.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, que no Brasil está inscrito nos arts. 6º e 23, II da Constituição da República de 1988 e desenvolvido nos arts. 196 ao 200 encontra dificuldade em ser distribuída de maneira satisfatória aos usuários, haja vista a organização federativa e descentralizada do sistema público de saúde previsto no art. 198 de nossa Constituição.

O Executivo é o responsável pela criação de políticas públicas que visem a promoção do atendimento àqueles que necessitam do fornecimento de medicamentos, insumos, exames, consultas e procedimentos cirúrgicos. Todavia, no Brasil, a ineficiente gestão das políticas públicas relacionadas à saúde, aliada à limitação de recursos públicos, acarreta um insuficiente atendimento aos usuários..

Por isso a importância de perquirir sobre o assunto, com o intuito de estabelecer uma correlação com teoria criada pelo filósofo político norte-americano John Rawls - a Teoria da Justiça como Equidade.

Nas principais obras de Rawls, tais como Uma Teoria da Justiça (2008), Justiça como Equidade (2003) e Liberalismo Político (2005), o autor não trata da saúde como um bem primário social a ser distribuído aos indivíduos. Entretanto, o legado de Rawls subsidiou a extensão desta para a saúde" (DANIELS, 2008, p.47), de maneira que o princípio da igualdade equitativa de oportunidades seja aplicado à distribuição dos bens de saúde, com a finalidade de mitigar as disparidades no atendimento dos usuários pelas instituições da estrutura básica de saúde (DANIELS, 2008).

Portanto, na próxima seção do trabalho serão revisitadas as principais normas que instituem o sistema público de saúde no Brasil, partindo da Constituição da República de 1988, em que a saúde se consolida como direito social e fundamental.

Em seguida, far-se-á um levantamento sobre os principais conceitos da teoria de Rawls, transcorrendo por seus pressupostos, elementos e princípios.

Na sequência, será traçado um paralelo entre a teoria de Rawls e sua extensão para a área da saúde tratada por Norman Daniels nas obras "Just Health" (2008) e "Justice as Justification" (1996), em que o autor envereda sua concepção de saúde justa a partir do princípio da "igualdade equitativa de oportunidades" (DANIELS, 2008), delineando a saúde como um bem primário, que pode ser melhor distribuída em uma sociedade democrática.

1 SAÚDE: DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

O direito à saúde, a partir da Constituição da República de 1988, foi incorporado ao rol de direitos fundamentais, em evidente rompimento com a concepção liberal e formando, juntamente com a educação, o trabalho a moradia e a segurança, os direitos de segunda geração, ou direitos sociais fundamentais, insculpidos no art. 6º da Carta Constitucional de 1988, como elucida Renato LuisDresh:

> A partir de iniciativas vanguardistas assimiladas na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, houve um rompimento com a concepção liberal, passando, a partir de então, os direitos sociais a serem incluídos no rol de direitos constitucionais fundamentais, criando os chamados direitos fundamentais de segunda geração. (DRESH, 2014, p. 28).

O art. 196 da Constituição propugna que a saúde é um direito de todos, assegurado o acesso universal, igualitário e integral, significando que o atendimento pelo SUS – Sistema Único de Saúde – deve ser ofertado a todos, independente de quaisquer condições, inclusive financeiras, "sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais", (SILVA, 2007, p. 124).

1.1 PRINCÍPIOS

O princípio da universalidade e igualdade previsto no art. 196 da Constituição da República "densifica o dever estatal de prover condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde, na dicção do art. 2º, §1º, da Lei no 8.080/90" (FIGUEIREDO, 2015, p. 73).

Desse modo, seja o tratamento preventivo ou o curativo, deve ser assegurado a todos sem privilégios e também sem ressalva da hipossuficiência (DRESH, 2014), garantindo a saúde em amplo aspecto e, por consequência, a qualidade de vida.

Por isso, o art. 3º da Lei nº 8.080/90 dispõe que:

> Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990)

O caráter universal e igualitário do acesso aos serviços de saúde está intimamente ligado ao princípio da integralidade, previsto no inciso II do art. 198 da Constituição da República. No entanto, a legislação infraconstitucional estabelece um balizamento, de forma que não é todo e qualquer medicamento que está assegurado, sobretudo aqueles em fase experimental ou sem prévia aprovação das autoridades sanitárias, pois "a indústria, muitas vezes, é mais da doença que da cura e de que nem sempre há dignidade em morrer no hospital, na UTI, cheio de tubos, longe do afeto familiar, em nome de uma falsa ou suposta possibilidade de prolongamento da vida." (SANTOS, 2010, p. 213).

Concebe-se, portanto, o princípio da integralidade como um complexo de serviços, preventivos e curativos, necessários à promoção e recuperação da saúde, diante de políticas publicas articuladas pelo Poder Público, valendo destacar que o Decreto nº 7.508/2011 definiu instrumentos para a implementação da integralidade de assistência, quais sejam: a RENASES e a RENAME (BRASIL, 2011).

1.2 FEDERALISMO SOLIDÁRIO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Nos termos do *caput* art. 198 da Constituição da República, "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)" (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o constituinte introduziu o federalismo solidário e impôs competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no tocante ao cuidado da saúde, consoante, inclusive, estabeleceo inciso II do art. 23 da Constituição da República (BRASIL, 1988):

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

A propósito, Lenir Santos informa que:

> A repartição de competência comum entre os entes federativos nem sempre foi tarefa fácil e na saúde isso se complica mais ainda pelo fato de o SUS ser um sistema interfederativo de organização de serviços, no qual entes compartilham suas responsabilidades para que o cidadão de um município pequeno porte possa ter

> atendimento de maior complexidade na rede interfederativa de saúde, da qual o seu município faz parte. (SANTOS, 2010, p. 144).

A despeito de instituir a responsabilidade solidária aos entes da Federação, a Constituição outorgou aos municípios a atribuição de "prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população", na dicção do inciso VII do art. 30 da Carta Constitucional, atribuindo aos entes municipais a prestação direta dos serviços de saúde.

Nesse enredo, Dresh (2014), ressalta que os municípios são os mais sacrificados com os gastos de saúde:

> Os Município ainda são os mais sacrificados com os gastos com saúde. Com base em dados do ano de 2012 constata-se que os Municípios gastaram em média 21,45%, enquanto a União gastou apenas 3,9% do PIB, praticamente a metade do gasto dos países com sistema de saúde universais. Aliás, não ha norma legal que lhe imponha um percentual mínimo de gastos com a saúde, embora haja uma cláusula de não regresso, para que não sejam reduzidos de um ano para outro, além de ordenar o acréscimo da variação PIB (LC nº 141/2012, art. 5º). (DRESH, 2014, p. 31).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reafirma, desde 2015, o entendimento de que os entes federados têm responsabilidade solidária na prestação dos serviços de saúde:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (BRASIL, 2015).

Nada obstante, em observância à eficiência administrativa, faz-se necessário que as políticas e ações de saúde estejam concatenadas, a fim de evitar estruturas similares para a mesma finalidade e, consequentemente, o desperdício de recursos públicos.

Renato Dresh enfatiza, contudo, que "a inexistência de uma consolidação às normas do SUS dificulta sobremaneira a compreensão do sistema." (DRESH, 2014, p. 35), ressaltando também que essa situação não pode ser justificativa para sedimentar a 'solidariedade preguiçosa' (DRESH, 2014).

2 JOHN RAWLS: VIDA E OBRA

Nascido em 21 de fevereiro de 1921, na cidade de Baltimore/Maryland, nos Estados Unidos, John Bordley Rawls já vivia imerso em questões políticas e jurídicas no seu ambiente familiar, pois seu pai era advogado e sua mãe, uma ativista política que defendia os direitos das mulheres.

Rawls estudou filosofia na Universidade de Princeton e teve uma intensa vida acadêmica, vindo a se tornar professor da Universidade de Harvard, destacando-se pela originalidade no campo filosófico, econômico e político:

> A partir do segundo semestre de 1950, por dois anos, Rawls passou a ensinar filosofia na Universidade de Princeton e a realizar diversos seminários, versando sobre economia, política norte-americana e direito constitucional, o que aumentou seu interesse pela política e o desenvolvimento histórico da sociedade americana. Nos anos de 1952-1953, por convênio, Rawls se transferiu para Universidade de Oxford, onde iniciou a ideia dos princípios morais, com forte influência de Isaiah Berlin. Em seguida, ele voltou para os Estado Unidos, servindo primeiro como assistente e depois professor associado na Universidade de Cornell, tornando-se editor do famoso jornal Philosophical Rewiew. Nos anos de 1959-1960, Rawls foi professor convidado na Universidade de Harvard. No ano de 1960, o Instituto de Tecnologia de Massachustts oferece uma vaga como professor efetivo, cuja oferta é aceita por Rawls. No ano seguinte (1961), Rawls é convidado para ministrar aulas em Harvard, mas espera um ano para terminar suas atividades no MIT (FIGUEREDO, 2014, p. 162).

Enquanto trilhava sua vida acadêmica, Rawls escreveu em 1958 um *paper* intitulado "Justice is Fainess", do qual emergiu a ideia do contrato moral, a posição original. Já em 1967, Rawls publica o "Distributive Justice", em que cunha o conceito do princípio da diferença, ponto focal de sua teoria.

Em 1971, Rawls publica a síntese de todo o seu estudo, "A Theory of Justice" (Uma Teoria da Justiça), que recebeu críticas de vários autores como Robert Nozik, Michael Sandel e Jurgen Habermas, o que o instigou a escrever, mais tarde, o "Political Liberalism" (Liberalismo Político), no ano de 1993.

De fato, o pensamento de Rawls não operou num vácuo histórico ou teórico, visto que para fundamentar sua teoria, recolheu experiências político-filosóficas desde o século XVIII, especialmente Immanuel Kant e os filósofos contratualistas,.

2.1 UMA TEORIA DA JUSTIÇA

Rawls é aclamado devido ao seu anseio de conjugar dois valores até então inconciliáveis: a liberdade como valor supremo da vida humana e a igualdade, valor fundamental da convivência da comunidade política.

O autor era considerado um ‘liberal igualitário’ pois na conformação desses dois valores (liberdade e igualdade) não haveria sacrifício de um pelo outro.

Durante quase uma vida de pesquisa e construção de sua teoria, a inquietação de Rawls esteve em responder uma pergunta: O que é uma sociedade justa?

A respeito do papel da teoria de Rawls para a filosofia política, Habermas afirmou que “uma teoria da justiça de John Rawls marca uma cesura na história mais recente da filosofia prática. Com essa obra, Rawls reabilitou as questões morais reprimidas durante muito tempo e apresentou-as como objeto de pesquisas científicas sérias.” (HABERMAS, 2002, p. 65).

Rawls compreende a justiça como objeto primário que deve caminhar para a revitalização do sistema político por meio da participação da sociedade, incorporando princípios que orientam critérios fundamentais de uma sociedade justa, valendo ressaltar, segundo o próprio Rawls que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é a primeira virtude para os sistemas de pensamentos.” (RAWLS, 2008).

É oportuno realçar a influência de Immanuel Kant em Rawls atinente à questão moral universalista para o desenvolvimento da posição original e do véu da ignorância, que irão amparar os princípios de justiça a serem seguidos pelas instituições responsáveis pela distribuição dos bens.

2.1.1 Pressupostos

Rawls estabelece três pressupostos para entender a proposta de Justiça como Equidade.

2.1.1.1 Escassez moderada de recursos

Em relação a este pressuposto, é importante entender que a natureza não dispõe de recursos infinitos, embora o homem tenha esse desejo ilimitado. Então, Rawls não parte da premissa de uma abundância de recursos, nem escassez total – por isso escassez moderada – para que haja a justa repartição de bens (FIGUEIREDO, 2014).

2.1.1.2 Reconhecimento do pluralismo

Neste ponto, Rawls se diferencia dos autores que o precederam, porque na visão clássica da filosofia política, devia-se encontrar um bem supremo para identificar a melhor forma de organização da vida humana.

Todavia, Rawls rompe com essa ideia clássica por perceber que nenhuma sociedade, em nenhum momento histórico, partilharia dos mesmos pensamentos e ideologias. Por consequência, não haveria que se buscar uma concepção unívoca de bem supremo.

A propósito, Fleischacker (2006) elucida que:

> Os dois princípios de Rawls, em contraste, juntamente com a argumentação a seu favor, fornecem uma explicação compreensiva de (1) quais bens devem ser distribuídos, (2) que necessidades esses bens satisfazem, (3) por que se devem favorecer as necessidades sobre a contribuição, e (4) como se deve equilibrar a distribuição com a liberdade (de tal modo que a "distribuição" de liberdade tenha prioridade sobre toda distribuição de bens econômicos e sociais) (FLEISCHACKER, 2006, p. 167).

Os princípios de justiça devem considerar a regular coexistência de indivíduos com ideias, pensamentos e ideologias distintas: o fato do pluralismo.

2.1.1.3 Reconhecimento dos membros da sociedade: racionalidade e razoabilidade

Rawls esclarece que para encontrar os princípios de justiça que vão ordenar a estrutura da sociedade é preciso que os indivíduos sejam racionais, isto é, possuam capacidade de realizar sua própria noção de bem. É também imprescindível a capacidade de perceber que certos fins podem não ser os melhores, nem aqueles aceitáveis por todos.

Exemplo disso seria afirmar que é racional que cada um tenha seu credo, mas não é razoável que se utilize crianças em sacrifícios. Nesse contexto, verifica-se que a racionalidade é pautada pela razoabilidade.

A partir desses três pressupostos é possível vislumbrar os três elementos da Teoria da Justiça como Equidade, conforme a seguir.

2.1.2 Elementos da Teoria da Justiça como Equidade

2.1.2.1 Posição original e véu da ignorância

O primeiro elemento refere-se à estrutura básica da sociedade, ou seja, o objeto. A bem da verdade, Rawls direciona sua pesquisa às instituições sociais básicas, de forma que a melhor distribuição de bens e recursos deve ser realizada por instituições organizadas, as quais irão determinar os direitos e deveres de uma sociedade.

Por isso, Rawls concluiu que:

> Uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública da justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios (RAWLS, 2008, p. 15).

Enquanto método para se produzir os princípios de justiça, Rawls desenvolve o conceito da posição original, através do aprofundamento nas obras dos filósofos contratualistas John Locke, Thomas Robbes e Jean-Jacques Rosseau. Mas é no contratualismo moral de Kant que John Rawls extrai o conceito da 'posição original'.

Rawls entende que os princípios de Justiça são criados a partir de uma situação hipotética, a posição original, como um momento no qual um grupo de participantes escolherá as regras para uma sociedade justa, ocasião em que racionalmente as pessoas estariam em condições de igualdade.

Para alcançar este patamar, é imperioso estar sob o véu da ignorância, ocasião em que os indivíduos em posição original desconhecem suas predisposições naturais ou morais de gênero, etnia, condição social e até mesmo qual a posição vão assumir nesta nova sociedade ideal. Tudo isso para que possam extrair os princípios de justiça e realizar uma imparcial distribuição de bens.

Vale dizer que os indivíduos nessa posição original sob forte restrição do véu da ignorância formariam um consenso e escolheriam princípios de justiça abstraindo dos recursos, vantagens e desvantagens concretas.

Robson Ribeiro explana sobre o véu da ignorância e a posição original:

> Em suma, a utilização do véu da ignorância assegura que ninguém será prejudicado ouprivilegiado na escolha dos princípios, tendo em vista o acaso das circunstâncias sociais emque são selecionados.
> Trata-se de uma ficção, descrição metafórica, ou ainda, reprodução dos fatos, na qual,cada indivíduo desconhece sua posição inicial no acordo social e não se sabe qual porção debens primários lhe caberá. Nesse sentido, com o véu de ignorância, o sujeito coloca-se nolugar do outro, os princípios da justiça são escolhidos com imparcialidade e se evita a seleçãobaseada em interesses pessoais. (RIBEIRO, 2017, p. 23).

2.1.2.2 Bens primários

Muito embora os participantes em posição original sob o véu da ignorância desconheçam suas predisposições naturais e sociais, são indivíduos racionais e razoáveis que possuem a noção de bens primários, chamados por Rawls de "primary goods" (RAWLS, 2008), afirmando que "bens primários são condições necessárias e exigidas por pessoas vistas à luz da concepção política de pessoa, como cidadão que são membros plenamente cooperativos da sociedade e não simplesmente como seres humanos, independentemente de qualquer concepção normativa" (RAWLS, 2008, p. 58).

Nas palavras de Camila Gonçalves de Mário:

> Os bens primários são, também, as condições e meios necessários para que os cidadãos possam desenvolver-se e exercer plenamente suas duas faculdades morais: a capacidade de ter um senso de justiça, de compreender e de aplicar os princípios de justiça política e, a capacidade de formar uma concepção de bem. Além disso, eles garantem as condições de realização das concepções de bem dos cidadãos. São coisas exigidas por uma concepção política que define as pessoas como membros cooperativos da sociedade. Trata-se do que pessoas livres e iguais precisam como cidadãos. (DE MARIO, 2014, p. 6).

Em uma Teoria da Justiça (2008), Rawls estabelece subdivisão entre os bens primários sociais e bens primários naturais, sendo possível identificar que ele considera a saúde como um bem primário natural:

> Para esclarecer a definição e o papel desses bens Rawls traça uma distinção entre "Bens Primários Sociais" e "Bens Primários Naturais". É nessa formulação em TJ que nos deparamos com o entendimento de Rawls sobre a saúde, para ele, são bens primários sociais: os direitos, as liberdades e oportunidades, a renda, a riqueza e o auto respeito – bens que constituirão sua lista de bens primários como veremos mais adiante – e são bens primários naturais: a saúde e o vigor, a inteligência e a imaginação. (DE MARIO, 2014, p. 5).

Desse modo, pode-se inferir que Rawls considera a saúde uma contingência que pode afetar a vida dos indivíduos acarretando desigualdades, contudo "em sua teoria os menos favorecidos não são definidos pela ausência de saúde (…)" (DE MARIO, 2014, p. 3), embora admita a relevância de como a estrutura básica irá lidar para diminuir a ausência de saúde na vida dos indivíduos.

Neste particular, vale introduzir a releitura e, de certa forma, a extensão da teoria rawlsiana por Norman Daniels, que considera a saúde um bem fundamental para que os indivíduos alcancem seus objetivos.

De acordo com Camila de Mário, Daniels define a saúde da seguinte maneira:

> Norman Daniels em seu livro "Justice andJustification" (1996) trabalha com uma definição estreita de saúde,pensando-a como ausência de doença, incluindo

> deficiências provenientes de acidentes; doenças são desvios na *organização funcional normal* de um organismo típico de determinada espécie; funcionamento que nos permite realizar nossos objetivos enquanto seres sociais.
> Embora esta definição de saúde seja estreita, para atendê-la é necessária uma considerável gama de serviços sociais e de saúde, conforme assinala Daniels (1996) são eles: 1. nutrição e abrigo apropriados; 2. um lugar saudável, que atenda as exigências sanitárias e despoluído, para morar e trabalhar; 3. exercício físico, descanso, lazer; 4. serviços de saúde que trabalhem prevenção, cura e reabilitação e, 5. serviços pessoais e de saúde que dêem suporte aos serviços médicos. (DE MARIO, 2014, p. 11).

2.1.3 Princípios de justiça

Os princípios de justiça constituem o último elemento da Teoria da Justiça como Equidade, extraídos pelos indivíduos racionais e livres que firmaram o contrato – a posição original -, sob a restrição do véu da ignorância, com o intuito de formular os critérios fundamentais de uma sociedade.

Nesse contexto, Rawls afirma que:

> Uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública da justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios (RAWLS, 2008, p. 5).

O primeiro princípio é o da igual liberdade para todos, em que "cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras." (RAWLS, 2002, p. 64).

Para o filósofo norte-americano, as instituições devem garantir o máximo de liberdades individuais, tais como a expressão, a reunião e a liberdade de pensamento, popularmente conhecidos como direitos humanos de primeira geração. Este primeiro princípio de igualdade de liberdades é pressuposto para o segundo princípio – o da diferença, no qual "as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos."(RAWLS, 2002, p. 64).

Em relação aos princípios de justiça, Robson Ribeiro considera que:

> Pelo exposto, é possível, compreender que Rawls projeta, primeiro, o Princípio da liberdade igual, que conclui em um sistema de 'liberdades básicas' iguais a todos os indivíduos da sociedade e assente na garantia de direitos e liberdades semelhantes. No segundo momento, o autor revela o Princípio da Diferença, o qual seria reconhecer que as 'desigualdades sociais e econômicas' somente devem ser ordenadas e aceitas caso estejam dentro dos contornos da razoabilidade e se forem vantajosas para a coletividade. (RIBEIRO, 2017, p. 24)

Rawls admite que desigualdades econômicas e distinções entre os indivíduos são inerentes a toda sociedade. Mas, em uma sociedade justa, o princípio da diferença tem o escopo de reduzir essas diferenças, favorecendo o máximo possível os mais desfavorecidos.

Assim, Rawls não condena que haja pessoas ricas, porém, deve ser assegurada uma igualdade de oportunidades de riquezas aos mais desprovidos de recursos, já que "as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de modo a que [...] se estabeleçam para o máximo beneficio possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do principio de poupança justa [...]" (RAWLS, 2008, p. 376).

Em resumo, vale mencionar os ensinamentos de Canotilho que explicita o princípio da diferença:

> Uma constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares. Todavia, e tendo sobretudo em conta o incumprimento do projeto emancipatório sob a forma de "constitucionalização dos excluídos" [...] A nosso ver, uma completa desregulação constitucional dos "excluídos da justiça" legitima uma separação crescente do in e dos out e não fornece qualquer arrimo à integração da marginalidade. Precisamos, por isso, das "ilhas do particularismo" detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos e crianças, grávidas, trabalhadores – não constituem um desafio intolerável ao "universal" e ao "básico" típico das normas constitucionais. Exprimem, sim, a indispensabilidade de refracções morais no âmbito do contrato social constitucional (CANOTILHO, 2001, p. 21).

Não se tem a intenção, neste trabalho, de esgotar todas as discussões acerca dos princípios de justiça presentes na teoria rawlsiana, mas apenas trazer as linhas mestras da teoria do filósofo norte-americano para adentrar na extensão que Norman Daniels estabelece para a saúde.

2 A ABORDAGEM DE NORMAN DANIELS DA SAÚDE COMO BEM PRIMÁRIO: A EXTENSÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Antes mesmo de correlacionar a teoria de Rawls com a extensão proposta por Norman Daniels, convém salientar o que este autor entende por saúde. Em sua obra "Justice and Justification" (1996), Daniels desenvolve um conceito estreito da saúde, como sendo uma ausência de doença, que para atendê-la, é imprescindível uma série de serviços, como bem ressalta Camila Gonçalves De Mário:

> Embora esta definição de saúde seja estreita, para atendê-la é necessária uma considerável gama de serviços sociais e de saúde, conforme assinala Daniels (1996)

> são eles: 1. nutrição e abrigo apropriados; 2. um lugar saudável, que atenda as exigências sanitárias e despoluído, para morar e trabalhar; 3. exercício físico, descanso, lazer; 4. serviços de saúde que trabalhem prevenção, cura e reabilitação e, 5. serviços pessoais e de saúde que dêem suporte aos serviços médicos. (DE MARIO, 2014, p. 11).

Norman Daniels também elucida que deve haver uma distribuição adequada dos recursos de saúde pelas instituições básicas, a fim de que as pessoas alcancem seus planos de vida.

Segundo Daniels, não se verifica em Rawls a ideia de distributividade da saúde, pois para este último, os indivíduos não estão doentes em uma sociedade justa. Portanto, considerar a saúde como um bem social primário, numa extensão da teoria de Rawls, delineia uma distribuição da saúde pelas instituições básicas, reduzindo as desigualdades e favorecendo uma igualdade equitativa de oportunidades:

> É igualmente importante usarmos recursos para medir as desvantagens naturais provocadas por doenças (e, desde que a diferenciação social de classe seja considerada significante para as causas das doenças, somos lembrados que doença não é somente um produto de um componente natural da loteria). Sistemas de saúde têm como objetivo a manutenção do nível normal de funcionamento. Então, se concentram em uma específica classe de desvantagens óbvias e tentam eliminá-las. Essa é a sua limitada contribuição para a garantia da igualdade equitativa de oportunidade. (DANIELS, 1996, p. 193).

Nada obstante, a extensão proposta por Daniels não significa uma subversão da teoria de Rawls, mas consoante esclarece De Mário, significa:

> (…) proteger oportunidade em face das doenças e deficiências que podem restringir a oportunidade individual relativa ao que o indivíduo teria acesso se fosse saudável ao limitar a parcela do leque normal de oportunidades referente aos talentos e habilidades de cada indivíduo. Esse argumento fica mais claro quando lembramos que a parcela normal do leque de oportunidades de cada indivíduo é aquela correspondente aos sonhos e planos de vida que cada um escolher e que o nível de saúde e a distribuição da saúde de/em uma população é resultado de fatores sociais que podem ser controlados. (DE MÁRIO, 2014, p. 14).

Para Norman Daniels, garantir uma oportunidade equitativa de bens e serviços de saúde não visa à eliminação das diferenças naturais entre as pessoas, mas a promoção de um funcionamento normal, de maneira a mitigar impedimentos às oportunidades.

De Mário (2014) afirma que vários pontos fulcrais da teoria rawlsiana são mantidos na extensão proposta por Daniels:

> O primeiro deles é o que nos permite traçar um paralelo entre educação e saúde. Ambas são estrategicamente importantes para a garantia da igualdade equitativa de oportunidades, pois se referem a bens que não são igualmente distribuídos. Além disso, esses dois bens distinguem-se de outras necessidades básicas, como comida, porque sua distribuição ainda é mais desigual. Para o autor, o argumento que Rawls constrói sobre a educação já é suficientemente abrangente e permite a inclusão da saúde em sua teoria, pois a mesma justificativa apresentada por Rawls para a inclusão da educação pode ser estendida para a saúde.

> O segundo é o nível de abstração através do qual se definem necessidades em saúde. Na teoria da justiça como equidade, Rawls submete a escolha de seus princípios a uma situação hipotética com uma rígida demanda, a de que as escolhas dos contratantes devem ser feitas sob o artifício do véu da ignorância, o que os impede de tomar decisões que venham a favorecer seus interesses específicos e garante que suas decisões reflitam sua identidade enquanto agentes livres e moralmente iguais. Entretanto, a escolha de princípios que fundamentem as decisões que devem ser tomadas acerca dos sistemas e serviços de saúde e sobre a alocação de recursos deve ser feita sob um véu da ignorância mais fino do que o idealizado por Rawls, pois, para tal, são necessárias tanto informações sobre a sociedade quanto a distribuição de recursos. (DE MARIO, 2014, p. 17).

A distribuição equitativa de bens de saúde tem fundamental importância porque subsidia a proteção do leque de oportunidades aberto aos indivíduos, visto que as desigualdades causadas pela má distribuição de bens sociais de saúde, não garantem uma sociedade justa pensada por John Rawls.

3 CONCLUSÃO

Diante da dificuldade de se realizar uma efetiva distribuição dos recursos de saúde, notadamente no Brasil, cujo direito é considerado social e fundamental de acesso universal, integral e igualitário, buscou-se estabelecer um ideal teórico para perquirir sobre a melhor distributividade da saúde, partindo do filósofo norte-americano John Rawls e estendendo sua teoria na perspectiva de Norman Daniels.

Segundo Daniels, não se observa na teoria rawlsiana a saúde como um bem primário social passível de distribuição, eis que em uma sociedade justa os indivíduos são saudáveis. Contudo, em uma revisitação à Teoria da Justiça como Equidade, Daniels propõe a saúde como bem primário social, a fim de amainar as desigualdades e favorecer à igualdade equitativa de oportunidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessoem23dez 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**.

Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DANIELS, Norman. **Porque a justiça é importante para a nossa saúde**. Revista Idéias, IFCH –UNICAMP, vol.01, n. 02, Campinas - SP, 2011.

DANIELS, Norman. Just Health.**Meeting health needs fairly**. New York, NY: Cambrigde University Press, 2008.

DANIELS, Norman. Justice and Justification.**Reflective equilibrium in theory and practice**.New York, NY: Cambridge University Press, 1996.

DE MARIO, Camila. **Saúde justa:** uma concepção liberal-igualitária. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/saude-justa-concepcao-liberal-igualitaria-756.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

DRESH, Renato Luís. **Federalismo Solidário**: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde.In: SANTOS Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org). Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2010.

FIGUEREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Teoria da Justiça de John Rawls**: Possibilidades e avanços no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista Jurídica Uniandrade, v. 01,n. 20, p. 158-170, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro de Vita. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo:
Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves.2008.

RIBEIRO, Robson. **Adequação do Instituto Nacional de Saúde e Excelência Clínica do Reino Unido (NICE) ao Sistema Único de Saúde (SUS)**: resposta à judicialização das políticas públicas de medicamentos de alto custo, 2017. Disponível em<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5524/2812>. Acesso em 02 maio 2018.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Valle, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.