XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA

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

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: José Querino Tavares Neto

Marco Aurélio Serau Junior

Ricardo José Macedo De Britto Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-772-4

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
e Pós-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

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No dia 20.06.2019, durante a realização do XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia/GO, ocorreram os debates no bojo do GT Direitos Sociais, Previdência e Seguridade Social, sob coordenação dos Professores Doutores Marco Aurélio Serau Junior (UFPR), José Querino Tavares Neto (UFG) e Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira (UDF).

Foram apresentados 23 trabalhos, os quais gravitaram em torno de 4 eixos temáticos: a) judicialização do acesso ao direito à saúde; b) direito fundamental à educação; c) Teoria Geral da Seguridade Social, e d) Direito Previdenciário e Reforma Previdenciária.

Esses trabalhos se coadunam à perfeição com os objetivos específicos desse Grupo de Trabalho, voltado não somente às discussões sobre Seguridade Social, mas, de modo mais amplo, à reflexão sobre os direitos sociais como um segmento próprio e coeso dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de discussão acadêmica é extremamente relevante para o momento pelo qual estamos transitando, pautado por inúmeras alterações legislativas cuja tônica é, quase sempre, da restrição aos direitos fundamentais sociais, a exemplo da já consolidada Reforma Trabalhista (levada a cabo sobretudo pelas Leis 13.467/2017 e Lei 13.429/2017) e da Reforma Previdenciária, que já avançou por meio da Lei 13.846/2019 e aguarda sua consolidação caso aprovada a PEC 6/2019, cuja pretensão é o abandono dos pilares constitutivos da Seguridade Social, em particular o princípio da solidariedade social, portanto, numa perspectiva mais aguda, um risco à própria sociedade e seus avanços no que se refere às conquistas de direitos e afirmação da justiça social.

Numa palavra, qualquer alteração legal em direitos previdenciários, seguridade social e, por reflexo direto, sociais, devem ocorrer, e não há qualquer sociedade que não deva levar em conta essa necessidade, mas, sobretudo, nossa sociedade tão desigual como a brasileira, isso deve ocorrer de forma serena e em diálogo com a sociedade, mormente, reflexo de audiências públicas e de forma dialogal com especialistas, inclusive a academia, sob o risco de uma reforma que aprofunde ainda mais as desigualdades numa sociedade de classes.

Todos as pesquisas apresentadas em Goiânia seguem esse pensamento crítico e pavimentam a contribuição teórica que a Universidade deve proporcionar à sociedade a fim de que as políticas públicas sejam seriamente delineadas.

Assim, convidamos todas e todos à leitura destes valorosos trabalhos que se seguem.

Dia desses com muito aprendizado coletivo.

Os coordenadores

Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

Prof. Dr. Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira - UDF

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

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

DIREITO À SAÚDE E A IDEIA DE UNIVERSALIDADE EM JOHN RAWLS: PERSPECTIVA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

RIGHT TO HEALTH AND THE IDEA OF UNIVERSALITY IN JOHN RAWLS: PERSPECTIVE OF GUARANTEEING THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Daniela Arruda De Sousa Mohana
Silvio Carlos Leite Mesquita

Resumo

O artigo pretende estabelecer uma relação entre o direito à saúde e a ideia de universalidade em John Rawls. A universalidade é considerada um elemento caracterizador do direito à saúde e uma força motriz para garantia da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, optou-se por adotar como marco teórico principal a teoria da justiça em John Rawls como forma de subsidiar a discussão a respeito da universalidade do direito à saúde e como contraponto a teoria utilitarista que vem ganhando força na implementação de uma política de saúde.

Palavras-chave: Palavras-chave: saúde, Universalidade, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to establish a relation between the right to health and the idea of universality in John Rawls. Universality is considered a characterizing element of the right to health and a driving force to guarantee the dignity of the human person. Therefore, it was decided to adopt as main theoretical framework the theory of justice in John Rawls as a way of subsidizing the discussion about the universality of the right to health and as a counterpoint to the utilitarian theory that has been gaining strength in the implementation of a health policy .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key words: health, Universality, Dignity of the human person

1 INTRODUÇÃO

A presente proposta comporta a relação entre o direito à saúde e a idéia de universalidade, considerada um elemento fundamental para o reconhecimento importância do direito à saúde. Deste modo, procurando abordar criticamente tal tema, optou-se por adotar como marco teórico principal a teoria da justiça em John Rawls como forma de subsidiar a discussão a respeito da universalidade do direito à saúde e como contraponto a teoria utilitarista que vem ganhando força na implementação de uma política de saúde.

Assim, entende-se que os referidos estudos assumem as tensões presentes no processo de proteção do direito à saúde. Por certo, esse marco teórico está escorado e conversa com diversos outros teóricos, tão importantes quanto, e que darão os embasamentos teórico e filosófico necessários para se pensar na relação atual entre a saúde e a dignidade da pessoa humana, considerando a possibilidade de universalização de direitos.

Registra-se que no Estado brasileiro um grupo significativo de pessoas se encontra impossibilitado de realizar necessidades básicas, o demonstra a fragilidade dos direitos naquele espaço. Não interessa que o responsável possa ser identificado ou se a fragilidade se configura como estrutural; o que ocorre é a demonstração da incapacidade do Estado em cumprir suas obrigações básicas, seja pela opção pelo modo de produção, seja pela existência de desigualdades socioeconômicas, seja pelo alto grau de exclusão social, em outras palavras, depende das prioridades que o Estado tenha eleito.

É certo que John Rawls (1971) pretendeu oferecer um modelo procedimental capaz de conciliar igualitarismo e individualismo, inferindo que as pessoas possuem diferentes valores e formulam diferentes projetos, por vezes para além da sua própria vida e experiência individual. Assim, uma sociedade, para ser considerada justa, deveria superar as diferenças a que são submetidos seus membros. Para tanto, deveria postular princípios válidos para todos, independentemente da posição em que se encontrem, pois a cooperação social possibilita melhores condições de vida, o que deve ser realizado através do contrato social objetivando viabilizar a justiça de forma cooperativa entre os membros da sociedade.

Para se alcançar o objetivo deste trabalho far-se-á a utilização de material bibliográfico, visando um aprofundamento teórico para a efetivação do esclarecimento do motivo desta pesquisa. Por outro lado, a pesquisa quanto aos objetivos será destrinchada exploratoriamente, utilizando das normas jurídicas já positivadas, pois o aparato jurídico será caracterizado, exposto quanto à fundamentação jurídico-normativa.

A pesquisa tem o intuito de analisar a relação entre Saúde e Universalidade, considerando a necessidade de proteção do direito à saúde. Mas, para tanto pretende-se tracar

uma comparação entre a ideia de universalização e a teoria utilitarista.

A abordagem será qualitativa, devido o vínculo essencial existente entre o material em estudo e o tema em questão.

2 DIREITO À SAÚDE: status de direito fundamental

A soberania é entendida sob aspecto dúplice, abrange tanto conceito de comunidade autodeterminada e autogovernada quanto a legitimação da soberania popular, artigo 2, da Constituição Portuguesa e o artigo 14, da Constituição Federal de 1988.

Os limites da soberania popular estão fundamentados na dignidade da pessoa humana (art. 2 CRP e artigo 5, III, CF/88), que considera o homem sendo um fim em si mesmo e não um meio para alcance de um objetivo. Esta é a visão moderna ou pré- moderna deste princípio antrópico, como afirma Sarlet (2001) "o indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastes et fictor)."

Desta forma, a república é organizada de forma a atender às necessidades do homem e não o contrário, esta é premissa defendida por John Rawls, que estabelece uma ideia de mutualidade, pois a república está a serviço do homem, assim como o homem na qualidade de cidadão contribui para a república. (RAWLS, 1997, p. 45)

Desta forma, a república é estabelecida com base nas liberdades individuais, explicitadas por meio dos direitos fundamentais. José Afonso da Silva (2006, p.179) assevera que "a expressão direitos fundamentais são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana" significa a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

A Constituição da República Brasileira conferiu aos direitos fundamentais o status de direito constitucional, ao denominar o seu Título II de direitos e garantias fundamentais, assim como, a Constituição da República da República Portuguesa conferiu aos direitos fundamentais o status de direito constitucional, ao denominar o seu Título I de direitos e deveres fundamentais. A constitucionalização não pode ser encarada apenas como uma positivação de direitos, mas como uma garantia do cidadão de pleitear a sua concretização junto ao Judiciário quando da inércia do Executivo na efetivação dos referidos direitos. Alexandre de Moraes (2002, p.21) afirma que "o respeito aos direitos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra- mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático". Ainda, no conceito adotado por Alexandre de Moraes (2002, p.39):

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por

> finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

A Constituição Brasileira assegura a sua eficácia dos direitos fundamentais quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF). A Constituição Portuguesa confere força jurídica, eficácia dos direitos e deveres fundamentais por meio da sua aplicação imediata ao estabelecer que os "preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas", no seu artigo 18º.

Os artigos supracitados explicitam que a Constituição não é restrita a um limite negativo à atuação do Estado, mas consiste em um ordenamento de ações por parte do mesmo quanto à satisfação de necessidades econômicas, culturais e sociais do seu povo. Nesse contexto de atividades essenciais para a salvaguarda dos direitos fundamentais, é mister enfatizar o papel do Poder Judiciário, poder independente, autônomo de exercer o controle de constitucionalidade com com vistas a concretizar o respeito aos direitos humanos fundamentais. A qualidade de independência conferida a este poder é precípua, já que "a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência" (ZAFFARONI apud MORAES, 2002, p.52).

Analisando-se, por outro lado, o rol dos direitos fundamentais percebe-se que este não é constituído apenas por limitações sobre as ações do Estado em relação ao indivíduo, mas também por um conjunto de imperativos sobre o modo de atuar do Estado, sobre as suas ações imprescindíveis para um modo digno de vida do ser humano. No dizer de Canotilho (apud MORAES, 2002, p.20):

> A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico- objectivo, normas de competência para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico- subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmo (liberdade negativa).

Os direitos fundamentais, para possuírem uma aplicabilidade eficaz prescindem tanto da ação intervencionista (direitos positivos) como abstencionista por parte do Estado (direitos negativos) e somente com a devida realização de tais direitos é que poderá construir-se uma sociedade liberta das condições miseráveis de existência.

Dentro da satisfação das necessidades sociais, encontra-se o direito social, direitos denominados de segunda geração, pois exigem um fazer estatal, distanciando-se da visão primária do papel abstencionista do Estado. Em específico, o direito à saúde é inserido neste rol e alçado ao status de direito fundamental, artigo 6º e 96 da CF/88.

José Afonso da Silva (2011: pg. 833) apresenta o seguinte conceito de saúde:

> A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e a recuperam.

Na leitura e interpretação dos referidos artigos constitucionais, percebe-se a ausência de conceito sobre saúde, o que em nada prejudica sua efetividade, pois no raciocínio de Rawls, os conceitos não são relevantes para efetivação do direito. Nesta órbita afirma Lafaiete Reis Franco ao analisar o direito à saúde:

> Por sua vez, o artigo 6º da Constituição Brasileira, ao afirmar que o direito à saúde é um direito social, ressalta a importância do mesmo, uma vez que ele extravasa a mera esfera jurídica individual e se volta a um número indeterminado de pessoas, além do fato de que o qualifica, normativamente, como um direito fundamental, merecedor de maior proteção e poder de efetivação pelo Estado. ([A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25377>. Acesso em: 23/05/2017)

O artigo 196 da CF consagra a saúde como direito de todos, portanto o direito à saúde antes de ser coletivo é individual. Desta forma, o direito à saúde deve ser ofertado a todos em igualdade individual de condição, o que não pode ser alcançado sob a ideia do utilitarismo que se contenta com a oferta máxima do direito à saúde e não com a oferta integral.

3 DIREITO À SAÚDE E A IDEIA DE UNIVERSALIDADE EM JOHN RAWLS

Percebe-se que os direitos sociais privilegiam a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento.

Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos

possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

Parte-se da presunção de que o direito à saúde como direito social é espécie do gênero direitos humanos e, por isso, dotados da característica da universalidade. Essa presunção está assentada, segundo Anon (2009), em determinadas concepções, tais como: na necessidade de evitar uma dualidade entre as pretensões públicas e privadas, na ideia de cidadania social (MARSHALL, 1967) e de democracia substantiva (FERRAJOLI, 2008), em entender que os direitos sociais são atualmente um requisito para assentar as bases sociais da dignidade a que se refere Rawls como bem social primário (GUTTMAN, 1981)

John Rawls (1971) pretendeu oferecer um modelo procedimental capaz de conciliar igualitarismo e individualismo, inferindo que as pessoas possuem diferentes valores e formulam diferentes projetos, por vezes para além da sua própria vida e experiência individual. Assim, uma sociedade, para ser considerada justa, deveria superar as diferenças a que são submetidos seus membros. Para tanto, deveria postular princípios válidos para todos, independentemente da posição em que se encontrem, pois a cooperação social possibilita melhores condições de vida, o que deve ser realizado através do contrato social objetivando viabilizar a justiça de forma cooperativa entre os membros da sociedade.

Segundo Rawls (1971) a liberdade individual que legitima democraticamente o poder.Entende que deva haver um processo de legitimação envolvendo todos os cidadãos. Um processo público de justificação possa requerer um grande número e diversidade de razões, porém, a possibilidade de se chegar a um ponto de vista comum para Rawls depende de um consenso, embora parcial (overlaping consensus), sobre certos valores. Desta forma, a ideia de universalismo em Rawls(1981, p.34)

> pressupõem que os agentes, apesar de terem algumas características individuais próprias, possuem características substanciais idênticas definidas abstratamente e as quais vão permitir o tratamento de seus problemas concretos. Rawls admite que um consenso universal pode ser obtido na medida em que este se fundamenta em ideias intuitivas que refletem ideais implícitos ou latentes na cultura pública de uma

> sociedade democrática, essas ideias se expressariam através dos "consensos parciais" ou overlaping consensus.

Rawls critica o utilitarismo sobretudo por "adotar para a sociedade como um todo o princípio de escolha racional para um homem", o que significa dizer que "não leva em conta seriamente a distinção entre pessoas". Enquanto critério para orientar a escolha pública, o utilitarismo funde diferentes desejos, objetivos, valores e fins que possam ganhar a adesão dos indivíduos em um único sistema de desejos que, então, deve ser maximizado para o maior número.Como argumenta Amartya Sen (2000, p.29),

> o utilitarismo é permissivo o suficiente para considerar tudo -interesses, ideais, aspirações e desejos - como preferências, mas singularmente restritivo no que se refere a que preferências são relevantes. Assim é que o princípio correto para a escolha pública, de um ponto de vista utilitário, não deveria se basear nas preferências efetivas dos agentes (que podem ser confusas, equivocadas ou egoístas) e sim nas preferências que o agente teria se completamente informado, se raciocinasse corretamente, se estivesse no estado mental conducente à escolha mais racional e assim por diante. Somente preferências "perfeitamente prudentes" contam, tais como interpretadas por um legislador utilitário ideal (que Rawls chama de "espectador imparcial benevolente.

Segundo Sen (1988) isso contraria não só as éticas pluralistas, que descartam a existência de uma magnitude cuja maximização possa se constituir na única consideração relevante do ponto de vista moral, e que adotam uma concepção mais complexa de pessoa - utilitarismo só se interessa pelas pessoas enquanto portadoras de utilidades - mas também o próprio apelo intuitivo da ética utilitarista: o de permitir que as pessoas façam e obtenham o que elas desejam.

A concepção estreita de pessoa e a natureza agregativa do utilitarismo o tornam insensível às diferenças entre os indivíduos, o que oferece aos direitos uma base excessivamente frágil. É isso que, antes de mais nada, desagrada a Rawls. Sua teoria busca um fundamento mais sólido do que foi capaz de oferecer a tradição utilitarista (mesmo em suas expressões liberais, como o pensamento de Stuart Mill), em que assentar um âmbito de direitos e de liberdades para os indivíduos. Isso fica explícito logo nas páginas de abertura de Uma Teoria da Justiça:

> Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na Justiça que mesmo o bem-estar da sociedade como um todo não pode sobrepujar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade por alguns possa ser justificada pelo bem maior compartilhado por outros. A justiça não permite que os sacrifícios impostos a alguns possam ser compensados pela soma maior de benefícios desfrutados por muitos. Em uma sociedade justa, por esse motivo, as liberdades da cidadania igual são vistas como estabelecidas; os direitos assegurados pela justiça não são sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. (RAWLS, 1981, p. 10)

Nesse ínterim, indaga-se se haveria um padrão moral objetivamente válido, a partir do qual julgar o certo e o errado pelo menos no que se refere a algumas das questões mais centrais da vida coletiva. Primeiro é preciso notar por que a existência - ou a constituição - de um padrão desse tipo é importante: ele permite orientar as escolhas práticas, especialmente se

elas precisam ser feitas em situações de forte pressão. Como por exemplo, o de não oferecer o paciente que está em pior situação de saúde e que apenas pode ter uma ligeira melhora, em relação ao paciente que está em melhor situação de saúde e pode recuperar-se por mais tempo (RAWLS, 1981).

Constata-se que a maioria dos Estados, em se tratando, de uma política de saúde, voltar-se-ão para critérios com uma aproximação utilitarista, uma vez que apresenta uma concepção de caráter teleológico, no sentido que propõe avaliar as consequências de uma ação ou de uma situação sobre o bem-estar ou a utilidade, como forma de medir a bondade ou a justiça dessa ação ou situação, não mediante características intrínsecas das mesmas (AÑÓN, 2009). O critério de justiça do utilitarismo consiste na maximização da soma de todos os elementos de bem-estar (utilidade) dos indivíduos (SEN, 2000).

No âmbito da saúde, as políticas sanitárias mais adequadas seriam as que lograssem maximizar a soma dos estados de saúde dos indivíduos (que neste caso seria equivalente ao bem-estar ou a utilidade). Comparar duas políticas sanitárias alternativas poderia ocorrer a partir da confrontação de suas conseqüências enquanto bem-estar ou utilidade (o nível de saúde) agregado (compreendido como a soma dos estados relevantes de saúde dos indivíduos). Deste modo, um sistema sanitário justo seria aquele que conseguisse aumentar ao máximo a saúde agregada considerando todos os cidadãos do Estado.Mas, enquanto se trata de maximizar o nível de saúde agregado dos cidadãos retorna-se novamente a dificuldade de determinar com maior precisão o conceito de saúde. O utilitarismo em geral não é alheio a esta questão. Segundo Añón (2009, p. 208):

> Para saber qué nos dice el utilitarismo en cuanto a las políticas a seguir en el ámbito de la salud, hemos convenido en que la maximización de la utilidad o bienestar se sustituye por la maximización de la salud. Pero, con carácter general, el utilitarismo también ha de responder a la pregunta de qué es la utilidad o el bienestar, a lo que en principio, diversas versiones del utilitarismo han dado repuestas diferentes. El utilitarismo clásico, optó por dar una respuesta de carácter hedonista a lo que es la utilidad. Bentham habla de placer y dolor, identificando la justicia con aquello que – en su conocida fórmula – "proporciona mayor placer a mayor número". Sin embargo, el utilitarismo contemporáneo encuentra este hedonismo demasiado estrecho y prefiere razonar en términos de "preferencias" individuales: la utilidad consistiría en el indicador de la satisfacción de las preferencias, con independencia de que esa satisfacción se manifieste en términos de placer. De lo que se trataría en este caso es de maximizar la satisfacción de las preferencias, con independencia de cuál fuese su contenido, con la única restricción de que fuesen racionales, es decir, ni fundadas en un error de hecho ni contradictorias.

Analogicamente, pode-se entender que no momento de definir uma política saúde em conformidade com os critérios utilitaristas, deve-se ater a um critério (mais ou menos) objetivo, tal como o de saúde-utilidade, ou optar-se por um critério mais atento a satisfação das preferências, o que, por outro lado, permitiria ser sensível a importância relativa que os indivíduos outorgam a seu estado de saúde em relação à satisfação de outras preferências. Este último privilegia políticas de saúde favoráveis ao mercado e aos sistemas de seguro saúde

(eventualmente obrigatórios) para mesurar a satisfação das preferências.

No âmbito da saúde Añón (2009) destaca uma séria de exclusões, algumas delas extremamente significativas em relação à condição da pessoa idosa. Por um lado relativas à falta de reconhecimento (falta de reconhecimento de que a idade produz mudanças, não doenças); a falta de especialistas na saúde dos idosos (ou a infantilização do idoso); falta de respeito pela autonomia e a intimidade do idoso. Outra exclusão está relacionada aos medicamentos utilizados pelos idosos, não raro, testados apenas em pessoas jovens, tendo em vista que os protocolos de pesquisa de medicamentos excluem da investigação pessoas idosas.

Outro elemento é o fato que em certos lugares o transplante de fígado é restringindo as pessoas maiores de 60 anos e completamente excluído aos maiores de 65 anos[1]; ocorre o mesmo com o transplante de pulmão. Para Añón (2009) este tipo de caso é exemplo claro da utilização de critério baseado na idade para a distribuição de recursos sanitários escassos.

Desta forma, um Estado no qual um grupo significativo de pessoas se encontre impossibilitado de realizar necessidades básicas demonstra a fragilidade dos direitos naquele espaço. Não interessa que o responsável possa ser identificado ou se a fragilidade se configura como estrutural; o que ocorre é a demonstração da incapacidade do Estado em cumprir suas obrigações básicas, seja pela opção pelo modo de produção, seja pela existência de desigualdades socioeconômicas, seja pelo alto grau de exclusão social, em outras palavras, depende das prioridades que o Estado tenha eleito (RAMOS, 2016).

Com a propagação de uma teoria utilitarista, constata-se que a universalidade do direito a saúde tornou-se questão fundamental e extremamente complexa para compreensão da efetivação do direito a saúde no mundo.

Somente na impossibilidade de prestação desses bens e serviços pelo mercado estariam justificados os direitos sociais. Assim, parece inequívoco que, se apenas determinados bens e serviços objeto dos direitos sociais não estão ao alcance de todas as pessoas, então os direitos sociais são direitos de algumas pessoas e não direitos universais. Desta forma, freqüentemente, se refere a que o valor dos direitos humanos não é relativo a uma cultura determinada. Independente de uma origem histórica e geográfica concretas, a característica da universalidade se refere a constituição de um mínimo ético aceitável por toda a humanidade no momento presente.

Neste contexto Rawlsiano, as políticas públicas devem ser elaboradas de forma a garantir o acesso de todos ao direito à saúde, não sob a ótica de um observador imparcial que

[1]O desenvolvimento de drogas que combatem a rejeição de órgãos vem fazendo dos transplantes uma opção terapêutica viável para mais pacientes. Em face da melhora nos índices de êxito, mais médicos indicam o transplante, exaurindo os recursos físicos e humanos existentes para tanto. (AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 137).

tem o papel de maximizar o acesso ao direito à saúde de forma indistinta.

> (...) as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem- estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens que desfrutam muitos.(...) (Rawls, 2008, p.4)

Embora reconheça-se a profundidade da presente discussão, há um aspecto, da característica da universalidade dos direitos humanos, menos controvertido e que se apresenta mais produtivo para a análise que se pretende realizar, qual seja, a titularidade dos direitos, ou melhor, a universalidade dos direitos humanos na perspectiva de que todos os seres humanos são titulares de direito humanos.

Observe-se que não se trata de um assunto completamente desvinculado da universalidade moral dos direitos, mas que tem suas próprias particularidades. Veja-se que se os direitos humanos são universais e que seu valor não depende do contexto social, então é lógico que não se pode imaginar que alguém deixe de ser titular de direitos humanos por estar em um determinado contexto social ou cultural. Ou seja, a universalidade dos direitos humanos em relação aos seus titulares tem um sentido que independe da solução que se dá ao problema da universalidade ou relatividade moral dos direitos humanos.

A característica da universalidade é, por fim, uma condição necessária do ponto de vista formal, contudo, isto não resulta ser uma condição suficiente do ponto de vista material, posto que uma formulação equivalente as precedentes sobre direitos humanos específicos pode apresentar-se inaceitável, quando a categoria eleita seja discriminatória, como, por exemplo, quando se afirma que *todo homem branco tem direito à habitação.* Esta limitação é semelhante ao que ocorre em âmbito dos juízos morais em Kant. Considera-se, em regra, que a universalização é um requisito de todo juízo moral, ou seja, para que um juízo seja considerado moral precisa ser universalizável. A universalidade do juízo moral é uma condição necessária, mas não suficiente para configuração. Não se pode aceitar um juízo como moral sem que passe no teste da universalização.

Por este motivo, a quantificação universal da classe dos sujeitos titulares dos direitos fundamentais é uma característica que permite fazer uma definição formal dos direitos humanos, mas também possui significado moral. A universalidade dos direitos humanos em relação a titularidade é uma característica formal da definição de direitos humanos, mas é também uma exigência do princípio da universalidade moral, posto que não seria justificável que uma pessoa fosse titular de um direito humano e outra pessoa pertencente a mesma classe não fosse considerada também titular. Por fim, entende-se que os direitos sociais são universais, também

em relação a seus titulares. Em certos casos, talvez na maior parte, a universalidade em relação à titularidade se estende sem maiores restrições a todos os seres humanos. Em outros, a universalidade em relação à titularidade se estende a um grupo específico, mas independente destas considerações os direitos sociais são sempre universais em relação aos seus titulares, mesmo no conceito mais comum de universalidade. Ressalte-se que esta conclusão está longe de ser unânime.

Registra-se que a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam responde à exigência da igualdade. O direito à saúde privilegia a igualdade. Para Rawls (2008, p.4), "na sociedade justa as liberdades da cidadania são irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos à negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais."

E o que seria uma sociedade de justa? A ideia de justiça acompanha a sociedade desde a sua concepção. Para doutrinador Alex Sander:

> Desde tempos imemoriais se tenta identificar um definição uníssona para a justiça. (...) Na impossibilidade de se assentar uma definição acadêmica, didática teorética, ou de qualquer vinculação individual, em prol da justi;ca, melhor q se identifiquem varáveis que permitam a determinação da concepção." (PIRES, 2016, p. 86 e 87.)

Rawls adotou esta conduta para definir justiça dentro de um contexto social, caracterizou a justiça como equidade.

> Quanto à escolha dos princípios de justiça, as condições procedimentais, imparciais levam, segundo Rawls, ao que se denominou de "justiça como equidade". Nesse sitema, considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas), colocadas em posição de igualdade. (GAGARELLA, 2008, p.20)

Portanto, o conceito rawlsiano de justiça pressupõe uma sociedade organizada e ordenada onde há uma distribuição igualitária dos direitos e deveres, sendo esta divisão feita com base nos princípios da liberdade e igualdade, de forma imparcial. Essa característica de direito social impulsiona a judicialização da saúde e agigantamento do Judiciário ao "intervir" na elaboração de políticas públicas, papel que deve ser delimitado, tendo como balizador o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Brasileira de 1988 foi inovadora ao estabelecer um título específico sobre Princípios Fundamentais, situado logo após o preâmbulo manifestando o intuito inquestionável do constituinte de estabelecê-los como rocha sobre a qual deva ser construída toda a ordem constitucional, somado a esta os direitos fundamentais.

Os princípios fundamentais são meios poderosos não só de eficácia e garantia dos preceitos insertos no Ordenamento jurídico, mas também de interpretação. Eros Roberto Grau aduz que a existência no ordenamento jurídico de princípios que, embora não constantes de

nenhum texto de direito positivo, desempenham um papel marcante e importante no processo de interpretação e aplicação do direito é algo que não mais se questiona (MARQUES, 2007).

Urge salientar que as mudanças constitucionais não se limitam ao fato supracitado, alcançado a positivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por meio do art. 1º, III, CF de 1988. Outrora inarredável princípio fora previsto apenas em artigos esparsos do texto constitucional. O art. 170, caput, CF/88 estabelecia que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna; o art. 226, § 6o, CF fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e o art. 227, caput, CF que assegurou à criança e ao adolescente o direito à dignidade (SARLET, 2007).

Por conseguinte, como já ratificado, os direitos fundamentais encontram- se ancorados nos princípios constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana, constituindo um renomado princípio e elemento comum aos direitos fundamentais.

Rafael da SiIva Marques (2007, p.48) frisa que "a história dos direitos fundamentais é uma história que deságua no surgimento do Estado Moderno constitucional, cuja essência e razão de ser é justamente o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem."

A dignidade da pessoa humana diante da nova dimensão garantida pelo atual texto constitucional atraiu para si função nunca outrora alcançada auferida, a de valor unificador dos direitos fundamentais (art. 1o, III, CF) que na verdade são uma concretização daquele princípio e a de instrumento reconhecedor dos princípios fundamentais implícitos (art. 5o, §2o, CF) (SARLET, 2007). Portanto, além da DPH figurar como valor comum do núcleo essencial da constituição material, ela é responsável pela determinação de princípios não positivados, não explícitos no corpo constitucional.

Para Marques (2007, p. 67) "Antes de ser um princípio, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República brasileira, que é um Estado Democrático de Direito". Deve, por conseguinte, ser a pedra angular de todo Estado Nacional brasileiro e norteador tanto das suas ações públicas como das privadas.

O reconhecimento da DPH como fundamento da ordem jurídica e das relações estabelecidas entre os homens decorre essencialmente do fato do ser humano ter como valor intrínseco a dignidade, externada no imperativo de realização de um mínimo existencial. Contudo, conceituar o que seja dignidade é uma tarefa feita de forma majoritária pela Doutrina através da identificação dos fatores que atentam contra a mesma, entretanto irá adotar-se a definição do Ingo Wolfgang (apud BRITO FILHO, 2004, p.43-44) para quem a dignidade, in verbis:

> É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando,

> neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co - responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ainda conforme Alexandro de Moraes (2005, p.16), a dignidade:

> É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da vida em sociedade e dos Direitos Fundamentais perpassa pelo nível internacional, conforme se depreende do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (GOMES, 2005, p. 47).

Esta investigação adotou a conceituação kantiana da dignidade da pessoa humana baseada na concepção da pessoa humana como fim e não como meio. Para Kant, o homem deve ter sua definição afastada do conceito de instrumento, de meio para alcance de vontades infinitas, mas, sim, atrelado ao sentido de ser social com um valor ímpar, o da pessoa humana.

O Nazismo certamente foi um grande propulsor da ideia do homem- objeto, o que legitimou as atrocidades de Hitler que tiveram como resultado o extermínio de milhões de pessoas. Entretanto, como resposta ao quadro de terror instalado na Alemanha, foi a Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha que elevou a dignidade da pessoa humana a um patamar de direito fundamental. Como estabelecido em seu art. 1º, verbis:

> 1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger 2) O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e dac justiça no mundo.
> 3) Os direitos fundamentais, a seguir enunciados, vinculam, como directamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial (GOMES, 2005, p.26).

Em face de todos os argumentos expostos seria impraticável não reconhecer o cânone da dignidade da pessoa humana como pedra de toque fundamental do Ordenamento jurídico, a quantidade expressiva de diferentes países que o adotaram é a concretização de tal assertiva (GOMES, 2005). Assim, continua Gomes (2005, p. 64-65) "A constituição é Direito, e o Direito tem por objeto o Estado, este, por sua vez, para ter existência e ser enquadrado como unidade política soberana, necessita de uma Constituição, fundamento de sua legitimidade e poder" .

O Ordenamento constitucional representa não só um limite do poder estatal, mas também o fundamento do poder político e da ordem jurídica e, ao inserir no rol dos seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, o constituinte está estabelecendo um Estado Democrático regido por um sistema de princípios e regras regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Toda essa estrutura normativa e política exposta se coaduna com o liberalismo e contratualismo de Rawls que defende as liberdades básicas do homem e a democracia constitucional que prescinde de um contrato, uma Constituição.

A Constituição vai garantir a igualdade, por meio do estabelecimento do direito a todos dos bens básicos que serão reparticionados com base na justiça e não no utilitarismo.

O princípio da liberdade igual garante que todos tenham acesso ao bens sociais básicos, bens primários, considerados os direitos fundamentais conferidos à sociedade pelo Estado, como direito à saúde.

Os bens primários são coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje, segundo Rawls (2008, p. 110). Pois bem, os bens primários são agora caracterizados como aquilo de que elas (pessoas) precisam em seu status de cidadãs livres e iguais e de membros normais e plenamente cooperativos da sociedade durante toda a vida. Devem-se fazer as comparações interpessoais com fins de justiça política recorrendo-se ao índice de bens primários dos cidadão, e esses bens são vistos como aquilo que responde as suas necessidades de cidadãos, ao contrário de suas preferências e desejos (...) (RAWLS, 2008, p. 38)

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são considerados bens primários, como o direito à saúde. É cediço que o Poder Executivo não possui políticas públicas capazes de garantir a todos o acesso a esse direito fundamental, o que enseja ativismo judicial, bem como judicialização da política, institutos diferenciados, mas não trataremos desta dissonância conceitual, caracterizados pela interferência do Poder Judiciário com o escopo de efetivar este direito social, conflitos que deverão ser solucionados por meio da judicialização que terá como fundamento os princípios de justiça.

Ressalte-se que essa conduta ativa do Poder Judiciário em nada ameaça a clássica divisão de montesquiana de poderes:

> O caminho proposto por Montesquieu para equilíbrio das forças que compõem o Estado é um indicativo, haja vista que orienta a separação do poder em três partes responsáveis pelas funções básicas de qualquer Estado: a legislativa, a executiva e a judiciária. Perquirindo esta lógica, para que haja harmonia, é bom que cada um se cinja às competências (num tom geral, o que pode e deve fazer para atingir sua finalidade) determinadas na Constituição; portanto, ao Legislativo cabe a legiferação; ao Executivo, a administração (como releitura da simples execução das leis e do sistema originário), e ao Judiciário, a jurisdição. (PIRES, 2016, p. 184 e 185)

A ideia do poder reparticionado não invalida o fim único do Estado que é garantir o bem-estar da sociedade, por meio da concessão de bens primários, com base nos princípios da liberdade e igualdade, pois existe um equilíbrio entre os poderes garantido pelo sistema de freios e contrapesos que garante a intervenção de um poder no outro quando da verificação do não exercício da sua função típica.

O sistema de peso e contrapeso dos Poderes enseja o ativismo judicial, quando da não verificação do acesso ou efetivação rawlsiana da saúde que privilegia a igualdade.

A teoria de justiça, é feita com base na escolha consensual dos princípios da liberdade e da igualdade, cujos enunciados dos mesmos são estes, segundo Rawls (2000: pg. 64):

> Primeiro: 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.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao tempo: (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Portanto, o Estado ao efetivar o direito à saúde deve levar em conta o princípio da diferença o que irá tornar a distribuição da saúde mais justa. Para José Claudio Monteiro de Brito Filho, o princípio da diferença vai proporcionar o que ele chama de desigualdade controlada. O autor assim sintetiza sua ideia:

> 1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado licitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido. (Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o individuo como seu destinatário, publicado na Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Vol. 5, n. 9 (nov.2012), p. 136-145. Belém: ESM/PA, 2012)

De acordo com o princípio da liberdade igualitária e da diferença, em se falando de um Estado constitucional, responsável pela concessão de bens primário ao indivíduo com o fim de garantir a sua dignidade, não há que se falar em negativa ao acesso à saúde, ao desiguais materialmente impelidos a se valer do judiciário para efetivação de tal direito, sob o risco de ser perpetuar a teoria utilitarista que se contenta, apenas, com a concessão do direito à saúde ao maior número possível de pessoas, sob a ótica de um observador imparcial.

4 CONCLUSÃO

O direito à saúde atende ao modelo procedimental Rawlsiano de concessão do bem primário a todos individualmente, com base no véu da ignorância "(...) que atua como agente igualador entre as pessoas e como responsável pelo ajuste equitativo orientado pela justiça

procedimental pura(...)" PIRES, 2016, p. 93, e não sob a ótica do princípio utilitarista que em benefício do interesse da maioria, veda o acesso do indivíduo desigual materialmente.

A Teoria da justiça como equidade demonstra que o utilitarismo fracassa enquanto teoria moral, não somente pelas dificuldades inerentes à tentativa de quantificação da felicidade e de hierarquização qualitativa dos prazeres, mas em outros aspectos, em especial que a justificação esteja centrada na maximização do bem-estar coletivo, às expensas dos direitos de cada indivíduo, gerando uma situação que teríamos de classificar como profundamente injusta.

Contudo, à postulação judicial do direito à saúde, não deve se esgotar nos princípios da igualdade e universalidade trazidos por Rawls, mas deve-se utilizar o raciocínio do Juiz Hércules, personagem de Dworkin que entende o direito como integridade, composto por normas e princípios fundamentais e não meramente por regras, apenas.

O poder judiciário ao aplicar o princípio da integridade garante a solução dos hard cases (denominação de Dworkin na obra levando o Direito a sério) como acesso judicial à saúde.

Óbvio que sem se afastar da ideia de igualdade dworkiana, "é proibido ao Estado impor ao indivíduo sacrifícios, restrições ou ônus, desproporcionais ainda que seja para o bem futuro da comunidade. Afinal, como alerta Dworkin todos os indivíduos devem ser tratados com igual interesse nas políticas públicas," (PIRES, 2016, p. 114), bem como da ideia de equidade já trazida por Rawls, utilizada por Dworkin de "é medida de de equidade tratar os casos semelhantes, similarmente; e que a norma constitucional deve legitimar as teses jurídicas firmadas para justificação da distas decisões." (PIRES, 2016, p. 114)

Portanto, é mister que o judiciário passe a julgar o direito à saúde como bem primário e imperativo estatal, não apenas com base em regras postas, como leis orçamentárias que sob a ótica da reserva do possível, concebem o direito ao todo, mas sim como base nos princípios fundamentais, em especial , na dignidade da pessoas humana, esse sim o único princípio limitador do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha**:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AÑÓN, Lema Carlos. Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social. Madrid: DYKINSON, 2009.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indign*o. São Paulo: LTr, 2004

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o individuo como seu destinatário*, publicado na Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Vol. 5, n. 9 (nov.2012), p. 136-145. Belém: ESM/PA, 2012.

FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano18, n.3735, 22 set. 2013 .Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25377>. Acesso em: 23/05/2017.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosófica política. Tradução Alonso Reis Freire. 1aedição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

GOMES, Dinaura Godinho. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 2005.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Ltr, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais***:** teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília, DF: Unb, 1981. (Coleção Pensamento Político, 50).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed., rev.atual., e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 27 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 34 a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

PIRES, Alex Sander Xavier. *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro, 2016. ISBN: 978- 85-909488-2-7.

_____. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Jussara Simões. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.