

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HERMANN DUARTE RIBEIRO FILHO

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO: a
perspectiva do liberalismo de princípios

BELÉM - PA

2016

HERMANN DUARTE RIBEIRO FILHO

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO: a
perspectiva do liberalismo de princípios

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – Área de Concentração: Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social.

BELÉM - PA

2016

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Ribeiro Filho, Hermann Duarte

O Direito Fundamental à saúde como Direito subjetivo: a perspectiva do liberalismo de princípios / Hermann Duarte Ribeiro Filho; orientador, José Claudio Monteiro de Brito Filho. -- 2016.

116 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2016.

1. Direito à saúde. 2. Direitos Sociais Fundamentais. 3. Direito Subjetivo. 4. Liberalismo de Princípios. I. Universidade Federal do Pará. II. Brito Filho, José Claudio Monteiro, orient. III. Título.

CDD (22 ed.) : 340

HERMANN DUARTE RIBEIRO FILHO

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO: a
perspectiva do liberalismo de princípios

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará – Área de Concentração: Direitos Humanos, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social.

Belém, / /

Conceito: _____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
(Orientador)
Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Profª Drª. Juliana Rodrigues Freitas

Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz

A todos aqueles que lutam pela liberdade.

AGRADECIMENTOS

Ao meu caro orientador Professor Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho, pela chance a mim concedida, por todo o conhecimento a mim transmitido, especialmente no que diz respeito à Filosofia Política. Mas também pelo exemplo de profissional e ser humano que é para mim e por todos aqueles que o conhecem e, claro, agradeço, também, a paciência e o empenho que teve durante a orientação deste trabalho.

À Rosângela Darwich, por toda tranquilidade e paz que me transmitiu em todos os momentos difíceis dessa jornada.

Agradeço, ainda, todos Professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, que sempre se mostraram dispostos a resolver os problemas e sanar as inevitáveis dúvidas.

À Capes, pela bolsa a mim concedida, o que permitiu com que eu me dedicasse mais a este projeto.

Agradeço, também, a todos os meus amigos, os que estão perto e aqueles que estão longe, por todos os momentos que passaram comigo, sejam eles bons ou aqueles mais difíceis, obrigado.

Registro ainda meu agradecimento aos colegas que ingressaram comigo no mestrado, especialmente Rômulo e Rodrigo, por todo apoio que me deram durante o processo seletivo para ingresso no mestrado e no decorrer do curso, sempre trocando ideias valiosas, apesar dos posicionamentos um pouco diferentes.

À Carolina, pela amizade e pelo companheirismo durante todos os eventos dessa jornada, sem a qual seria um caminho bem mais complicado.

À minha família: meus pais Hermann Ribeiro e Marília Ribeiro, e aos meus irmãos, Heydrigh Ribeiro e Hayssa Ribeiro, aos meus avós maternos, Benedita e Antônio Oliveira e à minha avó paterna, Dorothy Duarte, que sempre acreditaram em mim, e a quem eu devo cada conquista.

Grato!

“A menor minoria na terra é o indivíduo.”

Ayn Rand

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o direito fundamental à saúde enquanto um direito subjetivo no contexto do constitucionalismo brasileiro, sob a perspectiva do liberalismo de princípios, exposto através das teorias de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen. Exporemos, inicialmente, as duas ideias de justiça que, quando aplicadas, freiam a realização adequada do direito fundamental à saúde: o Utilitarismo, através das teorias de Jeremy Bentham e Stuart Mill, e o Libertarismo, nos moldes propostos por Robert Nozick. Em seguida, mostraremos por que acreditamos que o liberalismo de princípios é uma alternativa melhor a essas teorias e apresentaremos o conceito de dignidade humana e a sua relação com o mínimo existencial. Finalmente, analisaremos os contornos do direito à saúde no ordenamento brasileiro expondo, brevemente, sobre o Sistema Único de Saúde e demonstrando qual é a eficácia das normas constitucionais que instituem o direito à saúde, para depois ilustrar de que forma o Supremo Tribunal Federal utiliza o conceito de direito subjetivo em uma das principais decisões sobre o tema: a Suspensão de Tutela Antecipada 175.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direitos sociais fundamentais. Direito Subjetivo. Liberalismo de princípios.

ABSTRACT

This work aims to analyze the fundamental right to health as a subjective right in the context of Brazilian constitutionalism, from the egalitarian through the theories of John Rawls, Ronald Dworkin and Amartya Sen. We expose first the two ideas of justice that we think that when applied in practice turn out to halt the proper conduct of the fundamental right to health, and these ideas are Utilitarianism through the theories of Jeremy Bentham and Stuart Mill, and Libertarianism, as proposed by Robert Nozick. Then we show why we believe that egalitarian liberalism is a better alternative to these theories. After, we will explain the concept of human dignity and its relationship with the existential minimum. And finally, we will analyze the contours of the right to health in the Brazilian legal system, exposing briefly about the Sistema Único de Saúde (Brazilian public health system) and demonstrating what is the effectiveness of constitutional norms establishing the right to health, and then illustrate how the Supreme Court Federal uses the concept of subjective right and one of the main decisions on the topic: Injunctive Reliefe Suspension 175.

Keywords: Right to health. fundamental social rights. Subjective right. Egalitarian liberalism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	AS CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS.....	17
2.1	O utilitarismo como fundamento das políticas públicas coletivas de atenção à saúde: a maximização dos recursos orçamentários e a diminuição do indivíduo.....	18
2.1.1	O Utilitarismo.....	18
2.1.2	A Reserva do Possível e a prevalência das leis orçamentárias.....	26
2.2	O libertarismo.....	35
3	RECONHECENDO OS DIREITOS DOS INDIVÍDUOS: A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS.....	41
3.1	Democracia constitucional	41
3.2	A igualdade de bens primários de John Rawls	44
3.3	Igualdade de recursos de Ronald Dworkin	52
3.4	A igualdade de capacidades de Amartya Sen.....	58
3.5	O liberalismo de princípios como a melhor ideia de justiça para o modelo de democracia constitucional.....	61
4	OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	66
4.1	O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana	66
4.2	A fundamentalidade dos Direitos Sociais na Constituição de 1988....	72
5	O DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE E A EFICÁCIA DAS NORMAS QUE O INSTITUEM.....	78
5.1	Conceito de direito subjetivo.....	78
5.2	A eficácia das normas instituidoras do direito fundamental à saúde.	85
5.3	O direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988.....	89
5.4	O Sistema Único de Saúde (SUS).....	91
5.5	O Direito Subjetivo à Saúde e a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.....	94
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
	REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preceitua que constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esses objetivos materializados, dentre outras formas, pelos direitos fundamentais sociais, os quais estão previstos em um amplo catálogo na constituição de 1988. Dentre esses direitos está o direito fundamental à saúde, sendo direito de todos e dever do Estado, que requer uma atuação estatal para sua plena realização.

Não obstante essa previsão estar em sede constitucional, a efetivação desse direito encontra alguns óbices. Não bastasse a ineficácia do Estado em prestar atendimento a quem deve, ainda são apresentadas algumas teorias que justificam essa inércia e negam que o indivíduo possa demandar por prestações de saúde perante o Estado.

Apontaremos os principais argumentos utilizados por quem defende essas limitações através das ideias de justiça que servem de base para esses argumentos: o utilitarismo e o libertarismo. Demonstraremos de que forma a utilização dessas teorias, pelo governo, pode restringir a realização do direito fundamental à saúde para, em seguida, rejeitá-las sob a ideia de justiça que julgamos mais adequada para a compreensão do direito fundamental à saúde enquanto um direito subjetivo.

A primeira dessas teorias que apresentaremos será a do utilitarismo. Apesar dela possuir diversas vertentes, utilizamos o utilitarismo clássico, através das propostas dos autores John Stuart Mill e Jeremy Bentham. Pensamos que essa forma de utilitarismo é a que mais se aproxima da maneira como algumas restrições aos direitos sociais tomam corpo no direito brasileiro.

A teoria utilitarista se materializa no direito brasileiro, principalmente sob a forma de dois argumentos que são muito utilizados para negar as prestações de saúde individuais: a Reserva do Possível e a prevalência das leis orçamentárias.

Tanto a teoria da Reserva do Possível quanto a prevalência das leis orçamentárias possuem, como fundamento, ainda que isso nem sempre seja dito expressamente, o utilitarismo. Para a doutrina utilitarista, uma determinada ação é justa quando alcança o maior bem-estar para muitas pessoas. Isso ocorre quando um tratamento de saúde individual é negado sob o argumento de que seria possível atingir bastante pessoas com o dinheiro empregado para custear um tratamento individual.

O problema em usar o utilitarismo como base de políticas públicas é que ele aborda uma teoria teleológica ou consequencialista, que prega a supremacia do bem sobre o justo, sendo o ato moralmente correto aquele que produz o melhor resultado. Logo, as preferências dos integrantes dos grupos minoritários, ou dos indivíduos, serão ignoradas desde que seja promovido o maior bem-estar da sociedade, o que é incompatível com o caráter democrático que o Estado brasileiro deve ter.

Outra ideia de justiça que pode restringir a prestação adequada do direito fundamental, quando levada à prática, é o libertarismo, a qual será exposta a partir das ideias de Robert Nozick. Para essa corrente de pensamento, o Estado não é obrigado a garantir os direitos sociais, pois seu papel é garantir os contratos e reprimir os ilícitos.

Pensamos que os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o direito fundamental à saúde, têm como principal alicerce a dignidade da pessoa humana, e aqui utilizaremos a dignidade no sentido proposto por Kant (2008), pois esta concepção é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido e do alcance do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sobre o qual discorreremos melhor em momento oportuno.

Gostaríamos de adiantar, no entanto, que a dignidade é um atributo imanente aos seres humanos, enquanto entes morais: na medida em que exercem, de forma autônoma, a sua razão, os seres humanos constroem personalidades distintas, individuais e insubstituíveis.

Na concepção contemporânea de direitos fundamentais, a promoção da dignidade humana requer a criação de estandartes que sejam capazes de possibilitar a manutenção, o desenvolvimento e a efetivação desses direitos. Essa promoção pode ocorrer em diversos níveis dentro da sociedade, porém, aqui, queremos destacar apenas o papel do Estado através de suas ações positivas.

O Estado é o ente que possui o maior espectro de possibilidades de atuação para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, e diversas são as possibilidades de ação que lhe são destinadas. Se essas ações não tiverem como motivo determinante a proteção do indivíduo, então não estão considerando o seu principal fundamento, que é a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é preciso que se discuta a titularidade do direito fundamental à saúde. Sarlet (2010) afirma que os direitos sociais, por possuírem forte vínculo

com a dignidade humana e garantirem o mínimo existencial, foram inseridos no direito constitucional, notadamente no que diz respeito à salvaguarda da dignidade da pessoa individualmente considerada.

Não estamos descartando a dimensão coletiva do direito à saúde; as dimensões individual e coletiva coexistem de tal sorte que a titularidade individual não está afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva. É possível e necessária a convivência da perspectiva individual com a dimensão coletiva, porém, o problema está em reconhecer somente a dimensão coletiva, negando o direito aos indivíduos.

Ao contrário do que ocorre em outros direitos sociais, como o direito à moradia, em que a dimensão individual não é tão evidente, no direito à saúde, a possibilidade de uma prestação individual se torna ainda mais acentuada, pois os problemas de saúde se manifestam de maneiras peculiares em cada pessoa.

Com isso, temos, então, algumas questões a serem solucionadas. A primeira é a possibilidade da presença do Estado na realização do direito fundamental à saúde, visto que este tem preponderância na garantia da dignidade humana, e a segunda é garantir que esse direito seja prestado de forma individualizada.

Entendemos que é possível solucionar essas questões utilizando como principal fundamento a teoria política, chamada de liberalismo de princípios ou liberalismo igualitário, especialmente nas ideias de três autores: John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen, e diversas são as razões para que essas teorias sejam adotadas. Em primeiro lugar, o liberalismo de princípios ainda conserva a clássica noção liberal de que o Estado deve ter certa consideração pelos indivíduos, em segundo lugar, o liberalismo de princípios prevê que, em uma sociedade considerada justa, o Estado deve ser responsável pela distribuição dos bens considerados valiosos e, finalmente, por essa concepção de justiça apresentar diversas críticas ao utilitarismo.

Nesse ponto do trabalho, pretendemos, também, apontar a relação entre o liberalismo de princípios e a democracia constitucional - ainda que não seja a discussão principal - enquanto uma forma de democracia em que são garantidos direitos básicos aos indivíduos, ainda que isso contrarie os interesses da maioria.

Partindo do pressuposto de que os indivíduos são titulares do direito fundamental à saúde, e que o Estado deve pensá-lo considerando cada indivíduo como destinatário, iremos destrinchar os elementos do direito subjetivo em si e de

que forma eles se aplicam ao direito à saúde.

O conceito de direito subjetivo que iremos utilizar foi proposto por Jellynek (1910), e trata-se de uma teoria intermediária entre as teorias da vontade e teorias do interesse, as duas teorias que o precederam, porém, verificamos que já não podem ser utilizadas por apresentarem diversas falhas.

Grosso modo, para que um determinado direito seja considerado como um direito subjetivo, é necessário que haja um sujeito obrigado a cumprir determinada obrigação, um outro sujeito que irá gozar o direito e uma norma que estabeleça essa obrigação. No caso do direito fundamental à saúde, esse sujeito é o Estado, sendo a obrigação solidária entre os entes da federação, o destinatário do direito é o indivíduo e a norma que prescreve essa obrigação é a Constituição Federal.

Dessa forma, pretendemos demonstrar que as normas que dispõem acerca do direito fundamental à saúde possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, e por essa razão esse direito pode ser considerado como um direito subjetivo. De acordo com Hesse (1991), essa interpretação decorre da força normativa da constituição, a qual não pode ser vista como um mero aconselhamento aos dirigentes do Estado, e sim como norma coativa que deve ser cumprida, mas, além disso, o art. 5º, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), estabelece que as normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, sejam eles os direitos e garantias individuais previstos no próprio art. 5º, ou os demais direitos fundamentais dispersos no texto constitucional (BRASIL, 1988).

Uma parcela considerável da população brasileira depende do Sistema Único de Saúde (SUS) para obter algum tipo de prestação à saúde. Ocorre que, muitas vezes, as políticas sanitárias visam atingir somente a maioria da população, excluindo algumas pessoas que possuem determinadas condições peculiares de saúde.

Além disso, o tema a ser pesquisado é de grande relevância na discussão acerca dos direitos fundamentais sociais, pois, em sede de direito à saúde, ainda encontramos diversas posições sobre o alcance e efetividade desse direito.

Ademais, ao trazer as teorias da justiça do liberalismo de princípios como arcabouços teóricos para justificar uma concepção do direito à saúde, enquanto um direito subjetivo, basearemos a pesquisa em um ideal que toda sociedade justa deve

buscar: a igualdade, aliada à liberdade e ao respeito às individualidades de cada pessoa.

O direito à saúde está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil como um dos Direitos Fundamentais Sociais. Diz a Carta Magna, no art. 196, no capítulo destinado à saúde, que este é direito de todos e dever do Estado, e que será promovida pelo SUS mediante acesso “universal e igualitário” (BRASIL, 1988, não paginado).

O acesso universal significa que todos, independentemente de contribuições, têm o Direito de usufruir de tratamentos de saúde, por parte do Estado, porém, tal usufruto também deve ser igualitário. O Estado não deve colocar qualquer impedimento em razão de sexo, idade ou classe social para o acesso à saúde. Entendemos, inclusive, que nem fatores de ordem epidemiológica ou terapêutica, presentes em algumas demandas, podem obstar tal acesso, sob pena de violação da isonomia constitucionalmente prevista, conforme explicarei mais adiante.

É importante criar e discutir teorias que reconheçam o indivíduo como destinatário direto e imediato dos direitos previstos na Constituição Federal. Não é razoável restringir direitos tão básicos com fundamento em questões orçamentárias e administrativas, ou a partir da ideia de um Estado mínimo, com o mero dever de abstenção, conservando a noção do Estado liberal, ignorando que, após o advento do Estado Social, o Estado recebe a função de prestador de serviços básicos à sociedade.

As teorias que circunscrevem a realização dos direitos fundamentais à discricionariedade do Estado legitimam a inércia e a ineficácia deste, deixando as prestações de direitos fundamentais muito aquém daquilo que é previsto pela Lei Maior. Portanto, o Estado é destinatário das obrigações previstas constitucionalmente e, assim, não pode dizer se vai ou não cumpri-las.

Embora esteja claro, à primeira vista, que a Constituição Federal prevê a saúde como um Direito Fundamental, isto está longe de ser pacífico na doutrina, já que ainda há muitos entendimentos, em sentido contrário, redutores e limitadores, sobre a efetividade desse direito.

Entendimentos que neguem ao indivíduo o mínimo de direitos sempre existirão, porém é necessário desconstruí-los através de teorias e buscar uma interpretação que privilegie a concretização dos direitos fundamentais e a

preservação da dignidade da pessoa humana.

Negar o direito à saúde a quem dele precisa só prejudica os mais pobres, que não têm acesso a esses bens, gerando mais desigualdade. A importância desta pesquisa reside justamente neste fato e propõe uma distribuição igualitária da saúde enquanto um bem fundamental, utilizando critérios de justiça distributiva não no sentido de distribuir tudo a todos, mas de garantir uma distribuição que reconheça a particularidade de cada um.

A atual discussão sobre o direito fundamental à saúde, majoritariamente, tem o objetivo de estabelecer o que o Estado é obrigado a garantir em termos de prestações materiais de saúde, porém é necessário que se tenha como base uma formulação teórica para dar fundamentação às ideias que surgem no decorrer dos debates.

Este trabalho utilizou na metodologia o levantamento bibliográfico, que, segundo Marconi e Lakatos (2010, p. 166), abrange “toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo”, tendo como método o hipotético-dedutivo. A pesquisa foi feita a partir de literatura que aborda os direitos sociais fundamentais nos seus mais variados aspectos, bem como de teorias da filosofia política, com especial atenção às obras de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen.

Após realizar o levantamento bibliográfico das obras selecionadas, foi feito um processo de avaliação e crítica. Nesse momento, estabelecemos o confronto entre as ideias consideradas relevantes, examinando a consistência de seus argumentos, bem como o nível de coerência, comparando-as entre si e utilizando obras que comentem ideias de outros autores. O principal objetivo dessa etapa é identificar os pontos positivos e negativos nas teorias analisadas, fazendo sua inter-relação e considerando que a crítica tem sempre em vista o problema investigado.

Posteriormente, iniciaremos a ordenação sistemática das ideias coletadas, dos objetivos da investigação e das teorias relevantes que abordam, com seus pontos positivos ou negativos, as hipóteses levantadas, e respondem as questões norteadoras propostas.

O próximo passo é trazer as teorias para o domínio dos fatos e demonstrar de que forma o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou esse conceito em uma decisão sobre o direito fundamental à saúde que consideramos muito importante: a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175.

O trabalho aqui desenvolvido, nestes termos, propõe uma concepção do

direito à saúde visto a partir do liberalismo de princípios, buscando uma proposta a ser utilizada pelo Estado, pelos órgãos da administração, ou mesmo pelo poder judiciário, garantindo, assim, níveis de saúde adequados para as pessoas.

2 AS CONCEPÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil representa um avanço na consolidação dos direitos fundamentais sociais, prevendo um amplo rol desses direitos em diversos dispositivos constitucionais. Esses dispositivos não são meras promessas vazias do legislador constituinte em que o Estado somente estaria obrigado a cumpri-las quando fosse possível. A Carta Magna prevê que todos os direitos fundamentais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata¹.

Mas, além desse extenso catálogo de direitos, a Carta Magna também prevê que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade humana, orientando todo o ordenamento jurídico brasileiro a utilizá-la como parâmetro para nortear a interpretação e aplicação das normas dos direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Dentre esses direitos que a Constituição Federal garante a todas as pessoas está o direito fundamental à saúde que, segundo a lei maior, é direito de todos e dever do Estado, possuindo, ainda, caráter universal e integral.

Embora haja a obrigação do Estado em efetivar o direito à saúde, ele encontra um sério problema para a sua concretização, que é a má aplicação dos recursos públicos e, além disso, existem concepções de justiça que limitam a efetividade desse direito, legitimando a deficiência estatal na aplicação das verbas destinadas à saúde.

Essas teorias limitam o direito à saúde, quer restringindo esse direito somente a uma parte da sociedade, deixando a outra excluída, quer desonerando o Estado da obrigação de realizá-lo. Essas teorias são o libertarismo e o utilitarismo, respectivamente.

A importância de abordar essas doutrinas em um plano teórico é que elas servem para justificar as diversas posições doutrinárias contrárias a uma proteção maior ao direito fundamental à saúde, embora muitas vezes isso não ocorra de forma direta. Nesse capítulo, pretendemos expor essas teorias, abordando seus principais aspectos para ao final, e rejeitá-las, indicando a concepção de justiça que consideramos a mais adequada para fundamentar o direito à saúde enquanto um direito subjetivo.

¹ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988, não paginado).

2.1 O Utilitarismo como fundamento das Políticas Públicas Coletivas de atenção à saúde: a maximização dos Recursos Orçamentários e a diminuição do indivíduo

Dentre os argumentos normalmente apresentados para justificar a recusa do Estado em fornecer prestações individuais de saúde, acreditamos que as mais relevantes são as relativas aos custos desses direitos e como esses recursos somente devem ser manejados com o intuito de atingir o maior número de pessoas possível, negando ou restringindo a busca desse direito pelas pessoas através de prestações individuais.

Nesse capítulo, iremos demonstrar como esses argumentos possuem características próprias da doutrina utilitarista, a qual entende que a justiça deve ser norteada através da distribuição máxima de benefícios sem atentar para o fato de que os que não foram atendidos têm sua dignidade violada. Essa ideia de justiça prioriza o coletivo em detrimento do individual ou de grupos minoritários, pois para aqueles que a defendem, determinado ato é justo quando possibilita a maior felicidade para o maior número de pessoas, ainda que alguns sejam sacrificados, o que ocorre quando se pensa nas políticas de saúde sob um viés unicamente coletivo.

Existem duas consequências práticas do utilitarismo, as quais pretendemos abordar. A primeira delas é conhecida na doutrina como “Reserva do Possível”, ideia que busca restringir a prestação dos direitos fundamentais sociais ao que o Estado estaria disposto a gastar, e a segunda é a limitação das discussões a respeito das prestações de saúde no campo das questões financeiras e orçamentárias, em que ambas visam beneficiar somente a coletividade, inviabilizando ou dificultando a busca desse direito de forma individualizada por aqueles que dele necessitam.

2.1.1 O Utilitarismo

A concepção de justiça mais utilizada pelos governos na elaboração de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais, tornando-os limitados, é o utilitarismo. E essas ideias são utilizadas a partir da noção de justiça distributiva vista sob a ótica estritamente numérica, bastando que se maximize o alcance de determinada decisão política para beneficiar o maior número de pessoas, não

importando se há uma parcela excluída dessas políticas.

O utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é correto ou justo fazer em função de uma concepção da boa vida humana. Uma vez que essa agregação tenha sido de alguma forma realizada em determinada sociedade, isso nos dá a concepção de boa vida da sociedade, definindo-se, então, a maximização do bem, concebido como o que é direito fazer (VITA, 1993).

Para o utilitarismo, o que importa é o resultado do ato, pois é ele que indica se determinado ato é moralmente correto, portanto não considera as qualidades intrínsecas de determinada ação, desde que seu resultado maximize a utilidade, ou seja, proporcione a maior felicidade para o maior número de pessoas.

Ao elaborar políticas públicas, o governo deve atender uma determinada demanda social, cumprindo o que diz a Constituição Federal. Se o texto constitucional afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, esse direito deve ser prestado a todos de forma igualitária e, para isso, precisa considerar as necessidades de cada um, mas quando o Estado se limita a formular políticas sempre com o objetivo de beneficiar somente uma maioria, está incorrendo em uma prática utilitarista. Isso acontece quando, por exemplo, no caso do direito à saúde, o governo propõe uma medida sanitária contra determinada epidemia que atinge milhões de pessoas todo ano, mas não reserva uma parte do orçamento para o tratamento de doenças com menor incidência, porque ele será interesse somente de uma minoria.

O utilitarismo possui diversas correntes, tendo desde sua concepção sido modificado por diversos teóricos, como Peter Singer², porém, para os fins deste trabalho, pensamos que é suficiente apresentar o utilitarismo clássico, que é a teoria proposta por Jeremy Bentham, reformulada por John Stuart Mill.

Jeremy Bentham foi um filósofo inglês que viveu entre os anos 1748 e 1832 e é considerado por muitos como o pai do utilitarismo. Sua ideia central é formulada a partir da seguinte premissa: o objetivo da moral é maximizar a felicidade, e isso é atingido assegurando a prevalência do prazer sobre a dor.

Para Bentham (2000, p. 14, tradução nossa) a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois “mestres soberanos”, a dor e o prazer. São eles

²Leia em SINGER, Peter. **Ética Prática**. Lisboa: Gradiva, 1993.

que decidem o que nós devemos fazer, bem como o que é certo e o que é errado. São esses dois fatores que nos governam em tudo que fazemos ou pensamos.

O princípio da utilidade reconhece essa sujeição e presume que ela é a base daquele sistema, o qual é o substrato da felicidade através da razão e do direito (BENTHAM, 2000).

Uma ação está em conformidade com o princípio da utilidade quando ela tem tendência em aumentar a felicidade geral da comunidade que, segundo Bentham (2000, p. 15, tradução nossa), é “um corpo fictício composto de indivíduos que se constituem como seus membros”³.

Esse princípio, porém, não se aplica somente aos indivíduos, para Bentham (2000), o princípio da utilidade também deve ser aplicado aos governos. Ao determinar leis que devem ser seguidas por todos, um governo deve levar em conta a quantidade de felicidade que essa lei irá gerar.

Quanto aos possíveis argumentos contrários ao princípio da utilidade, Bentham (2000, p. 16, tradução nossa) afirma que:

Quando um homem busca confrontar o princípio da utilidade, ele o faz, sem estar consciente disso, a partir daquele próprio princípio. Seus argumentos, se provarem alguma coisa, não provam que o princípio esteja errado, mas de acordo com as aplicações que ele supõe serem feitas dele, está sendo aplicado de forma errônea⁴.

A teoria de Bentham simplifica demasiadamente a definição do que é o prazer, por colocá-la em termos puramente quantitativos, pois o autor considera que os melhores prazeres são aqueles mais intensos e com maior duração, e por essa razão, adotamos a teoria de John Stuart Mill, que define o prazer humano de forma mais complexa.

Para Mill (2006), a crença que fundamenta a moral através da Utilidade, ou o grande princípio da felicidade, sustenta que as ações estão certas quando promovem a felicidade, e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade.

³*“The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members.”*

⁴*“When a man attempts to combat the principle of utility, it is with reasons drawn, without his being aware of it, from that very principle itself. His arguments, if they prove any thing, prove not that the principle is wrong, but that, according to the applications he supposes to be made of it, it is misapplied.”*

O autor, porém, afirma que supor que a vida que não tenha nenhuma finalidade maior que o prazer é desprezível e baixa.

Os seres humanos possuem faculdades mais elevadas do que dos animais, nesse sentido, os escritores utilitaristas, em geral, reconheceram a superioridade dos prazeres mentais sobre os corpóreos.

“É compatível com o princípio da utilidade reconhecer o fato, que alguns tipos de prazer sejam mais desejáveis e mais valiosos que outros” (MILL, 2006, p. 23, grifo nosso). Logo, o autor faz uma distinção entre prazeres mais elevados e os mais desprezíveis, analisando tanto a qualidade como a quantidade e intensidade dos desejos.

E como é feita essa distinção? Segundo Mill (2006, p. 24), “De dois prazeres, se houver um que todas experimentaram de ambos dão uma preferência clara, independente de qualquer sentimento de obrigação moral para preferi-lo, este será o prazer desejável”.

Essa expressão de fé nas faculdades humanas mais elevadas é convincente. Mas, ao basear-se nela, Mill foge da premissa do utilitarismo. Os desejos *de facto* não são mais a única base para que julguemos o que é nobre e o que é vulgar. O padrão atual parte de um ideal da dignidade humana independente daquilo que queremos e desejamos. Os prazeres mais elevados não são maiores porque os preferimos, nós os preferimos porque são mais elevados (SANDEL, 2014).

De acordo com o princípio da maior felicidade, a finalidade elementar, segundo a qual todas as coisas são desejáveis, é uma existência tanto isenta quanto possível da dor, e tão rica quanto possível de prazer. De acordo com a posição utilitarista, a finalidade da ação humana é, também, necessariamente, o padrão da moralidade, que pode, portanto, definir as normas e preceitos para a conduta humana, cuja observação daquilo que uma existência, tal como tem sido descrita, possa ser, na maior escala possível, assegurada a toda a humanidade.

Além da felicidade e da busca por uma vida satisfatória, existe outro elemento fulcral na moralidade utilitarista, que entendemos ser o principal fundamento utilizado por aqueles que negam a possibilidade de demandas individuais de saúde, que é o sacrifício do indivíduo em nome de um bem maior.

A moralidade utilitarista reconhece nos seres humanos o poder de sacrificar seu maior bem pelo bem de outros. Ela apenas se recusa a admitir que o sacrifício

seja por si só um bem. Ou seja, um sacrifício que não aumente ou tenda a aumentar a soma total de felicidade é um desperdício. A única autorrenúncia que a moralidade aprova é aquela que devota a felicidade a outros (MILL, 2006).

A utilidade recomenda que a lei e os dispositivos sociais devem colocar a felicidade ou o interesse de todo indivíduo o máximo possível em harmonia com o interesse do todo (MILL, 2006).

Mill (2006 apud SANDEL, 2014) acredita, porém, que a utilidade deve ser maximizada em longo prazo, e não caso a caso. Com o tempo, argumenta, o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana. Permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livres-pensadores pode maximizar a felicidade em um momento, mas reduzi-la em um momento posterior.

Na ética utilitarista, então, o indivíduo sucumbe diante de um bem geral. Para essa doutrina, os valores e aspirações de cada pessoa não são levados em consideração se não estiverem de acordo com o que é melhor para a comunidade.

O utilitarismo não é uma doutrina simpática à ideia de que os indivíduos têm direitos absolutos. A ênfase na importância absoluta dos seres humanos individuais, e em sua liberdade e não em sua felicidade, não combina com a ênfase utilitarista, que espalhar a felicidade entre o maior número possível de pessoas (FLEISCHACKER, 2006).

Mill dedica o capítulo final da sua obra *Utilitarismo* à relação que há entre justiça e utilidade. Para Mill, um dos principais obstáculos à aceitação da doutrina em que a utilidade ou a felicidade são os critérios do certo ou errado é representado pela ideia da justiça.

Mill busca determinar se a realidade a qual corresponde o sentimento de justiça necessita de qualquer revelação especial, se a justiça ou injustiça de uma ação é algo intrinsecamente peculiar e distinto de todas as suas outras qualidades.

Para esclarecer essa questão, é necessário determinar o que caracteriza uma situação de justiça ou injustiça, qual é a qualidade comum a todos os modos de conduta designados como injustos, e o que os distingue dos modos de conduta à medida em que são desaprovados, mas sem aplicar-lhes essa designação particular de desaprovação. Isto é, a busca de um único atributo ou conjunto de atributos comuns aos conceitos de justiça ou injustiça de modo que seja possível identificá-los (MILL, 2006).

Os utilitaristas se empenharam em descobrir um procedimento de decisão

de acordo com o qual conflitos morais manifestos pudessem ser resolvidos – daí a obsessão que tinham por um princípio único que estivesse na base de toda reflexão moral (FLEISCHACKER, 2006).

Mill (2006, p. 65), então, descreve os diversos modos de ação que são considerados como justos ou injustos. O primeiro modo de ação indicado por ele afirma que “é considerado como injusto destituir alguém de sua liberdade pessoal, sua propriedade ou qualquer outra coisa que por direito lhe pertença”. Aí há uma aplicação do conceito de justo ou injusto em um sentido definido: violar os direitos legais de uma pessoa.

Os direitos legais dos quais tal pessoa é destituída são direitos que jamais deveriam ter lhe pertencido, ou em outras palavras, a lei que lhe confere direitos pode ser uma má lei (MILL, 2006).

Também se considera justo, segundo o autor, que cada pessoa deva obter aquilo que ela merece, e injusto que ela obtenha um bem ou se submeta a um mal que não mereça. Aqui se coloca em debate a questão do mérito, e como esse é constituído.

A quarta forma de injustiça que Mill (2006) indica é faltar à palavra com alguém, violar um compromisso expresso ou implícito ou desapontar expectativas suscitadas por nossa própria conduta, pelo menos se suscitamos tais expectativas conscientemente.

E, finalmente, está a parcialidade. Para Mill (2006, p. 67), ser imparcial “é uma forma de agir de forma incoerente com a justiça”. A imparcialidade não parece ser considerada como um dever em si mesmo, mas um instrumento para outro dever.

Aliada à imparcialidade, segundo o autor, está a igualdade, que frequentemente entra na concepção da justiça e na sua prática. Nesse caso, a noção de justiça varia de pessoa para pessoa, e sempre se adapta em suas variações à noção de utilidade (MILL, 2006).

Evidenciamos, então, que o utilitarismo também tem uma certa preocupação com a igualdade, como afirma Fleischacker (2006, p. 155):

Os utilitaristas têm estado entre os principais instigadores de movimentos em prol de um Estado de bem-estar social. Pode-se reconhecer a própria formulação do princípio utilitarista fundamental como uma forma de estimular a redistribuição dos bens materiais.

Nesse contexto, há uma importante ponderação a fazer a respeito da possibilidade de distribuição de bens dentro de uma lógica utilitarista.

Não é claro se a felicidade total ou a felicidade média da sociedade aumentaria com uma transferência de bens dos ricos para os pobres, porém, dada a utilidade marginal decrescente da maior parte dos bens, e do pacote total de bens que a maioria das pessoas procura ter, em geral, ocorrerá que o incremento adicional em cada bem elevará a felicidade da pessoa em pior condição. Portanto, em qualquer ponto da distribuição de bens, deveríamos transferir recursos para a pessoa mais pobre, e deveríamos prosseguir essa transferência até que a utilidade marginal dessa pessoa se torne inferior à da pessoa mais pobre (FLEISCHACKER, 2006).

A justiça, segundo o pensamento de Mill, implica em algo que não é apenas certo fazer ou errado não fazer, mas o que um indivíduo pode reivindicar devido o seu direito moral. A ideia de justiça pressupõe duas coisas: uma norma de conduta e um sentimento que sanciona a norma. A norma deve ser comum a toda a humanidade e intencionada para o seu bem, e o sentimento é um desejo de que aqueles que infringem tal norma seja punido (MILL, 2006).

A ideia de justiça busca proteger seres humanos individuais, impedindo que sejam sacrificados em nome de um bem social maior, porém, esse enfoque nos indivíduos é algo que os utilitaristas tipicamente têm dificuldade de apreender (FLEISCHACKER, 2006).

Como Mill (2006 apud FLEISCHACKER, 2006) descreve o problema, as pessoas achavam difícil ver na justiça somente um tipo ou ramo particular de utilidade geral. A solução, diz ele, está em reconhecer que a justiça descreve um tipo particularmente urgente de utilidade, que quase sempre tem de ser satisfeito antes que quaisquer outros tipos de utilidade sejam endereçados. No entanto, Mill faz o problema parecer menor do que é. A justiça tem sido tradicionalmente contrastada com a utilidade, a tal ponto que uma frase famosa chega a afirmar que a justiça deve ser feita mesmo que, para isso, o mundo tenha de perecer (*fiat justitia et pereat mundus*).

Em suma, a concepção de justiça trazida pela doutrina utilitarista afirma que as obrigações de justiça decorrem das normas morais consequentes da moral

utilitarista, ou seja, é justo aquilo que maximiza a felicidade de todos, estando justificado o sacrifício do indivíduo em nome desse objetivo.

Kymlicka (2006, p. 11) afirma que “na sua forma mais simples, o utilitarismo prega que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. Ele afirma, ainda, que os utilitaristas exigem que essa busca do bem-estar humano seja feita imparcialmente para todos na sociedade.

A dificuldade em se aplicar os preceitos da doutrina do utilitarismo clássico a uma determinada sociedade é que, com isso, os direitos individuais podem ser sacrificados em nome do bem-estar coletivo.

O que interessa ao utilitarismo é somente o cálculo final da felicidade, obtido a partir do somatório dos totais individuais, os quais não são distinguíveis individualmente. Não há, então, qualquer proibição à ação de um sujeito sobre outro, que o utilize como meio para a obtenção de outros fins, senão uma preocupação premente em propiciar um arranjo que permita a simetria dos fins divergentes, de modo à obtenção de um ponto onde o máximo de felicidade é alcançado.

Ou seja, quem defende que o direito fundamental à saúde tem sua exequibilidade limitada às políticas públicas de viés coletivo ou condicionada aos requisitos de caráter orçamentário, não está utilizando premissas diferentes do utilitarismo, pois busca sacrificar as demandas individuais em prol da saúde coletiva; o problema é que essa visão prejudica, sobretudo, os menos favorecidos, pois estes, por não poderem arcar com seguros privados de saúde, necessitam da saúde pública.

Para quem defende que o direito à saúde somente deve ser prestado coletivamente, a obrigação estatal está restrita em proporcionar um determinado pacote de recursos de saúde para cada pessoa, mas, na maioria das vezes, isso está muito aquém das reais necessidades individuais das pessoas que se socorrem na saúde pública.

Tratando-se de saúde, em que cada pessoa, dependendo de inúmeras variáveis, como idade, sexo, predisposição genética, etc., necessita de uma prestação individualizada, o direito à saúde não será prestado corretamente se for pensado em um viés exclusivamente coletivo.

Essas formas de negar o direito à saúde que são construídas sob uma ótica utilitarista ganham forma em dois principais argumentos: a reserva do possível e a

prevalência das decisões alocativas de recursos orçamentários.

2.1.2 A Reserva do Possível e a prevalência das Leis Orçamentárias

Os argumentos de cunho utilitarista, frequentemente utilizados para defender a restrição do direito à saúde, partem daquilo que se convencionou chamar de “Reserva do Possível”.

Há certa cizânia no que diz respeito à natureza da reserva do possível. Para alguns seria um princípio, uma condição de realidade ou um elemento extrajurídico. Embora em todas essas classificações ela se apresente como uma forma de restrição dos direitos sociais, seja como um limite imanente ou limite externo.

A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização, o que se pondera nesse caso é a escassez de recursos para se realizar uma prestação individual.

Para definir a reserva do possível, pensamos que o mais adequado seria utilizar expressões como cláusula ou postulado, pois elas serviriam como uma forma de condicionar a aplicação das normas a um elemento preexistente que, nesse caso, seria a inexistência de recursos.

Dessa forma, a eficácia das normas constitucionais que estabelecem o direito fundamental à saúde estaria condicionada a um postulado que orienta a aplicação e interpretação delas. Não obstante, a Carta Magna prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o que deve ser visto como um instrumento de garantia à dignidade humana, e esse direito sempre encontrará uma barreira para ser concretizado caso as normas que o instituem sejam subordinadas a um postulado tal como a reserva do possível.

Um aspecto que assume maior relevância na discussão acerca dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência dos recursos materiais para sua realização. Não existem direitos sem custos, porém, no caso dos direitos sociais, esse aspecto possui uma especial relevância, porque o grau de ação do Estado para efetuar as prestações desses direitos é maior.

Olsen (2010) aponta dois aspectos bastante distintos da reserva do possível: a total inexistência de recursos financeiros necessários para a concretização da demanda e a inexistência destes porque foram alocados para finalidades distintas.

A reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência

dos recursos necessários à efetivação de um determinado direito fundamental quando demandado em juízo. A reserva do possível pode ser vista como um elemento exterior às normas que limitam a efetividade dos direitos sociais, não obstante, tais normas preverem que o Estado está obrigado a prestar um mínimo de direitos.

A escassez de recursos financeiros para a realização de direitos fundamentais sociais não é necessariamente natural, mas pode ser fruto de decisões políticas, e aqui entendemos que está o maior problema em colocar o postulado da reserva do possível como um condicionante do direito fundamental à saúde. O Estado faz uma decisão que privilegia um outro setor, talvez não tão essencial, ou considerando somente uma determinada maioria e efetuando uma decisão alocativa que prejudica diversas pessoas, para depois negar esse direito a quem dele necessita alegando que não pode ser realizado devido à Reserva do financeiramente possível.

A efetivação do direito à saúde não pode estar sujeita à discricionariedade administrativa dentro dessas escolhas alocativas de recursos que, muitas vezes, têm como único parâmetro alcançar a maior parte da população, negando às pessoas o básico.

É necessário distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários ao cumprimento do dever constitucional da escolha alocativa, procedida à revelia das normas constitucionais.

Para Olsen (2010), a própria Constituição Federal admite a possibilidade da reserva do possível enquanto um elemento condicionante, sendo os direitos fundamentais somente exequíveis caso haja recursos em caixa. Para a autora, a reserva do possível pode ser admitida como exceção e não como regra.

A existência de recursos disponíveis não pode ser pressuposto para a existência de direitos fundamentais, pelo contrário, sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização. Antes que o Estado proceda qualquer outra ação, é necessário que, primeiramente, garanta um mínimo para as pessoas, para, então, a discussão ser realizada em termos financeiros, pois aquilo que é fundamental, do que a vida das pessoas depende, não pode ser reduzido a termos monetários, nem mesmo como exceção.

A reserva do possível, quando utilizada como parâmetro para a concessão dos direitos fundamentais, atua como um elemento externo, reduzindo ou eliminando

o acesso dos titulares de um dado direito fundamental, chegando, inclusive a desonerar o Estado do cumprimento de uma obrigação que lhe é constitucionalmente imposta, como é o caso da saúde.

Scaff e Nunes (2011), tratando do caso mais específico da judicialização de demandas individuais, afirmam que qualquer decisão de um tribunal que conceda prestações individuais compromete o funcionamento do SUS. Uma política pública estruturada e racionalmente executada não pode estar sujeita às intromissões frequentes, que podem muitas e só não serão milhares se o *princípio da igualdade* for abertamente desrespeitado.

Scaff e Nunes (2011) também aduzem que, contra as demandas individuais, é possível levantar argumentos contrários decorrentes da separação de poderes e da impossibilidade de os tribunais alterarem as leis do orçamento aprovadas pelo Legislativo, porque os orçamentos refletem opções políticas que os tribunais não podem formular nem julgar.

E aqui também cabem todas as dificuldades resultantes da reserva do possível ou da escassez de recursos. A garantia da efetivação dos direitos sociais, enquanto direitos dos indivíduos de exigirem do Estado prestações positivas que sempre têm um custo financeiro direto, está naturalmente condicionada à reserva do possível (SCAFF; NUNES, 2011).

A reserva do possível é um conceito econômico que decorre da constatação da escassez de recursos públicos ou privados, em face da vastidão de necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais de cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger prioridades, o Estado tem de levar em conta os limites financeiros e sua disponibilidade econômica. O mesmo vale para as escolhas públicas, que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes (SCAFF; NUNES, 2011).

Utilizando a esfera pública, observa-se que a reserva do possível nos coloca dentro da esfera financeira, da extensão das necessidades públicas infinitas em detrimento da escassez de recursos (SCAFF; NUNES, 2011).

Para Scaff e Nunes (2011), o conceito de reserva do possível está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da progressividade na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado e, em ritmo crescente, se tornam cada vez mais concretizados.

Essa ideia de progressividade não reflete a verdadeira natureza das normas instituidoras dos direitos fundamentais sociais. A Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas, também, de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991).

Vemos, então, que a norma constitucional é dotada de efetividade, e impõe as realizações nela previstas, independente de quaisquer questões fáticas que possam ser colocadas, como as teorias que limitam as prestações de direitos fundamentais sociais.

Outro autor que coloca os direitos sociais em um contexto de progressividade é Silva (2007). Ele afirma que os direitos sociais têm eficácia futura imediata, porém essa eficácia está limitada e condicionada aos limites de recursos expostos na lei orçamentária, tendo como foco as possibilidades econômicas e financeiras existentes nos cofres públicos.

Quando o Estado defere prestações individuais de saúde, o SUS passa a estar de acordo com o princípio da universalidade previsto na Constituição Federal, assegurando um acesso a todos e cobrindo as necessidades básicas de saúde de cada indivíduo. O Estado, aqui, age como um segurador público e universal.

A reserva do possível, por considerar que não há recursos públicos para o custeio das prestações individuais, limita o direito à saúde e compromete a própria universalidade, que perde o seu significado se a saúde não puder ser prestada a todos.

Sarmiento (2008) afirma que a reserva do possível possui dois componentes: um fático e outro jurídico. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.

“A reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida considerando os recursos existentes” (SARMENTO, 2008, p. 572).

A reserva do possível jurídica identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal diz respeito à existência de previsão

orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa (SARMENTO, 2008).

Nesse contexto, surge o argumento de que o legislador deve fazer “escolhas trágicas”, especialmente em termos de leis orçamentárias, o que significa orientar o orçamento a maximizar as verbas estatais para atender o maior número de pessoas e deixar outras de fora, ou em termos mais extemos, o Estado decide quem vai viver e quem vai morrer.

Não existem direitos sem custo para sua efetivação. Logo, não são apenas os direitos fundamentais sociais que necessitam de verbas públicas para serem implementados, mas, também, os de primeira dimensão. A errônea ideia que os direitos civis e políticos não necessitam de recursos é explicada em virtude de serem, majoritariamente, de abstenção estatal, bastando que o Estado cumpra sua obrigação de não fazer, ao contrário dos direitos sociais que requerem uma atuação positiva.

Scaff e Nunes (2011) afirmam que é o Poder Legislativo que define os destinatários dessas prestações sociais e as prioridades, através do processo orçamentário. As “escolhas trágicas”, portanto, ficariam a cargo dele, que definiria o atendimento das necessidades públicas através do uso dos recursos públicos.

Assim, para parte da doutrina dos direitos sociais deve ser analisada em conjunto com o orçamento público, instrumento que faz parte da ciência do direito financeiro, cujo objetivo primordial. Segundo Scaff e Nunes (2011, p. 66), é “a análise sobre como o Estado arrecada, gasta e se endivida” e que “vários dos assuntos debatidos pelos direitos sociais têm forte implicação financeira”.

Para Silva (2007, p. 112), o orçamento é um instrumento da administração pública utilizado para atrair e alocar recursos públicos, bem como utilizado para o controle da atividade financeira do Estado por parte do Legislativo.

Através do orçamento, serão estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e será possível determinar a quantidade de recursos que será alocada para a implementação dos direitos sociais. E a partir dessa quantificação, será possível constatar o nível de prioridade para a realização desses direitos (SCAFF; ROMBOLI; RAVENGA, 2010).

Scaff, Romboli e Ravenga (2010) apontam dois aspectos fundamentais para o debate dos direitos sociais: quem paga a conta dos gastos realizados e quem estabelece as prioridades da realização desses gastos.

Quem paga a conta dos gastos realizados é a própria sociedade, quer através de tributos pagos na condição de contribuinte, quer, indiretamente, na aquisição de bens ou serviços. O Estado é financiado por tributos pagos, de forma desigual, entre as pessoas, e aqui se encontra a primeira possibilidade de implementação de justiça (SCAFF; ROMBOLI; RAVENGA 2010).

Quanto às prioridades nos gastos públicos, essas devem ser escolhidas pelo legislativo através do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas a curto e a médio prazo. A isto chamamos de “discricionariedade administrativa” (SCAFF; ROMBOLI; RAVENGA, 2010).

Existem diversas receitas que ingressam no orçamento da União e dos Estados membros e que devem ser utilizados para a saúde, Scaff, Romboli e Ravenga (2010) afirmam que esses valores constituem o “orçamento mínimo social”, determinado pela Constituição para que o legislador atribua recursos para o financiamento dos direitos sociais.

Esses recursos devem ser distribuídos entre os diversos setores responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, e como afirmam Scaff, Romboli e Ravenga (2010), eles são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado, é necessário retirar dinheiro de outro.

No ordenamento jurídico brasileiro, os recursos públicos serão realizados por intermédio de um Sistema Orçamentário composto por três leis: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), na forma do art. 165, da Constituição Federal.

O PPA tem como objetivo dispor, de forma regionalizada, as diretrizes e metas da Administração Pública Federal.

O PPA tem início no segundo ano do mandato do Chefe do Poder Executivo, terminando no primeiro ano do mandato subsequente, e define o planejamento das atividades governamentais visando o atendimento das necessidades públicas. (SILVA, 2007).

A LDO estabelece a política de aplicação dos recursos públicos, compreendendo as metas e prioridades da administração, abrangendo as despesas de capital para o exercício subsequente; orienta a elaboração da lei LOA; dispõe a respeito das alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação

das agências financeiras de fomento. A Lei funcionará como elo entre o PPA e a LOA (PAMPLONA; VERBICARO, 2008).

A LDO é a segunda lei orçamentária da programação financeira, nela são previstas as regras necessárias para que o orçamento seja realizável na concretização das diretrizes, objetivos e metas traçadas no PPA (SILVA, 2007).

Por fim, a LOA é a norma na qual, efetivamente, são alocados os recursos orçamentários, contemplando as regras postas no PPA, e o priorizado, orientado e estabelecido na LDO, no orçamento fiscal, da seguridade e de investimentos (SILVA, 2007). É por meio da LOA que se demonstra o impacto sobre as receitas, despesas e os benefícios de natureza financeira.

Vemos, então, o modo como esta opção de alocação de verbas públicas afigura o caráter discricionário do Poder Público na aplicação de recursos nas áreas que deseja, utilizando os critérios que julgar mais adequado, não importando se haverá pessoas necessitadas excluídas nessa escolha.

Para Pamplona e Verbicaro (2008, p. 5), as leis orçamentárias “são normas de conduta e de organização que delimitam os direitos fundamentais a serem executados na sociedade brasileira, constituindo-se como instrumentos essenciais à concretização do Estado Democrático e de Direito”.

Quando os direitos fundamentais sociais, especialmente aqueles que devem ser prestados individualmente, são condicionados a questões financeiras e orçamentárias, utiliza-se uma lógica de justiça distributiva própria do utilitarismo, assim, sacrificando as minorias e os indivíduos.

Shapiro (2012) afirma que, dentre as métricas que podem ser utilizadas pelo utilitarismo para calcular o nível de prazer das pessoas, a que Bentham opta por utilizar é o dinheiro, por entender que é o que se adequa melhor à política e à moral. Para Bentham (2000), um homem rico teria mais aptidão para a felicidade do que um homem pobre e, além disso, o dinheiro tem a vantagem adicional de nos dar uma noção sobre a dificuldade das intensidades das preferências, vez que as pessoas podem vender coisas que não querem para obter coisas que mais desejam.

Dessa forma, resta evidente que a reserva do possível e a prevalência das leis orçamentárias utilizam a mesma métrica do utilitarismo para medir o bem-estar da sociedade, vez que, para essas ideias, a questão financeira se sobrepõe à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

O problema é que essa abordagem dos direitos fundamentais sociais não é mensurada e compara todos os valores e bens em uma única escala de medida. A saúde e, conseqüentemente, a vida das pessoas não podem ser expressas em valores monetários e, por essa razão, pensamos que a prestação do direito fundamental à saúde deve estar além do orçamento público.

Entendemos que a Constituição Federal elenca o direito à saúde como um dos direitos fundamentais sociais, e sua realização deve ser a prioridade do Estado brasileiro, não podendo ser condicionado a normas orçamentárias que, inclusive, encontram-se em patamar hierárquico inferior à Constituição Federal. Não são os direitos fundamentais que devem estar submissos às normas orçamentárias, são essas que devem ser condicionadas aos direitos fundamentais. Se não há previsão orçamentária para efetivar determinado direito, então que seja criada tal previsão, pois não é correto deixar a vida das pessoas submissas à burocracia estatal.

Apesar de ser possível garantir certo nível de proteção ao direito fundamental à saúde, através de decisões alocativas no orçamento, acreditamos que essa não é a maneira mais correta e mais eficaz de garantir esse direito. Ainda que seja possível atender grande parte da população, através de direcionamento de recursos para a saúde, o orçamento tem um grande problema: sempre atua visando o benefício da maioria e não tem a capacidade de auferir as necessidades individuais das pessoas, o que é imprescindível para que esse direito seja realizado.

A saúde é uma obrigação estatal que será garantida mediante políticas sociais e econômicas, políticas essas que devem considerar cada um dos indivíduos.

Porém, existem diversas interpretações deste mandamento constitucional. Scaff, Romboli e Ravenga (2010, p. 30) defendem que o direito à saúde não pode ser considerado como individual quando afirma que:

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de 'políticas sociais e econômicas', porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através de uma política pública. Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.

Mais adiante, Scaff, Romboli e Ravenga (2010, p. 38) criticam a "captura" do orçamento público por demandas individuais quando afirmam que:

Torna-se imprescindível, portanto, fazer cessar a verdadeira 'captura' de recursos públicos, destinados à implementação de políticas públicas, por aqueles que, utilizando-se do Poder Judiciário, tomam para si nacos do orçamento público social em proveito próprio, e não da sociedade.

Embora, à primeira vista, uma proposta que alcance uma margem maior de utilidade, ou em termos de saúde, consiga a mais ampla gama de tratamentos médicos ou medicamentos para o maior número de pessoas pareça uma boa proposta, na verdade, está condenando a menor parte da população a ficar sem prestações de saúde consideradas básicas.

É preciso repensar a maneira como vêm sendo interpretados os dispositivos que prescrevem o direito fundamental à saúde. Em campo normativo, é preciso ver tais dispositivos como uma prescrição de um direito subjetivo oponível ao Estado.

As interpretações utilitaristas desses dispositivos que os veem como um direito unicamente coletivo e condicionado a elementos de ordem financeira e orçamentária, somente privilegiam os interesses do Estado e dos seus representantes, descartando o indivíduo.

E isso fica claro nas palavras de Gargarella (2008) ao afirmar que o utilitarismo utiliza como parâmetro certos sacrifícios que aceitaríamos em nível pessoal, mas que seriam inaceitáveis em nível social.

Aqueles que seguem os preceitos do utilitarismo defendem que o Estado somente deve à sociedade uma prestação de saúde limitada, que atende uma parte da população, muitas vezes de forma insuficiente. Para essa corrente, os casos minoritários que transbordem dessa competência estatal, e que não deverão ser atendidos, resultará no perecimento deles, pois sabe-se que não podem contratar seguros privados de saúde.

O direito à saúde jamais será efetivado da maneira adequada se ainda forem utilizados preceitos utilitaristas no trato desse direito, isto é, maximizando o orçamento e a burocracia estatal e esmagando o indivíduo, que é o real destinatário de todo e qualquer direito.

2.2 O Libertarismo

A outra ideia de justiça que é contrária à concepção do direito à saúde como um direito individual é o libertarismo, concepção que apresenta os ideais clássicos do liberalismo de um Estado puramente absentéista.

Para os libertários, o Estado tem um papel bem restrito, não lhe cabendo a tarefa de proporcionar direitos sociais às pessoas. Sua função é somente de assegurar os contratos e reprimir os ilícitos. Portanto, como diz Kymlicka (2006, p. 119), “eles se opõem a esquemas de tributação redistributiva para implementar uma teoria liberal de igualdade”.

Um dos maiores expoentes do libertarismo é Robert Nozick. Ele expôs uma teoria que prega a existência de um Estado mínimo com funções extremamente limitadas, e é essa teoria que pretendemos utilizar para expor as principais ideias do libertarismo.

A teoria defendida por Nozick (2011 apud GARGARELLA, 2008) é uma teoria deontológica, que afirma a existência de certos direitos básicos invioláveis, e que, como tal, rejeita a possibilidade de que os direitos de algum indivíduo sejam deturpados em favor do maior bem-estar de outros.

O primeiro aspecto que julgamos importante na teoria de Nozick é a relação entre justiça e mercado, a partir do que o autor chama de “teoria da titularidade”.

O tema da distribuição das posses é formado, segundo Nozick (2011), por três tópicos: o primeiro é a aquisição original dos bens, isto é, a apropriação das coisas não possuídas, chamado por ele de “princípio de justiça na aquisição”. O segundo diz respeito à transferência de bens de uma pessoa para outra, no qual faz parte do processo a troca voluntária e as doações. E o terceiro diz respeito à retificação da injustiça na distribuição dessas posses.

A distribuição das posses, então, deve seguir o seguinte esquema:

1. A pessoa que adquire um bem de acordo com o princípio da justiça na aquisição tem direito a esse bem.
2. A pessoa que adquire um bem, de acordo com o princípio da justiça na transferência, de outra pessoa que tem direito ao bem, tem direito a ele.
3. Ninguém tem direito a um bem exceto por meio das aplicações (repetidas) de 1 e 2 (NOZICK, 2011, p. 193).

Tudo que se origine de uma situação justa, tendo percorrido etapas justas, é, em si, justo. Os meios de troca especificados pelo princípio de justiça na transferência preservam a legitimidade (NOZICK, 2011).

A teoria da justiça na distribuição de posses afirma, de modo geral, que os bens de uma pessoa são legítimos se ela tem direito a eles por meio dos princípios de justiça, na aquisição e na transferência, ou pelo princípio da retificação da injustiça (de acordo com as especificações dos dois primeiros princípios). Se os bens de cada um forem legítimos, então o conjunto total (distribuição) será legítimo. (NOZICK, 2011)

Para Nozick (2011), essa distribuição justa é somente aquela que resulte da livre troca entre as pessoas, caso os bens sejam titulares de quem os possui. Para a teoria libertária, o Estado não pode interferir de maneira nenhuma nessas trocas, seja coagindo os indivíduos para que essas ocorram, seja através da tributação.

Kymlicka (2006, p. 122) afirma que “a única tributação legítima para os libertários é a que se destina a levantar receitas para manter as instituições de fundo necessárias para proteger o sistema de livre troca”, como, o sistema de polícia.

Kymlicka (2006) aponta dois argumentos a favor da teoria de Nozick: o primeiro argumento é intuitivo e tenta revelar as características atraentes do livre exercício do direito de propriedade. O segundo é um argumento mais filosófico, que tenta derivar os direitos de propriedade de uma “posse em si mesmo”.

O argumento intuitivo de Nozick (2011) diz que se um indivíduo adquire qualquer bem legitimamente, ele tem direitos absolutos sobre ele. Aqui, a teoria libertária ignora que existirão pessoas recompensadas por seus talentos, enquanto aquelas que nasceram menos favorecidas por habilidades naturais ficarão com menos recursos considerados valiosos, e essas diferenças farão com que alguns enriqueçam e outras pereçam, o que é inadmissível em uma sociedade que possa ser considerada justa. Por esse motivo, pensamos que aplicar o libertarismo é limitar os direitos sociais, o que é incompatível com o modelo adotado pela Constituição Federal Brasileira.

Para sustentar seu argumento, Nozick (2011) pede que imaginemos uma distribuição inicial D1, e que nessa distribuição todos os bens foram adquiridos legitimamente, seguindo o esquema já explicado quando demonstrei a teoria da titularidade.

Para ilustrar uma situação que ocorre após D1, ele utiliza o exemplo de um famoso jogador de basquete, Wilt Chamberlain, o qual, devido seu talento, está sendo disputado pelas equipes de basquetebol.

Chamberlain assina o seguinte contrato com uma equipe: em toda partida disputada em casa, 25 centavos do preço da entrada ficam com ele. Com o início da temporada, o público comparece em peso aos jogos, e cada vez que uma entrada é vendida, 25 centavos ficam com Wilt Chamberlain. Durante a temporada, 1 milhão de dólares em ingressos foram vendidos, Wilt Chamberlain arrecadou 250 mil dólares (NOZICK, 2011).

Essa transferência do dinheiro dos espectadores para Wilt Chamberlain ilustra a passagem de uma distribuição D1 para D2, e se D1 era uma distribuição justa e as pessoas voluntariamente passaram para D2, essa também seria uma situação justa (NOZICK, 2011).

No fim da temporada de basquete, Chamberlain terá ganhado US\$ 250.000,00, ao passo que a pessoa desfavorecida está à beira da fome. Com certeza, nossas intuições ainda nos dizem que podemos tributar a renda de Wilt Chamberlain para impedir isso. Sob o ponto de vista da teoria da titularidade, a redistribuição é um assunto realmente sério, pelo fato de implicar, como é o caso, a violação dos direitos das pessoas (NOZICK, 2011).

Para Nozick (2011, p. 217), a tributação sobre o trabalho seria equivalente ao trabalho forçado, nas palavras do autor “apropriar-se do pagamento de n horas de trabalho é como apropriar-se de n horas da pessoa, é como obrigar a pessoa a trabalhar n horas em prol dos objetivos de outrem”.

Para o autor, então, não é possível que a renda de Wilt Chamberlain seja tributada nem mesmo para compensar as deficiências de outras pessoas, pois, devido a sua renda ser produto de trocas voluntárias, ela é legítima e ele tem direito absoluto sobre elas. O principal problema desse argumento é que ele não considera que a renda extra, adquirida por Chamberlain, somente foi obtida graças a seu talento como jogador de basquete, isso é, uma vantagem imerecida⁵ que deve ser compensada (NOZICK, 2011).

⁵ Vantagens imerecidas são aquelas vantagens que alguém possui sem ter feito qualquer coisa para merecê-la, são aquelas circunstâncias influenciadas por fatores arbitrários e que dependem da sorte, como talentos e aptidões naturais ou até mesmo ter nascido em uma família rica.

O segundo argumento em favor da teoria de Nozick é o da posse sobre si mesmo. Kymlicka (2006) recorre a esse princípio, apresentando-o enquanto uma interpretação do princípio de tratar as pessoas como “fins em si mesmas”.

Nozick (2011) inicia sua fundamentação a partir do que chama de restrições indiretas, as quais refletem, implicitamente, o princípio kantiano, em que os indivíduos são fins e não podem ser sacrificados para a realização de outros sem seu consentimento.

Essas restrições morais refletem o fato de que a vida das pessoas é distinta, não existindo, entre nós, nenhum gesto de compensação e superioridade moral de outras vidas sobre nós que resulte em um bem social geral maior; não justificando que alguns sejam sacrificados em nome de outros (NOZICK, 2011).

Para Nozick (2011 apud KYMLICKA, 2006), a exigência de que os bens produzidos pelos talentosos sejam usados para aumentar o bem-estar dos menos favorecidos é incompatível com o reconhecimento da posse sobre si mesmo.

A maioria dos princípios de justiça distributiva institui a propriedade (parcial) das pessoas de suas ações e de seu trabalho por outras pessoas. Esses princípios implicam a troca do conceito liberal de propriedade do indivíduo sobre si mesmo pelo conceito de direitos (parciais) de propriedade sobre outras pessoas (NOZICK, 2011).

Não se pode dizer que um indivíduo possui seus talentos se outros têm um direito legítimo sobre o fruto desses talentos. Isso constitui violação da posse sobre si mesmo (KYMLICKA, 2006).

A teoria libertária nega que possa haver uma distribuição dos bens considerados valiosos na sociedade. Aquilo que os mais favorecidos possuem pertence somente a eles, e não é lícito ao Estado apropriar-se desses bens para distribuí-los na sociedade.

Em relação à teoria da justiça que expusemos anteriormente, qual seja, o utilitarismo, o libertarismo apresenta restrições aos direitos fundamentais sociais ainda mais acentuadas. Enquanto no utilitarismo é possível garantir direitos sociais, desde que eles sejam concedidos sob uma lógica que garanta a felicidade e o bem-estar da maioria, para a teoria libertária, o Estado não está obrigado a garantir quaisquer direitos prestacionais.

Embora o libertarismo tenha o mérito de tecer uma consideração maior pelo indivíduo, garantindo o mais amplo aspecto de liberdades, em oposição à doutrina

utilitarista, que permite o sacrifício individual em nome da comunidade, ainda é uma postura que pensamos ser injusta, por negar aos indivíduos o acesso a bens considerados valiosos, necessários para seus projetos de vida e, conseqüentemente, que garantam a vida com dignidade.

Na atual concepção de direitos fundamentais, o papel do Estado transcende a mera abstenção, mas está incumbido de realizar políticas públicas que intervenham para melhorar as condições de vida da sociedade. Aqui surge um valor que passa a nortear a atuação do governo: a igualdade.

No caso do direito brasileiro isso se encontra ainda mais acentuado, pois temos um amplo catálogo de direitos fundamentais sociais. A Constituição Federal de 1988 reconhece esse papel do Estado incumbindo-o de cumprir um amplo catálogo de direitos de igualdade, dentre eles, a saúde.

A justiça distributiva, então, tem uma importante função para a consecução desse ideal, pois suas premissas permitem que todos os seres humanos tenham acesso ao maior número de bens possíveis.

Para Fleischacker (2006, p. 8), “a justiça distributiva, em seu sentido moderno, invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais.”

A ideia de justiça proposta pelos libertários vem na contramão dessas ideias ao pregar a total abstenção do Estado e a impossibilidade de existir qualquer distribuição que possa melhorar a condição de vida das pessoas.

O governo é obrigado a fornecer um mínimo de serviços de saúde a todos, e isso implica em um custeio do sistema de seguridade social pela tributação dos mais favorecidos. A sociedade, então, passa a amealhar, em forma de serviços básicos de saúde, uma parte dos ganhos daqueles que estão em uma posição mais privilegiada, e isso segue uma lógica de justiça distributiva, algo que é impensável para um libertário e, por essa razão, optamos por rejeitar essa ideia de justiça.

Essas teorias da justiça, embora tenham como objetivo alcançar a igualdade (o libertarismo, na busca das liberdades iguais, e o utilitarismo, através da maior felicidade para o maior número de pessoas), pensamos que não são as melhores concepções teóricas para justificar uma distribuição adequada dos recursos valiosos na sociedade e, conseqüentemente, uma sociedade mais justa.

Pensamos que o modelo teórico mais adequado para uma distribuição justa dos recursos valiosos na sociedade, e também para justificar o direito fundamental à saúde enquanto um direito subjetivo, é o conjunto de ideias de justiça distributiva, trazido pelo liberalismo de princípios, nas ideias de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen⁶ e pensamos que esse é o melhor modelo a ser seguido por três razões: em primeiro lugar porque prevê uma certa distribuição de bens na sociedade, em segundo lugar, porque considera cada pessoa na distribuição desses bens e, finalmente, às críticas dirigidas à teoria utilitarista.

⁶ Embora haja discussões a respeito da classificação de Amartya Sen, como um liberal de princípios, suas ideias apresentam alguns elementos que permitem que o autor possa ser classificado dessa forma. O objetivo do liberalismo de princípios é garantir a mais ampla liberdade entre as pessoas, assegurando, também, certa distribuição de recursos valiosos que garanta a igualdade. A teoria de Sen busca atingir a igualdade através da capacidade do indivíduo em transformar recursos em liberdades. Essa busca da liberdade, para seguir seus planos de vida através da igualdade de capacidades, pode caracterizar Sen como um liberal de princípios. Rosas (2013) afirma que, para Sen, o mais importante é dar conteúdo às liberdades. Mas tanto os bens sociais primários como os recursos não são facilmente transponíveis em liberdades. Ou seja, pode existir uma igualdade de bens sociais primários ou de recursos materiais sem que exista igual capacidade para colocá-los a serviço das liberdades.

3 RECONHECENDO OS DIREITOS DOS INDIVÍDUOS: A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS

Neste capítulo, pretendemos expor como é possível reconhecer, dentro de uma ordem democrática, um conjunto de direitos dos indivíduos que deve ser efetivado e respeitado, mesmo sendo contrário às posições majoritárias. Para isso, iremos apresentar o modelo de democracia constitucional e qual é a posição ocupada pelos indivíduos nessa forma de democracia.

Julgamos adequado, então, trazer a melhor concepção de justiça para esse modelo de democracia, ou seja, um ideal de justiça que reconheça as pessoas enquanto titulares diretos de um determinado conjunto de direitos individuais, não podendo ser tocados ainda que por decisões tomadas majoritariamente. Para isso, iremos adotar o conjunto de ideias conhecido como liberalismo de princípios, pois, para essa teoria, é necessário que as instituições ajam com respeito aos indivíduos.

Nesse sentido, adotamos como base a concepção de justiça distributiva apresentada pela teoria da justiça como equidade, de John Rawls, na sua obra “Uma teoria da Justiça”, como uma forma de complementar a teoria de Rawls, fazendo as alterações que julgamos necessárias. Logo, traremos as teorias da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, e a teoria da igualdade de capacidades, de Amartya Sen.

3.1 Democracia Constitucional

A democracia constitui um dos pilares sobre o qual a República Federativa do Brasil está assentada, e também serve como fundamento para o Estado brasileiro. O conceito de democracia, no entanto, não é unívoco; é uma ideia que apresenta concepções distintas, sendo a mais comum delas a de que a democracia é o poder nas mãos do povo. Inclusive a Constituição Federal afirma, no seu art. 1º, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Esse conceito, no entanto, não é suficiente para delimitar de forma adequada o que é a democracia em um Estado de Direito, pois existem decisões políticas que, embora tomadas pelo povo ou pelos seus representantes,

indiretamente, somente levam em conta os interesses majoritários, ignorando os interesses de determinado seguimento minoritário.

A Carta Magna também colocou como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, concretizando-a através de um amplo catálogo de direitos fundamentais, bem como a previsão de instrumentos para a sua proteção. E essa atenção aos direitos fundamentais, especialmente aqueles direcionados aos indivíduos, leva a repensar a democracia como fruto de decisões majoritárias, devendo ser estabelecida uma relação entre o conceito de democracia e os direitos fundamentais.

A busca pelo melhor conceito de democracia perpassa, necessariamente, pelo estudo da concepção de justiça que a tangencia, pois o seu campo de estudo diz respeito aos limites e à organização do Estado: o papel do indivíduo dentro da sociedade, a liberdade, a igualdade e as questões de justiça e de direito. Por isso, uma das funções da filosofia política é a realização de um estudo sobre qual é a forma de governo mais justa.

Dworkin (2014a) afirma que existem dois modelos de como o povo pode efetuar o autogoverno: a democracia majoritarista e a democracia coparticipativa, a qual, pensamos, enquadra-se perfeitamente com a democracia constitucional.

A concepção majoritarista sustenta que o povo governa a si mesmo quando o maior número de pessoas é detentor do poder político fundamental, e não um grupo menor. Insiste, portanto, que as estruturas do governo representativo sejam montadas de modo a aumentar a probabilidade de as leis e os programas políticos da comunidade serem aqueles preferidos pelo maior número de cidadãos (DWORKIN, 2014a).

A concepção coparticipativa de democracia é diferente. Segundo ela, o autogoverno não é um governo de uma maioria, que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras. Essa parceria ou coparticipação estará inevitavelmente dividida quanto aos cursos de ação política, uma vez que a unanimidade é rara nas comunidades políticas, sejam do tamanho que forem, mas pode ser uma parceria desde que os parceiros ajam com igual respeito e consideração uns com os outros (DWORKIN, 2014a).

A melhor maneira de escolher entre os dois modelos é através da avaliação da igualdade política que determinado modelo possa proporcionar. E essa igualdade

não depende do poder político que os membros da sociedade possuem, mas sim de sua posição política (DWORKIN, 2014a).

A democracia confirma, do modo mais veemente possível, a igual consideração e respeito que a comunidade, como um todo, enquanto guardiã do poder coercitivo, tem com cada um dos seus membros. A democracia é a única forma de governo que confirma essa igual consideração e respeito em sua constituição mais fundamental (DWORKIN, 2014a).

Para Dworkin (2014a), essa igualdade requer que o poder político seja redistribuído de modo a confirmar essa igual consideração e respeito por todos os membros, ou seja, as decisões tomadas pelo governo devem levar em consideração não somente a vontade majoritária, mas, também, assegurar os direitos das minorias ou até mesmo dos indivíduos.

Para Arakawa (2014), exige-se, em uma concepção constitucional de democracia, que esta atitude, de tratar os indivíduos com dignidade de igual respeito e consideração, fique blindada de decisões majoritárias, buscando a melhor forma de proteger este igual *status* dos indivíduos, mesmo que fundamentado em um processo não majoritário.

Nesse modelo de democracia, a Constituição tem o papel primordial na defesa das minorias, pois, segundo Dworkin (2014b), ela visa proteger os cidadãos (ou grupo de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral.

De modo a defender que estes direitos positivados nas constituições e nas cartas de direitos deveriam se sobrepujar às vontades majoritárias, Dworkin (2014b apud ARAKAWA, 2014) vai caracterizá-los como trunfos que se opõem à vontade majoritária.

Dworkin (2014b) considera que esses interesses contra o Estado são pretensões que, caso aceitas, exigem que a sociedade se conforme com instituições que talvez não se ajustem a ela de maneira confortável. O cerne de uma pretensão de direito, segundo o autor, é que um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral.

A ideia de direitos, enquanto trunfos, pode ser compreendida como proteção de todos os direitos fundamentais de pessoas ou grupos em situação de desvantagem, contra restrições decorrentes da imposição de concepções majoritárias contrárias ao que é essencial para que tenham uma vida digna e

participação política na sociedade.

Na filosofia de Ronald Dworkin, essa igualdade de tratamento é justificada através do princípio igualitário abstrato, que o autor utiliza na sua teoria da igualdade de recursos, e que iremos expor, adequadamente, após apresentar outra teoria que serve como fundamento para a adoção da democracia constitucional na sociedade: a igualdade de bens primários, de John Rawls.

3.2 Igualdade de bens Primários de John Rawls

As ideias de Rawls (2008) podem ser consideradas como filiadas ao liberalismo de princípios ou liberalismo igualitário. Essa proposta rompeu com as antigas formas do pensamento liberal, pois acrescentou o ideal da igualdade ao da liberdade. Para o autor, uma sociedade somente pode ser considerada justa se for uma sociedade igualitária.

Rawls, então, conserva o melhor aspecto do liberalismo, que é a consideração pelos indivíduos e a possibilidade deles fazerem as escolhas, mas acrescenta um ideal igualitário, o qual considera ser necessário a uma adequada concepção de justiça.

Rawls (2008) inicia, então, a sua teoria de justiça, através de uma situação hipotética, que levaria os indivíduos à escolha dos princípios de justiça, denominando essa situação de “posição original”, na qual os homens tomariam as decisões sobre as regras de convivência da sociedade sob um “véu de ignorância”, pois não saberiam quais posições teriam na sociedade, se seriam ricos, pobres, se teriam propensões a doenças etc.. E sob este véu, escolheriam os dois princípios de justiça que ordenariam a sociedade, sobre os quais descreveremos em momento posterior.

De acordo com Vita (1993), a teoria de Rawls é uma teoria contratualista, pois os indivíduos estão em um estágio no qual o poder ainda não foi institucionalizado, e nesse estágio há um consenso dos indivíduos sobre o que seria melhor para a estrutura básica da sociedade. Ela tem, ainda, a motivação dos indivíduos nesse contrato e a característica de ser prudencial.

A única coisa que as partes conhecem é que sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça, isto é, aquelas que fazem os indivíduos desejarem um quinhão maior de bens.

A importância de uma concepção, em que as partes não sabem qual posição ocuparão, é que ninguém tem a possibilidade de formular princípios de modo a favorecer a si próprio ou até mesmo determinados grupos específicos. Se for permitido o conhecimento das partes, o resultado da escolha dos princípios sofrerá contingências arbitrárias.

Rawls (2008) presume que as partes que se encontram na posição original são racionais. Por essa razão, é natural que as partes queiram uma parcela maior de bens primários sociais.

Essa suposição implica em presumir que as pessoas que estão na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seu sistema de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir o maior índice possível de bens primários sociais para que possam seguir com seus planos de vida.

Rawls (2008) afirma que há uma suposição para garantir a obediência estrita. Presume-se que as partes estão capacitadas para ter um senso de justiça, e esse fato é de conhecimento entre elas.

Essa condição significa que as pessoas podem confiar umas nas outras, no sentido de entender e agir de acordo com quaisquer princípios de justiça que poderão ser acordados.

São racionais, prossegue Rawls (2008), porque não fazem acordos que não podem cumprir, ou que só poderão cumprir com grande dificuldade. Esta noção é importante para concebermos o princípio da diferença – sobre o qual falaremos posteriormente –, enquanto um princípio que estabelece como um mínimo de bens primários devem ser garantidos a cada indivíduo, já que nenhum indivíduo racional faria um acordo sabendo que não lhe seria garantido um mínimo para seguir com seus planos de vida.

Rawls (2008 apud VITA, 1993, p. 45) fundamenta sua teoria no que chamou de método de equilíbrio reflexivo, seguindo o procedimento de justificação sugerido por este método. Ele parte de princípios de justiça *prima facie* plausíveis e de um conjunto de “julgamentos morais refletidos”.

A plausibilidade inicial de uma teoria da justiça, nesse caso, depende de os princípios oferecerem uma descrição aceitável de nosso senso de justiça, sendo assim, determinadas práticas não serão toleradas porque nossas convicções morais as rejeitam, como a escravidão.

O ajustamento mútuo de construção teórica e julgamentos morais refletidos,

diz Vita (1993, p. 46), atinge um estado de equilíbrio quando um compromisso coerente é alcançado. Este é o ponto que Rawls denomina como “equilíbrio reflexivo”, e que deve ser entendido como a melhor aproximação possível da verdade na teoria ética.

Dito isto, cumpre dizer, agora, quais são os princípios de justiça que seriam escolhidos pelos indivíduos, representativos nas circunstâncias mencionadas acima.

Rawls (2008, p. 73) estabelece, inicialmente, de forma provisória, os seguintes princípios de justiça sobre os quais se pautariam as partes:

Primeiro: cada pessoa deve ter um Direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de tal modo que tanto a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como b) estejam vinculados a cargos e posições acessíveis a todos.

Essa formulação, posteriormente, receberá uma proposição definitiva, acrescida de duas regras de prioridade:

Primeiro princípio:

Cada pessoa deve ter um Direito ao sistema total mais abrangente de iguais liberdades para todos.

Segundo princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que ao mesmo tempo:

- a) Tragam o maior benefício para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa;
- b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Existem dois casos:

- a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total de liberdade partilhado por todos;
- b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda Regra de Prioridade

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e da maximização da soma de vantagens e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:

- a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;
- b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo (RAWLS, 2008, p. 311).

O primeiro princípio estabelece uma lista de liberdades fundamentais que

devem ser iguais, dentre elas têm importância a liberdade política, a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e pensamento, a liberdade individual, o direito à propriedade e proteção contra a opressão psicológica.

Já o segundo princípio é aplicado à distribuição de renda e riqueza que, embora não precise ser igual, deve, pelo menos, ser vantajosa para todos. Esse princípio é composto por dois outros: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

O que interessa para a discussão proposta neste trabalho, isto é, a aplicação da teoria rawlsiana ao direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, é a primeira parte do segundo princípio de justiça, ou o princípio da diferença, como explicaremos mais adiante.

Ambos princípios de justiça, propostos por Rawls, seguem uma ordenação léxica. O primeiro princípio, que prescreve um esquema de liberdade igual para todos, tem prioridade sobre a primeira parte do segundo princípio, que prescreve uma igualdade equitativa de oportunidades para todos; este último, por sua vez, tem prioridade sobre o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades socioeconômicas só são justificáveis se forem estabelecidas para o máximo benefício possível daqueles que se encontram na extremidade inferior da escala social (VITA, 2007).

Em relação ao segundo princípio, a distribuição de renda, riqueza, cargos de autoridade e responsabilidades fundamentais, levando em consideração a igualdade de oportunidades, deve ser acessível a todos.

Sintetizando os dois princípios, Rawls (2008) afirma que todos os valores sociais devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou todos esses valores traga vantagem para todos. A injustiça, então, seria uma desigualdade que não beneficiaria a todos.

Rawls (2008, p. 75) supõe que a estrutura básica da sociedade passe a distribuir bens primários, que são “coisas que todo indivíduo presumivelmente quer”, bens esses que têm utilidade para que o indivíduo possa seguir seus planos de vida, independente de quais sejam esses planos.

O princípio da diferença traduz uma concepção igualitária na distribuição de recursos primários. Os recursos devem ser distribuídos de forma que, se não houver uma distribuição que melhore a situação de todas as pessoas, será preferível uma distribuição igualitária, pois, embora a situação de uma pessoa melhore, não há

algum ganho se a situação de outras pessoas também não melhorar (RAWLS, 2008).

Segundo o princípio da diferença, uma desigualdade só é justificável se a diferença de expectativas for vantajosa para o indivíduo representativo que estiver em pior situação. A desigualdade de expectativas só é permitida se a redução das expectativas dos indivíduos melhor favorecidos também deixassem os indivíduos menos favorecidos em melhor situação.

Para Rawls, portanto, deve haver uma distribuição de recursos de modo que ninguém pode ficar com a totalidade das riquezas que produz, pois uma parte deve ser revertida em favor da sociedade.

Este princípio proposto por ele comporta dois tipos de interpretação: a primeira refere-se à garantia de um mínimo a cada indivíduo, e a segunda refere-se ao princípio da diferença, traduzida tão somente como uma redistribuição de bens primários aos menos favorecidos, para fins de compensação.

Brito Filho (2015) entende que o princípio da diferença pode ser traduzido como a “desigualdade controlada”. Segundo o autor, ela teria como teto o que cada indivíduo licitamente amealhar, menos o que é destinado, especialmente pela tributação, à redistribuição; como piso os Direitos Humanos; e no plano interno dos Estados, os direitos fundamentais, que podem ser representados como os bens primários.

Essa distribuição dos bens primários sociais, isto é, aqueles bens valiosos que não pertencem ao indivíduo e que podem ser distribuídos, é feita por quem tem a competência para arrecadar os recursos dos setores mais favorecidos ou mais produtivos, através das instituições, ou seja, a distribuição dos bens primários sociais caberá ao Estado. No caso da saúde, essa distribuição será feita por todos os entes federativos, de forma solidária, conforme mandamento constitucional.

Segundo Brito Filho (2015), os limites da concessão desses bens primários estão relacionados ao que for necessário para que cada indivíduo fique em condições de iniciar a prática das ações necessárias ao seu plano de vida, e isso, então, mais do que sustentar uma concepção de Direitos Humanos, sustenta sua plena realização, considerando as particularidades de cada pessoa.

Esta interpretação fica ainda mais clara quando pensamos que se o acordo feito na posição original é feito por indivíduos racionais, mutuamente desinteressados e que querem garantir o máximo de recursos para seguir com seus

planos de vida na sociedade, pensamos que ninguém nessas condições aceitaria um acordo no qual não lhe seria garantido um mínimo.

Vita (2007) afirma que o preenchimento das necessidades básicas dos indivíduos é um pressuposto para a existência da prioridade léxica do primeiro princípio, pois essa somente pode existir estando satisfeitas as necessidades básicas das pessoas, em que as “necessidades básicas” são interesses vitais tanto quanto a garantia da integridade física, nutrição adequada, atendimento médico e educação.

Vita (1993, p. 48) afirma que:

O princípio da diferença traduz uma concepção de igualdade de recursos ou de ‘bens primários’ – tais como direitos e liberdades básicos, renda, riqueza, e posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas – e não uma concepção de igualdade de resultados ou de bem-estar.

Vita (1993) diz que a justificação do princípio da diferença se apoia na ideia de que, em uma sociedade democrática, desigualdades imerecidas devem ser compensadas, e o estabelecimento de instituições justas é condição básica para que o indivíduo exerça sua liberdade, no sentido liberal do termo, isto é, escolher e realizar seus planos de vida.

A prioridade do primeiro princípio só seria reconhecida pelos cidadãos em uma sociedade bem ordenada, isto é, em uma sociedade cujas instituições fundamentais satisfazem não somente as necessidades básicas dos indivíduos, mas as “necessidades dos cidadãos”. Estas se definem em relação a um objetivo muito mais ambicioso do que meramente garantir um mínimo social (VITA, 2007).

É preferível um arranjo institucional que garanta um quinhão maior em termos absolutos, ainda que não igual, de bens primários para todos, a outro no qual uma igualdade de resultados é assegurada à custa de reduzir as expectativas de todos. É essa consideração que permite passar da defesa de uma igualdade estrita na distribuição de bens para o princípio da diferença.

O princípio da diferença, de acordo com Barcellos (2010), diz respeito à distribuição dos bens na sociedade, e é composto por três elementos. O primeiro afirma que a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem-estar dos menos favorecidos. O segundo exige que as posições e funções na sociedade, cuja ocupação por uns e não por outros gera a desigualdade, têm de

estar abertas a todos indistintamente. O terceiro, e para que o segundo faça sentido, afirma que todos os indivíduos devem se encontrar em uma posição inicial equitativa de oportunidades.

A posição equitativa de oportunidades, segundo Barcellos (2010), é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto, não apenas do princípio da diferença, mas, também, do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.

Na visão de Vita (2007), uma consideração igual pelo bem-estar de todos requer mais do que garantir que o padrão de vida de ninguém cairá abaixo do mínimo. As desigualdades acima do mínimo ainda seriam demasiado significativas para serem ignoradas por uma concepção de justiça, que pretende fornecer os termos de um acordo unânime.

Segundo Rawls (2008 apud VITA, 2007), o referencial para avaliar os sacrifícios que a implementação de uma estrutura institucional justa impõe a cada um é a distribuição igual de todos os bens primários. Qualquer afastamento em relação a essa distribuição poderá ser justificado àqueles que ficarão com o quinhão menor de bens primários na nova situação.

Como dito, o primeiro princípio é lexicalmente anterior ao segundo, a liberdade possui prioridade sobre a igualdade.

Rawls (2008) diz que o princípio da diferença serviria para estabelecer fundamentos objetivos para comparações interpessoais, de duas maneiras. Em primeiro lugar, a partir da identificação do indivíduo representativo menos favorecido, há a necessidade de juízos ordinais de bem-estar e, com isso, saberemos a partir de qual posição se deve julgar o sistema social; em segundo lugar, o princípio da diferença introduz uma simplificação na base das comparações interpessoais, e essas comparações se realizam em relação às expectativas de bens primários sociais.

Rawls define essas expectativas como o índice de bens que um indivíduo representativo pode almejar. As expectativas de um serão maiores do que as de outro se esse índice para alguém, em sua posição, for maior. Com isso, ele traz, então, algumas dificuldades desta concepção.

Um problema evidente é a elaboração de um índice de bens primários sociais. Supondo-se que os dois princípios sejam ordenados em série, esse

problema simplifica bastante.

As liberdades fundamentais são sempre iguais, existindo igualdade equitativa de oportunidades, logo, não é necessário contrabalançar essas liberdades com outros valores.

Os bens primários sociais que variam em distribuição são os direitos e as prerrogativas de autoridade, bem como a renda e a riqueza. Os bens primários, dos quais desfrutam outros indivíduos representativos, são ajustados para elevar esse índice.

A repartição dos bens primários segue o princípio de que alguns podem ter mais se forem bens adquiridos, melhorando a situação dos que têm menos. Para a teoria de Rawls (2008), portanto, uma noção de justiça distributiva deve partir da distribuição de bens primários.

Nesse ponto, podemos ver a distância que afasta a teoria da justiça de Rawls dos libertários, uma vez que ele assume um compromisso com a igualdade e sua teoria prevê uma intervenção estatal em busca de uma sociedade mais justa e igualitária; já para os libertários, a presença do Estado deve ser mínima, e a distribuição dos bens valiosos na sociedade deve ser feita pelo mercado.

Finalmente, quanto às posições sociais relevantes, Rawls (2008) diz que elas especificam o ponto de vista geral sobre a aplicação dos dois princípios para a estrutura básica. Desse modo, levam em conta os interesses de todos, pois todos são cidadãos iguais e têm seu lugar na distribuição de renda e riqueza ou no âmbito das características naturais fixas em que se baseiam as distinções.

Rawls inseriu em sua teoria uma preocupação tanto com a liberdade quanto com a igualdade, no entanto, para o autor, a liberdade deve ter prioridade sobre a igualdade, colocando-a em um patamar superior, tornando a sua teoria um alvo de críticas por não ser suficientemente igualitária. Brito Filho (2014) diz que a teoria de Rawls já foi superada, ou pelo menos alterada, em relação ao aspecto da distribuição dos bens, por outros autores que também podem ser considerados como liberais igualitários.

É por essa razão que iremos utilizar, como complementos à teoria de Rawls, propostas teóricas que elevam o patamar da igualdade, deixando-a equiparada à liberdade, além de conceber a igualdade em um plano individual⁷, essas propostas

⁷ A teoria de John Rawls, por escolher como parâmetro os indivíduos representativos, se adequa melhor à noção de grupos. Dworkin (2005) afirma que o princípio da diferença não está aprimorado

são a teoria da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, e a igualdade de capacidades, de Amartya Sen.

3.3 Igualdade de Recursos de Ronald Dworkin

A teoria de John Rawls, embora tenha compromisso com a igualdade, ainda pode ser alvo de diversas críticas por não ser suficientemente igualitária. A teoria da igualdade de recursos, de Dworkin, está expressa na sua obra “A virtude soberana: teoria e prática da igualdade”, que trata de duas categorias diferentes de igualdade que pretende abordar: igualdade de bem-estar e igualdade de recursos. A primeira afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas, até que nenhuma transferência adicional pode deixá-las mais iguais em bem-estar. Já a segunda afirma que trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais igual suas parcelas do total de recursos.

O autor reúne as diversas concepções de bem-estar, com as “teorias objetivas” de bem-estar, as “teorias do êxito” e “igualdade de satisfação” para, ao final, rejeitá-las e afirmar que a igualdade de recursos é a mais adequada para um ideal político que busque a construção de uma sociedade mais igualitária e justa. Tal afirmativa deixa clara a ideia de que a igualdade liberal deve igualar as pessoas, porém, não obrigando o Estado a arcar com os “gostos caros”, como afirma Gargarella (2008).

Para explicar sua teoria da igualdade de recursos, Dworkin (2011) demonstra uma situação hipotética na qual um grupo de náufragos, estando em uma ilha deserta, precisa distribuir igualmente, entre todos, os recursos ali existentes, sem que nenhum deles tenha direito prévio a qualquer desses bens.

Essa divisão é feita através de um leilão, no qual o leiloeiro estipula um preço para cada lote, adaptando-o a qualquer mercado, e os náufragos arrematam os bens que acreditam ser mais convenientes. A divisão é feita até que nenhum dos náufragos deseje o lote que coube a outro, caso contrário, teria adquirido o lote para si. É o que Dworkin (2011, p. 86) chama de teste de cobiça. E prossegue, então,

em diversos aspectos, sendo um deles o grau de arbitrariedade concedido na escolha de qualquer descrição do grupo em pior situação, que é, de qualquer forma, um grupo cujas fortunas só podem ser registradas por alguma média de um indivíduo representativo daquele grupo.

afirmando que “na igualdade de recursos as pessoas procuram, munidas de um conjunto de informações, sobre os custos de suas escolhas impõem a outras pessoas e ao estoque total de recursos que podem ser utilizados por elas”.

Após expor as linhas gerais sobre o leilão hipotético, o autor passa a descrever porque esse dispositivo teórico pode ser útil na elaboração de uma teoria mais geral sobre o ideal de igualdade. E aponta três razões pelas quais esse dispositivo do leilão hipotético poderá ser adotado.

Primeiro, é um teste importante da coerência e da integridade da ideia de igualdade de recursos. O ideal da igualdade de recursos abrange uma série de distribuições. Isso demonstraria que ele é incoerente ou praticamente impotente. Dessa forma, o leilão serviria como teste de robustez dos argumentos.

A segunda razão apontada por Dworkin (2011) é que uma descrição completamente desenvolvida de um leilão igualitário seria suficiente para proporcionar um padrão para julgar instituições e distribuições no mundo real. O mecanismo do leilão poderia proporcionar um padrão para julgar até que ponto uma distribuição real aproxima-se da igualdade de recursos em um dado momento.

E, finalmente, o mecanismo de leilão hipotético pode ser útil no projeto das instituições políticas reais, quando certas circunstâncias se satisfazem, aproximadamente, às condições de um leilão igualitário (DWORKIN, 2011).

Nesse leilão, são leiloados os recursos que Dworkin denomina de recursos impessoais, que são aqueles não pertencentes ao conjunto de habilidades do indivíduo, e que podem ser distribuídos na sociedade, como dinheiro, ferramentas etc..

Brito Filho (2014) afirma que, além dessa divisão em recursos pessoais e impessoais, a divisão deve ser limitada aos recursos impessoais fundamentais. Dessa forma, a teoria tem mais possibilidade de ser aplicada dentro de um modelo capitalista, preservando o maior mérito dos liberais: a liberdade de fazer escolhas.

Após o leilão, o teste de cobiça irá falhar, pois podem advir situações não previstas pelos imigrantes e que poderiam deixá-los mais pobres. Alguns podem ser mais talentosos que outros na produção de bens valiosos, outros permanecerão saudáveis enquanto outros adoecerão etc..

Dworkin (2011) diferencia dois tipos de sorte que podem impactar os recursos dos indivíduos: a sorte bruta (*brute luck*), que ocorre independente da vontade dos indivíduos, e a sorte por opção (*option luck*), que diz respeito a

resultados de escolhas individuais.

Para compensar as desvantagens oriundas desses fatores, ele propõe a criação de um mercado hipotético de seguros compulsórios ou facultativos que os imigrantes instalam a preço fixo, conforme as especulações sobre o que cada imigrante compraria como seguro.

O mercado de seguros pode servir como fundamento para justificar uma compensação para pessoas com deficiência ou uma enfermidade grave, pois, segundo Dworkin (2011, p. 101),

Quem nasce com uma deficiência grave encara a vida com menos recursos, nesse aspecto, do que os outros, conforme admitimos. Essa circunstância justifica a compensação, em um esquema dedicado à igualdade de recursos, e embora o mercado hipotético de seguros não restabeleça o equilíbrio – nada pode fazê-lo – procura remediar o aspecto da injustiça resultante.

Para Gargarella (2008), esse esquema de leilão hipotético, seguido de um mercado de seguros, traduz as características que devem distinguir uma concepção igualitária plausível: as pessoas devem ter a possibilidade de iniciar suas vidas com iguais recursos materiais, e devem ter igual possibilidade para se garantirem contra eventuais desvantagens.

Como o modelo de leilão e seguro pode ser traduzido em termos factíveis? Dworkin (2011) diz que é plausível elaborar um esquema de redistribuição periódica dos recursos que neutralize os efeitos dos talentos diferentes, isto é, elaborar um prêmio para o seguro hipotético.

O prêmio desse seguro seria

Um imposto de renda graduado que financie a transferência de pagamentos no montante da diferença entre o nível médio de cobertura e o fator do co-seguro, e o que o requerente pode discutir de maneira plausível, é a mais alta renda que ele possa de fato exigir (DWORKIN, 2011, p. 132).

Em suma, o que Dworkin propõe é um esquema tributário redistributivo, que recolhe prêmios dos mais favorecidos e os utiliza para financiar a cobertura dos custos sociais demandados por todos, especialmente dos mais desfavorecidos.

Para Kymlicka (2006), o sistema tributário pode se aproximar dos resultados do esquema de seguro por duas razões. Primeiro, porque não há nenhuma maneira de medir quais são as vantagens e desvantagens relativas de cada pessoa. Uma

razão é que as pessoas escolhem desenvolver, na sua vida, os seus talentos. Em segundo lugar, é impossível saber, antes do leilão, o que pode ser considerado como vantagem natural, pois isso depende do tipo de habilidade que as pessoas valorizam.

Uma política igualitária requer que sejam criados mecanismos para minimizar as diferenças entre as pessoas, a fim de que todos possam levar uma vida melhor. E, dessa forma, dar meios para que cada um persiga o plano de vida que achar melhor.

Há ainda outros aspectos consideráveis à adaptação da teoria de Dworkin ao modelo brasileiro, vez que essa teoria foi concebida no contexto da sociedade estadunidense e, portanto, totalmente diferente do contexto brasileiro.

A teoria de Dworkin, primeiramente, deve ser vista somente como uma forma de alterar ou complementar a proposta de Rawls, pois, como já dito, os indivíduos representativos podem ser compreendidos como segmentos da sociedade, enquanto o leilão hipotético está mais direcionado aos indivíduos, pois os recursos que as pessoas têm à sua disposição servem para a realização dos seus projetos de vida.

Homci (2011) diz que, em um país marcado por fortes desigualdades, é necessária uma presença mais forte do Estado, para garantir padrões mínimos de igualdade, e essa atuação pode ser encontrada na teoria da igualdade de recursos, implicitamente. Porém, diz o autor, é preciso ir além. É necessário que haja um processo educacional que enfoque os valores concretos de qualquer teoria de igualdade liberal na sociedade brasileira, para que as pessoas possam agir com o mínimo de discernimento dentro da sua esfera pessoal, buscando a realização pessoal através da realização comunitária, em algumas circunstâncias.

Abaixo, outro ajuste apontado por Homci (2011, p. 35):

É o de que a redistribuição dos recursos (no modelo do leilão hipotético) deverá ser mais frequente do que em sociedades que adotem uma política liberal mais clara, pois outros fatores de influência do poder estão atuando diuturnamente para remover o caráter igualitário dos recursos. Nesse ponto, caberá ao Estado — como Dworkin deixa antever — o papel de garantir a revisão constante da divisão de recursos, de modo que cada pessoa consiga o suficiente para encarar os desafios que lhe são postos rotineiramente (e que não são poucos).

A outra ressalva que deve ser feita é que, em termos de saúde, somente poderemos adotar a proposta de Dworkin na parte teórica da sua obra “A virtude

soberana”.

Dworkin divide a obra em duas partes, a primeira é a parte teórica, na qual o autor expõe os principais aspectos de sua proposta, apresentando os dispositivos hipotéticos do leilão e do mercado de seguros para explicar os alicerces da teoria da igualdade de recursos.

A segunda é a parte prática, na qual Dworkin demonstra de que forma sua teoria pode ser aplicada em termos factíveis, abordando diversos temas, dentre eles a assistência médica. O problema, pensamos, é que nesse aspecto a proposta de Dworkin apresenta diversas limitações ao que o Estado estará obrigado a fornecer aos indivíduos.

Ilustrando o funcionamento do mercado de seguros, especificamente no caso da saúde, Dworkin (2011) questiona quanto determinada sociedade deverá gastar com a saúde, e para responder a esse questionamento, o autor enumera dois princípios: o princípio do seguro prudente e o princípio do resgate.

O princípio do resgate diz que devemos gastar tudo que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora na saúde ou na expectativa de vida. Esse princípio diz que a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver qualquer possibilidade de salvar uma vida, por mais remota que seja.

Esse princípio de, acordo com Dworkin (2005, p. 434),

Possui duas partes vinculadas. A primeira afirma que a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto deve ser sacrificado em favor desses dois bens. A segunda afirma com veemência que se deve distribuir assistência médica com equidade que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não deve se negar a ninguém a assistência médica de que precisa só por ser pobre demais para custeá-la.

Dworkin (2011) rejeita tal princípio por acreditar que uma sociedade sadia jamais tentaria gastar tudo que pudesse até que não fosse mais possível custear qualquer melhora na saúde ou na expectativa de vida, afirma, ainda, que a resposta desse princípio, à indagação do quanto a sociedade deve gastar com assistência médica, deve ser descartada por ser inaceitável.

O autor adota, com isso, o princípio do seguro prudente como o mais adequado. Segundo este princípio, é necessária a divisão dos recursos entre a saúde e as demais necessidades sociais, bem como entre os demais pacientes que necessitassem de tratamento médico.

Para explicar tal princípio, propõe uma situação hipotética na qual ocorreriam três situações: a distribuição de riquezas e rendas seria tão justa quanto fosse possível ser; todos os dados sobre valor, preços e efeitos colaterais de determinados tratamentos médicos seriam de conhecimento do público em geral, tal como são dos mais especializados médicos; por fim, ninguém teria acesso às informações sobre as probabilidades de determinada pessoa contrair doenças ou sofrer qualquer tipo de acidente.

Dworkin (2011) diz que as decisões relativas ao sistema de saúde dessa comunidade hipotética são tomadas em um mercado livre, tal qual o mercado de conchas e o seguro hipotético proposto na parte teórica. O governo não oferece assistência médica a ninguém, não há necessidade de subsidiar a assistência médica, pois as pessoas têm recursos para financiar a assistência que julgarem apropriada.

A partir disso, é possível fazer duas afirmações sobre a justiça: o que essa comunidade gasta realmente com assistência médica em conjunto é a quantia moralmente apropriada, não podendo ser criticada por gastar demais ou pouco. A segunda conclusão é que, seja qual for a distribuição de assistência médica nessa sociedade, ela é uma distribuição justa, pois a justiça não exigiria o fornecimento de tratamentos médicos a quem não comprou.

No entanto, a posição de Dworkin a respeito dos gastos com saúde e da adoção do modelo de seguro prudente pela sociedade leva à limitação da prestação de assistência de saúde às pessoas.

Por essa razão, acreditamos que o correto é enxergar a teoria de Dworkin como uma forma de complementar a ideia de justiça distributiva de Rawls, servindo somente para justificar a adoção de mecanismos de redistribuição de um recurso valioso na sociedade, no caso a saúde, àqueles que estão em uma situação menos favorecida, sendo essa distribuição efetuada através da tributação e de um sistema de saúde universal.

Feitas as devidas adaptações, pensamos que esse modelo pode ser adequado ao sistema de seguridade social do Estado brasileiro, pois esse é financiado pela sociedade inteira e possuidor de seletividade e distributividade nas suas prestações e serviços, tendo a saúde, que é um dos seus ramos, a

característica da universalidade⁸.

Jacobs (2004) afirma que uma política de acesso à saúde universal configura-se como uma política de transferência redistributiva, porém, é uma transferência que envolve uso de transferências em espécie (*in kind transfers*), tal como a educação e a moradia⁹.

A teoria da igualdade de recursos, quando lida conjuntamente com a teoria de Rawls, apresenta uma proposta de distribuição de recursos satisfatória, mas ainda resta saber de que forma é possível alcançar a igualdade de pessoas com diferentes desvantagens, através do uso que essas pessoas farão dos recursos, e a resposta para essa questão pode ser encontrada na teoria da igualdade de capacidades, de Amartya Sen.

3.4 A Igualdade de Capacidades de Amartya Sen

O economista indiano Amartya Sen possui outra proposta para a construção de uma teoria igualitária. Para Amartya Sen (2008), a distribuição de bens na sociedade deve estar pautada na igualdade de capacidades das pessoas.

Sen (2008) inicia sua obra indagando “igualdade de quê?”, e afirmando, posteriormente, que as diferentes escolas do pensamento possuem características igualitárias em um determinado espaço, diferindo em outros. O autor traz como

⁸ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(*omissis*)

⁹ O autor, entretanto, acredita que, por essa razão, a teoria de Dworkin não estaria apta à fundamentar uma política de acesso universal à saúde, pois afirma que a teoria da igualdade de recursos de Dworkin, por ser sensível à ambição, é incompatível com o uso de transferências em espécie (*in-kind transfers*), mas compatível com uso de transferências em dinheiro (*in-cash transfers*). Discordamos da posição firmada pelo autor, pois pensamos que os recursos a que Dworkin se refere são todos e quaisquer bens valiosos na sociedade.

exemplo os libertários, que buscam a igualdade de liberdade entre as pessoas, e o utilitarismo, o qual assume a forma do tratamento igual dos seres humanos no espaço de ganho e perdas de utilidade. Para o autor, portanto, ser igualitário não é uma característica homogênea.

Qual seria então o espaço para buscar a igualdade? Para Sen (2008), a discussão a respeito dos termos em que devemos buscar a igualdade (igualdade de quê?) é a diversidade humana. Os seres humanos, diz o autor, diferem em muitos aspectos, além das diferenças nos ambientes natural e social e nas características externas, também diferem nas características pessoais, como idade, sexo e aptidões; a desigualdade, em uma dessas variáveis, pode levar a desigualdade em outra.

As vantagens e desvantagens relativas que as pessoas possuem, comparadas umas às outras, podem ser julgadas em variáveis diferentes. A pluralidade de variáveis, que pode ser focalizada para avaliar a desigualdade interpessoal, resulta no enfrentamento da decisão em respeito à perspectiva que deve ser adotada. A escolha do “espaço de avaliação” é crucial para analisar a desigualdade (SEN, 2008).

O espaço escolhido para avaliar as desigualdades é a “capacidade para realizar funcionamentos”. Para Sen (2008), uma proposta igualitária adequada não deveria se concentrar unicamente na igualdade de recursos, como sugere Dworkin, mas sim na capacidade das pessoas converterem esses bens em liberdades.

Igualar a propriedade de recursos não necessariamente iguala a liberdade substantiva usufruída por pessoas diferentes, pois pode haver variações significativas na conversão de recursos em bens primários e liberdade. Esses problemas de conversão podem envolver questões complexas. Para exemplificar, o autor utiliza o sexo, a gravidez, a deficiência etc..

Com isso, Sen (2008) afirma que as desigualdades, em diferentes espaços, podem ser bastante diferentes, dependendo das variações interpessoais nas relações entre as diversas variáveis.

Interessante destacar que, segundo o autor, ao lado das variações interpessoais há também variações entre os diversos grupos sociais.

Na teoria de Sen (2008, p. 59), a base para a construção de uma teoria igualitária é a capacidade, pois, segundo ele, ela é “principalmente um reflexo da liberdade para realizar funcionamentos”.

Os funcionamentos são constitutivos do “estado” de uma pessoa, e uma avaliação do bem-estar tem de assumir a forma de uma apreciação desses elementos constituintes. Dessa forma, a capacidade representa a liberdade que um indivíduo tem para realizar o bem-estar.

Os desempenhos possíveis, pensados por Sen, são os mais variados, e vão desde os mais simples, como estar bem nutrido, a outros mais complexos, como a conquista do autorespeito, ou de um alto nível de integração na sociedade até “desempenhos” muito básicos, como manter um estado de saúde adequado.

Portanto, para Sen (2008, p. 80), “a capacidade é um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro”.

Importante trazer aqui a críticas feitas por Gargarella (2008) à teoria de Sen. Para o autor, a teoria de Sen está pouco desenvolvida, devido a ambiguidades em relação às ideias de capacidades e funcionamentos. Em relação à ideia de capacidades, não é possível saber se é o que as pessoas “extraem” dos bens, ou se é aquilo que “recebem” deles. Quanto aos funcionamentos, não há como ter certeza se são as atividades que as pessoas realizam ou certos estados que a pessoa deve estar.

Outra crítica é feita por Brito Filho (2014), ao afirmar que a proposta de Sen, embora possa servir como um ideal político, não tem aplicabilidade em termos práticos, pois não há como levar em consideração a diversidade de todos os indivíduos na hora de distribuir recursos. Agir assim, segundo o autor, geraria políticas de tal subjetividade, e reconheceria que a proposta de Sen nada mais é do que uma das formas de conceber a igualdade de bem-estar, e que tal teoria, se fosse aplicada, só geraria mais desigualdade e exclusão.

E por essa razão, Brito Filho (2014) afirma que a teoria de Sen deve ser vista como uma complementação à teoria de Dworkin, por possibilitar a inclusão de um elemento resultante em uma distribuição de recursos mais igualitária: o reconhecimento de que determinadas pessoas, pela situação peculiar, ou pelo pertencimento a grupos vulneráveis, precisam de condições adicionais, para, com o mesmo pacote de recursos, realizar as ações necessárias para alcançar a sua concepção de bem.

Concordamos com as críticas feitas, e entendemos que a teoria proposta por Amartya Sen, além de não ser factível, deve ser vista tão somente como um

complemento às teorias de Rawls e Dworkin. Inclusive não pode ser dissociada da teoria de Dworkin, pois ela é desenvolvida a partir da ideia dos recursos, porém, serve para aprimorar a ideia da distribuição de recursos, ao considerar que um determinado pacote de recursos pode ser utilizado de formas diferentes pelas pessoas e, dessa forma, o governo pode inserir a variável da capacidade nas políticas públicas de saúde. Apesar de não ser possível a individualização de todas as demandas possíveis, ao menos com essa variável incluída, o Estado já estaria mais sensível à possibilidade de surgirem essas demandas. A adoção da igualdade de capacidades, de Amartya Sen, também é útil para a compreensão do direito à saúde enquanto um direito que tem o indivíduo como titular.

A desigualdade é algo que jamais será eliminado, no entanto, é possível que utilizemos mecanismos aptos a reduzi-la, e isso pode ser feito garantindo um mínimo para as pessoas, sendo a distribuição posteriormente aperfeiçoada para garantir níveis de vida mais satisfatórios.

Após expor as teorias que servem de base para essa redistribuição, pensamos que é possível afirmar que o indivíduo pode ser titular direto do direito fundamental à saúde, de forma que já podemos expor alguns elementos e características desse direito, fazendo a sua conexão com o mínimo existencial e a dignidade humana.

3.5 O Liberalismo de Princípios como a melhor ideia de justiça para o modelo de Democracia Constitucional

Após esta breve apresentação das ideias do liberalismo de princípios, presentes nas propostas de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen, explicaremos porque acreditamos que essa é a ideia de justiça que mais se adequa à democracia constitucional.

A teoria da justiça como equidade, elaborada por Rawls, propõe uma nova política igualitária, a maneira de uma sociedade justa e bem ordenada alcançar o ideal da igualdade, mas não vendo apenas o coletivo, e sim as pessoas individualmente consideradas. A partir desse momento, a ideia de justiça passa a englobar todas as liberdades básicas, tendo como pressuposto, também, as condições materiais para que essas liberdades possam ser usufruídas.

A inclusão da igualdade foi o maior avanço trazido pelo liberalismo de

princípios, a partir desse momento, falar em liberalismo deixou de ser sinônimo de uma preocupação única e irrestrita com a liberdade das pessoas, ou de liberdades iguais. Agora, a preocupação com a verdadeira igualdade estava incluída.

Essa noção do indivíduo como titular de um mínimo de direitos essenciais e inerentes à sua condição humana, e que não se confundem com aqueles direitos da sociedade, é um dos aspectos da teoria rawlsiana que justifica estarmos utilizando-a como base para o direito subjetivo à saúde.

Como já expusemos em capítulo anterior, a justiça como equidade é proposta por John Rawls enquanto uma alternativa ao utilitarismo, pois ela legitima sacrifícios individuais em nome de um bem maior da coletividade. A justiça por equidade, por outro lado, propõe um esquema de redistribuição, assegurando que cada pessoa terá um quinhão do que for revertido para a sociedade, pelos mais favorecidos. A esse esquema de redistribuição, Rawls chamou de princípio da diferença. Por essas razões, então, entendemos que a ideia de justiça rawlsiana é adequada para o modelo de democracia constitucional.

Toda teoria é elaborada sob um determinado contexto, ou seja, é concebida dentro de uma dada realidade que, no caso de Rawls, é a sociedade estadunidense, por isso, é necessário, então, ver de que forma essa teoria se adequa à democracia do Estado brasileiro, que é marcado por profundas desigualdades.

Transpondo a teoria da justiça como equidade para o ordenamento jurídico brasileiro, entenderemos que os bens primários, que são aqueles bens que devem ser garantidos a todos os indivíduos mediante redistribuição pelo Estado, podem ser entendidos como os direitos fundamentais, sejam os individuais ou sociais.

A teoria de Rawls, no entanto, apresenta algumas questões problemáticas, especialmente se pensarmos em aplicá-la no contexto brasileiro. A primeira questão, já afirmadas anteriormente, diz respeito à prioridade da liberdade sobre a igualdade. Para o autor, a igualdade só pode ser buscada após satisfeitas as liberdades básicas, devendo sempre a liberdade prevalecer frente à igualdade.

Outro problema presente na teoria rawlsiana é que ela é insensível aos dons e às ambições das pessoas, ignorando as desigualdades que podem surgir desses dois fatores. Por essa razão, optamos por incluir, como fundamento teórico deste trabalho, as teorias da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin e da igualdade de capacidades, de Amartya Sen.

Além da igualdade de recursos, as ideias presentes na filosofia política de

Dworkin também servem para mostrar uma concepção de democracia em que as decisões nem sempre estão concentradas na vontade da maioria, e sim com igual respeito e consideração em relação às minorias. Essa é a concepção que Dworkin chama de concepção constitucional ou coparticipativa de democracia.

Essa ideia de democracia é a que melhor garante o igual respeito e consideração pelas pessoas, em oposição à concepção majoritária de democracia, em que vale aquilo que foi decidido pela maioria da comunidade. Nesse modelo de democracia, a igualdade e a liberdade de todos os indivíduos é um requisito para seu funcionamento. Sendo assim, todos possuem um conjunto mínimo de direitos que são utilizados como trunfos frente a decisões majoritárias.

Para Dworkin, então, um dos pressupostos da existência da democracia é garantir que todas as pessoas possam ter espaço nas decisões políticas, e não somente para cancelar a vontade majoritária.

Além dessa concepção de democracia, Dworkin também apresenta a teoria da igualdade de recursos que, conjugada à teoria de Rawls, pode ser considerada uma importante contribuição para o direito fundamental à saúde e até mesmo para a igualdade material, que é um princípio basilar do constitucionalismo brasileiro.

Como já exposto em item anterior, na teoria de Dworkin é garantido um mínimo de recursos para todas as pessoas através do mecanismo do leilão, o que gera uma situação inicial de igualdade, podendo ocorrer, após essa distribuição inicial de recursos, algumas desigualdades, mediante escolhas das pessoas, por circunstâncias aleatórias que estão fora de seu controle ou mesmo por circunstâncias pessoais, como a existência de alguma desvantagem ou deficiência. Para atenuar essas desigualdades, Dworkin propõe um esquema de seguros compulsórios e facultativos que as pessoas iriam contratar para protegê-las de determinados infortúnios.

Em termos práticos, esses seguros podem ser vistos como o sistema de tributação e o sistema de seguridade social brasileiro, que engloba três ramos: saúde, previdência e assistência social, sendo objeto de nossa análise somente o primeiro.

Assim, a proposta de Dworkin atende melhor as necessidades dos indivíduos, pois é uma teoria mais sensível às vantagens e desvantagens que eles têm, e é por isso que decidimos utilizá-la, tanto pelo aprimoramento daquilo que Rawls propõe, quanto pela aproximação com a seguridade social brasileira.

Em suma, é preciso a consolidação do papel do Estado enquanto um ente que garanta as liberdades das pessoas por meio da igualdade. Na atual concepção de direitos fundamentais, os valores de igualdade e liberdade são valores conjugados e requerem a satisfação conjunta, sendo levados para a prática de forma integrada, e é justamente isso que podemos empreender a partir da teoria de Dworkin. Diferente de Rawls, que coloca a igualdade subordinada à liberdade, Dworkin coloca ambos os valores no mesmo patamar, o que pensamos ser o mais adequado em uma democracia constitucional e no constitucionalismo brasileiro, em que há uma grande preocupação com a igualdade e os direitos fundamentais sociais.

A terceira teoria que utilizamos, e que também entende que existe uma relação entre liberdade e igualdade, é a teoria da igualdade de capacidades, de Amartya Sen. Para Sen, a liberdade real que um indivíduo possui é aquela que ele tem para realizar funcionamentos; são aquelas atividades que determinada pessoa faz para produzir seu próprio bem-estar.

Para Sen, o mesmo pacote de recursos é utilizado de maneiras diferentes pelas pessoas. Indivíduos com algumas desvantagens não irão utilizar os mesmos recursos que aquele indivíduo que não possui alguma desvantagem. A base informacional da ideia de justiça, de Amartya Sen, é a capacidade, e não os recursos, como na teoria de Dworkin ou os bens primários, como na de Rawls.

A teoria de Amartya Sen, então, é sensível aos talentos e às capacidades, considerando que esses fatores podem ocasionar graves desigualdades. A distribuição de recursos através dessa métrica considera que a compensação na quantidade de recursos, devido a desigualdade existente entre as circunstâncias pessoais dos indivíduos, deve ocorrer no momento inicial da distribuição desses recursos.

Essa ideia de justiça, no entanto, afirmada no item anterior, encontra problemas para ser posta em prática, pois nenhum governo tem condições de criar políticas públicas de saúde com essa carga de subjetividade. Porém, a teoria de Amartya Sen pode ser utilizada como uma forma de complementar as teorias de Rawls e Dworkin.

A proposta deste capítulo foi expor as perspectivas teóricas sobre a igualdade e a consideração pelos indivíduos, em relação à distribuição dos bens valiosos na sociedade, que sustentam melhor a ideia do indivíduo enquanto titular de

direitos.

Esses aspectos justificam, então, a nossa escolha pelo liberalismo de princípios como a ideia de justiça que melhor se adequa ao modelo de democracia constitucional e, também, enquanto principal fundamento teórico para a concepção do direito fundamental à saúde enquanto um direito subjetivo. Descreveremos, agora, de que forma as premissas adotadas aqui podem ser aplicadas aos direitos fundamentais sociais na constituição.

4 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Neste capítulo pretendemos abordar ideias mais gerais sobre os direitos sociais, expondo, inicialmente, o conceito de direitos fundamentais sociais, e a forma na qual estão inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, através do rol previsto na Constituição Federal.

Pensamos que esse rol de direitos fundamentais sociais, elencados pela Constituição Federal, equivale ao que é necessário para que as pessoas possam seguir seus planos de vida e exercerem, com plenitude, as suas liberdades, e por essa razão demonstraremos a relação que esses direitos possuem com o mínimo existencial e a dignidade humana.

Por isso, pretendemos estabelecer qual seria o alcance do conceito de mínimo existencial e estabelecer o elo que esse conceito possui com a dignidade da pessoa humana e, para isso, utilizaremos como base as ideias de Immanuel Kant.

4.1 O Mínimo existencial e a Dignidade da Pessoa Humana

Todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que seja possível uma sobrevivência digna, nos mais variados aspectos de sua vida; e garantir essas condições mínimas é o papel que os direitos fundamentais devem desempenhar.

Os direitos fundamentais, usualmente, são divididos em direitos de primeira e segunda dimensão; os primeiros seriam os direitos que exigem, para sua realização, que o Estado ou os outros indivíduos se abstenham de determinadas práticas, enquanto os segundos seriam os direitos que exigem uma ação para serem efetivados. Essa classificação serve somente para fins metodológicos.

Os direitos fundamentais são unos e indivisíveis. Tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais exigem ações positivas e negativas para a sua realização.

O mínimo existencial, enquanto fundamento dos direitos fundamentais, possui duas faces: a face que garante que determinados direitos não poderão ser violados mediante intervenção do Estado ou mesmo de outros indivíduos; a outra, a face prestacional, diz respeito às prestações positivas que o Estado deve efetuar para que as pessoas tenham um nível de vida adequado.

A questão do mínimo existencial convive com a necessidade de definir quais são os direitos que estão incluídos nesse mínimo e em que medida podem ser caracterizados como fundamentais dentre os direitos sociais previstos, elencados pela Constituição Federal.

Sarlet (2012) afirma que o conjunto de prestações indispensáveis para assegurar o mínimo existencial não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que ele depende de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural, sem falar na necessidade de referenciar o mínimo existencial aos direitos fundamentais em espécie.

Assim, verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação aos direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos.

Torres (1989) diz que o mínimo existencial carece de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que, originariamente, não fundamental, considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo.

Torres (2002) defende, ainda, que os direitos referentes ao mínimo existencial incidem sobre o conjunto de condições que seriam o pressuposto para a liberdade. Para o autor há, inclusive, uma metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, significando uma transformação dos direitos da justiça em direitos da liberdade.

Para Torres (2002), é necessário o equilíbrio entre os valores éticos e jurídicos que permeiam o ordenamento, mensurando os aspectos quantitativos e os direitos sociais, o que permitirá enquadrá-los como direitos fundamentais *strictu sensu* ou mínimo existencial. Para o autor, portanto, dentro do catálogo de direitos sociais existentes, há alguns que não podem ser considerados como essenciais, estando acima do mínimo existencial.

Outro autor que entende que uma parte dos direitos sociais está dissociada do mínimo existencial é Sarlet (2011). Para ele, embora exista uma relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais, estes não se reduzem àquele ou à dignidade humana, logo, não é possível afirmar que equivalem ao conteúdo

essencial dos direitos sociais.

Não concordamos com essa interpretação dos direitos fundamentais sociais. Pensamos que o mínimo existencial, enquanto garantia da dignidade humana, equivale a todos os direitos fundamentais sociais. Segundo Brito Filho (2015), o texto da Constituição da República Federativa do Brasil é expresso a respeito da jusfundamentalidade de todos os direitos fundamentais sociais, e não somente de alguns.

A ideia de mínimo existencial passa pela questão das necessidades humanas. Indivíduos que se encontram em situação de privação, carência e exclusão, não estão em condições de gozar de liberdades básicas, e por essa razão necessitam da atuação positiva do Estado.

De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008), o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna no sentido de uma vida saudável – tem sido identificado, por alguns, como constituinte do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

A noção de mínimo existencial está relacionada com a realização dos projetos de vida que cada pessoa possui. É imperioso reconhecer a existência de direitos correspondentes a essas necessidades básicas, de forma que seja possível que cada indivíduo possa buscar aquilo que considera melhor para si.

Torres (2002) afirma que, com a mudança do paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, houve profunda modificação na problemática da dignidade humana: a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação e b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais.

No que diz respeito ao direito à saúde, especificamente, pensamos que o mínimo é o que possa garantir à pessoa não apenas sobrevivência, mas sim um completo bem-estar nos mais variados aspectos de sua vida. Isto é, uma vida satisfatória e confortável.

A proteção ao mínimo existencial não está expressamente prevista no texto constitucional, mas essa se fundamenta no princípio da dignidade humana, que aparece expressamente no art. 1º, da Constituição Federal.

Da dignidade humana exsurtem, assim, os direitos fundamentais, sociais e econômicos, os direitos da liberdade e os da justiça. A natureza de princípio fundamental faz com que a dignidade humana se irradie para toda a Constituição e imante todo o ordenamento jurídico (TORRES, 2002, p. 14).

O conceito de dignidade humana que utilizamos aqui é aquele proposto a partir das ideias contidas na filosofia moral de Immanuel Kant.

Baseado em Sandel (2014), pensamos que a principal razão de adotá-lo é que, a partir dele, é possível conceber os Direitos Humanos e, por consequência, os direitos fundamentais enquanto direitos universais, sendo todos os seres humanos merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, sendo errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva.

Kant (2008) afirma que existe um reino ideal onde habitam os seres racionais, denominado de “reino dos fins”, e nele estão todos os seres racionais submetidos à lei que ordena que cada um deles trate a si mesmos como meio e não como um fim; estas leis são o que o filósofo denomina de imperativo categórico.

No reino dos fins, tudo tem um preço ou dignidade, tudo que pode ser substituído por algo equivalente possui um preço, por outro lado, o que não possui preço, e não pode ser substituída, possui dignidade.

Para Kant (2008), a moralidade é a única qualidade que pode fazer um ser racional um fim em si mesmo, pois somente através dela é possível ser legislador no reino dos fins. Somente a humanidade e a moralidade são providas de dignidade.

Na filosofia moral de Kant, a ideia de dignidade está intimamente relacionada à razão. O conceito kantiano de razão prática, que é a razão que tem a ver com a moralidade, como explica Sandel (2014, p. 151), “não é de uma razão instrumental, mas sim de uma razão prática pura, que cria suas leis *a priori* a despeito de quaisquer objetivos empíricos”, isto é, a lei moral na filosofia kantiana prescinde de quaisquer conhecimentos experimentais.

Kant distingue duas maneiras pelas quais a razão pode comandar a vontade, dois tipos de imperativo: os imperativos hipotéticos e os categóricos. Os imperativos hipotéticos são aquelas ações consideradas boas tendo em vista algum propósito possível ou real. Já os imperativos categóricos são aqueles que são bons em si, sem depender de nenhuma outra ação e não tendo relação com o resultado. Para a nossa análise, servirão estes últimos.

Kant apresenta três versões do imperativo categórico, mas todas as versões

servem para fundamentar uma concepção universal de direitos fundamentais e o respeito com o indivíduo.

A primeira é o que Kant denomina de lei universal, descrito da seguinte maneira: “age só segundo máxima tal qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal” (KANT, 2008, p. 51).

Esse enunciado significa que uma ação tomada por alguém só pode ser considerada moralmente válida se ela puder ser universalizada, isto é, tomada por todos, sem entrar em contradição.

Na segunda versão, que é a concepção do ser humano enquanto um fim em si mesmo, demonstrando o valor que é atribuído ao indivíduo na filosofia kantiana, o enunciado é o seguinte: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2008, p. 59).

Dessa forma, a dignidade é um atributo imanente aos seres humanos enquanto entes morais. À medida que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas individuais e insubstituíveis.

E, finalmente, a terceira versão, que, segundo Weber (2013), é a formulação da autonomia entendida como autodeterminação. O imperativo, nela, exprime-se, segundo Kant (2008, p. 67), da seguinte forma: “age segundo máximas que possam ao mesmo tempo ser tomadas como objeto de si mesmas, como leis universais da natureza”.

Na perspectiva kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que ocupa o homem na escala dos seres. É o reconhecimento dessa humanidade aquilo que Kant chama de respeito, ou uma máxima de restrição que nos obriga a não rebaixar os nossos semelhantes ao estado de mero instrumento para a consecução de uma finalidade qualquer. Segundo Rabenhorst (2001), para Kant, a dignidade se alicerça na própria autonomia do sujeito, isso é, na capacidade humana de se submeter às leis oriundas de sua própria potência legisladora e de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada.

No pensamento de Kant as noções de dignidade e autonomia estão intimamente relacionadas, sendo interdependentes. A dignidade não pode ser usufruída sem que o indivíduo tenha autonomia. E no que consiste, todavia, a autonomia?

Segundo Weber (2013, p. 24, grifo do autor):

Na *fundamentação da metafísica dos costumes* a autonomia é considerada como o “princípio supremo da moralidade” e é definida como ‘aquela sua propriedade à qual ela é para si mesma a sua lei’ o princípio dessa autonomia consiste em escolher aquelas máximas que possam ser convertidas em leis universais.

Essa autonomia (a produção da lei universal) é o fundamento da dignidade. Ou seja, a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio da autonomia. O que distingue o homem como um fim em si mesmo é a sua aptidão de agir conforme máximas que possam constituir-se em leis universais. Ele não se satisfaz em agir de acordo com regras de ação, ele quer uma justificação para elas (WEBER, 2013).

Normalmente são feitas duas críticas a respeito do conceito de dignidade. Na primeira, a dignidade não poderia ser aplicada às pessoas que não estão em gozo das faculdades mentais plenas, pois o conceito de dignidade estaria relacionado à racionalidade, que não é um atributo que todas as pessoas possuem. O conceito de autonomia de Kant seria, então, um conceito limitado, não sendo suficiente para fundamentar a dignidade daquelas pessoas que não têm a sua capacidade plena. Para quem defende essa ideia, Kant escreveu uma ética para um ser-humano ideal e perfeito e, por essa razão, a perspectiva kantiana não pode ser adotada como fundamento para a dignidade, que deve ser um valor universal.

Sarlet (2015) afirma que tal teoria, além de não ser incompatível com uma concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de enquadramento no processo de interação social. O que importa na ideia de dignidade é a possibilidade de uma prestação.

Para Rabenhorst (2001), a razão é constituída como uma propriedade natural que assegura um idêntico valor a todos os seres humanos. E que solução para a questão de algumas pessoas apresentarem a racionalidade variável é concebermos a racionalidade como um elemento em estágio potencial.

A outra crítica levantada contra o conceito de dignidade afirma que esse é um conceito desprovido de conteúdo e que, por essa razão, não teria como ser aplicado a casos concretos.

Brito Filho (2015) afirma que essa crítica não procede por duas razões. Em primeiro lugar, Kant, na Fundamentação da metafísica dos costumes, trabalha com a proposta de discutir a lei moral a partir do conhecimento *a priori*, e não faria sentido que fizesse um movimento em direção ao conhecimento *a posteriori*; isso cabe aos seus intérpretes quando a situação exige.

Em segundo lugar, embora Kant não tenha indicado concretamente o conceito de dignidade, o autor demarcou claramente seu espaço ao colocar em sua oposição o preço. Assim, respeita-se a dignidade quando não se praticam atos que possam incliná-lo em direção ao atributo que não possui: o preço. Concretamente, isso significa que a dignidade de um indivíduo é respeitada quando se respeitam os seus direitos básicos, isto é, os Direitos Humanos.

O reconhecimento da dignidade, inclusive, é feito em nível de direito constitucional positivo, pois o art. 1º¹⁰, da Carta Magna, afirma que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Para Barcellos (2011), essas disposições constitucionais guardam uma unidade de sentido e propósito. Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.

A dignidade, nesse sentido, não é um mero enunciado abstrato e desprovido de conteúdo, mas sim um mandamento constitucional que obriga o Estado a garantir condições mínimas para as pessoas, ao mesmo tempo em que estipula uma proibição de que sejam utilizadas como fins para atingir determinado objetivo. E essas condições mínimas são materializadas através dos direitos fundamentais sociais.

4.2 A Fundamentalidade dos Direitos Sociais na Constituição de 1988

Antes de iniciar a exposição do que entendemos ser o mais importante a respeito dos direitos fundamentais sociais, queremos ressaltar que a discussão travada aqui não está situada no campo dos Direitos Humanos, mas no campo do

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988, não paginado).

direito interno brasileiro, isto é, dos direitos fundamentais. Aqui, queremos utilizar a distinção feita por Brito Filho (2015, p. 24) entre direitos humanos e direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo Estado para garantir a dignidade da pessoa humana. É que não obstante Direitos Humanos e Direitos Fundamentais tenham definições baseadas na necessidade de seu conhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, eles diferem no sentido de que nem sempre haverá coincidência entre ambos, pois além de ser comum no plano interno dos Estados, nem todos os Direitos Humanos consagrados no plano internacional sejam reconhecidos, é comum que alguns direitos só sejam reconhecidos como fundamentais em alguns Estados.

Alguns motivos nos levaram a situar a discussão acerca do direito subjetivo à saúde no campo dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, porque nossa proposta é um trabalho voltado para o ordenamento jurídico brasileiro, e acreditamos que utilizar os dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil torna o trabalho mais factível. Em segundo lugar, como será explicado no capítulo 5, desenvolvemos a ideia de direito subjetivo a partir da análise da eficácia das normas que estabelecem o direito à saúde, da Constituição do Brasil.

Por estarmos trabalhando a ideia do direito à saúde a partir dos direitos fundamentais, a classificação que adotamos aqui para esses direitos é aquela adotada pela Constituição Federal, ou seja, no plano do ordenamento jurídico interno, e não aquela utilizada para classificar os Direitos Humanos no plano internacional, que os divide em Direitos Econômicos Sociais e Culturais e Direitos Cívicos e Políticos.

Adotamos duas formas de classificá-los que, quando combinados, levam à compreensão correta dos direitos fundamentais. A primeira classificação leva em consideração a postura do Estado para a realização desses direitos. Segundo ela, os direitos podem ser classificados como direitos de defesa e direitos as prestações. A segunda classificação leva em consideração o interesse protegido.

De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2010), os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado e destinam-se a evitar a ingerência do Estado sobre os bens protegidos.

Quanto aos direitos as prestações, eles afirmam que seu traço característico

está em referenciar uma exigência de prestação positiva e não de uma omissão. Na relação jurídica, ao direito prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou de dar. Os autores dividem, ainda, esses direitos em direitos a prestação jurídica e prestação material.

Sarlet (2011) afirma que os direitos as prestações podem ser divididos em dois grupos: os direitos as prestações, em sentido lato, e os direitos as prestações, em sentido amplo, e os direitos as prestações, em sentido estrito. Os direitos as prestações, em sentido amplo, consistem nos direitos à participação na organização e no procedimento. Os direitos às prestações em sentido estrito englobam as prestações de ordem material devidas pelo Estado.

No caso do direito à prestação fática, deve o Estado adotar determinada conduta a fim de prover ao titular do direito o bem jurídico tutelado pela norma jusfundamental. Nestas condições, em princípio, o Estado seria livre para escolher a melhor forma de atender a este objetivo, prestando o bem jurídico em questão em conformidade com outros interesses, como o da menor onerosidade e o da equidade. Não poderia escolher, entretanto, por certo, entre uma conduta que atinge a finalidade constitucional, prestando o bem jurídico, e outra que não a alcance, ou seja, que resulte na não satisfação do direito. O mesmo não se verifica quando se trata de prestação de ordem normativa, pois, neste caso, importará como o Estado vai editar a norma que garantirá a realização do direito fundamental, a qual, por certo, estará submetida ao controle de constitucionalidade material (OLSEN, 2010).

Entendemos que essa classificação é adequada para situar os direitos fundamentais sociais, embora não possa ser adotada de forma absoluta, pois mesmo os direitos de abstenção exigem atuação positiva, ainda que indiretamente, e os direitos de prestação também requerem que o Estado se abstenha.

É necessário, então, utilizarmos outra classificação mesclada a essa, que é a proposta por Brito Filho (2015), que, não obstante, seja indicada pelo autor para os Direitos Humanos. Pensamos que pode perfeitamente ser utilizada para os direitos fundamentais. Pensamos que isso é possível, pois, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos possuem o mesmo fundamento: a dignidade humana.

Segundo Brito Filho (2015), é possível vincular a classificação dos Direitos Humanos ao que parece ser o principal fenômeno jurídico, o interesse, que para o autor significa o elo que liga as pessoas aos bens da vida.

Segundo essa classificação, a primeira dimensão relaciona-se aos direitos

individuais, a segunda, relaciona-se aos interesses das coletividades, dos grupos, e aos direitos coletivos em sentido estrito.

Ainda de acordo com Brito Filho (2015), nessa classificação, se preserva a classificação tradicional feita em relação aos Direitos Humanos, ou seja, em três dimensões, e com os mesmos ideais: liberdade, igualdade e fraternidade. A alteração feita é em relação ao elemento que dá sustentação à divisão que, na classificação tradicional, é a história, e na divisão proposta, é um elemento jurídico, embora não somente jurídico, que é o interesse, porém, o que importa nessa classificação é como o titular do direito irá exigí-lo.

A dignidade da pessoa humana é fundamento dos Direitos Humanos e, por consequência, dos direitos fundamentais, o que significa dizer que todos os direitos possuem uma relação de complementariedade entre si. As dimensões, portanto, não são excludentes, mas mantêm uma relação de diálogo umas com as outras, e um exemplo disso é o direito fundamental à saúde que, embora seja um direito social, possui uma faceta individual.

O conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, tanto incluindo posições jurídicas tipicamente prestacionais quanto uma gama diversa de direitos de defesa. Nesse sentido, segundo Sarlet (2011), é possível afirmar que, assim como os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa.

Em suma, os direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição Federal, assumem a faceta tanto de direitos de defesa quanto direitos a prestações, sendo que, um mesmo direito fundamental poderá investir seu titular nas duas posições jurídicas.

Conforme exposto no capítulo precedente, o principal marco teórico adotado neste trabalho é o liberalismo de princípios, e como já exposto, para essa corrente de pensamento, a distribuição dos bens valiosos da sociedade serve como condição para o exercício efetivo das liberdades.

Nossa interpretação desses bens valiosos, é que eles, traduzidos em termos práticos, correspondem aos direitos fundamentais. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais serviriam como instrumentos de uma liberdade igual. Canotilho (2010) afirma que a liberdade igual é interpretada, neste contexto, como a igual possibilidade de inclusão em um sistema social diferenciado. A realização deste princípio de igualdade de inclusão coloca o nó górdio da sociedade: a igualdade,

uma sociedade justa e igualitária pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia, mas, também, da liberdade por intermédio do Estado.

Segundo Sarlet (2011), os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.

Percebe-se que os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social, o qual deve justamente zelar por uma justa distribuição dos bens existentes.

Introduz a carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história constitucional do país (PIOVESAN, 2010).

A ordem constitucional de 1988 alargou as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado (PIOVESAN, 2010).

A Carta Magna também inclui o valor da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado com a sua promulgação.

No intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, a carta maior consagra, dentre as cláusulas pétreas, a cláusula “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que essa cláusula alcança os direitos sociais (PIOVESAN, 2010).

Intimamente relacionada à noção dos direitos fundamentais está a ideia da fundamentalidade desses direitos. Existem dois sentidos para a fundamentalidade, o sentido formal e o sentido material.

Sarlet (2011) diz que a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, situando-se os direitos fundamentais no ápice; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites materiais e formais da reforma constitucional; e c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis que vinculam de forma imediata às entidades públicas e privadas. A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais o elemento constitutivo da Constituição Material.

Para que determinado direito seja considerado fundamental perante a Constituição de 1988, a fundamentalidade formal se revela insuficiente. Afinal, a Carta Magna adotou um conceito de direitos fundamentais materialmente aberto na regra do art. 5º, §2º, permitindo a inclusão de direitos fundamentais, ainda que sejam encontrados fora do texto constitucional, desde que possuam conteúdo de direitos fundamentais.

Essa cláusula de abertura não se limita, todavia, a incluir os direitos fundamentais sociais fora da Carta Magna, mas, também, é relevante para conferir a fundamentalidade aos direitos que estão previstos fora do capítulo da Carta Magna, destinado aos direitos e garantias fundamentais.

Para Sarlet (2011), no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesmo, mas pela relevância daqueles bens jurídicos na perspectiva das opções do constituinte.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos; bem como por seu conteúdo e significado, podem ser equiparados, agregando-se à Constituição material tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Os direitos fundamentais sociais são aqueles essenciais para que toda as pessoas, indistintamente, possam ter uma vida digna e satisfatória e, devido à

indivisibilidade entre os direitos fundamentais sociais e os direitos e garantias individuais, esses direitos também representam condições para que os indivíduos possam exercer suas liberdades de forma plena. A norma constitucional, e as demais normas materialmente constitucionais, então, imputam ao Estado a obrigação de efetivar esses direitos mediante ações positivas, ou de não atentar contra eles.

Feita esta breve análise da estrutura dos direitos fundamentais sociais e a sua fundamentalidade na Constituição de 1988, cabe, agora, restringir o objeto de estudo ao direito fundamental à saúde e discorrer sobre a eficácia das normas que o instituem.

5 O DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE E A EFICÁCIA DAS NORMAS QUE O INSTITUEM

Neste item, iremos discorrer sobre o conceito de direito subjetivo, expondo os seus principais elementos, bem como as teorias que buscam delimitar o que vem a ser o direito subjetivo, optando pela que pensamos ser a mais correta. Para isso, utilizaremos a noção de direito público subjetivo, proposta por Jellynek.

Como iremos demonstrar, para que exista um direito subjetivo, é necessário a existência de uma norma coativa que o institua. Dessa forma, para uma abordagem completa sobre o tema, falaremos sobre a eficácia das normas constitucionais que instituem o direito fundamental à saúde, demonstrando a posição que ocupam no ordenamento jurídico brasileiro, e de que forma essas normas determinam as prestações a serem adimplidas pelo Estado.

Após, a título de ilustração, faremos a exposição e análise de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal que trata do direito fundamental à saúde, e de que forma essa decisão utilizou o conceito de direito subjetivo.

5.1 Conceito de Direito Subjetivo

A noção de direito subjetivo pode ser compreendida de forma intuitiva: se alguém tem um direito, isso significa que este indivíduo possui a prerrogativa de exigir algo de alguém, ou seja, adimplir a obrigação correspondente a esse direito.

Existem três principais correntes que tentaram definir o que vem a ser direito

subjetivo. A teoria da vontade, a teoria do interesse e a teoria eclética.

A teoria da vontade foi defendida por Windscheid. Segundo ela, o direito subjetivo é sempre uma expressão da vontade. O indivíduo quer e age conforme essa vontade. O direito subjetivo seria, então, a vontade protegida por uma determinada norma (REALE, 2002).

Essa teoria, no entanto, encontra alguns problemas. Reale (2002) afirma que o direito subjetivo continua existindo a despeito da vontade do seu titular, ou até mesmo contra a sua vontade, e exemplifica com o caso de um credor que, por um espírito altruístico, abre mão de seu crédito para com o devedor, ou do operário que não deseja tirar férias, mas ainda assim é obrigado a fazê-lo.

A teoria do interesse é defendida por Jhering. Essa teoria leva em conta o interesse no sentido mais amplo possível, indicando tanto o interesse para as coisas concretas e materiais quanto para as de natureza intelectual (FERRAZ JR., 2003).

Para Reale (2002), o direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma pretensão ou ato de outrem.

Para ele, a pretensão é o elemento conectivo entre o modelo normativo e a experiência concreta, porque a norma, por ser um modelo destinado à realidade social, não difere desta a não ser por um grau de abstração, na medida em que ela foi instaurada à vista da realidade, como expressão objetiva do que nela deve ser declarado obrigatório.

Segundo Jhering, em toda relação jurídica existe uma forma protetora, uma casca de revestimento e um núcleo protegido. A capa é representada pela norma jurídica e o núcleo representado por algo que interessa ao indivíduo. O direito subjetivo seria, então, esse interesse protegido pela norma (FERRAZ JR., 2003).

Contra a teoria de Jhering há uma crítica relevante. Nem todos os interesses protegidos geram direitos subjetivos, por outro lado, há casos em que não há, por parte do titular, interesse em ver seu direito protegido.

Ferraz Jr. (2003) afirma que essa concepção, no entanto, é demasiado privatista, isto é, vê o problema apenas do ângulo do direito privado em que rege o princípio da autonomia da vontade. E segue exemplificando com a situação do Direito Penal, em que o Estado pune o comportamento do delinquente. Se atribuirmos a toda a comunidade um interesse que é protegido em face do ato delituoso, a palavra interesse terá aqui outro sentido, pois não se trata de proteger

um interesse (o da comunidade) contra outro interesse (o do delinquente), como é o caso do credor e do devedor.

Uma terceira teoria, proposta por Jellinek (1910), abrange ambas as categorias, tanto a vontade como o interesse. Para o autor, cada direito subjetivo atesta a existência de um ordenamento jurídico a partir do qual os direitos são criados, reconhecidos e protegidos, em maior ou menor grau.

Dessa forma, qualquer querer, poder e haver dos indivíduos são elevados da esfera natural à esfera das ações, e fatos jurídicos por meio do direito objetivo¹¹.

Segundo Jellinek (1910, p. 49, tradução nossa), portanto o direito subjetivo é “o poder de querer que um indivíduo possui, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, e que tem por objeto um bem ou um interesse”¹².

Trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual, isto é, a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo) (DUARTE, 2004).

Segundo Duarte (2004), o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle de ação estatal, pois permite ao seu titular constranger o Estado para executar o que deve.

A exigibilidade individual de direitos civis e políticos sempre esteve calcada no reconhecimento de uma posição jurídica, que confere aos seus titulares a possibilidade de barrarem qualquer intervenção estatal indevida em sua esfera própria de liberdade (DUARTE, 2004).

O direito público subjetivo visa resguardar interesses individuais quando os mesmos coincidem com o interesse público. Isso significa que o reconhecimento de que o indivíduo pode fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse não se choca com o bem comum; ao contrário, faz parte dele. O reconhecimento de

¹¹ *Qualunque volere, potere, avere degli uomini dalla sfera degli eventi naturali della vita, viene elevato, per mezzo del diritto obiettivo, a quella delle azioni e dei fatti giuridici* (no original).

¹² *La potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto si rivolta ad un bene o ad un interesse* (no original).

pretensões aos indivíduos pela lei vem reforçar a proteção de sua liberdade e não transformá-los em direitos privados (DUARTE, 2004).

As normas jurídicas que compõem o direito objetivo têm como destinatários as pessoas que compõem a sociedade, entendendo pessoas não somente como pessoas físicas ou jurídicas, mas também o Estado.

A noção de direito subjetivo, então, possui uma correspondência com o direito objetivo, isto é, com o conjunto de normas vigentes em um determinado sistema jurídico. Normas que prescrevem determinadas condutas e cujo descumprimento, por ação ou omissão, gera sanções. Não é possível pensar em um sujeito obrigado à determinada prestação e outro sujeito beneficiário dessa prestação sem uma norma que a prescreva.

Dessa forma, o direito subjetivo existirá sempre que houver uma norma jurídica que o reconheça, isto é, somente se tal direito estiver presente em determinado ordenamento jurídico positivo, com meios para a efetivação deste direito através de determinados órgãos jurisdicionais ou administrativos do Estado.

Sarlet (2011), trazendo o conceito de direito subjetivo à esfera dos direitos fundamentais, afirma que, para o titular de um direito fundamental, se abre um leque de possibilidades que se encontra condicionada à conformação concreta da norma que o consagra. Mas, de forma geral, é possível afirmar que este espectro de variações, no que concerne ao objeto do direito subjetivo, se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, considerando os direitos a prestações sociais materiais; e c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza, e até mesmo pelo fato de poderem se dirigir a diferentes destinatários.

Alexy (2008) edifica sua concepção de direitos subjetivos em um tripé de posições fundamentais que, a princípio, pode integrar um direito fundamental subjetivo: a) direitos a algo (que englobariam os direitos às ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e direitos a prestações; b) liberdade; e c) poderes.

A estrutura básica do direito a algo, segundo Alexy (2008), é a seguinte: a tem em face de b um direito a g. Esse enunciado deixa claro que um direito a algo

pode ser compreendido como uma relação triádica, cujo primeiro elemento é o titular do direito (a), o segundo é o destinatário do direito (b) e o terceiro é o objeto do direito (g).

O objeto do direito a algo é sempre a ação do destinatário. Isso decorre de sua estrutura triádica, entre titular, um destinatário e um objeto. Se o objeto não fosse uma ação do destinatário, não faria sentido incluir o destinatário na relação. (ALEXY, 2008, p. 194).

Alexy, então, passa a subclassificar os direitos a algo como direitos às ações positivas e direitos às ações negativas. Optamos por não discorrer minuciosamente sobre essa classificação feita pelo autor, pois ela coincide com a classificação dos direitos fundamentais que já expusemos acima.

A outra posição sobre a qual se funda o direito fundamental subjetivo, segundo Alexy (2008), é a liberdade. Alexy opta por utilizar um conceito mais restrito de liberdade, que é o de “liberdade jurídica”, em contraponto à liberdade em sentido amplo, que levaria a discussões intermináveis, segundo o autor.

Alexy (2008, p. 227) afirma que para compreender o conceito de liberdade jurídica, é preciso fazer a distinção entre as liberdades protegidas e as liberdades não-protegidas. As liberdades não-protegidas podem ser definidas, segundo o autor, como “uma conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer”.

Já as liberdades jurídicas protegidas são aquelas protegidas por um feixe de direitos e por normas objetivas, que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a tal direito, então ela é uma liberdade protegida (ALEXY, 2008).

O terceiro grupo sobre o qual estão amparados os direitos são as competências. Para definir o conceito de competência, Alexy distingue o conceito de competências do conceito de permissões. Uma ação, que seja o exercício de uma competência, será, em geral, também permitida; uma ação, que seja meramente a realização de algo permitido, não é, por si só, o exercício de uma competência, perceptível pela diversidade de ações permitidas, que não implique alteração de uma situação jurídica. Aqui, o critério preponderante para a distinção é a alteração da situação jurídica (ALEXY, 2008).

Outra distinção apontada por Alexy é entre competência e capacidade fática. Para o autor, o critério da alteração de situações jurídicas não se mostra suficiente para a distinção entre a capacidade fática e a competência.

No que consiste, então, a competência? Segundo Alexy (2008), as ações constituintes do exercício de uma competência são ações institucionais, que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais, mas a partir de regras constitutivas. Assim, pensamos que a competência é o aspecto do direito fundamental subjetivo que guarda uma relação direta com o direito objetivo.

Alexy, então, divide as competências em competências do cidadão e competências do Estado. Para avaliar o papel das competências do cidadão no âmbito das posições de direitos fundamentais, é necessário determinar a relação das competências com os direitos a algo e as liberdades.

Para ilustrar essa questão, o autor cita a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual entendeu que a competência para alienar propriedades tem como consequência o fato de que para revogação de determinadas competências é exigida uma determinada justificação. (ALEXY, 2008).

O que interessa, nessa decisão, prossegue o autor, é que, com isso, é possível aceitar a existência de um direito fundamental *prima facie* a uma competência.

A relação entre a competência e a liberdade jurídica é interessante, também, em outro ponto. Enquanto nos casos de garantia de uma liberdade jurídica, ou seja, quando se permite que algo seja realizado ou deixe de ser realizado, o ordenamento cria uma alternativa de ação (ALEXY, 2008).

Alexy (2008) afirma, ainda, que o reconhecimento de competências é uma das três formas por meio das quais o ordenamento jurídico pode ampliar a margem de ação, isso é, aquelas liberdades de conduta asseguradas ao indivíduo. As outras duas formas são a criação de normas de proteção, que zelam para que terceiros não embarquem o exercício de alternativas de ação, e a concessão de direitos a prestações positivas, em sentido estrito.

O contraponto à competência do cidadão é a competência do Estado. Aqui, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência. Elas restringem uma norma positiva de competência, deixando o Estado numa posição de não competência, e o indivíduo numa posição de não-

sujeição. É dessa posição de não-sujeição que o indivíduo tem perante o Estado que nascem os direitos fundamentais (subjctivos) de liberdade.

Nesse contexto, quando, no âmbito da denominada perspectiva subjctiva dos direitos fundamentais, falamos de direitos fundamentais subjctivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular de fazer valer, juridicamente, os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagrada do direito em fundamental em questão (SARLET, 2011).

A lição de Alexy encontra sustentação em dois argumentos: a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) reside na proteção do indivíduo e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjctivos; já o segundo argumento destaca, com o caráter do principio lógico dos direitos fundamentais, o fato de que o reconhecimento de um direito subjctivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo (SARLET, 2011).

O direito subjctivo existe como um instituto que garante o triunfo da vontade e dos interesses das pessoas perante ações ou omissões do Estado ou de outros indivíduos. Nesse sentido, o direito fundamental à saúde, enquanto um direito que reflete condições mínimas de existência, não pode ser visto de forma diversa.

É necessário, então, o reconhecimento da proteção individual ao direito fundamental à saúde, posto que não somente a norma constitucional assim estabelece, como é um pressuposto da justiça, como expusemos no capítulo 3.

Nesse campo, a pretensão individual não deve se exaurir das demandas judiciais, mas também da esfera administrativa. As políticas públicas devem levar em conta o indivíduo durante a sua elaboração, pois elas não significam, necessariamente, que somente o coletivo deve ser levado em conta. Sabemos que essas políticas abrangem interesses que transcendem o individual, mas a Constituição manda que o indivíduo, singularmente considerado, seja incluído, juntamente com os grupos. Por isso, pensamos que é preciso conceber o direito à saúde como um direito subjctivo, e que o Estado deve utilizar esse conceito nas ações que realiza, visando, dessa forma, garantir o exercício das liberdades pelas pessoas.

Esclarecidos os principais pontos que entendemos pertinentes acerca do direito subjetivo, cumpre, agora, demonstrar a efetividade das normas constitucionais que instituem o direito fundamental à saúde.

5.2 A eficácia das normas instituidoras do Direito Fundamental à Saúde

Para que o direito fundamental à saúde seja considerado um direito subjetivo que obriga o Estado a fornecer determinadas prestações, é necessário que haja uma norma estabelecendo esta obrigação, e esta norma é a Constituição Federal.

Embora pareça claro que a Constituição Federal obriga o Estado a dispor de um mínimo de saúde a todas as pessoas, parte da doutrina ainda entende que as normas constitucionais, que versam sobre o direito fundamental à saúde, são programáticas, aconselhando os dirigentes do Estado a efetivar os direitos progressivamente, em longo prazo. E por esta razão, os direitos advindos dessa norma só poderiam ser implementados mediante legislação ordinária que os reconheça, ou através de políticas públicas.

Pensamos que essa não é a forma mais adequada de fazer a interpretação desses dispositivos constitucionais, pois, ao compreendê-los dessa maneira, o intérprete está atribuindo a essas normas um caráter de mero aconselhamento condicionado à discricionariedade do Estado.

A Constituição ocupa o posto mais alto no escalonamento das normas de um ordenamento jurídico, ou seja, é uma norma superior às demais, que devem se conformar com os ditames da carta maior. Inclusive as normas orçamentárias que, obedecendo a princípios constitucionais, devem dar prioridade na distribuição de recursos para a efetivação de direitos fundamentais sociais – e, conseqüentemente, a saúde – em níveis satisfatórios.

Como já afirmamos em item anterior, um dos elementos que compõem o direito subjetivo é a obrigação. Só há direito subjetivo quando existe uma determinada obrigação imputando o dever de cumpri-la a um sujeito e outorgando um direito a ser gozado por outro. Essa obrigação é instituída através de uma norma com força jurídica vinculante e, no caso do direito à saúde, essa norma é a Constituição Federal que, ao dispor sobre direitos fundamentais, requer que as normas que o instituem sejam imediatamente aplicadas.

A Constituição não pode ser um mero aconselhamento aos dirigentes do Estado, mas sim um imperativo, uma ordem. A lei maior possui eficácia normativa e deve ser seguida por todos.

Segundo Barcellos (2011), as constituições são normas jurídicas e dotadas de imperatividade hierárquica: isto é, são imperativas, existem para realizar-se e estão à disposição de todos os jurisdicionados.

Hesse (1991) afirma que, embora haja fatores sociais, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, e esta possui interdependência, não sendo o mais adequado analisá-la isoladamente.

Para o autor, a essência da norma constitucional reside na vigência e as situações previstas pela Constituição pretendem ser concretizadas na realidade. Há, portanto, uma pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*).

Segundo Hesse (1991), esta condição de eficácia não se confunde com as possíveis condições fáticas para sua realização, é um elemento autônomo. A Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

A Constituição jurídica logra converter-se ela mesma em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas (HESSE, 1991).

Barcellos (2011) fala, ainda, de uma concepção normativa da Constituição, o que significa que todas as normas constitucionais são normas jurídicas. Não obstante, quando se afirma que a Constituição é norma jurídica ou, mais que isso, que os princípios nela inscritos são espécies normativas, é possível conceber que os efeitos nela propostos possuem imperatividade.

A nota de juridicidade vem com a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao seu descumprimento. Essa característica, típica de cada proposição jurídica, é designada de eficácia jurídica, isto é, eficácia juridicamente qualificada. Por força dela, tem-se que, desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do judiciário, instituição responsável por sua imposição coativa (BARCELLOS, 2011).

O que caracteriza as normas jurídicas é a imperatividade, é esse fator que a distingue de outros tipos de normas sociais. As normas jurídicas não são conselhos, lembretes, ou indicações, sua observância é imperativa. Mas o direito não confia apenas na boa vontade dos destinatários de obedecerem as suas normas: para garantir a imperatividade, existe a sindicabilidade, isto é, a possibilidade de se exigir, por meios violentos, se necessário, o cumprimento das normas. E se a Constituição é uma norma jurídica, imperatividade e sindicabilidade são normas que caracterizam seus dispositivos (BARCELLOS, 2011).

A Constituição Federal de 1988 prevê, no seu art. 5º, §1º, “que as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, não paginado). Tal dispositivo deixa claro o grau de proteção que o constituinte quis dar aos direitos fundamentais, os quais podem ser imediatamente exigidos independentemente de ações do legislador infraconstitucional.

A esse respeito, Sarlet (2007, p. 9) diz:

Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e aqui não teremos condições de examinar, sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

Porém, a aplicação desse artigo enfrenta diversos problemas, alguns de natureza eminentemente teórica, e uma das principais dificuldades que são impostas, acreditamos, trata-se de um problema de hermenêutica constitucional, vez que tal problema diz respeito ao alcance da norma insculpida no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, o qual diz que todas as normas de Direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ao afirmar que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, não há qualquer distinção entre categorias de direitos fundamentais, ou seja, essas normas são válidas tanto para os direitos individuais de defesa quanto para os direitos

prestacionais. Pois, conforme já afirmamos neste trabalho, os direitos fundamentais são indivisíveis, e todos eles requerem tanto atuações positivas quanto abstenções por parte do Estado.

Brito Filho (2015) afirma que não é possível conceber que direitos que resguardam o que há de mais essencial para as pessoas não possam ser manejados, ao argumentar que dependem de regulação ou que não há condições para o Estado ou outros particulares cumprirem as respectivas obrigações.

Ele afirma, ainda, que, apesar de reconhecer que determinado direito fundamental de fato necessite de regulamentação, isso pode ser superado mediante decisão judicial que determine como tal direito pode ser exercitado, no caso concreto, até que venha a regulamentação.

Mello (2011) afirma que algumas normas constitucionais investem os indivíduos em Direitos com maior consistência ou expressão do que outras o fazem. Considera que certos preceptivos constitucionais outorgam imediato desfrute de certos benefícios que podem ser exigidos quando negados.

Em outro momento, quando Mello (2011) trata da noção de Direito Subjetivo, diz que a legalidade e a isonomia existem para proteger o indivíduo, e que por esta razão, quaisquer violações a estes princípios podem ser imediatamente exigidos em juízo, sob pena de negar validade a esses princípios.

Cunha Júnior (2008), ao tratar sobre a possível ineficácia de algumas normas instituidoras de Direitos fundamentais sociais, devido à sua estrutura tida por vezes como lacônica, propõe que o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, seja aplicado pelo juiz para que tal lacuna seja cumprida e, assim, concretizar os Direitos fundamentais independentemente de intervenção legislativa.

Pensamos, portanto, que as normas que dispõem sobre o Direito fundamental à saúde possuem plena eficácia e imediata aplicabilidade. Gerando obrigações para o Estado e, conseqüentemente, direitos subjetivos para os indivíduos.

A efetivação dos direitos fundamentais não pode ficar condicionada à discricionariedade estatal para regulamentar normas que concedem aquilo que é essencial. O constituinte elegeu como um dos princípios basilares da ordem jurídica brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana, e como dissemos, a constituição, por ser norma jurídica, possui força vinculante e deve ser cumprida irradiando os efeitos da dignidade humana para todo o ordenamento jurídico. As

normas que prescrevem os direitos fundamentais, incluindo aqui, também, os sociais, são normas imediatamente aplicáveis e podem ser exigidas pelos indivíduos em caso de descumprimento. Dessa forma, as normas que instituem o direito fundamental à saúde vinculam o Estado, que deve cumpri-las, ou ser compelido mediante ordem judicial.

Esclarecido que o Estado está submetido a um vínculo obrigacional que o coloca em função de devedor para com os indivíduos ou grupos, iremos, agora, expor os princípios constitucionais do direito à saúde e o modelo de sistema público de saúde que o Brasil adota.

5.3 O Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988

Em uma visão antiquada, saúde corresponde à simples ausência de doenças. Esta concepção traz inúmeros problemas, dentre eles, o de não satisfazer plenamente todas as necessidades que uma pessoa precisa para que possa ter uma vida considerada satisfatória.

Para os fins deste trabalho, adotamos a definição de saúde proposta pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no Protocolo de Constituição, de 22 de julho de 1946, segundo o qual a saúde compreende “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doenças” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, não paginado).

A partir dessa noção, entendemos que nela está envolvido o maior número de situações em que sejam necessárias medidas para garantir o bem-estar do indivíduo nos mais variados aspectos de sua vida, e a decorrência disso é que exigências poderão ser feitas dos poderes públicos.

Por ter consagrado a saúde como um direito fundamental social, a Constituição Brasileira, de 1988, outorgou-lhe uma proteção jurídica diferenciada.

Sarlet (2007, p. 3) afirma que o direito fundamental à saúde é dotado de uma dupla fundamentalidade: formal e material. Segundo ele:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita,

encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas 'cláusulas pétreas') da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar.

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

Em sede de direito constitucional positivo, o direito à saúde está previsto no rol de direitos sociais presentes no art. 6º, da Constituição Federal¹³.

Já o art. 196¹⁴, da Carta Magna, define tal direito como sendo um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas e de acesso universal.

Conforme podemos perceber pela leitura do art. 196, a saúde não é apenas um direito, mas também um dever, ou seja, o Estado é obrigado, devido a força normativa da Constituição, a proteger, promover e efetivar esse direito.

Como o direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização, por parte do destinatário, que assegure a fruição do Direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos, bem como a organização de instituições, serviços, ações e procedimentos. Em sentido estrito, a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de bens materiais ao titular desse direito fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Já é possível extrair da Constituição o que, necessariamente, o direito à saúde abrange: a dimensão preventiva e a promocional e curativa da saúde, conforme o disposto no art. 196.

Por "recuperação", a constituição se conecta com a chamada "saúde curativa", quer dizer, a garantia de acesso aos meios que podem lhe trazer se não a

¹³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, não paginado).

¹⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, não paginado).

cura, pelo menos uma melhora na qualidade de vida. As expressões “redução do risco de doença” e “proteção” parecem guardar relação com a ideia de “saúde preventiva”, isto é, a efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento de doenças. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e saúde das pessoas (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 200).

No caso específico da saúde, como ocorre em uma série de outros direitos fundamentais, parece elementar que, por sua ligação com o direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, e por sua natureza, são direitos de todos (SARLET, 2007, p. 6).

Para além deste argumento, assume destaque o disposto no art. 4º, II, da Constituição, enunciando que, nas suas relações internacionais, o Brasil reger-se-á pela prevalência dos direitos humanos. Sem falar na internalização dos tratados internacionais que expressamente mencionam o direito à saúde, por força do art. 5º, §2º, da Carta magna (SARLET, 2007).

Porém, a garantia de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, pois a vida humana não pode ser reduzida à mera existência (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, por garantirem a realização das necessidades humanas, são imperativos de dignidade e devem ser satisfeitos independentemente da provisão do mercado.

Daí a necessidade de um sistema capaz de atender a essas demandas, sendo gratuito e permitindo o ingresso de qualquer pessoa, de forma igualitária, sem qualquer discriminação. No direito brasileiro, esse sistema é o Sistema Único de Saúde, o qual iremos abordar no próximo tópico.

5.4 O Sistema Único de Saúde (SUS)

Antes da Constituição Federal de 1988 a saúde somente era prestada aos trabalhadores ou seus dependentes que tinham vínculo com o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, ou seja, somente para aqueles que tinham vínculo de trabalho formal.

Com a promulgação da Carta Maior, de 1988, o Estado passa a ser

responsável por prestar serviços de saúde a todos, indistintamente, através do SUS. A criação de um sistema de saúde que pudesse cobrir todas as pessoas foi fruto de diversos debates sobre a universalização dos serviços públicos de saúde, especialmente pelo “movimento sanitaria”.

Dessa forma, o SUS pode ser concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, fornecidos por órgãos e instituições públicas que compõe os entes federativos. A iniciativa particular poderá participar do SUS em caráter complementar (BARROSO, 2008).

O sistema de saúde deverá ser custeado pela seguridade social, pela União, Estados, Distrito Federal além de outras fontes. Esse sistema utiliza os tributos como parte do seu financiamento e retorna para a sociedade em forma de serviços, o que evidencia o caráter distributivo do Sistema Único de Saúde, podendo, perfeitamente, ser comparado ao sistema de seguros proposto por Ronald Dworkin, exposto no capítulo anterior.

O SUS deverá ser orientado pelos princípios constitucionais da seguridade social e da saúde, presentes nos artigos 193, 194 e 198, da Constituição Federal, assim como aqueles presentes na legislação infraconstitucional.

O primeiro destes princípios é a universalidade, previsto no art. 194, I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Este princípio, trazido pela Constituição Federal, de 1988, rompe com o paradigma anterior de que somente segurados poderiam usufruir dos serviços de saúde. Tal princípio pode significar atenção prioritária aos mais necessitados.

Outro princípio constitucional é o da integralidade, presente no art. 198, II, da Carta Magna (BRASIL, 1988). Este princípio impõe a articulação de promoção de serviços de saúde curativa e preventiva em todos os níveis do sistema. Isso significa que o SUS deve fazer políticas que abranjam diversos setores, como saneamento, moradia, alimentação etc..

Este princípio tem estreita relação com o princípio da universalidade, o que significa que os tratamentos devem ser fornecidos a todos, empregando a maior gama possível de serviços, desde o diagnóstico de determinada doença até tratamentos mais avançados.

Há, ainda, o caráter democrático e descentralizado da administração, trazido pelos artigos 194, VII e 198, I e III, da Constituição. Segundo esse princípio constitucional, a organização do SUS tem como base a participação popular e a

responsabilidade pelos serviços de saúde compartilhada entre os entes federativos.

Os princípios da regionalização e hierarquização, previstos no art. 198, *caput*, da Constituição federal contemplam a política de descentralização do SUS. Nele, os serviços devem ser distribuídos territorialmente para atender as demandas da população de determinada região.

De acordo com Mendes (2013), esse princípio é utilizado a partir de uma lógica sistêmica, evitando a atomização dos sistemas locais de saúde. A hierarquização é a expressão desta lógica e busca, entre outros objetivos, a economia de escala.

O SUS é regido, basicamente, pela Lei nº. 8.080/1990 e Lei nº. 8.142/1990, além da CRFB/1988. A primeira dispõe sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços, preocupando-se em dispor sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde. A segunda lei impõe, entre outros, sobre a gestão democrática do Sistema, prevendo que, por intermédio da participação da comunidade na gestão do SUS, podem ser criados a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, instâncias colegiadas existentes em cada ente que compõe a federação brasileira.

Ao SUS compete, dentre outras funções: a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na produção, conforme o art. 6º, VI, da Lei nº 8.080/90 (BARROSO, 2008).

A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais, o da universalidade, como previsto na Constituição Federal, o da subsidiariedade e o da municipalização, que procura atribuir, prioritariamente, aos municípios, a execução de saúde pública em geral e de distribuição de medicamentos, em particular. (BARROSO, 2008).

A Constituição da República, de 1988, prevê, ainda, no seu art. 23, II, a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para cuidar da saúde. No que tange à atuação dos Municípios, o art. 30, VII, da Carta Magna afirma que os mesmos contarão com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado para a prestação dos serviços de saúde à população (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.080/90, no entanto, define o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS atribui-se a competência de

“prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”, para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal”. À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar, supletivamente, ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS incumbiu o planejamento, organização, controle, gerência e execução dos serviços públicos de saúde. (BARROSO, 2008, p. 886).

Essa distribuição de competências serve para que os serviços de saúde sejam prestados de forma mais eficiente, não podendo os entes utilizarem para se esquivar de obrigações, pois, como já afirmamos, a competência para cuidar da saúde é solidária.

5.5 O Direito Subjetivo à Saúde e a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175

Neste tópico, pretendemos trazer a discussão teórica para o campo fático. Porém, não pretendemos esgotar o tema com análise minuciosa da jurisprudência, mas expor, em caráter ilustrativo, uma decisão emblemática do Supremo que trata do direito subjetivo à saúde: a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

O presente caso que iremos analisar é um caso judicializado, e que versava sobre o direito fundamental à saúde, mais especificamente sobre o fornecimento de medicamentos. Trata-se de agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Estado do Ceará, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual iremos expor o voto do relator ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010).

O caso analisado possui a seguinte ementa:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2010, não paginado).

A autora era uma jovem de 21 anos de idade, portadora de patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença degenerativa comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa diversos movimentos involuntários.

Os relatórios médicos foram emitidos pela rede Sarah de Hospitais de Reabilitação, uma instituição privada. Eles afirmaram que o uso do medicamento denominado ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade dos portadores de NIEMANN-PICK TIPO C. O custo do tratamento era de R\$ 52.000 mensais.

A União Federal, em suas alegações, apontou a falta de registro do medicamento indicado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Alegou, também, que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes, as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se nestes casos, indevida interferência do judiciário.

A doutrina nacional tem se dedicado à interpretação do art. 196, da Constituição Federal. Essas discussões buscam definir como, e em que medida, o direito constitucional à saúde se traduz em um direito público subjetivo a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

O relator, ministro Gilmar Mendes, afirma, inicialmente, que as divergências doutrinárias, quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional, decorrem da natureza prestacional desse direito e da necessidade de se compatibilizar – o que se convencionou chamar de reserva do possível e mínimo existencial (BRASIL, 2010, não paginado).

Afirma, ainda, que na dimensão objetiva assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que são aqueles direitos fundamentais que dependem de providências estatais, com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Por fim, aponta que os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, implicam prestações em sentido estrito (positivo) e direitos de defesa (negativa), mas ambas as categorias de direitos requerem custos, sendo esse o principal argumento contrário à sua judicialização.

No que diz respeito aos direitos sociais, existe certa discussão acerca de sua aplicabilidade. Afirma-se que os direitos individuais seriam direitos sem custos, e

os direitos econômicos sociais e culturais teriam um custo para sua realização. Vemos, nesse ponto, que o relator reconheceu a indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Terezo (2014) aponta que o debate acerca de direitos com custo-zero e direitos dispendiosos para o Estado reflete a mesma base do debate em torno dos direitos de obrigação positiva e dos direitos de abstenção, isto é, tal divisão não é a maneira mais adequada de ver estes direitos. Deve existir uma visão que busque integrá-los. Correta, então, a posição do ministro acerca desta temática.

O voto analisado afirma a existência de uma discussão doutrinária acerca da efetivação dos direitos de caráter social. Para parte da doutrina, a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais assume a feição de normas programáticas dependentes da formulação de políticas públicas para a sua efetivação. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do judiciário, para a satisfação dessas políticas, violaria o princípio da separação de poderes e da reserva do financeiramente possível.

Um ponto interessante levantado pelo ministro, é que, em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade de cada cidadão. Por um lado o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, e por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Afirma, ainda, o ministro: “gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto a adoção de critérios distributivos para esses recursos” (BRASIL, 2010, não paginado).

O relator prossegue afirmando que, em razão da inexistência de suporte financeiros para a satisfação de todas as necessidades, o governo necessita fazer escolhas alocativas para a implementação de políticas públicas, e essas escolhas devem seguir critérios de justiça distributiva. Segundo o ministro, a escolha da destinação dos recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos e a maximização dos resultados. Essa forma de conduzir as políticas públicas é aquela própria do utilitarismo, a qual acreditamos que supre os direitos individuais e seguimentos minoritários da sociedade (BRASIL, 2010).

Esses critérios de justiça distributiva, mencionados no voto ora analisado,

pensamos serem aqueles que levam em consideração os diferentes indivíduos ou grupos que compõem a sociedade.

Assim, gastar mais recursos com uns do que com outros envolve adoção de critérios distributivos para esses recursos, devendo, então, o judiciário adotar critérios de justiça distributiva; e pensamos que os melhores critérios para fazer essa distribuição são aqueles propostos pelo liberalismo de princípios, conforme expusemos neste trabalho.

Em momento posterior ao voto, o ministro afirma que, muitas vezes, o judiciário não teria condições de analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte.

Sobre estas problemáticas apontadas pelo ministro, é oportuno trazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, quanto à questão das normas sociais serem essencialmente de cunho “programático”, vale ressaltar a crítica feita por Vera, Hermida e Martin (2008). Segundo os autores, tal postura é errônea, dado que os direitos sociais abrigam obrigações imediatas em algumas esferas, como a não discriminação e a adoção de medidas para sua realização. Nesse sentido, sua realização não pode ser postergada indefinidamente.

Também é válido apontar as críticas à judicialização feitas por Souza Neto (2010). O autor faz diversas críticas, porém, no voto do relator, é possível identificar três: a crítica liberal, a crítica financeira e a crítica institucional.

A crítica liberal se fundamenta no princípio da separação de poderes. O liberalismo político afirma que o poder decisório não deve ser concentrado em um único poder. A atuação do judiciário, no campo social, representaria usurpação dos outros poderes, e esse tipo de atitude levaria ao “governo dos homens” e não ao governo das leis. Tal crítica pode ser afastada devido o sistema de freios e contrapesos, que permite a atuação de um poder em uma função que seria de outro, o que a doutrina chama de “função atípica”, portanto, não é possível através da simples separação de poderes deslegitimar o judiciário.

Outro fundamento liberal para deslegitimar a atuação nos direitos sociais é que apenas os direitos civis seriam fundamentais.

Porém, é no próprio liberalismo que podemos desconstruir esta tese, vez que os direitos fundamentais sociais são vistos, também, como condições de liberdade.

Outra crítica que o autor faz é a crítica financeira, esta crítica diz respeito às decisões não passíveis de cumprimento, e está ligada à questão da “reserva do possível”. O problema aqui não é de legitimação, e sim de executoriedade, porém a legitimação exerce importante função nesses casos. Se a norma está inserida na fundamentalidade, o Estado deve provar que está faticamente impossibilitado de cumpri-la, se não está, o Estado deve proceder de acordo com a disciplina legislativa. É necessário, também, ponderar se a providência adotada pelo judiciário poderá ser universalizada.

E, finalmente, a crítica técnica, a qual também é indicada por Abramovich (2005), o qual aponta o limitado marco cognitivo do processo judicial e a formação profissional limitada dos juízes. Segundo esta crítica, o poder judiciário não teria condições para determinar uma política adequada. Ela não se sustenta devido ao fato do poder judiciário poder utilizar mecanismos que o auxiliem a tomar decisões corretas, como a figura do *amicus curiae*, perícias, ou até mesmo argumentos técnicos da Administração Pública trazidos em sede de resposta processual.

O relator passa, então, a analisar cada um dos elementos que compõem o art. 196, da Constituição Federal, quais sejam: “direito de todos”, “dever do Estado”, “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, “que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos”, regido pelo “princípio do acesso universal e igualitário” às “ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Primeiramente, por “direito de todos”, o relator entende que o direito à saúde possui uma dupla titularidade, quais sejam, individual e coletiva. Dizer que a norma do artigo 196, por se tratar de direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, isso significaria negar a força normativa da constituição.

A dimensão individual do direito à saúde, como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, a interpretação da norma programática em promessa constitucional vazia.

Esse direito público subjetivo é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de política pública que o concretize. Há, no entanto, diz o ministro, um

direito público subjetivo à políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Para o ministro Gilmar Mendes, a garantia judicial da prestação individual da saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde, o que, por certo, deve ser demonstrado caso a caso (BRASIL, 2010).

Pensamos, todavia, que, embora haja um direito público subjetivo à políticas públicas para a promoção, prevenção e recuperação da saúde, o direito subjetivo à saúde não pode ser condicionado à existência dessas políticas, devendo ser prestado sempre que o indivíduo necessitar.

O dispositivo constitucional (art. 196) também deixa claro que, além de direito fundamental, também há o dever fundamental às prestações por parte do Estado, bem como proceder às políticas públicas que visem a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. É necessário ressaltar, também, que esta é uma obrigação solidária e subsidiária entre os entes da federação (BRASIL, 1988).

O terceiro ponto levantado pelo ministro diz respeito à garantia de políticas sociais e econômicas para a efetivação de políticas públicas. Nesse sentido, haveria a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.

A decisão fala, ainda, de políticas que visem a redução do risco de doença e outros agravos, evidenciando sua dimensão preventiva. Estando essas ações, inclusive, previstas no art. 198, II, da Constituição Federal.

A Constituição Federal estabelece ainda um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde.

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação.

Mesmo diante do que diz a Constituição, há controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, em que inclusive, se discute o parâmetro para tanto.

O ministro traz, então, a existência de audiências públicas para discutir as demandas relativas à saúde. E afirma que ficou esclarecido a necessidade de o juiz verificar a existência ou não de política pública que abranja a prestação pleiteada

pela parte.

Entende o relator que o juiz, ao deferir uma prestação prevista em determinada política pública, o judiciário não está criando política social, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Afirma que se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas, é imprescindível distinguir se a prestação não decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa que optou por não fornecê-la ou uma vedação legal a sua dispensação.

Outro dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada medicação pelo SUS. Nessa hipótese, podem ocorrer duas situações: 1ª) o SUS fornece tratamento alternativo; 2ª) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia (BRASIL, 2010).

A partir de uma leitura art. 196, podemos deduzir que o Estado somente estaria obrigado a fornecer tratamentos previstos em políticas públicas.

A gestão do Sistema Único de Saúde requer que seja observado o acesso universal e igualitário, e isto se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas e a distribuição de recursos de forma eficiente. Pode-se concluir que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo próprio SUS, em detrimento da opção diversa escolhida, caso não se possa comprovar a eficácia desta.

Essa conclusão não afasta a possibilidade do poder judiciário ou da própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido é ineficaz. Inclusive ao fato do art. 196 da Constituição Federal prever o direito à saúde como um direito subjetivo, além de coletivo.

Situação diferente, diz o ministro, é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesse caso, é preciso diferenciar tratamentos puramente experimentais dos tratamentos não testados pelo SUS.

A inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema.

Passando a analisar os argumentos trazidos pela agravante, no caso, a União Federal, o ministro rejeita o primeiro deles, qual seja, o respeito à separação de poderes, por entender que o judiciário estaria legitimado a atuar nestas matérias, conforme fundamentos da própria decisão atacada.

Afirma ainda a agravante, que a decisão estaria equivocada devido ao fato de estar obrigando a União a cumprir deveres que são do Estado e do Município, fundamento rejeitado pelo relator por entender que a responsabilidade dos entes é solidária.

Sustentou, finalmente, a União, que a decisão atacada causaria grave lesão à economia e à ordem pública, fundamento também rejeitado pelo relator por ter o entendimento que o alto custo de um medicamento não é suficiente para impedir o seu fornecimento.

Ante isto, negou provimento ao agravo regimental.

É certo que o constituinte erigiu o direito fundamental à saúde como um direito fundamental e, portanto, de aplicabilidade imediata, conforme diz o art. 5º, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Maués (2010) aponta três dimensões de eficácia do direito à saúde, quais sejam: direito à saúde como norma objetiva, direito à saúde como direito subjetivo definitivo e direito à saúde como direito subjetivo *prima facie*.

A primeira dimensão diz respeito à Constituição obrigar o legislador a elaborar leis e regulamentos necessários ao exercício desse direito, afastando sua discricionariedade; nesse caso, o descumprimento dessas normas pode ser remediado pelo uso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.

A dimensão do direito à saúde, como um direito subjetivo definitivo, diz que as normas constitucionais conferem direitos subjetivos a prestações no que se refere ao seu conteúdo essencial. Esta concepção está baseada no princípio da dignidade humana e noção do mínimo existencial e, ao contrário de outras dimensões dos direitos sociais, a eficácia do mínimo existencial prescinde da atuação legislativa e não é ponderado com outros direitos.

A terceira dimensão é do direito à saúde, como um direito subjetivo *prima facie*; nessa visão, os direitos sociais são concebidos como princípios cuja aplicabilidade se sujeita a um processo de ponderação no caso concreto.

Vemos, primeiramente, que a decisão judicial ora examinada teve uma visão dos direitos sociais de forma a integrá-los, afastando a velha dicotomia direitos que exigem custos vs direitos de custo-zero.

Existem diversos pontos importantes trazidos por essa decisão; o primeiro que gostaríamos de ressaltar é a responsabilidade dos entes da federação. O

ministro afirma em seu voto que a responsabilidade dos entes é solidária, e que esse tipo de responsabilidade deve ser construído por um modelo de cooperação, coordenação e ação conjunta entre os membros da federação.

O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva, cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (SARLET, 2011).

Embora, em regra, o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados, em caráter excepcional, quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes (SARLET, 2011).

A desproporcional afetação do sistema de saúde e o comprometimento da ordem pública devem ser demonstrados pelo poder público.

Outro aspecto relevante levantado na decisão diz respeito à possibilidade da administração pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. A Lei nº 6.360/1976, ao dispor sobre a vigilância sanitária, afirma que nenhum dos produtos de que trata a referida lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue para o consumo antes do registro no ministério da saúde.

O registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo esse registro pressuposto para o SUS considerar sua incorporação.

Em casos excepcionais, porém, a importação de medicamentos não registrados pode ser autorizada pela ANVISA, desde que adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais para uso de programas do Ministério da Saúde.

Há de se distinguir o que é medicamento novo e o que é experimental: o medicamento novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado, ao passo que os medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de teste. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela ANVISA, ou inserido na lista de medicamentos das autoridades, poderá ser concedido mediante ação judicial vedada a imposição de fornecimento de medicamentos experimentais. (SARLET, 2011).

Essa decisão, sem dúvida, apresenta um notável avanço na consolidação

dos direitos fundamentais sociais, especialmente o direito à saúde, no entanto, sua concepção como um direito subjetivo ainda está bem longe de ser consolidada, principalmente pelos órgãos administrativos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão deste trabalho, iremos fazer algumas considerações que julgamos pertinentes.

A Seguridade Social, e, por conseguinte, o Sistema Público de Saúde revertem-se de grande importância para que as pessoas possam ter uma vida digna. O constituinte de 1988 elevou à categoria de princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, o que significa que o Estado brasileiro tem a responsabilidade de garantir um nível adequado de vida a todas as pessoas, e não garantir precariamente a sobrevivência.

Dessa forma, a constituição elencou uma série de obrigações que são dirigidas ao Estado. Essas obrigações estão expressas nas normas instituidoras dos direitos fundamentais, quer sejam eles os direitos e garantias individuais, quer sejam eles os direitos fundamentais sociais.

Dentre essas obrigações impostas ao Estado brasileiro está o direito fundamental à saúde que, como demonstramos, é um direito que deve ser prestado a todos, de forma igualitária, considerando as necessidades de cada indivíduo, sendo as normas que definem esse direito dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Os órgãos estatais, então, devem cumprir os mandamentos constitucionais com o máximo de eficiência, tanto em demandas individuais quanto em demandas coletivas, e essas normas não podem ser vistas como uma opção. Caso o Estado descumpra alguma dessas demandas, estará violando uma norma coativa, e tal violação poderá ser corrigida, se necessário, pela via judicial.

O problema é que existe ainda muita resistência de natureza teórica no que diz respeito ao reconhecimento de que o direito à saúde pode ser visto como um direito individual. Os defensores desse tipo de posicionamento afirmam que as demandas individuais, quando satisfeitas, acabam privilegiando o indivíduo, mas prejudicando a sociedade.

A afirmação comumente levantada pelo Estado e pelos que defendem essas restrições aos direitos fundamentais é a existência da reserva do possível, com o argumento de que não há recursos suficientes para atender a todas as demandas, especialmente as individuais, ou ainda, que as leis orçamentárias devem ser o campo de discussão da efetivação dos direitos fundamentais sociais e, sendo assim,

as demandas individuais estariam subordinadas a elas.

Conjugada a essa questão financeira está, também, a afirmação de que o direito à saúde somente pode ser prestado mediante a existência de políticas públicas que o instituam. Porém, muitas vezes, essas políticas, como já afirmamos, adotam critérios utilitaristas que não atendem a todos, deixando algumas pessoas de fora.

Outra postura conservadora muito adotada nega a função do Estado enquanto garantidor de direitos sociais básicos, devendo esse apenas garantir direitos de liberdade. Esse é o ideal dos seguidores do libertarismo.

Em sentido oposto a essas correntes, pensamos que a melhor proposta é o liberalismo de princípios, por manter a primazia do indivíduo frente ao Estado e à sociedade, mas com forte componente igualitário.

Adotar o liberalismo de princípios enquanto componente teórico para a satisfação do direito fundamental à saúde permite que o Estado passe a ser obrigado a garantir um bem-estar mínimo para cada cidadão, podendo, inclusive, serem manejados quaisquer instrumentos para esse fim.

Este trabalho, então, traz uma análise teórica dos ideais de igualdade e liberdade na contemporaneidade, a partir, principalmente, das ideias propostas por John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen. Esses teóricos apresentam teorias que, caso aplicadas, podem gerar condições melhores para os indivíduos, mediante uma distribuição de recursos mais justa.

A teoria da justiça de John Rawls, enquanto uma teoria liberal, mantém o indivíduo no cerne das questões, afirmando que a liberdade desse pressupõe a satisfação de todas as suas necessidades. A redistribuição dos bens que satisfaçam essas necessidades, então, tem que considerar cada pessoa, caso contrário, não se estará fazendo uma distribuição adequada.

Dessa forma, é assegurado a cada pessoa um conjunto de direitos mínimos que estão assegurados pelo Estado. Esse conjunto é o que Rawls chama de bens primários, e que optamos por traduzir como direitos fundamentais, no caso desta dissertação, mais especificamente, à saúde. Essa distribuição é realizada pelo princípio da diferença, em que uma parte do que cada indivíduo mais favorecido recebe deve ser redistribuída em proveito daqueles que estão em pior situação.

Não obstante, Rawls apresentou uma teoria com largas vantagens e com boas possibilidades de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, o que nos levou

a adotá-la como o principal referencial teórico. Sua teoria ainda apresenta algumas falhas.

O primeiro problema na teoria de Rawls é que ela coloca a liberdade em um primeiro plano, devendo prevalecer sobre a igualdade, só podendo a liberdade ser restringida em nome da própria liberdade. Para o caso do constitucionalismo brasileiro, em que o constituinte tem uma grande preocupação com a igualdade, estabelecendo um amplo catálogo de direitos sociais, acrescentamos as teorias de Ronald Dworkin e Amartya Sen, fazendo alguns ajustes e complementações.

A teoria da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, por outro lado, coloca a igualdade no mesmo plano da liberdade, além de ser uma teoria mais sensível às desvantagens naturais que as pessoas porventura possuam, o que está adequado para os fins deste trabalho, pois tratamentos de saúde são requeridos por pessoas que possuem uma condição particular.

Para garantir a distribuição dos recursos, Dworkin utiliza o leilão hipotético, mecanismo pelo qual são distribuídos os bens valiosos na sociedade, que garantem a igualdade de recursos. Aliado a esse esquema, Dworkin também propõe um mercado de seguros de natureza compulsória e facultativa, que atenuará as desigualdades surgidas após o leilão, seja por sorte bruta ou por opção.

Em termos factíveis, esse arranjo de leilão mais seguro pode ser compreendido como um sistema de tributação e redistribuição através de um sistema universal, que pode ser visto como a seguridade social brasileira e, por consequência, o Sistema Único de Saúde. E por essa razão, utilizamos a teoria da igualdade de recursos como forma de complementar a teoria de Rawls e subsidiar o direito à saúde enquanto um direito subjetivo.

De modo a refinar a teoria da igualdade de recursos, para incluir as características especiais de cada indivíduo em relação à distribuição de recursos, utilizamos, conjuntamente, com as teorias de Rawls e Dworkin, as ideias de Amartya Sen.

Para Amartya Sen (2008), a igualdade não deve se concentrar nos recursos, mas, em como as pessoas efetivamente os utilizam. Para o autor, a igualdade não pode ser de bens primários ou de recursos, e sim de capacidades, que é a maneira como as pessoas utilizarão, efetivamente, aqueles recursos que lhes forem ofertados.

Segundo Amartya Sen (2008), é necessário inserir as deficiências e

desvantagens que os indivíduos possuem na métrica da igualdade, dessa forma, os recursos a serem distribuídos devem levar em consideração as condições particulares de cada pessoa, devendo a distribuição ser ajustada conforme essas condições.

A teoria de Amartya Sen, então, pode ser vista como uma forma de enxergar que existem diferenças dentro da sociedade e que o governo deve estar atento a essas quando elaborar as políticas de saúde. Mas, como afirmamos anteriormente, o grau de subjetividade gerado pela teoria de Sen é muito alto para que possa ser considerada como uma teoria factível, servindo somente como forma de complementar as outras teorias que expusemos.

A igualdade e a liberdade são valores que se revestem de importância primordial em todos os aspectos do estudo das relações entre indivíduo, Estado e sociedade, quer seja essa relação analisada sob a ótica do Direito ou das demais ciências sociais.

Nesse sentido, a filosofia política de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen têm um papel de destaque ao estabelecer a relação existente entre a liberdade e a igualdade. As ideias trazidas por esses autores também ajudam a estabelecer uma unidade entre os direitos fundamentais sociais e as condições de liberdade para os indivíduos.

Trazendo essas teorias para a prática, mais especificamente para o contexto do constitucionalismo brasileiro, escolhemos o direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde como o espaço de análise sobre a aplicabilidade da ideia de justiça distributiva proposta pelos autores.

Isso significa que, nas políticas de saúde, não basta que o governo disponibilize uma determinada gama de tratamentos e medicamentos para todos, mas deve considerar as necessidades pessoais da pessoa que demanda um tratamento, seja ainda em sede administrativa ou judicial.

Podemos evidenciar que, apesar da necessidade de alguns ajustes, a teoria da justiça proposta por John Rawls, complementada por Dworkin e Sen, se adequa ao Sistema Único de Saúde brasileiro, à medida que permite uma redistribuição de recursos em forma de serviços básicos de saúde, deixando em uma situação melhor aqueles indivíduos menos favorecidos na sociedade.

Mais do que isso, em uma democracia constitucional, é necessário garantir a participação de todos, garantindo aos indivíduos e aos grupos vulnerabilizados um

núcleo irreduzível de direitos que devem prevalecer, mesmo diante de concepções majoritárias. E a adoção do liberalismo de princípios como modelo teórico cumpre muito bem essa função.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o sistema de saúde brasileiro, enquanto um sistema que visa garantir condições mínimas para o indivíduo, se ajusta à teoria igualitária do liberalismo de princípios, servindo de campo de aplicabilidade prática para essa. A incorporação dos princípios do liberalismo igualitário nas políticas governamentais faz o indivíduo tomar um lugar ao lado da coletividade, como destinatário dessas políticas, mas também permite que busque o judiciário caso o governo seja omissivo.

Uma determinada teoria para o Direito deve ser factível. Caso essa não possua aplicabilidade prática, deverá ser descartada. Paralelamente, muitos institutos jurídicos precisam de uma fundamentação político-filosófica que os justifique. Por isso que entendemos a relação congruente feita entre o liberalismo de princípios e o direito fundamental subjetivo à saúde.

A Constituição Federal estabelece a obrigação de cuidar da saúde ao Estado brasileiro, isso é, o Estado, no âmbito de todos os seus poderes e em cada uma das esferas da federação. Frise-se que não descartamos a possibilidade dessa obrigação ser adimplida por meio de políticas coletivas, ou mesmo de ações coletivas junto ao poder judiciário, mas que junto a essas seja também considerada a dimensão individual desse direito.

Isso só é possível se o direito à saúde for visualizado sob o enfoque do liberalismo igualitário e não sob o viés de teorias conservadoras, que prezam somente pelo coletivo, como o utilitarismo, ou que pregam que o Estado não é responsável pelo bem-estar das pessoas, devendo cada um amearhar o que é necessário para seu projeto de vida, segundo seus esforços próprios, como prega o libertarismo.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão que analisamos, com a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 já apresentou um sensível avanço nesse sentido, pois considerou que o destinatário do direito à saúde é o indivíduo, devendo o Estado arcar com as prestações de saúde independentemente do seu custo.

Embora os ministros não tenham utilizado como fundamento da decisão o liberalismo de princípios, pensamos que os principais preceitos de justiça distributiva presentes nessa teoria política foram adotados pelo Supremo Tribunal Federal

quanto ao julgamento desse caso. Pois o tribunal não somente reconheceu que é possível a judicialização de uma demanda individual, como nos fundamentos da decisão afirmou que há um direito público subjetivo às políticas públicas de saúde.

É preciso, então, que a saúde seja levada a sério, devendo o governo garantir níveis adequados de saúde para todos os indivíduos, sem distinções de qualquer natureza, pensando esse direito além do viés coletivo, excluindo teorias que justifiquem a inércia do Estado. Claro que ainda há muito a ser feito, mas reconhecer que é devido às pessoas, o básico já é um bom começo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 2, p. 189-223, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAKAWA, Hirohito Diego. **Democracia, Poder Majoritário e Contramajoritário: o debate teórico sobre a Revisão Judicial**. Belém, 2014. Dissertação.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O Direito à prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

BENTHAM, Jeremy. **As Introduction to the Principles of morals and Legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 Nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, DF, 17 mar. 2010. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, n. 076, 30 abr. 2010.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>.

Acesso em: 10 nov. 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTR, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 349-395.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 2, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012> Acesso em: 15 jan. 2015.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014a.

_____. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014b.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo : Atlas, 2003.

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

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOMCI, Arthur Laércio. **Igualdade e Previdência Social: aspectos Igualitários da previdência brasileira sob a perspectiva de Ronald Dworkin**. Belém, 2011. Dissertação.

JACOBS, Lesley A. Justice in Health Care: can Dworkin Justify Universal Access?. In: DWORKIN, Ronald; BURLEY, Justine (Eds.). **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**. Blackwell Publishing, 2004.

JELLINEK, G. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milano, 1910.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008 (Coleção a obra prima de cada autor).

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de**

metodologia científica. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 257-273.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da saúde**. São Paulo: Sariava, 2013.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa – Portugal: Edições 70. 2006.

Nozick, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 jan. 2015.

PAMPLONA, Karla Marques; VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da Política Pública: controle judicial da execução orçamentária. **Boletim Governet de Orçamentos e Finanças**, Curitiba, n. 41, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/karla_marques_pamplona.pdf> Acesso em: 15 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. [São Paulo]: Saraiva, 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, João Cardoso. O liberalismo igualitário in: ROSAS, João Cardoso (org.) **Manual de Filosofia Política**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral**

dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica da Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em:<
<http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/11>> Acesso em: 15 jan. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 117-148.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCAFF, Fernando Facury; NUNES, António José Avelãs. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SHAPIRO, Ian. **Moral Foundations of Politics**. London: Yale University Press, 2012.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Lisboa: Gradiva, 1993.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-551.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271> Acesso em: 15 jan. 2015.

VERA, Oscar Parra; HERMIDA, María Aránzazo Villanueva; MARTIN, Agustín Enrique. **Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**: sistema universal y sistema interamericano. San José – Costa Rica: IIDH, 2008. Disponível em: <https://www.academia.edu/10040781/Protecci%C3%B3n_Internacional_de_los_Derechos_Econ%C3%B3micos_Sociales_y_Culturales._Sistema_Universal_y_Sistema_Interamericano> Acesso em: 15 jan. 2015.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

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

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.