

DE COMO A SENTENÇA NÃO PODE CONSTITUIR UM “GRAU ZERO” DE SENTIDO NA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Ana Paula Caldeira¹

RESUMO: O presente artigo visa investigar a legitimidade da técnica da ponderação de interesses para fundamentar decisões judiciais sobre o direito à saúde. Isto é, busca-se encontrar critérios de decisão que fujam do subjetivismo e da discricionariedade dos magistrados, propugnando-se pela resposta hermenêutica e constitucionalmente correta. O que se defende no artigo é que a justiça não deve ficar condicionada ao fator “sorte”, de acordo com o magistrado que for julgar a causa, em especial quando o assunto é o direito à saúde. Com base nos estudos filosóficos de Heidegger e Gadamer, bem como nas diversas teorias de Dworkin, conclui-se que a igualdade na alocação de recursos deve ser vista como a “virtude soberana” na tutela da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito a Saúde. Resposta Correta. Virtude Soberana.

ABSTRACT: This article aims to investigate the technical legitimacy of the balancing to substantiate judgments on the right to health. That is, it seeks to find decision criteria to flee the subjectivism and the discretion of judges, advocating by the hermeneutics and constitutionally correct answer. What stands in the article is that justice should not be subject to the "luck" factor, according to the magistrate who is to judge the cause, especially when it comes to the right to health. Based on philosophical studies of Heidegger and Gadamer, and the various theories of Dworkin, it is concluded that equality in the allocation of resources should be seen as the "sovereign virtue" in the protection of health.

KEYWORDS: Correct. Right to Health. Sovereign Virtue.

¹ Doutora em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS.). Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Extensão em Direitos Humanos pela Universidad de Burgos (UBU) e Universidad de Sevilla, ambas na Espanha. Especialistas em Direito Público, em Direito Civil e Direito Privado. Avaliadora Ad Hoc da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito da Escola Superior de Advocacia da OAB/Barra. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professora no Curso de Pós Lato Sensu do IBMEC. Atua profissionalmente como Oficial de Registro Civil Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da 3ª Zona Judiciária de Niterói/ RJ.

1 DE COMO A SENTENÇA NÃO PODE CONSTITUIR UM “GRAU ZERO” DE SENTIDO: A tradição como âncora do Direito

Este artigo tem como foco questionar até que ponto as decisões judiciais podem, por critérios discricionários e calcados na subjetividade dos seus julgadores, a todo instante instaurarem um novo marco paradigmático de interpretação das normas (e, conseqüentemente casos) que se põe a julgamento.

Inevitável, pois, é a reaproximação dos ensinamentos de Heidegger e Gadamer que buscaram a superação do subjetivismo interpretativo, bem como o alcance da pré-compreensão como horizonte de sentidos.

Apesar do exposto, é preciso que fique ainda mais claro que a pré-compreensão adotada por Gadamer² a partir da leitura de Heidegger, não pode ser confundida com a subjetividade e a visão particular de mundo do juiz.

Afirmar que para todo caso é possível encontrar uma resposta constitucionalmente mais adequada e que esta depende de uma pré-compreensão conferida pela tradição que funciona como condição de possibilidade, não implica em aceitar a discricionariedade e as concepções pessoais do julgador, que é justamente o que se quer evitar.

Entretanto, a confusão de conceitos é frequentemente feita por quem se depara, ainda que incidentalmente, com os estudos da hermenêutica-filosófica gadameriana.

No entanto, são corriqueiras as críticas formuladas por autores³ que comungam as teorias de Alexy e da ponderação de valores contra o entendimento aqui sufragado.

Tais críticas sustentam ser desaconselhável a utilização da pré-compreensão como elemento norteador de uma hermenêutica constitucional, tendo em vista que a sociedade brasileira é plural e fragmentada, existindo distintas visões de mundo disputando espaço.

A questão que precisa ser ressaltada é que não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria. Tal fato não autoriza que o intérprete possa colocá-las acima da Constituição.

Defende-se, ainda, que a inadequação da utilização da pré-compreensão reside no fato de que os estigmas e desigualdades têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras e isto macularia a “pré-compreensão” de nossos intérpretes.

Reaproximando a discussão aqui travada com o tema principal da pesqui-

2 GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. v. II - A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 42.

3 Por todos, Daniel Sarmiento. SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do Intérprete*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988* (Coord. Daniel Sarmiento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binembojm) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311.

sa, veremos que no direito à saúde, tais questões não são de somenos importância, mas ao contrário conferem a legitimidade às decisões judiciais, bem como respaldam os jurisdicionados com a certeza de que obterão a mesma resposta judicial independentemente das convicções pessoais do julgador da lide.

Não raro se verifica a tentativa de resolver os problemas da implementação do direito à saúde através de ações cujos pedidos, embora não tenham na sua essência pertinência direta com o direito fundamental, acabam sendo deferidos judicialmente por tangenciarem a saúde.

Neste sentido é farta a jurisprudência ao trazer as mais diversas decisões que, amparadas sob o manto do direito social-fundamental à saúde, determinam que o Estado arque com despesas médicas que vão desde cadeira de rodas⁴, fralda descartável⁵ até leite em pó⁶, remédios para acne⁷, protetor solar⁸, tratamento para sudorese⁹ e concessão de meias de alta compressão¹⁰ para tratamento de trombose profunda, e que tais. Sem falar nas já conhecidas decisões que veem absurda “fundamentalidade” no direito ao recebimento, de modo gracioso ao jurisdicionado, mas custeado pelo Estado¹¹, de remédios para impotência sexual¹².

4 Agravo de Instrumento nº 70047948682 - 7ª Câmara Cível – TJ/RS. Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol - Julgado em 12/04/2012. Agravo de Instrumento nº : 0014620-95.2012.8.19.0000 - 3ª Câmara Cível – TJ/RJ. Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa – Julgado em 21/03/2012.

5 Apelação Cível nº 7004683210170046832101 - 8ª Câmara Cível do TJ/RS. Rel. Des. Rui Portanova. Julg. em 12/04/2012. Apelação Cível Proc. nº: 0056216-81.2008.8.19.0038 – 20ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim. Julg. em 15/03/2012. Apelação Cível Proc. nº 0001792-46.2011.8.26.0505 - 10ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. Julg. em 02/04/2012.

6 Proc. nº 0010519-63.2010.8.26.0073 - 3ª Câmara de Direito Público do TJ/SP – Rel. Des. Angelo Malanga. Julg. em 03/04/2012.

7 REMÉDIO PARA ACNE – ISOTRETINOÍNA 20 MG/ROACUTAN: Apelação Proc. nº 0023309-16.2010.8.26. - 13ª Câmara de Direito Público do TJ/SP – Rel. Des. Ferraz de Arruda - Julgam. em 29/02/2012.

8 Apelação Cível nº 2009.001.36257 - 17ª Câmara Cível do TJ/RJ - Rel.Des. Maria Inês da Penha Gaspar - Julgamento: 22/07/2009.

9 Apelação Cível em Mandado de Segurança Nº 570.423-5/1 do TJ/SP.

10 Apelação Cível nº 0015581-64.2009.8.26.0576 - 6ª Câmara de Direito Público do TJ/SP.

11 Sobre despesas públicas e a discussão sobre a ausência de recursos para justificar a carga tributária, recomendamos a tese de Doutorado de Claudio Carneiro. CARNEIRO, Claudio. Crítica Hermenêutica das decisões do STF em matéria tributária: a vulnerabilidade da teoria argumentativa de Robert Alexy e a autofagia do sistema tributário nacional, Rio de Janeiro, defendida em 2013.

12 “O fato de ser o VIAGRA vulgarmente conhecido ‘salvador’ da raça masculina, possibilitando atividade sexual satisfatória àqueles que não a desempenhavam de tal forma, é desinfluyente. Não se cuida de mero capricho do Autor. Trata-se, sim, de necessidade.(...) Privar alguém que já se encontra em difícil situação, diante da paraplegia, do tratamento

E mais recentemente, o entendimento de que cabe ao Estado custear às mulheres carentes, o direito de realizar tratamentos de inseminação artificial¹³.

Se em um primeiro momento tais decisões parecem acertadas, já que todas tangenciam, ainda que de modo indireto, o direito prelecionado no art. 196 da Constituição, mediante uma análise um pouco mais minuciosa, se chegará à conclusão de que é preciso que se busque hermeneuticamente uma resposta correta para os pleitos que se colocam à decisão judicial envolvendo remédios e tratamentos médicos.

Isto porque considerada a fundamentação de tais pedidos calcada tão-somente na vagueza do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à saúde, o raciocínio levaria à conclusão da procedência de toda e qualquer ação que visa à obtenção gratuita de medicamentos.

Importante passo seria dado se fossem criadas Varas especializadas nas demandas que envolvem o direito à saúde, pois neste caso todas as ações deste tipo seriam centralizadas em juízo único que poderia estar mais aparelhado para análise sob o ponto de vista global¹⁴. Ações propostas de modo difuso não só não

da doença já reconhecida por seu médico como disfunção erétil (doc. de fls. 18), somente pelo preconceito existente na sociedade de que a mesma não é moléstia, cuidando-se de satisfação sexual pura e simplesmente, parece atitude desumana. Apelação Cível nº 3833/2004. Processo nº. 0141149-11.2002.8.19.0001 (2004.001.03833). Julgamento em 24 de maio de 2005. Des. Renato Simoni. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No entanto há de se frisar que o entendimento supracitado não é majoritário, sendo mais frequentes as decisões que indeferem tal medicamento por não configurarem indispensabilidade à vida do paciente-jurisdicionado, como bem salientou a decisão, in verbis: “Como bem lançado na sentença recorrida (fl. 23), “por mais que a disfunção erétil afete a vida sexual do autor, e, conseqüentemente, sua autoestima, o remédio destinado a proporcionar ereções (Viagra ou Sildenafil e Cialis), com certeza não é essencial a que o autor continue a viver.” Apelação Cível nº 70024634032 – 21ª Câmara Cível – Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgamento em 04 de junho de 2008 Cabe aduzir ainda que este também é o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme conclusão da 10ª Câmara de Direito, ao dispor que: “Não é razoável compelir o Poder Público a fornecer um medicamento com a finalidade específica de provocar ereções”. Consultor Jurídico on line. Direito à vida: TJ-SP não garante tratamento para impotência sexual. 29 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-29/estado-nao-obrigacao-fornecer-remedio-impotencia-sexual>>. Acesso em 30 de maio de 2012.

13 Direito à saúde: Estado do RS deve custear tratamento de fertilização. Consultor Jurídico on line. 24 de abril 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-24/estado-obrigado-custear-tratamento-fertilizacao>> Acesso em 30 de abril de 2012.

14 Situação que inclusive será colocada à discussão para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proposta por Flávio Dino, ex-Secretário do CNJ. Calcula-se que aproximadamente 240 mil ações judiciais tramitem hoje, na maioria envolvendo pedidos de concessão de medicamentos pelo SUS e leitos em hospitais da rede pública. UTI judicial: Flávio Dino propõe ao CNJ criação de varas de saúde. Notícias da Revista Consultor Jurídico, 28 de

promovem a saúde, como acabam dificultando a ordenação das políticas públicas do setor.

O que se pretende superar é o inevitável “efeito cascata” das decisões judiciais a partir de construções hermenêuticas destoantes de sentido.

Conforme ressalta Lenio Streck¹⁵,

Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto de interpretação do texto”, ou de que “o intérprete sempre atribui sentido (Sinnegebung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste - o intérprete - poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta Adeodato.

Resta, pois, reconstruir as trilhas hermenêuticas que levaram à elaboração do art. 196 da Lei Maior e a incorporação do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico pátrio para - passo seguinte - estabelecer os limites semânticos de tal direito bem como espantar as interpretações que se afastam do sentido originalmente idealizado.

2 A PRÉ-COMPREENSÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

Gadamer ao inaugurar nova corrente de pensamento na contemporaneidade é influenciado fortemente por Heidegger¹⁶. Mas diferentemente do que se costuma pensar, Gadamer não foi apenas um continuador da linha filosófica heideggeriana¹⁷, aprofundando questões como a tradição e a pré-compreensão e diferenciando-se do antecessor pela mutualidade¹⁸.

Desde logo, com Duque-Estrada, afirmamos que a tradição pode ser con-

abril de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-28/flavio-dino-propoe-criacao-varas-especializadas-direito-saude>. Acesso em 30 de abril de 2012.

15 STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 142.

16 DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Verbete sobre “Hans-Georg Gadamer”. In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 372.

17 Abordando temas heideggerianos como: a) conceito mais originário de compreensão; b) a destruição da metafísica: resgatando a experiência do pensamento originário e c) a temática da essência da verdade.

18 Aspecto de relação com o outro, colocando o sujeito em posição de escuta para compreender. Conforme ressalta Marrafon, Gadamer deu nova perspectiva às ideias heideggerianas, “promovendo a sua ontologização”. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido à estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008. p. 171.

ceituada como “a constante recepção de conceitos, costumes e práticas a que nos encontramos permanentemente expostos pela linguagem”¹⁹.

Também inspirado por Wittgenstein e Nietzsche, Gadamer utiliza a noção de “jogo” para tentar definir a verdadeira realidade da linguagem e afastar toda a espécie de subjetivismo, na forma de pergunta e resposta aberta.

Portanto a hermenêutica centra-se sobre a ideia do incompreensível, o que ainda não foi dito, que conseqüentemente o leva à senda do perguntar para compreender²⁰.

Nesse sentido a linguagem filosófica não pode ser reduzida a um conjunto de sentenças ou símbolos matemáticos, pois ela não é tanto um objeto, mas sim a realização do nosso ser-aí, do que pensamos, desejamos e somos.

A hermenêutica filosófica em Gadamer não se resume, portanto, tão-somente, a uma doutrina que busca analisar o modo de compreender o mundo fático, mas sim a assunção de postura que tenha como diretriz uma pergunta filosófica.

E para a consecução deste objetivo é imperioso saber que a arte de interpretar nada mais é do que vivenciar uma experiência, o que implica também, a quebra constante de expectativas determinadas, sendo certo que para Gadamer a verdadeira experiência é aquela em que o homem se torna consciente de sua finitude.

Não se pode esquecer de mencionar, neste contexto, que há em Gadamer a retomada do conceito de alteridade, isto é, o reconhecimento do “tu” no desenvolvimento do processo dialético, que terá importância na (e para a) pré-compreensão.

Essa mudança de paradigma se revela quando no processo hermenêutico há o reconhecimento autêntico de que o outro também pode ter razão sobre o “eu”. Quando isso acontece, nenhum dos polos em jogo é anulado, mas ambos reconhecem-se no outro ampliando seus horizontes.

Em Gadamer a pré-compreensão traz dois elementos, que são conceitos-chave: a) a abertura e b) a experiência.

Assim, trazendo Gadamer para a discussão do Direito, e mais precisamente para o campo decisório que nos propusemos a abordar, é preciso admitir que a lei não traz de antemão todos os sentidos e elementos para aplicação antes mesmo do uso que se faça dela. O desvelamento do sentido da lei pelo juiz terá que ser realizado no momento em que este se depara com o caso concreto e tiver que manejar a norma.

E isto é inevitável, porque nossa capacidade de interpretar nos acompanha desde o momento em que acordamos até a hora de dormir, já que é o nosso modo

19 DUQUE-ESTRADA. Op. Cit. p. 372.

20 RHODEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. p. 70.

de conhecer e nos situar no mundo, não sendo um ato de vontade²¹.

Somente somos capazes de entender e compreender porque já há uma pré-compreensão do que se põe a conhecer, mesmo que não totalmente. Ou como bem coloca Rhoden²², “podemos compreender mais e melhor porque fomos projetados a viver num mundo que nos compreendeu, que nos plasmou antes que soubéssemos disso”. Ou seja, é a adoção de um olhar referencial, haja vista que só compreendemos quando o identificamos com algo que já integra nosso horizonte de sentido e compreensão anterior.

Não há grau zero de conhecimento nesse sentido, sendo certo que o fato de não termos “nascido a bordo²³”, nem tampouco na “carona da história²⁴” é que exige que a pré-compreensão seja levada pelo juiz no seu agir decisório, não havendo necessidade de lançar mão de método outro como a ponderação de interesses, por exemplo.

Gadamer mesmo não sendo um filósofo voltado especificamente à Ética desenvolveu sua hermenêutica dentro de uma postura ética, não podendo prosperar, portanto, a afirmação de seus críticos, de que a adoção da pré-compreensão como critério decisório judicial seria admitir preconceitos.

A pré-compreensão estudada na filosofia gadameriana é de fundamental importância para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica, por ser a condição de possibilidade da nossa compreensão, verdadeira estrutura pré-conceitual, conforme salienta Manfredo Araújo de Oliveira²⁵.

Gadamer segue o pensamento de Heidegger no que concerne à matriz da Fenomenologia²⁶. Segue também a ideia de que existe um espaço intermediário entre o sujeito e o objeto, entre o sensível e o racional que seria a intencionalidade. Toda consciência é consciência de algo; ou seja, não há consciência pura, neutra, sozinha (como ocorria para Descartes).

21 RHODEN, Luiz. Interfaces da hermenêutica: Método, ética e literatura. Caxias do Sul: EDUCS, 2008. p. 35.

22 Ibidem. pp. 38/39

23 Ibidem p. 39.

24 Ibidem p. 39.

25 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea. Direito. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 227.

26 Uma das correntes mais importantes na Filosofia do séc. XX que busca “se afastar para ver melhor”, para “iluminar melhor” que tem por fim “voltar ao mundo” ou “às coisas mesmas”, que é o slogan da Fenomenologia. É a tentativa de recuperar um contato primitivo com as coisas. Resgatar para esse mundo o momento em que o sujeito e o objeto se encontram pela 1ª vez. Tal movimento foi iniciado por Husserl, que buscava um método de suspensão dos sentidos em que o conhecimento verdadeiro parte do singular, vai “recortando” as experiências particulares, o que há de psicológico, botando molduras e o que sobrar disso é fenômeno. Isto é não algo tomado como dado desde o início. GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em retrospectiva. v. IV - A posição da filosofia na sociedade. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 110.

Neste espectro, somos sempre atingidos pelo mundo, não se podendo falar em uma prioridade do sujeito. Este é fruto do mundo.

E mesmo quando estamos sós, assim somos em função do outro, do ser-com-o-outro, que é preservado em Gadamer.

O autor segue nessa discussão dizendo que o ser-á só desponta (“O mundo munda²⁷”) na linguagem, razão pela qual esta não é (nem pode ser objetificada) ou apropriada²⁸.

Por tal motivo a arte de compreender um texto não é simplesmente “decifrar” os caracteres da escrita, unir as letras, mas sim traduzir o texto à fala²⁹.

Para tanto, se faz necessário seguir a trilha hermenêutica, que impõe investigar o sentido do texto. Não com o objetivo de tentar descobrir o pensamento do autor na elaboração do texto, o que seria impossível ou bastante difícil, mas transportar-se para o momento do texto e colher as impressões daquele momento fazendo um elo com o presente.

Assim, diante de todo texto, a tarefa do intérprete não pode introduzir seu gosto pessoal ou mesmo hábitos, mas ao contrário reconhecer que a tarefa interpretativa é buscar a compreensão deste somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor em posição de abertura para a opinião do outro e até mesmo do texto em si, em perfeita posição de alteridade³⁰.

Perseguindo-se essa posição prévia é que se permite buscar os “preconceitos” do texto e, portanto, a sua tradição, que significa “ter validade sem precisar de fundamentação³¹”.

Apesar do exposto, é preciso que fique ainda mais claro que a pré-compreensão adotada por Gadamer a partir da leitura de Heidegger, não pode ser confundida com a subjetividade, pré-conceitos e nem com a visão particular de mundo do juiz.

Afirmar que para todo caso é possível encontrar uma resposta constitucionalmente mais adequada e que esta depende de uma pré-compreensão conferida pela tradição que funciona como condição de possibilidade, não implica em aceitar a discricionariedade e as concepções pessoais do julgador, que é justamente o que se quer evitar.

Entretanto, a confusão de conceitos é frequentemente feita por quem se depara, ainda que incidentalmente, com os estudos da hermenêutica-filosófica heideggeriana-gadameriana.

27 GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. v. II - A virada hermenêutica. Op. Cit. p. 42.

28 GADAMER, *Hermenêutica em retrospectiva*. v. IV. Op. Cit. p. 95.

29 *Ibidem*. p. 88.

30 Ou nas palavras do próprio Gadamer: “Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Op. Cit. p. 358.

31 *Ibidem*. p. 372.

Muito embora existam diversos autores que cometam tal deslize, optamos por tecer os esclarecimentos a partir das críticas feitas por Daniel Sarmento³², fiel seguidor das teorias de Alexy e da técnica da ponderação de valores.

Sarmento estabelece ser desaconselhável a utilização da pré-compreensão como elemento norteador de uma hermenêutica constitucional, tendo em vista que a sociedade brasileira é plural e fragmentada, existindo distintas visões de mundo disputando espaço.

A questão que precisa ser ressaltada é que não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria. Tal fato não autoriza que o intérprete possa colocá-la acima da Constituição.

Para o autor a inadequação da utilização da pré-compreensão reside no fato de que os estigmas e desigualdades têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras e isto macularia a “pré-compreensão” de nossos intérpretes³³.

A primeira crítica feita por Sarmento e que o faz “desconfiar das pré-compreensões” é que habitamos um mundo plural, complexo, em que não há uma única pré-compreensão e sim múltiplas cosmovisões, algumas absolutamente conflitantes. Não haveria, pois, um *ethos* comum³⁴.

O autor não descarta a pré-compreensão, mas duvida que esse seja o único meio ou o melhor meio para alcançar a resposta correta na interpretação do Direito.

Esse primeiro argumento do autor merece ser rebatido eis que Sarmento confunde pré-compreensão com visão de mundo. São coisas absolutamente distintas.

Não é relevante na hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana-gadameriana a concepção moral do julgador. Pré-compreensão se relaciona com a tradição, e esta por sua vez apresenta elementos de uma matriz comum. Se não for comum, não é tradição e, portanto, deve ser repudiado por simplesmente revelar o “gosto” individual do julgador³⁵.

Stein chama isso de “standard de racionalidade” da Fenomenologia hermenêutica, sendo certo que é com ela que “se supera toda a questão extrínseca de

32 SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 311.

33 Sarmento propõe não um abandono da pré-compreensão e sim uma “filtragem” dessa pré-compreensão, a partir de uma racionalidade crítica em que todos devem ser tratados como livres e iguais. Ibidem, p. 312.

34 Idem, ibidem. p. 313.

35 “É neste ponto que a fenomenologia hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da ideia de que a dualidade metodológica de aplicar e compreender (ou o processo das subtilidades que comandava a interpretação hermenêutica clássica de que Gadamer fala) será precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade (standard de racionalidade estruturante). STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 59.

fundamentação de um discurso e também a veleidade de autofundamentação de qualquer discurso científico³⁶”.

Outra crítica feita por Daniel Sarmiento diz respeito ao fato de poderem subsistir na sociedade mais de uma pré-compreensão socialmente aceita. E assim sendo, não existindo uma única pré-compreensão aceita o que restaria na verdade na visão do autor, seriam “pré-compreensões individuais de cada intérprete com seus valores e psiquismo³⁷”.

Isto corresponderia a liberar o arbítrio individual de quaisquer amarras comprometendo a possibilidade de controle intersubjetivo. Resultado disso seria a valoração dos juízes se sobrepondo à vontade dos representantes do povo, trazendo ofensa à Democracia.

Em réplica, é preciso ratificar que a aposta na pré-compreensão não exige de forma alguma o intérprete de fundamentar suas decisões mostrando a trilha que o levou até sua decisão. Trata-se de exigência constitucional disposta no art. 93, que não pode ser afastada independente da matriz teórico-ideológica que se adote. Na verdade o que os defensores da pré-compreensão sustentam é justamente o contrário. É o respaldo num standard hermenêutico de pré-compreensão que vai legitimar a decisão, não podendo se confundir mais uma vez (como faz Sarmiento) pré-compreensão com ponto de vista.

O que se deseja, em consonância com a alteridade, é a abertura à opinião do outro e do próprio texto³⁸.

O último ataque feito por Daniel Sarmiento estabelece que a aposta hermenêutica na pré compreensão parece ignorar o fato de que as nossas tradições e práticas sociais estão encharcadas de opressão, estereótipos negativos e de preconceitos. Para ele “introjetamos e neutralizamos os preconceitos” e neste aspecto a pré-compreensão pode ser uma instância de reforço das injustiças e hierarquias naturalizadas na cultura e na tradição³⁹.

Mais uma vez afirmamos que Sarmiento incorre em erro por empregar o termo pré-compreensão em sinonímia com preconceito.

Gadamer distingue os preconceitos legítimos dos ilegítimos, e para nós Daniel Sarmiento deu tratamento igual para ambas as expressões traçando paralelo com a pré-compreensão. Tal posição adotada pelo autor escolhido para 36 STEIN, Ernildo. Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma: Ijuí: Unijuí, 2004. p. 167.

37 SARMENTO. Op. Cit. p. 314.

38 “Se você quer saber o que diz um texto é preciso que você deixe que esse texto te diga algo!!!”

39 “Se o poder e a opressão estão instalados nas entranhas da pré- compreensão, onde tem a sua morada, por exemplo, a hierarquização social, a estigmatização do diferente, o racismo, o sexismo e a homofobia, dentre outras tantas patologias, tomar a pré-compreensão como norte na hermenêutica jurídica sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica e desconfiada é chancelar o status quo cultural e legitimar a injustiça em nome do Direito e da Constituição”. Idem, ibidem. p. 315.

reflexão não faz o menor sentido eis que uma decisão judicial não poderia ter legitimidade se fosse fundada num “preconceito ilegítimo”⁴⁰.

Pré-compreensão relaciona-se à realidade histórica do nosso ser e a “historicidade do ser”, que por sua vez está intrinsecamente ligado a um horizonte de tradição de sentido.

Em relação às discussões que envolvem tutela da saúde em juízo, entendemos que esse horizonte de sentido deve ser buscado a partir da verificação da igualdade, e, conseqüentemente da possibilidade de universalização da demanda, a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação do postulante.

3 A IGUALDADE NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE COMO VIRTUDE SOBERANA

Faz-se mister neste tema, que se recorra aos estudos de Dworkin para se investigar sobre as teorias da igualdade na distribuição de riquezas, que são de extrema relevância para deslindar o problema da alocação de recursos no direito à saúde.

Dworkin, inicialmente, antecipando seu posicionamento, destaca que a “consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política”⁴¹.

Basicamente, a tese de igualdade que o autor defende ampara-se em dois grandes primados do individualismo ético. Em primeiro lugar, naquilo a que ele denomina de *princípio da igual importância*⁴², que sustenta que cada vida seja aproveitada em sua maior amplitude, e isso é relevante tendo-se em conta cada vida humana.

O segundo pilar argumentativo seria aquele representado pelo *princípio da*

40 Argumento que é reforçado, como já vimos, com a postura ética sempre adotada por Gadamer.

41 Prossegue o autor: “(...) Quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito mais das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais. Quando o governo promulga ou mantém um conjunto de tais leis e não outro, não é apenas previsível que a vida de alguns cidadãos pior devido a essa escolha, mas também, em um grau considerável, quais serão esses cidadãos. Nas democracias prósperas, é previsível, sempre que o governo restringe os programas de previdência social, ou se recuse a ampliá-los, que tal decisão deteriore a vida dos pobres. Devemos estar preparados para explicar aos que sofrem dessa maneira por que foram, não obstante, tratados com a igual consideração que lhes é devida”. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. ix.

42 Idem, *ibidem*. p. xv.

*responsabilidade especial*⁴³, que esclarece que, muito embora, cada vida tenha igual importância, o titular daquela vida tem responsabilidade final pelo êxito em sua existência.

Trazem-se ao debate, outras teorias sustentadas por filósofos⁴⁴ sobre o grau de comprometimento das pessoas, que vivem em sociedade, com o bem-estar dos demais cidadãos componentes do espectro social.

Cite-se o princípio da beneficência, onde cada indivíduo teria a obrigação, de índole moral, de agir com o mesmo grau de cooperação pelo destino das pessoas como teria caso estivesse em discussão a própria vida, ou, ainda, de algum membro de sua família.

No entanto, Dworkin rechaça a aplicação individual do princípio da beneficência afirmando que, evidentemente, questões pessoais (v.g, aspectos familiares ou vínculos de amizade) podem ensejar um maior grau de consideração para com aqueles que são mais afetos a nós. E tal princípio não anularia o princípio da igual importância por ele defendido.

Dworkin prossegue explicitando duas grandes teorias de igualdade distributiva⁴⁵, a saber: i) a igualdade de bem estar; e ii) a igualdade de recursos.

Para a teoria da igualdade de bem estar, a justiça distributiva estaria representada, ao se tratar as pessoas com igualdade, caso houvesse a transferência e a distribuição de recursos, entre elas, até o alcance de um ponto onde nenhuma transferência de recursos fosse necessária para igualá-las em seu bem-estar⁴⁶.

Já para a teoria da igualdade de recursos, o esquema distributivo trataria as pessoas como iguais, quando, após a divisão de recursos, nenhuma transferência complementar pudesse deixá-las mais equiparadas em seus recursos.

Dworkin mesmo reconhece que ambos os esquemas distributivos apresentam uma falha intrínseca, que seria o subjetivismo dos conceitos de bem-estar e recursos. No entanto, apesar disto, o autor afirma que se partir do enfrentamento desses dois modelos distributivos seria o passo inicial para o alcance de soluções viáveis visando o modo de distribuição de serviços e riquezas entre as pessoas.

Em relação à teoria assentada na igualdade de bem-estar, Dworkin apresenta, através da elaboração de casos concretos, várias situações que poderiam ensejar a distribuição desigual de recursos. Ora devido a uma deficiência em relação aos demais da coletividade; ora provocado pela escolha de gastos despendiosos e, por isso, desproporcionais se comparados ao restante. De todo modo, tal critério é repellido por Dworkin como o único válido para a escolha em como

43 Idem, *ibidem*. p. xv.

44 Não explicitados pelo autor na sua obra.

45 O autor admite, no entanto, apesar de focar nessas duas grandes teorias para explicar sobre a problemática concernente sobre a justiça distributiva, uma terceira via que seria a igualdade de oportunidades. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana. Op. Cit. p. 4.

46 Idem, *ibidem*. p. 4.

oferecer justiça distributiva⁴⁷.

Ao analisar a concepção de bem-estar, Dworkin, mais uma vez, subdivide o estudo de tal teoria em dois subgrupos, afirmando que, em primeiro lugar existiria a *teoria do êxito*^{48 - 49}.

O autor, esclarecendo justamente essas possibilidades que a assunção desta teoria de bem-estar impõem, declara que

estas presumem que o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferências, na realização de metas e aspirações e, assim, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar, recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir as diferenças entre os êxitos das pessoas. Porém como as pessoas têm tipos diferentes de preferências, a princípio estão disponíveis diversas versões de igualdade de êxito⁵⁰.

Apresentando a dificuldade em se adotar a supracitada teoria, Dworkin a confronta com os sectários do Utilitarismo, já que, para estes (dentre todos, Jeremy Bentham), o bem-estar repousaria na garantia do prazer e no esquivamento da dor. Mais uma vez estar-se-ia a recorrer a acepções demasiadamente subjetivas e variáveis de pessoa a pessoa, o que desaconselharia a sua utilização.

Em segundo lugar, como derivação ainda da teoria do bem-estar, apresenta-se a igualdade de satisfação, onde “a igualdade de bem-estar consiste em iguais quantidades ou graus de um estado de consciência⁵¹”. A diferença dessa teoria em relação às já apresentadas residiria no grau de convencimento individual do alcance pessoal da satisfação. Neste aspecto é que se inicia o questionamento basilar do autor no que concerne à alocação dos recursos públicos para o alcance do bem-estar dos indivíduos, investigando se deve, toda uma sociedade, arcar com a transferência exagerada de recursos, para um (ou alguns) integrante(s) da coletividade, em detrimento do sacrifício de todos os demais⁵².

47 Idem, ibidem. pp. 8-9.

48 Idem, ibidem. p. 11.

49 Que por sua vez, estariam assentadas no alcance da satisfação em preferências políticas impessoais ou pessoais (aqui o êxito seria relativo ou total) Idem, ibidem. p. 17.

50 Idem, ibidem. p. 11.

51 Idem, ibidem. p. 46.

52 “Não afirmo (como essa última observação reconhece) que qualquer comunidade que adote a igualdade de bem estar em princípio estaria, então, comprometida com a transferência radical. Algum outro princípio que a comunidade também aceitasse (por exemplo, o princípio da utilidade) talvez recomendaria um compromisso com a igualdade. Mas onde traçar o limite? Talvez a tarefa de traçar o limite? Talvez a tarefa de traçar tal limite caiba à política prática da intuição. Mas, então, a vítima de paralisia total pode não receber absolutamente nada. O princípio de igualdade não ofereceria uma razão para a comunidade aceitar uma perda inicial de utilidade ao lhe fazer algum bem que também não se lhe aplicasse à decisão de lhe fazer mais bem, pelo menos nas circunstâncias que descrevo, nas quais sua utilidade marginal pelas transferências não cai muito. O princípio não ofereceria quase nenhuma orientação à comunidade aqui, além de um pedido deaju-

Passo seguinte, o autor mencionado começa a investigar acerca da maior viabilidade de uma teoria de igualdade de recursos, afirmando que “uma teoria geral da igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político⁵³”.

Inicialmente, Dworkin propõe o método denominado de teste da cobiça, segundo o qual a divisão não poderá ser tida como igualitária se, depois de repartidos os recursos, qualquer integrante preferir o quinhão do outro do que o seu próprio⁵⁴. Dworkin descarta-o por entender que tal critério poderia levar a uma infinita cadeia de divisões (ou leilões) sem que ao final nenhuma das partes ficasse plenamente satisfeita com o resultado.

Também não escapa de sua análise a possibilidade, na igualdade de recursos, de compensação pelas deficiências (naturais ou adquiridas)⁵⁵.

De modo bastante realista, esclarece sobre a inadequação em se adotar uma teoria, para solucionar este tipo de desigualdade, apenas baseada em compensações⁵⁶.

Antecipa-se o autor, em boa hora, em descartar possível semelhança da igualdade de recursos com aquilo que se convencionou denominar de “igualdade de oportunidades”, que poderia ser traduzido também como sendo (nas palavras de Dworkin) em uma *teoria da justiça da linha de largada*⁵⁷.

Isto porque, segundo o mesmo, tais teorias não são harmônicas já que a *teoria da linha de largada* apenas garante, como o próprio nome indica, as mesmas chances do ponto de partida. Porém, no curso do processo, não há interferência para o alcance do êxito final, considerando-se, que o resultado deve, a partir daí, ser conseguido pelo mérito e esforço individual.

Dentro desse espírito, começa a discussão de Dworkin sobre um eventual

da igualmente estridente para toda a escala de transferências possíveis para essa vítima, um pedido muito pouco prático para que seja honrado por completo, e desestruturado demais para um compromisso baseado em princípios.” Idem, *ibidem*. p. 73.

53 Idem, *ibidem*. p. 79.

54 Idem, *ibidem*. p. 83.

55 Idem, *ibidem*. p. 99.

56 “Não obstante a sugestão de que um projeto de recursos deveria oferecer uma compensação inicial para avaliar as diferenças em recursos físicos ou mentais é problemática em diversos aspectos. Requer, por exemplo, algum padrão de poderes ‘normais’ para servir de base de comparação. Mas de quem são esses poderes que se devem considerar normais para tais finalidades? Sofre, aliás, do mesmo defeito que a recomendação paralela em prol da igualdade do bem-estar. De fato, nenhuma quantia de compensação inicial igualaria em recursos físicos ou mentais uma pessoa cega ou mentalmente deficiente de nascença a alguém considerado ‘normal’ nesses aspectos. Assim, o argumento não oferece um teto para a compensação, mas deve deixá-lo a mercê de um compromisso político que talvez seja menos generoso, novamente, do que ditaria o mercado hipotético de seguros.” Idem, *ibidem*. p. 100.

57 Idem, *ibidem*. p. 110.

conflito entre os valores de liberdade⁵⁸ e igualdade. O mencionado autor questiona se,

Será mesmo mais importante que a liberdade de algumas pessoas seja protegida para melhorar a vida que essas pessoas levam, do que outras pessoas, que já estão na pior situação, disponham dos diversos recursos e de outras oportunidades de que elas precisam para levar uma vida decente?⁵⁹

Dworkin não desconsidera a relevância de se assegurar a liberdade, quando se trata de escolhas políticas, mas afirma que esta precisa se coadunar com a igualdade (distributiva, in casu), sobretudo se tratando cada cidadão com igual consideração (equal concern).

Ingressando no terreno específico do artigo, que seria o estabelecimento de critérios para a alocação de recursos da saúde, a questão ganha especial relevo. Isto porque embora, de fato, não exista restrição para a realização de tratamentos no exterior (por exemplo), essa liberdade não poderia ser assegurada se a concessão desse tratamento pudesse fragilizar outro valor inserido no Estado Democrático de Direito, e que seria representado pela igualdade. Considerada a circunstância de que tal tratamento não pode ser estendido a todos em igual situação, bem como de que os integrantes da comunidade, devem ser tratados com a mesma consideração (equal concern) dentro do Estado Democrático de Direito, é que a liberdade, nesse caso, deve ser afastada.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado para tantos outros tratamentos que vêm sendo pleiteados, e concedidos em juízo, tais como remédios para impotência sexual, controle de sudorese, acne, procedimentos de evidente caráter estético (v.g. depilação a laser⁶⁰), em nome de um pretenso princípio da “felicidade”⁶¹.

58 Aqui entendido apenas como ausência de restrição. Idem, ibidem. p. 165.

59 Idem, ibidem. p. 159

60 Para que seja feita uma comparação, recentemente foi negado o mesmo pedido nos Estados Unidos. Segundo foi noticiado na imprensa, um juiz do Estado de Massachussetts, nos Estados Unidos indeferiu pedido realizado por um preso transexual chamado Robert Kosilek, que pleiteava que o Estado arcasse com tratamento de depilação a laser. O mesmo juiz, Mark L. Wolf, que negou o tratamento de depilação a laser por considerá-lo desnecessário, no entanto, concedeu o direito à realização de cirurgia para mudança de gênero ao detento. A decisão, porém, ainda não foi cumprida já que depende do julgamento do recurso interposto pelo Departamento Carcerário dos Estados Unidos, que alega que tal procedimento não deveria ser arcado financeiramente pelos contribuintes americanos. A título de curiosidade, a reportagem ressalta que se trata de decisão emblemática, já que é a primeira que acata tal pedido e concede o direito à cirurgia de transgenitalização a um prisioneiro americano, por sofrer de transtorno de identidade de gênero. Nos EUA, juiz nega pedido de depilação a laser a preso transexual. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/11/21/nos-eua-juiz-nega-pedido-de-depilacao-a-laser-a-preso-transexual.htm>>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

61 Agora até sufragado pelos Tribunais Superiores. Para isso, citamos a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de união estável homoafetiva, que teve, como um dos seus fundamentos, o direito à busca da felicidade, conforme se depre-

Os defensores, que vislumbram respaldo em tal “princípio”, além de extraí-lo a partir do princípio-mater da dignidade da pessoa humana, fazem-no também encontrando a sua matriz histórica na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, que traria, em seu preâmbulo, a menção à busca de felicidade⁶². Todavia, em nenhum momento a Declaração trata da busca

ende abaixo. “Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. (...) Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.) No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 18-9-2012, Primeira Turma, DJE de 2-10-2012; RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em 20 de novembro de 2012.

62 “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/declaration/document/>> Acesso em 20 de novembro de 2012.

“Que traduziríamos como: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de determinados direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

individual de felicidade como meta egoísta e isolada, e sim da possibilidade de encontrá-la através de objetivos governamentais comuns. Frise-se, mais uma vez, que se tratava de um documento que corporificava os ideais libertários de um povo dos domínios do país colonizador (in casu, a Inglaterra). Logo, o princípio deve ser interpretado como aquele que viabilizaria o bem-estar comum.

E, mesmo que o “princípio da felicidade”, trazido pela Declaração mencionada, tivesse sido, de fato, estatuído tendo como seu prisma o indivíduo, não se pode extrair daí que, em homenagem a essa tal busca da felicidade, se fundamente a tutela de pedidos absolutamente egocêntricos, que se escondem sob o manto da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde⁶³. Ainda mais quando o atendimento de tais pedidos pode, a médio e longo prazo, comprometer a “felicidade” dos demais integrantes da sociedade. Refletir a partir deste modo confere um viés mais democrático para as questões que concernem à tutela da saúde.

Avançando na leitura de Dworkin, este autor explicita que a sua teoria da igualdade de recursos precisa ser conglobada a uma teoria do aprimoramento, que teria por fim tornar a sociedade mais igualitária do que é, reduzindo o déficit de desigualdade⁶⁴. E tal avaliação é feita adotando-se, como parâmetro, não o bem-estar, mas o espaço dos recursos.

Dworkin não afasta, entretanto, a discussão sobre Bem-Estar, mas entende que essa noção deve ser contextualizada. Para ele, o Bem-Estar seria a combinação de Bem-Estar Volitivo e Bem-Estar Crítico⁶⁵. Bem-Estar Volitivo ocorreria com a melhoria da vida quando o indivíduo tem ou alcança o que quer. Já o Bem-Estar Crítico estaria configurado se a vida torna-se melhor quando o indivíduo tem (ou alcança) aquilo o que deve querer.

A par dessa conceituação, o autor apresenta dois modelos de Bem-Estar. Um primeiro, designado de Impacto, onde a vida boa seria a consequência das ações dos indivíduos para o mundo. E, na outra ponta, o modelo de Desafio, cujo ideal de vida boa estaria diretamente relacionado à ideia de realização pessoal⁶⁶.

Que para assegurar tais direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados, - que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando seus poderes, na forma, como lhe pareça mais conveniente para realizar sua segurança e felicidade”.

63 Como defendem alguns, entre eles, Saul Tourinho Leal. LEAL, Saul Tourinho. O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude#ixzz2Co7C-9VIC> > Acesso em 20 de novembro de 2012.

64 Idem, ibidem. p. 224.

65 Idem, ibidem. p. 342.

66 Segundo Dworkin, “o modelo do desafio põe a integração ética sob luz completamente diferente. Não precisa demonstrar, para que tal integração tenha sentido, que cada indivíduo provoca maior impacto por intermédio de atos coletivos da comunidade do que sozinho. Só precisa demonstrar como a integração ética poderia parecer uma reação ade-

O que Dworkin pretende, neste aspecto e com tais definições, não é tornar as pessoas iguais na capacidade de tornar suas metas realizáveis, mas fazer os indivíduos iguais em recursos para que, com a ajuda destes, possam realizar suas concepções de “vida boa”.

Na esteira deste raciocínio, uma das maiores contribuições de Dworkin encontra-se no fato de apontar a igualdade como virtude soberana, e, assim, apresentar um conteúdo ético para o ordenamento e aos direitos humanos de um modo geral.

Dentro desse prisma, e tendo por matriz teórica os estudos de Dworkin, é que se chega à conclusão de que o bem estar (ou a “felicidade”) de alguns não pode subsistir se isso colocar em risco a igualdade de acesso, ao mesmo bem, pelos demais sujeitos sociais, ou causar-lhes um excessivo sacrifício⁶⁷.

O próprio autor reconhece que se trata de uma “escolha angustiante” ter que optar por um desses valores (liberdade e igualdade) quando os dois estão em aparente conflito⁶⁸.

No entanto, Dworkin claramente demonstra a sua opção metodológica pela prevalência da igualdade⁶⁹. E tal posição é corroborada a partir do acertado entendimento no sentido de que, se é verdadeira a afirmação de que é dever dos governos assegurar a mesma consideração por todos os cidadãos (o que inclui o acesso ao direito à saúde), é preciso que todos tenham, de fato, acesso aos mesmos bens de saúde. E se optarmos, como parece ser o mais adequado, pela preferência do valor da igualdade, o valor da liberdade restará prejudicado neste caso. Por tal lúcido raciocínio é que o autor considera ser a igualdade a virtude soberana⁷⁰.

quada a um parâmetro importante das circunstâncias do indivíduo – o fato de viver ligado a outras pessoas em uma diversidade de comunidades. Essa é, de fato, uma perspectiva de bem comum do bem viver, e assim o modelo do desafio consegue dar sentido à integração ética de maneira natural, e não forçada.” *Idem, ibidem*. p. 385.

67 Com uma majoração tributária excessiva, por exemplo.

68 *Idem, ibidem*. p. 168.

69 “Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”. *Idem, ibidem*. p. 168.

70 “Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve mostrar igual consideração pela vida de todos. Qualquer pessoa que aceita a igualdade como ideal político, e embora igualdade admita concepções distintas, essas concepções distintas são interpretações adversárias de tal princípio. Assim, quem pensa que a liberdade e igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos. Duvido que muitos de nós pensássemos, após reflexão, que seja possível justificar isso.” *Idem, ibidem*. p. 169.

4 DA EXIGÊNCIA DE UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO ATO DE DECIDIR E O PAPEL DO JUIZ COMO PRODUTOR DE EFEITOS: O problema da discricionariedade e das decisões ad hoc para o alcance da efetividade do direito à saúde no Brasil

Para demonstração da falta de integridade e coerência trazemos à lume a discussão sobre determinadas mazelas e como estas são enfrentadas no Poder Judiciário.

Não será objeto de debate o acerto ou equívoco em particular das decisões aqui exemplificadas, mas sim o grave fato de que, sob o manto da discricionariedade e da “ponderação de interesses”, a mesma doença ou necessidade médica terá seu tratamento custeado pelo Estado a depender do Juízo a que porventura vier a ser distribuída a ação.

Exemplificamos a tese com análise de jurisprudência de alguns Tribunais⁷¹ do país. E escolhemos determinados temas que normalmente suscitam dúvida nos tribunais dada a inferência indireta que se faz do direito à saúde.

No tocante ao dever do Estado em fornecer fraldas descartáveis em decorrência de determinadas doenças incapacitantes, e se estas estão ou não incluídas sob o manto do direito à saúde, as decisões são diametralmente antagônicas. A depender do endereçamento da ação, o fornecimento de fraldas descartáveis está englobado no dever do Estado como ligado ao direito à saúde mesmo que ausente de previsão legal e não listagem pela ANVISA⁷². Ou ao contrário, por especificamente não se tratar de “medicamento capaz de evitar iminente perigo de vida”, e sim ser tão-somente um instrumento facilitador, utilizado nos cuidados de higiene da parte autora passível de substituição e, que por tal motivo, poderá ser de plano indeferido, com o argumento de que o ente público não está obrigado ao seu fornecimento de modo gratuito, sob pena de comprometimento dos recursos públicos destinados a outras demandas porventura mais necessárias e urgentes⁷³.

Em relação à cadeira de rodas, a falta de integridade muitas vezes também é observada no interior de um mesmo Tribunal de Justiça, colocando o jurisdicionado em situação de insegurança jurídica sobre a legitimidade do seu pleito.

Há posicionamento no sentido de que tal aparelho se insere no mandamento do art. 196 da Constituição da República⁷⁴. Enquanto outros órgãos decisórios,

71 Em especial os Tribunais do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

72 No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se o recurso for distribuído para as 1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 8ª ou 21ª Câmaras Cíveis, o resultado será a procedência do pedido. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ainda sobre o tema “fraldas descartáveis”, se o recurso for endereçado às 10ª, 15ª, 16ª, 20ª Câmaras Cíveis, o Autor da ação sairá vitorioso com a decisão de que o Estado tem obrigação de custear tal insumo.

73 É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas 4ª e 22ª Câmaras Cíveis. E da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

74 É o entendimento das 2ª, 3ª, 7ª, 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O mesmo se dá no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Se o

em sentido oposto, entendem que “por não se tratar de equipamento capaz de evitar iminente perigo de vida, mas de recurso para o transporte do autor, que não pode caminhar, não pode ser imposta ao ente público a obrigatoriedade do fornecimento de cadeira de rodas motorizada, sob pena de comprometer verba pública a ser destinada à outra demanda excepcionalmente necessária”⁷⁵.

Quando o assunto é “leite em pó”⁷⁶ e “complementos nutricionais”, a depender do “sorteio” do recurso o entendimento será de que se trata de insumo inserido no direito social à saúde, e portanto deve ser deferido de modo gracioso pelo Estado⁷⁷, ou, ao revés, tratam-se de alimentos e, em caso de hipossuficiência do Autor da ação, tais insumos devem ser buscados em instituições assistenciais que prestam alimentação a pessoas carentes já que não estão abrangidas no direito social à saúde⁷⁸.

No quesito sobre a possibilidade de remédios, tratamentos e mesmo cirurgias existentes somente no exterior, é possível que com a devida sorte do Autor da ação, este consiga decisão que obrigue o Estado a importar o medicamento. Tudo a depender da distribuição do recurso para Câmara (ou Relator) simpatizante a este entendimento que confere a maior amplitude possível ao direito à saúde⁷⁹.

Isto sem falar que em várias das decisões fica muito mais patente uma “política humanitária de benevolência” do que propriamente razões de cunho técnico-jurídico.

Em suma, o que se propugna aqui é que a resposta hermeneuticamente correta e em consonância com a Constituição, não pode ficar condicionada ao acaso da distribuição ao órgão julgador que seja simpático à causa discutida.

Portanto, necessário se faz uma mudança paradigmática no modo de enfrentamento das causas atinentes à saúde.

Daí a importância dos estudos sobre a forma de julgar e o modo de produção das decisões judiciais⁸⁰.

recurso versando sobre cadeira de rodas for dirigido (via distribuição) às 3ª, 16ª, 18ª, 20ª Câmaras Cíveis, a demanda será julgada procedente e o custeio será feito pelo Estado.

75 Processo nº 70048146831 - Apelação Cível – 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Posicionamento adotado pelas 4ª e a 22ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O mesmo se dá no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Se o recurso versando sobre cadeira de rodas for dirigido (via distribuição) às 3ª, 16ª, 18ª, 20ª Câmaras Cíveis, a demanda será julgada procedente e o custeio será feito pelo Estado.

76 Ex.: Leite Ninho e “Mucilon”.

77 4ª, 7ª, 8ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª, 16ª e 17ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

78 6ª e 17ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

79 Agravo de Instrumento nº 0019609-67.2000.8.19.0000 (2000.002.07345)- 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Albano Mattos Correa - Julg. em 07/11/2000.

80 Entre os brasileiros, além dos diversos textos do Prof. Dr. Lenio Streck já anteriormen-

Tal tema suscita acalorado debate mesmo entre autores de linhas teóricas distintas tal como Dworkin e Posner⁸¹.

Este último, a despeito de ser adepto do pragmatismo, igualmente revela preocupação com o não seguimento dos juízes às doutrinas, e na sua obra tenta inclusive encontrar as justificativas para tais posturas, ao sustentar:

Que los jueces sean inesibles a las críticas de la academia deriva em parte de las diferentes condiciones laborales de jueces y profesores, incentivos, condicionantes, selecciones, punto de vista y rol social, muchos jueces creen que los académicos no entienden los objetivos y presiones bajo las que se realiza su trabajo como jueces, de ahí que las críticas que los primeros hacen de la actividad judicial resulten capciosas, obtusas y no constructivas. Esta sensación la comparten también los jueces de apelación, incluyendo aqui los jueces nombrados de entre El profesorado, aun involucrados como están en la actividad de fundamentar el fallo de sus decisiones (opinion writing), que es um trabalho quasi académico⁸².

Igualmente Dworkin⁸³, seu principal antagonista, ao dispor sobre a laboriosa tarefa que tem o juiz ao se deparar com os casos difíceis.

São questões difíceis. Cidadãos, juristas e juízes não deveriam tentar respondê-las a partir do zero, ignorando as respostas que outros, especialmente os juízes, já lhes deram no passado. Como disse, qualquer estratégia de argumentação constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições – que se apoie firmemente em nossa continuidade histórica, bem como no texto da Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrições de nossos compromissos como nação.

te mencionados no trabalho, citamos as recentes pesquisas de Pós Doutorado realizadas por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho no Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra que resultaram no artigo gentilmente cedido pelo autor. Afirma Grandinetti: “Por tudo isso, é imperioso que se mergulhe profundamente nas entranhas da atividade judicial para que se resgate o sujeito criador da decisão, que possa assumir a responsabilidade histórica de co-produzi-la, juntamente com a lei, com a Constituição e com a realidade social que não pode nunca ser alheada. Trata-se, antes de tudo, de um processo de desalienação, de conscientização de como as coisas são constituídas e para que o são”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões não-jurídicas do ato de julgar. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Idéias da Universidade de Coimbra, 2009. p. 27.

81 Importante frisar que a intenção em fazer, sequencialmente, a citação de Dworkin e Posner não é propriamente tentar “compatibilizar” os dois autores, já que até pela análise global de suas obras e mesmo pelo histórico de enfrentamento entre os mesmos, isto seria tarefa hercúlea, mas sim demonstrar que cada qual, dentro de enfoque teórico distinto, busca, a seu modo, solução para o mesmo problema: a excessiva discricionariedade judicial sem parâmetros de julgamento.

82 POSNER, Richard. Cómo deciden los jueces. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 230.

83 DWORKIN, A Justiça de Toga. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 174.

A crítica que se faz é quanto ao atual estado hermenêutico jurisprudencial que, divorciado de qualquer coerência e integridade, julga a seu bel prazer quando determinadas questões referentes à saúde vêm à tona, o que demanda que se realize uma mudança a partir de como as sentenças são produzidas.

Nessa quadra da história, não se pode admitir que dois (ou mais) casos semelhantes tratando sobre a mesma enfermidade ou a demanda por um dado remédio (ou insumo hospitalar) possam ter resultados tão díspares devido à boa ou má sorte na protocolização da petição.

O jurisdicionado deve saber que terá a mesma resposta jurisdicional independente do juiz que julgará a causa. Em outras palavras, o que se afirma é que o direito à saúde deve estar acima de questões burocráticas-formais, não devendo depender do “sorteio” da ação.

E assim nos posicionamos porque cremos que tais decisões ad hoc produzidas no interior dos gabinetes dos juízes, - certamente bem intencionados, apesar de individualmente poderem cessar o sofrimento do autor da ação ao conceder-lhe acesso a determinado tratamento médico, se globalmente, não só não resolvem o problema da falta de efetividade do direito à saúde, como a longo prazo, podem criar uma situação mais nefasta no setor ao gerar verdadeira desorganização administrativa.

Além de inegável estado de insegurança jurídica, que é exatamente o oposto da própria função do Direito.

No entanto, ao trazermos Posner para o debate não significa a adoção da Teoria Utilitarista. Estamos com Dworkin ao afirmar que

A explicação teórica da decisão judicial não é necessariamente antiutilitarista nos detalhes. Alguém que a aceite poderia defender o ponto de vista (como Posner realmente faz com frequência) de que a melhor interpretação da prática jurídica revela o princípio de utilidade em sua essência. Mas a abordagem teórica tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial - e, pelo menos em minha opinião, boa parte de nosso direito constitucional, não pode ser justificada em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou consequência⁸⁴.

Até porque a adoção do Utilitarismo e Consequencialismo nas decisões judiciais poderia acarretar uma indesejável inação na atividade judicante, o que deflagraria situação ainda mais nefasta do que os possíveis reflexos de sentenças mal lastreadas. Mais uma vez com Dworkin, na boa crítica a Posner, esclarece que

O experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista, e o conselho de Sustain sobre a abstinência judicial, ainda que fosse minimamente viável, não produziria mais democracia, mas sim a imobilização de um processo essencial

84 DWORKIN, A Justiça de Toga. Op. Cit. p. 90.

a ela.

É certo que tais questões tornam-se ainda mais preocupantes quando o cenário diz respeito a países que ainda não alcançaram a plenitude do ideal de vida boa buscado pela Constituição e onde quase a totalidade dos direitos fundamentais ainda se encontram incumpridos.

Nesse contexto, justamente pelo deslocamento do pólo de tensão para o Poder Judiciário, antes confiado ao Legislativo e ao Executivo, é necessário investigar os instrumentos que norteiam o modo de decidir do principal personagem envolvido nesse enredo: o juiz.

E assim, todas as recentes teorias que se propõem discutir o assunto com a seriedade que o tema exige, buscam criar terrenos férteis para a verdadeira aplicação dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, revelam preocupação em estabelecer limites ao “poder hermenêutico”⁸⁵ dos juízes⁸⁶, vez que o contrário da inação judicial não pode resultar em “ativismos judiciais” nem em perigoso decisionismo e discricionariedades, já que isto, como se verá, é atentatório aos valores republicanos e à essência da própria Democracia.

No entanto, e assim afirma a melhor doutrina, os “casos fáceis” e os “casos difíceis” se confundem, nem sempre sendo seguro fazer a distinção entre eles como quer fazer parecer parcela dos estudiosos do assunto, sendo impossível distinguir, a priori, princípios e regras.

Por isso a fragilidade da Teoria de Alexy e a sua insuficiência como parâmetro de julgamento, razão pela qual se deve buscar, outro referencial e instrumental teórico-jurídico para municiar o juiz no seu.

85 Ibidem. p. 2.

86 Limites estes que são buscados - paradoxalmente - até mesmo por positivistas clássicos como H. L. A Hart. No caso, conferidos pelo direito preexistente e por demais restrições de índole formal como o respeito aos princípios insculpidos no ordenamento jurídico como um todo. KOZICKI, Kátya. Verbete sobre “Herbert Lionel Adolphus Hart” In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 409.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Claudio. **Crítica hermenêutica das decisões judiciais em matéria tributária: a vulnerabilidade da teoria argumentativa de Robert Alexy e a autofagia do sistema tributário nacional**. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado defendida em 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões não-jurídicas do ato de julgar**. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Idéias da Universidade de Coimbra, 2009.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. **Verbetes sobre “Hans-Georg Gadamer”**. In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. ix.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva. v. II - A virada hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva. v. IV - A posição da filosofia na sociedade**. Petrópolis: Vozes, 2007.

KOZICKI, Kátya. **Verbetes sobre “Herbert Lionel Adolphus Hart”** In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude#ixzz2Co7C9V1C>>

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido à estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. Direito. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

POSNER, Richard. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RHODEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

_____. **Interfaces da hermenêutica: Método, ética e literatura**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do Intérprete**. In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988 (Coord. Daniel Sarmento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binembojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo**. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 03/06/2016