



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

SILVIA RENATA DE ARAUJO OLIVEIRA E V. VILA NOVA

AS MÚLTIPLAS RACIONALIDADES NA BALANÇA DA JUSTIÇA: A judicialização da
saúde no Brasil

Recife 2024

SILVIA RENATA DE ARAUJO OLIVEIRA E V. VILA NOVA

AS MÚLTIPLAS RACIONALIDADES NA BALANÇA DA JUSTIÇA: A judicialização da
saúde no Brasil

Texto apresentado ao Programa de Pós-
graduação em Sociologia da Universidade
Federal de Pernambuco, como requisito
parcial para obtenção do título de doutora.
Área de concentração: Mudança Social

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Martins de Albuquerque

Recife 2024

.Catalogação de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Vila Nova, Sílvia Renata de Araujo Oliveira e
Vasconcelos Vila.
As múltiplas racionalidades na balança da justiça: A
judicialização da saúde no Brasil / Sílvia Renata de Araujo
Oliveira e Vasconcelos Vila Nova. - Recife, 2025.
199f.: il.

Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro
de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em
Sociologia, 2024.

Orientação: Paulo Henrique Martins de Albuquerque.
Inclui referências.

1. Justiça; Legalidade; 2. Racionalidades; 3. Afeto; Moral.
I. Albuquerque, Paulo Henrique Martins de. II. Título.

UFPE-Biblioteca Central

SILVIA RENATA DE ARAÚJO OLIVEIRA E VASCONCELOS VILA NOVA

**AS MÚLTIPLAS RACIONALIDADES NA BALANÇA DA JUSTIÇA: a judicialização da
saúde no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de PósGraduação
em Sociologia da Universidade Federal de
Pernambuco, como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutora em
Sociologia.

Aprovada em: 26/02/2024.

BANCA EXAMINADORA

Participação via videoconferência

Prof. Dr. Paulo Henrique Novaes Martins de Albuquerque (Presidente/Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Participação via videoconferência

Profa. Dra. Eliane Maria Monteiro da Fonte (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Participação via videoconferência

Prof. Dr. Aristeu Portela Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Participação via videoconferência

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco

Participação via videoconferência

Prof. Dr. Lucas Tavares Galindo Filho (Examinador Externo)
Centro Universitário Tabosa de Almeida

Agradecimentos

Meus agradecimentos a todos que concederam entrevistas e dados em geral.

Agradeço aos colegas e aos professores do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE que muito me ensinaram, em especial Heraldo Pessoa Souto Maior, Silke Weber, Maria Eduarda Rocha, Cynthia Hamlin, Gabriel Peters, Eliane da Fonte, Eliane Veras, José Luiz Ratton, Remo Mutzemberg, Jonatas Ferreira. A maioria com os quais “paguei cadeiras”, embora, como bem diz Silke: “no PPGS não se paga nada”. Viva a Universidade Pública!

A Universidade Federal de Pernambuco, da qual muito desejei fazer parte, onde iniciei a primeira graduação no Centro de Artes e Comunicação... pelas escolhas e contingências da vida é onde eu subo o último degrau da escadaria da formação acadêmica.

A Fiona Macaulay, coorientadora do Doutorado-Sanduiche na Universidade de Bradford-UK, encontrá-la nesse vasto mundo, foi como ganhar um presente sorridente. Minha gratidão por sua contribuição para eu realizar o sonho de menina pobre que queria estudar na Inglaterra. Foi uma excepcional experiência acadêmica e cultural, não me referindo aqui a reafirmar posições subalternas, ou de subordinação colonial.

A Paulo Henrique Martins, meu orientador, a quem eu repetidamente me referi dizendo “agradei aos deuses da academia, sou orientanda de Paulo”, me sentindo alegre e grata por tê-lo como interlocutor generoso. Nesses exautivos anos de doutorado os diálogos com Paulo foram como o compartilhar de mesas fartas, teórico do dom, ele vivencia em seu cotidiano a generosidade de iniciar a tríade dadivosa. Obrigada por “doar” conhecimento com tamanha potência e por me chamar ao “caminho do meio”. Será justo que sua abordagem sobre a dádiva seja reconhecida também como método desse trabalho.

A todos que compartilham comigo das explorações domésticas, em família. Também a Nietzsche, fiel escudeiro nas exaustivas horas de confecção dessas páginas.

A Capes pela bolsa do doutorado sanduiche, aos da AESGA, da Polícia Civil e do Governo do Estado de Pernambuco (na gestão do PSB) que me apoiaram para realização da etapa no exterior.

Ao meu pai (*In memoriam*) e a minha mãe, por me darem a vida. Gozando da vida plena, sempre os honrarei.

A todos que contribuíram para eu alcançar a outra margem. Até as tormentas mais duras que me mostraram minha magnífica bravura.

A Deus, Criador amoroso, me deu a liberdade para experiência do viver.

Dedico a Alexandre, Artur, Camila, Mariana, Isadora, e quem mais chegar

RESUMO

Nossa tese foca o panorama de crescimento do fenômeno da judicialização da saúde desde os anos 1990, com fornecimento de medicamentos, tratamentos e leitos de hospital, por meio de decisões judiciais no Brasil, destacando a problemática dos sentidos presentes na ação de julgar sobre saúde. Mergulhamos no debate sobre Justiça atual e relevante na perspectiva da sociologia para explorar os contrastes na atuação dos juízes nos casos de saúde. Pesquisando essa atuação observamos a hipótese de haver múltiplas racionalidades jurídicas, contrariamente o defendido por grande parte do mundo do direito, que admite somente a racionalidade jurídica pautada na imparcialidade, portadora de um sentido puramente técnico. Com o suporte teórico weberiano quanto a ação social, em diálogo com o conceito de racionalidades médicas de Madel Luz, também inspirado em Weber, criamos os tipos ideais da racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva. A pesquisa teve por objetivo geral explorar a construção da justiça em saúde no Brasil, e objetivos específicos identificar as racionalidades presentes nos casos julgados em saúde e nos argumentos dos juízes. A pesquisa de campo foi realizada com coleta de decisões judiciais em saúde e realização de entrevistas com juízes federais e estaduais. O *locus* da pesquisa foi em três cidades do estado de Pernambuco, nas regiões do Sertão, Agreste e Metropolitana. Utilizamos a abordagem metodológica compreensiva na análise do conjunto de dados e a técnica de análise de conteúdo que considera uma metodologia de interpretações dos conteúdos e dos sentidos dos sujeitos para a compreensão das múltiplas faces da realidade social. Os resultados trouxeram elementos inéditos para o tema da judicialização da saúde. A pesquisa empírica permitiu identificar por um lado uma pluralidade de racionalidades que revelam brechas no cotidiano jurídico técnico, com as racionalidades jurídicas morais e racionalidades jurídicas afetivas presentes na ação de julgar em saúde. No nosso entender, esses tipos ideais se constituíram instrumentos teórico-metodológicos eficazes para verificação e identificação das múltiplas racionalidades presentes nas decisões em saúde e nas entrevistas dos juízes, o que observamos como principal contribuição original da tese para o campo, no que almejo contribuir para o avanço no conhecimento existente. Por outro lado, os dados e as teorias mobilizadas para revelar a multiplicidade de racionalidades encontradas apontam para uma religação entre legalidade, moralidade e afetividade na justiça praticada na contemporaneidade brasileira, trazendo um novo olhar interpretativo para o tema.

Palavras-chave: Justiça; Racionalidades; Legalidade; Afeto; Moral

ABSTRACT

Our thesis focuses on the growing panorama of the phenomenon of judicialization of health since the 1990s, with the supply of medicines, treatments and hospital beds, through judicial decisions in Brazil, highlighting the problem of the meanings present in the action of judging about health. We delve into the current and relevant debate on Justice from the perspective of sociology to explore the contrasts in the role of judges in health cases. Researching this action, we observed the hypothesis of there being multiple legal rationalities, contrary to what is defended by a large part of the legal world, which only admits legal rationality based on impartiality, carrying a purely technical meaning. With Weberian theoretical support regarding social action, in dialogue with Madel Luz's concept of medical rationalities, also inspired by Weber, we created the ideal types of legal rationality, moral legal rationality and affective legal rationality. The research had the general objective of exploring the construction of health justice in Brazil, and specific objectives of identifying the rationalities present in the cases judged in health and in the judges' arguments. Field research was carried out by collecting judicial health decisions and conducting interviews with federal and state judges. The locus of the research was in three cities in the state of Pernambuco, in the Sertão, Agreste and Metropolitan regions. We used a comprehensive methodological approach to analyze the data set and the content analysis technique that considers a methodology for interpreting the content and meanings of the subjects to understand the multiple faces of social reality. The results brought new elements to the topic of health judicialization. Empirical research allowed us to identify, on the one hand, a plurality of rationalities that reveal gaps in the technical legal routine, with moral legal rationalities and affective legal rationalities present in the action of judging in health. In our opinion, these ideal types constituted effective theoretical-methodological instruments for verifying and identifying the multiple rationalities present in health decisions and in judges' interviews, which we observe as the main original contribution of the thesis to the field, advancing existing knowledge. On the other hand, the data and theories mobilized to reveal the multiplicity of rationalities found point to a reconnection between legality, morality and affectivity in the justice practiced in contemporary Brazil. Bringing a new interpretative look to the topic.

Keywords: Justice; Rationalities; Legality; Affection; Moral

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Castelo de Dublin (Portão da Justiça) – Dublin, sem data	142
Figura 2	Escultura de Têmis no edifício do Supremo Tribunal da Federação Russa - Rússia, Moscou, 2019	143
Figura 3	Escultura de Têmis em frente ao Edifício do Supremo Tribunal Federal – Brasília	144

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Arquitetura dos tribunais do poder judiciário brasileiro	60
Tabela 2	Etapas dos elementos decisórios: legislação aplicada, objeto demandado e determinação judicial	64

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ANAB - Associação Nacional das Administradoras de Benefícios

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CREMEPE - Conselho Regional de Medicina de Pernambuco

ESMAPE – Escola da Magistratura de Pernambuco

EUP-UTI - Escore Unificado para Priorização de acesso a leitos de terapia intensiva, assistência ventilatória e palição

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

NATJUS - Núcleo de apoio técnico do judiciário

OMS - Organização Mundial de Saúde

PcdoB - Partido Comunista do Brasil

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PSB - Partido Socialista Brasileiro

PT - Partido dos trabalhadores

SUS - Sistema Único de Saúde

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO.....	12
1. CAPÍTULO TEÓRICO METODOLÓGICO	18
1.1 O problema de pesquisa	18
1.2 Tipos ideais	25
1.2.1 Racionalidade Jurídica Legal	31
1.2.2 Racionalidade Jurídica Afetiva	34
1.2.3 Racionalidade jurídica moral	40
1.3 Da minha janela: um horizonte interdisciplinar	44
1.4 Estratégia de produção de dados	48
1.5 Análise dos dados	51
2. A RACIONALIDADE JURÍDICA LEGAL	55
2.1 Complexidade dos graus de jurisdição	56
2.2 O desencantamento da norma	61
2.2.1. O acesso à justiça	69
2.3 O problema prático da objetivação judicial: as assessorias	77
2.4 A terceirização das escolhas: núcleos de apoios técnicos do judiciário	81
2.5 A reserva do (im)possível	90
2.6 Desigualdades na distribuição de recursos	98
3. A RACIONALIDADE JURÍDICA MORAL	106
3.1 Abertura criativa: Interconexão entre interpretação legal e moral	111
3.2 Protagonismo judicial	116
3.3 A jaula de ferro da imparcialidade	121
3.3.1 Imparcialidade como discurso de legitimidade	129
3.3.2 Desafios da construção simbólica da imparcialidade	137
4. RACIONALIDADE JURÍDICA AFETIVA.....	147
4.1 Dualidade de racionalidades	148
4.2 Identidade e sensibilidade nas decisões	157
4.3 A culpa por negar	166
4.4 A aceitação dos limites do poder	172
CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIAS	190

INTRODUÇÃO

Muitas pesquisas estão relacionadas à trajetória dos autores, uma vez que o objeto de estudo é construído nas relações cotidianas e relações profissionais. Neste sentido, vejo como necessário fazer algumas considerações de ordem pessoal porque acredito que há um aspecto interpessoal decorrente de episódios ao longo da minha trajetória que explica, ao menos em parte, o assunto escolhido para investigação.

Essa pesquisa se enquadra nesse grupo e se iniciou de uma dúvida incipiente quando ainda ocupava os bancos da faculdade de direito, e era estagiária do Ministério Público de Pernambuco. Num certo dia, enquanto eu acompanhava uma audiência me perguntei em meio a uma audiência de conciliação: quais os elementos que os juízes usam para construir as decisões? Foi uma audiência repleta de situações atípicas para aquela modalidade, que na maioria das outras situações, duravam cinco a dez minutos sem muitos diálogos, como é bastante comum nas audiências de conciliação, como identificado por Stamford (2015).

Naquela audiência de conciliação o agressor era juiz de direito e repetia seguidas vezes que era um juiz. Aparentemente ele não queria que nenhum dos presentes esquecesse essa realidade, sobretudo o juiz que presidia a audiência, a quem ele se referia a “colega” e a vítima, a quem ele se referia como bandido. O agressor juiz apresentou seus motivos para a ameaça seguida de agressão, mas o crime praticado e os motivos alegados foram as coisas que menos me marcaram naquela tarde. Lembrando daquela tarde, penso que tenha nascido numa ingênua estudante de direito a fagulha de compreensão que para além das racionalidades jurídicas legais há outras razões presentes no mundo do direito.

A partir daquela cena e de outras tantas vivenciadas em minha trajetória no mundo do direito foi se formando a pergunta de investigação, teórica e prática, que inspirou tanto minha vida profissional como acadêmica. Esta dúvida metodológica, podemos dizer assim de modo simplificado, orientou minha ação profissional no exercício do cargo de técnica judiciária em um fórum do interior pernambucano e depois como delegada de polícia, e, nos últimos anos, no departamento de proteção às mulheres. Tive maior compreensão da complexidade daquela situação que presenciei enquanto estudante, daquele juiz que se dizia homem respeitador da lei, e na posição de agressor chamava o juiz de colega e a vítima de bandido. Passei a observar com atitude mais crítica aquelas traquinices presentes no mundo do direito, e em paralelo crescia o desejo de elaborar a pergunta que essa pesquisa visa responder: com quais elementos os juízes constroem suas decisões?

Numa outra perspectiva também é importante esclarecer por que o elemento saúde me atrai tanto como objeto de reflexão no campo do direito? Há uma trama familiar a ser registrada. Minha madrinha tinha câncer de cólon retal e me pediu para ajudá-la a adquirir uma medicação que ela acreditava poderia curá-la do câncer, fosfoetanolamina. Ao ler sobre a substância eu não acreditei que poderia ajudá-la a recuperar a saúde, mas eu poderia atendê-la. Naquele momento, entendi que os laços familiares me colocavam numa situação afetiva particular que tirava meu desejo de ser imparcial como representante do Estado. Naquela situação, eu não poderia agir como guardiã e zeladora dos princípios da Administração Pública brasileira: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O que me motivava era atender ao pedido da minha amada madrinha (*in memoriam*).

Aquilo me levou a me deparar com a questão da judicialização da saúde e entender que no plano das decisões práticas da vida cotidiana há vários elementos afetivos não mencionados no mundo do direito que interferem nas decisões legais. O compromisso afetivo, no meu caso, me motivava na incursão em busca de uma substância como a fosfoetanolamina para a cura do câncer. Entendi que esta trama subjetiva também estava presente entre os profissionais do direito no momento da decisão. Aquelas reflexões sobre a longínqua audiência que guardo na memória me levaram progressivamente a decidir pelo doutorado para poder explorar esta questão sobre os motivos de decisões legais, que testemunho diretamente na minha vida profissional. Minha pergunta de investigação foi a de saber: quais elementos os juízes se utilizam para construir suas decisões?

A expansão do fenômeno da judicialização da saúde ao longo das últimas três décadas, estabeleceu a ação de julgar um papel de destaque no tema da saúde no Brasil. Houve aumento da atenção do campo da saúde coletiva que passou a demonstrar interesse pelas decisões judiciais. No entanto, as pesquisas sobre saúde se limitaram em sua grande maioria a avaliar o tamanho e crescimento do fenômeno, se restringindo a apresentar características dos demandantes, tipo de assistência demandada, entre outros dados descritivos (FERNANDES, 2021).

A originalidade desse estudo está no enfoque inexplorado de identificar quais as racionalidades são utilizadas pelos juízes ao julgar sobre saúde, com uso de três tipos ideais forjados para essa empreitada: racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva, com inspiração na sociologia compreensiva de Max Weber. Que se mostraram instrumentos teóricos-metodológicos hábeis a desvelar a multiplicidade de racionalidades constantes na prática da justiça exercida na contemporaneidade, com particular

interesse para se analisar o caso brasileiro da judicialização em saúde. Assim a pesquisa tem relevância para o campo da sociologia, mas também para o campo do direito e ainda da saúde coletiva, esclarecendo pontos até então dissonantes nesses campos.

A partir de uma descanonização das teorias do direito forjo categorias de análise, no esteio de Luiz Alberto Warat (1988), que traz no seu manifesto do surrealismo jurídico a compreensão carnavalizada da linguagem jurídica estereotipada. Propondo a substituição da linguagem jurídica esteriotipada, pautada em neuroses narcisistas e defesas maníacas por uma linguagem carnavalizada.

Nessa pesquisa estou como um ser anfíbio, parte na terra e parte na água. Sou um ser do mundo do direito e um ser sociólogo. O que me permite conhecimentos de primeira mão, diferente da maioria dos pesquisadores, como prevê Blumer, citado por Howard S. Becker:

“Quase por definição, o pesquisador não tem um conhecimento de primeira mão da esfera da vida social que se propõe a estudar. Raramente é um participante nessa esfera e em geral não está em contato estreito com as ações e experiências das pessoas nela envolvidas. Sua posição é quase sempre a de um intruso; como tal, ele está evidentemente limitado no conhecimento simples do que se passa na esfera da vida em questão.” (BECKER, 2007, p. 20)

O sociólogo americano, no livro Segredos e truques da pesquisa, lança uma provocação aos cientistas sociais, ao afirmar que eles não detêm o monopólio da representação da sociedade. Becker (2007), analisando com muita criatividade peças de teatro, documentários, ensaios e romances, reconhece que outros grupos, como artistas, escritores de diversos gêneros literários produzem formas de representação originais e não convencionais que muito bem representam o social. E apresenta a indagação crucial de saber como se resolvem os problemas das representações da vida social quando na realidade a ciência não tem monopólio do assunto, tendo que se abrir para o conhecimento estético.

Becker (2007) parte do problema central de como representar a própria análise da representação. No início da obra ressalta que mapas, filmes, documentários, histórias são espécies de representações parciais da vida social, que atendem a um objetivo. O intento dele é ver o que há em comum nas várias espécies de representações sociais e quais soluções diferentes foram dadas aos problemas que podem ou não ser comuns nos relatos sobre a sociedade. Como bem alerta Becker (2009) não é fácil distinguir fatos de interpretações. Os mesmos fatos podem dar lugar a interpretações diferentes. Enfatizo que ao longo dessa pesquisa de campo busquei um controle rigoroso do trabalho empírico, examinando continuamente os limites e as possibilidades da atividade representacional.

Desde o início fujo do confinamento de uma pesquisa de intenção meramente descritiva. Não me interessa uma tese feita tão somente para descrição do fenômeno da judicialização. Interessa-me uma pesquisa desveladora das racionalidades que carregam os sentidos do exercício da justiça contemporânea pelos juízes brasileiros.

A pesquisa está dividida em cinco partes: além dessa introdução, outros três capítulos e a conclusão.

No primeiro capítulo, teórico-metodológico, apresento os tipos ideais. Procuo demonstrar que a racionalidade jurídica legal, a racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva se perfazem e se cruzam em um plano de proposições teóricas e empíricas, como instrumentos de orientação para a investigação da ação de julgar sobre saúde. Tais categorias são mobilizadas para serem utilizadas como guias para descrições provisórias das representações e sentidos atribuídos à ação de julgar, na concepção compreensiva de Weber (2009). Em seguida, exponho a realidade de interdisciplinaridade dessa investigação de um problema a partir de uma fronteira do mundo do direito e da sociologia. Posteriormente passando a estratégia de produção de dados.

No tocante a esse aspecto da orientação metodológica a pesquisa propôs um estudo de caráter qualitativo do tipo exploratório, uma vez que a pretensão é conhecer a realidade e desenvolver hipóteses para o fenômeno da judicialização da saúde. A análise da pesquisa foi desenvolvida em duas etapas. Busquei mesclar dados do primeiro momento da coleta de decisões em saúde e entrevistas com juízes, visando o ranqueamento dos tipos ideais com as decisões práticas. Como as racionalidades jurídica legal, jurídica moral e jurídica afetiva são utilizadas pelos juízes nas situações que vivenciam no cotidiano. Realizei análise relacional dos dados colhidos na pesquisa, buscando apreender de modo livre e espontâneo os sentidos dos juízes em relação a ação de julgar em saúde, com uso dos mesmos tipos ideais. Utilizei metodologia de coleta de dados numa combinação de técnicas: análise documental e entrevistas; os dados foram analisados utilizando-se a técnica de análise de conteúdo, lastreada na interpretação de sentidos dos tipos ideais.

No segundo capítulo, da racionalidade jurídica legal, busquei esclarecer que no desenvolvimento de uma decisão os juízes apresentam seus sentidos subjetivos da lei, embora nem sempre tenham consciência de que suas subjetividades implicam em interpretações que diferem do texto legal original. Com o uso do tipo ideal da racionalidade jurídica legal analisamos as sentenças e entrevistas dos juízes a partir de algumas categorias adequadas para avaliarmos como esse tipo ideal se apresenta de modo concreto no nosso campo de estudo. Considerados os elementos da letra da lei; as regras aceitas - direito consuetudinário; o que é

formalmente definido; as características de obediência. Dividi o capítulo nas seguintes sessões: complexidade dos graus de jurisdição; o desencantamento da norma; o problema prático da objetivação; a terceirização das escolhas; a reserva do (im)possível e, por fim, desigualdades na distribuição de recursos.

No terceiro capítulo, da racionalidade jurídica moral, apresento os achados resultantes da análise das sentenças e entrevistas com juízes, ancorados no tipo ideal da racionalidade jurídica moral, desenvolvido para evidenciar os significados subjetivos de moral presentes nas práticas decisórias. Esta abordagem busca lançar luz sobre as nuances e sutilezas que muitas vezes escapam às análises convencionais, revelando a interconexão entre as interpretações legais e as dimensões éticas subjacentes à tomada de decisões judiciais. Início o capítulo contextualizando que minha hipótese destaca a importância de explorar não apenas a racionalidade jurídica legal, a formal vinculada a letra da lei, mas também os elementos morais subjacentes nas decisões judiciais.

De forma sucinta o tipo ideal da racionalidade jurídica moral, ferramenta analítica foi criada na perspectiva compreensiva de Weber (2009) com inspiração na dominação carismática e no conceito de moral de Nietzsche (2019, p.9). Utilizei as seguintes categorias analíticas para as representações e sentidos atribuídos ao tipo ideal racionalidade jurídica moral: questionamento de verdades; ampliação de possibilidades de interpretação; promoção de abertura criativa; multiplicidade de caminhos e vontade de vida.

Embora os juízes, em muitos momentos no exercício da função possam resistir a admitir abertamente suas inclinações pessoais, na prática a questão é mais complexa. Em alguns momentos, como nas entrevistas, eles revelam de maneira explícita, seus fundamentos morais subjacentes à tomada de decisões. Evidencia-se a interconexão entre a interpretação legal e as dimensões morais. Trazendo à tona como os juízes, de forma muitas vezes implícita, incorporam suas visões morais na análise das normas legais, almejo contribuir para o entendimento de como a formação do arcabouço moral interfere nas decisões judiciais.

As subjetividades que influem na judicialização da saúde são multifacetadas, indo além da racionalidade jurídica legal que é permeada de elementos técnicos. Embora os juízes frequentemente recorram à Constituição Federal de 1988 e às leis ao falar sobre o manejo dos casos, a análise revela que outros fios, para além da objetivação legal, são levados em consideração nas sentenças.

O terceiro capítulo foi dividido nas seguintes sessões: 3.1 Abertura criativa: Interconexão entre interpretação legal e moral, 3.2 Protagonismo judicial; 3.3 A jaula de ferro da imparcialidade; 3.3.1 Imparcialidade como discurso de legitimidade; 3.3.2 Desafios da

construção simbólica da imparcialidade.

No quarto capítulo, adentramos a análise dos dados referentes ao tipo ideal, da racionalidade jurídica afetiva, que emergiu como um instrumento analítico eficaz para desvelar nuances muitas vezes encobertas pelas narrativas aparentemente objetivas dos magistrados. Inspirada na abordagem weberiana, utilizei esse tipo ideal como uma das nossas ferramentas interpretativas. Sua utilidade teórica é evidente quando vemos como elas constituem um conjunto articulado de explicações de sentido, proporcionando a identificação e compreensão mais profunda da influência dos afetos no fenômeno da judicialização da saúde. Esta leitura permite ir além das narrativas frequentes dos juízes que sugerem distanciamento de qualquer influência de afetos em seus julgamentos. Essa postura idealizada está associada à imagem de julgadores "objetivos" e, em muitos casos, reflete a intenção do julgador de se afastar de críticas que possam contaminar a imagem de imparcialidade do judiciário. Como se eles quisessem evitar ser alvo de críticas.

O capítulo foi subdividido nas seguintes sessões: 4.1 Dualidade de racionalidades; 4.2 Identidade e sensibilidade nas decisões; 4.3 A culpa por negar; 4.4 A aceitação dos limites do poder .

Na conclusão desta tese, procuro esclarecer os motivos que me levaram a usar os tipos ideais na pesquisa - racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva – que entendemos eficazes para verificação e identificação das múltiplas racionalidades no campo da saúde no Brasil. Argumento que é possível tomar os dados apresentados como indicativos de repertórios do fenômeno da judicialização de forma global. Assim a pesquisa conecta os significados da ação de julgar a repertórios não só legais, mas também morais e afetivos, me permitindo, construir um esquema interpretativo a partir dessa multiplicidade de racionalidades jurídicas que aponta para um tipo de justiça que liga legalidade, moralidade e afetividade na justiça praticada na contemporaneidade brasileira.

1. CAPÍTULO TEÓRICO METODOLÓGICO

Esta tese se ocupa do tema da justiça, a partir do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.

O valor do estudo está em traduzir a justiça como coisa mensurável, na medida do possível, haja vista as dificuldades de estabelecer suas dimensões a partir da ação de julgar em saúde. A ação de julgar é vista como um nível de justiça, diferente de como tem sido tratada, quase como um aforismo, como se fossem as decisões judiciais, unidades independentes e encerradas em si mesmas, como pequenos organismos com vida própria. Não são.

Os conhecidos conceitos de justiça e de judicialização, trazem os primeiros a distribuição dos recursos e dos benefícios na sociedade, com abordagens políticas e éticas, enquanto os segundos, costumam oscilar entre ideias sobre as questões que poderiam ser tratadas fora, mas são trazidas ao sistema judicial.

Minha busca é por um problema mais crucial desta realidade, situando a problemática de como se constroem a justiça em saúde no Brasil. O argumento central (h) é que a ação de julgar em saúde está permeada de múltiplas racionalidades, que inclui racionalidades moral e afetiva, para além da racionalidade legal. O que conduz a uma justiça na prática de múltiplas racionalidades.

Atendo ao que foi conclamado por Vila Nova (2009) ao chamar a atenção dos iniciantes para subsidiarem-se de instrumentos teóricos-conceituais à análise sociológica, que possa refletir na sua vida social, buscando respostas às perguntas do mundo real. Assim, ainda que eu venha a apresentar respostas que sejam pontos de partida para ulteriores aprofundamentos me proponho ao ofício de socióloga, com a continuada vigilância epistemológica proposta por Foucault (2010).

1.1 O problema de pesquisa

O ponto de partida para a pesquisa é a judicialização da saúde no Brasil. Como possibilidade de investigação esse fenômeno é uma instância de produção de conhecimento a respeito de um nível de justiça.

Iniciada durante a década de 1990 com as demandas por antirretrovirais para

portadores de HIV a judicialização da saúde inicia uma mudança na atuação dos juízes brasileiros em relação às ações judiciais sobre direitos sociais.

O fenômeno denominado de judicialização da saúde se constitui instrumento de acesso ao Direito fundamental da saúde por meio de ações judiciais que colocam na balança da justiça, de um lado o direito à saúde individual ou de um grupo, e de outro lado o risco da morte do paciente, o planejamento de gastos e previsões orçamentárias.

Outros conceitos foram forjados, Soares e Deprá (2012) conceituam judicialização da saúde como “crescente fenômeno da busca, por meio da Justiça, de medicamentos ou demais tecnologias que os usuários não conseguem obter diretamente no Sistema Único de Saúde (SUS)”.

O conceito de judicialização em sentido geral aqui observado é tratado por Vallinder (1995) como poder de revisão de atos administrativos e legislativos, reação do Judiciário frente a uma provocação, tendo por finalidade revisar a decisão de um poder político. Do que compreendo insuficiente, por vê-lo para além do poder de revisão. No caso do Brasil forjo o conceito de judicialização brasileira como fenômeno crescente de intervenção de juízes e tribunais que ocorre em questões que antes eram predominantemente resolvidas pelo sistema político ou legislativo e passam a ser decididas por meio de ações judiciais, gerando discussão quanto ao impacto na separação de poderes.

No caso da saúde, a atuação do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamentos ou tratamentos e disponibilização de leitos de hospital, vem aumentando ao longo dos anos de existência do SUS.

Segundo dados, do Conselho Nacional de Justiça (2015) foram registrados na justiça brasileira 241.000 processos versando sobre questões de saúde, em 2011. Em 2014 tramitavam 392.921 processos judiciais com pedidos por medicamentos, tratamentos, leitos em hospitais, entre outras questões relativas à saúde. Registrando-se um crescimento de 63% em menos de um terço de década.

Este fenômeno apresenta-se difundido em todas as regiões do país. Na Bahia, no ano de 2002, pleiteia-se a primeira ação de direito à saúde por via judicial. No ano de 2006, foram 34 ações e, em 2007, 112 ações. Em Santa Catarina, foram registradas em 2002, 24 ações e, em 2007, 2.511 ações. No Rio de Janeiro entre os anos de 2001 e 2005 ocorreu um aumento de aproximadamente 350% no número de ações (SOARES; DEPRÁ, 2012).

Santiago (2016), na linha de Vallinder, percebe o ativismo judicial como embrião da Judicialização, potencializador da utilização do conceito de neoconstitucionalismo alterando a função do Poder Judiciário que deixa de ser restrita a proferir o direito e passa a expansão do

poder judicial na esfera política e, ao mesmo tempo, a tendência em tornar todas as práticas sob forma de processo judicial.

No campo do direito a expansão da judicialização tem sido vista como uma consequência normativa, decorrente da supremacia da Constituição sobre decisões parlamentares ou do executivo que fortalece a relação democracia/constitucionalismo (Dworkin, 2001).

Os principais efeitos negativos apontados na judicialização são a criação de desigualdades e o prejuízo ao planejamento público de gastos e investimentos. Sob o argumento de que saúde é direito de todos e dever do Estado, decisões judiciais concederiam a concretização da prestação universal e integral à saúde sem questionamentos quanto aos limites de efetivá-lo individualmente.

A maioria das demandas judiciais de saúde no Brasil, entre os anos de 2013 e 2014, versa sobre ações individuais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). E no Estado de São Paulo, das decisões proferidas em ações referentes a solicitações de medicamentos para tratamento de hepatite C, entre os anos de 1998 a 2005, 98% foram em processos individuais e 2% em ações coletivas. (CHIEFFI, 2009)

Em município do Rio Grande do Sul, a soma dos valores das compras de medicamentos por decisões judiciais em período de três meses do ano de 2012 foi de R\$75.911,57 (setenta e cinco mil, novecentos e onze reais, e cinquenta e sete centavos). As compras referentes à farmácia básica municipal foram de R\$101.630,09 (cento e um mil, seiscentos e trinta reais e nove centavos). Gasto per capita de R\$253,03 (duzentos e cinquenta e três reais e três centavos) para cada usuário de demandas judiciais e para cada habitante do município da farmácia básica municipal gasto per capita de R\$5,19 (cinco reais e dezenove centavos). Identificado um gasto de cada usuário judicial do município 48 vezes maior que o gasto com o usuário da farmácia básica municipal (MOCELIN, 2013).

O orçamento do Ministério da Saúde destinado a atender às sentenças judiciais no ano de 2005 foi de aproximadamente R\$ 2 milhões. Em 2008, cerca de R\$ 68 milhões. (MOCELIN, 2013). Em 2010, os gastos se aproximam a R\$ 140 milhões de reais, chegando à soma de R\$ 838,4 milhões, em 2014. Estes valores representam em um período de cinco anos (2010 a 2014), um total de mais de dois bilhões de reais (BRASIL, 2015).

As decisões que concedem direitos individuais ressaltam a desigualdade no acesso à saúde e a hipótese da judicialização da saúde no Brasil ser uma ação das elites econômicas quanto a tratamentos de alto custo é levantada por Sant'Ana (2017), Medeiros, Diniz e Schwartz (2013) que realçam um privilégio a segmentos com maior poder de reivindicação.

Para Barroso (2008) a individualidade das demandas gera risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, criando concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade dos cidadãos, que continuam dependentes das políticas universalistas, implementadas pelo Poder Executivo. E enseja a desorganização da atividade administrativa, dificultando a alocação racional dos recursos públicos. O que pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública coletiva sejam devidamente implementadas.

Santos (2010, 2014) chama atenção para a integralidade do SUS que não pode ser interpretada como um dever do Poder Público de prestar serviços integrais de produtos ou tratamentos que atentem contra a equidade, ressaltando que a responsabilidade do Estado está condicionada à observância de regras de utilização da prestação do cuidado, de modo que a saúde possa ser ofertada com isonomia.

O direito à saúde é direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal (CF) e garantido nos termos do artigo 196 como direito de todos e dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços.

O Poder Judiciário brasileiro passou a realizar uma interpretação que materializa o direito à saúde com assistência médico-farmacêutica individual, em detrimento do planejamento coletivo de prestação de saúde, por meio de processos judiciais, que nos instiga reflexões quanto aos fatores que desencadearam essa ação de julgar diferente da ação de julgar os outros direitos sociais.

No caso da saúde ocorreu uma alteração do conceito de normas programáticas que são as regras que dependeriam de concretização pelo Poder legislativo ou de posição de governo, através de escolha de determinadas políticas públicas. Para o mundo do direito, os juízes brasileiros passaram a exercer um papel de interpretação criativa que preenchem de eficácia material às disposições legais referentes à saúde contidas na Constituição Federal.

Para os doutrinadores do mundo do direito a mudança na forma de julgar os processos referentes ao direito à saúde é explicada como uma alteração quanto à interpretação das normas programáticas que dependeriam de concretização legislativa, opção de políticas públicas, ou condições econômicas favoráveis (BARROSO, 2006).

Ronald Dworkin (1999) defende essa tese de que os casos levados ao judiciário têm uma resposta correta, que pode ser obtida a partir dos princípios jurídicos constitucionais aplicados em níveis adequados de ponderações, entretanto, se assenta na aplicação de princípios da moral para explicar a prática jurídica norte-americana. Essa teoria da

argumentação jurídica para mim não se mostra capaz de explorar com profundidade a ação de julgar.

Se a eficácia de uma norma é a aptidão de produzir efeitos, e diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, a interpretação de eficácia plena que é dada ao direito à saúde, conferindo força ampla à norma constitucional implica mudança no formato de julgar direitos fundamentais. Tal mudança teria ensejado uma superação da forma de aplicação do direito a saúde como mero programa que dependeria da determinação política em dar-lhe cumprimento.

A busca por direitos por meio de decisões judiciais não se restringe tão somente ao direito à saúde, mas também ocorre em relação aos outros direitos sociais. Entretanto, não tem tido a mesma intensidade que na saúde pública. Entre os direitos sociais constantes do Artigo 6º da Constituição Federal: educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, transporte¹ e alimentação², o direito à saúde tem sido interpretado pelos juízes de modo diferente dos demais direitos sociais, que têm sido interpretados de forma distanciada e com menos concretude material.

Dentre muitas decisões nesse sentido, observa-se uma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2015), em Recurso de Apelação sobre direito à moradia, na qual os desembargadores³ julgaram contra a inscrição em programas de habitação ou auxílio para o pagamento de aluguel de moradores de imóvel derrubado por ter sido construído irregularmente em área pública. Argumentaram no ato de julgar “Não obstante a moradia ter sido alçada como um dos direitos sociais previsto na Constituição Federal é vedado ao poder judiciário se imiscuir nos critérios utilizados pela administração pública para cadastramento em seus programas habitacionais.”

O direito à saúde deixou de ser interpretado como norma programa que somente apresenta direcionamentos aos membros do Poder Legislativo e Poder Executivo e passou a ser interpretada pelos juízes como normas de eficácia plena, o que implica aplicabilidade direta e imediata aos casos concretos, permitindo a concessão de medicamentos e tratamentos, sem que haja limitação pelo princípio da reserva do possível que tem sido utilizado como defesa de Estados, União e Municípios para não cumprimento pleno dos direitos sociais.

Contudo, não há dados que apontem quais os elementos com os quais os juízes constroem a ação de julgar os casos de saúde. Identificados, até o momento, tão somente os

¹ Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015

² Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015

³ Juízes que desempenham funções nos Tribunais.

elementos que os juízes fazem pouca menção em suas decisões (CNJ, 2015).

Pesquisa do CNJ (2015) de abrangência nacional, intitulada Judicialização da Saúde no Brasil, com análise do perfil das ações judiciais em saúde analisadas em seis tribunais, São Paulo, Paraná, Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Acre, que teve como objetivo analisar o cenário da judicialização da saúde e a política judiciária de saúde no Brasil. Apresenta um perfil da judicialização, que identificou nos processos referentes à saúde os elementos que os juízes fazem pouca menção, com base em: a) Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal (STF); b) Recomendações do CNJ; c) Fórum Nacional de Saúde, aos Comitês estaduais de Saúde e aos Núcleos de apoio técnico.

Os juízes ao julgarem sobre saúde pouco levam em conta os elementos colecionados em Audiência Pública do STF que foi realizada para auxiliar os juízes no tema saúde. A maioria das decisões do período de 2013 a 2014 não citou ou tomou como referência essa Audiência Pública realizada em 2009 pelo STF, a respeito da judicialização da saúde. Tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência que buscou discutir pontos muito relevantes como, responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS; Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA; Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; Fraudes ao Sistema Único de Saúde (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

A pesquisa do CNJ (2015) identificou ainda que os juízes em suas decisões fazem pouca menção às suas próprias recomendações. A maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e saúde suplementar na atividade judicante, desconsiderando as orientações que foram normatizadas para auxiliar os juízes nos temas sobre saúde.

Ademais, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2015) os juízes descrevem nas sentenças de saúde pouca menção ao Fórum Nacional de Saúde, aos Comitês estaduais de Saúde e aos Núcleos de apoio técnico.

A recomendação do CNJ n. 31 (BRASIL, 2010) se propõe subsidiar os magistrados e demais operadores do direito à maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. A Recomendação do CNJ n. 36 (BRASIL, 2010) visa subsidiar os magistrados e demais operadores do direito nas demandas judiciais referente à

assistência à saúde suplementar.

O perfil trazido pela pesquisa, Judicialização da Saúde no Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015) apresenta um elenco dos elementos que não têm sido utilizados pelos juízes brasileiros no momento de julgar os processos referentes ao direito à saúde. Persistindo a reflexão quanto aos elementos que são levados em consideração na construção dessas decisões, haja vista que não fica claro quais elementos os juízes consideram ao criar as decisões sobre saúde. No caso se observa uma mudança na interpretação dos juízes ao julgar sobre saúde que pode estar ligada a elementos não jurídicos. O risco de agravação do estado de saúde dos requerentes do direito à saúde pode ter ensejado uma nova forma de julgar esses casos.

Embora haja acaloradas defesas como a de Sant'Ana (2017, p. 7) em torno da judicialização da saúde como “alternativa legítima e democrática de concretização de direitos fundamentais e acesso à saúde”. A Judicialização como uma alternativa democrática aos direitos constitucionais não faz parte dos achados de Santiago (2016) que observa a judicialização como tentativa bem-sucedida de expansão do Judiciário na regulação das políticas sociais, como resultante da disputa entre campos.

Entre os elementos apontados como possíveis responsáveis pelo crescimento da judicialização da saúde se destaca a facilidade na obtenção de decisões liminares e interesses econômicos da indústria farmacêutica (SANTOS, 2014)

Para além de estudos como os citados acima, que avaliam os aspectos da judicialização como expansão de poder do Judiciário e expressão de interesses econômicos. A problemática proposta no presente estudo destaca mais profundamente, como ocorre a atuação dos juízes ao criar soluções para os casos sobre saúde, considerando-se a pertinência de desenvolver reflexões que possam contribuir para o conhecimento sociológico do fenômeno social da judicialização como uma dimensão de justiça. Não tendo sido localizadas pesquisas com essa profundidade conforme dados apresentados na pesquisa realizada por Stamford (2012).

Situando a problemática sob a perspectiva da ação de julgar em saúde, o argumento central (h) é que tal ação é constituída por racionalidades legais, racionalidades morais e racionalidades afetivas, e ao mesmo tempo, a delimitação dessas múltiplas racionalidades conduz a delimitação de uma dimensão de justiça.

A pesquisa tem por objetivo geral explorar a construção da justiça em saúde no Brasil, e objetivos específicos identificar as racionalidades presentes nos casos julgados em saúde e nos argumentos dos juízes.

1.2 Tipos ideais

Se Justiça é a forma que uma sociedade distribui as coisas que valoriza. (Sandel, 2012, p. 28) entendo como minha tarefa de socióloga delimitar o conceito de Justiça em saúde a uma ação compreensível dessa forma de distribuição. Pois, penso ser esse o melhor sentido da sociologia “uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos.” (WEBER, 2009, p. 3)

Nesta pesquisa, ao delimitar o conceito de Justiça em saúde, encontrei a ação de julgar em saúde, a partir dos juízes, por serem estes os indivíduos que realizam a distribuição das coisas valiosas. No que considero, bebendo do conceito weberiano, a ação de julgar como o comportamento dos juízes com seus sentidos subjetivos e, quanto a seus sentidos visados, se refere ao comportamento de outros, pelo qual se orienta.

“Por ação entende-se, neste caso, um comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um sentido subjetivo. Ação social, por sua vez, significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este seu curso (WEBER, 2009, p. 3)

Nesse percurso busco o sentido subjetivamente visado da ação de julgar em saúde, a partir da a) realidade do fenômeno da judicialização da saúde, pelos juízes, nas decisões e percepções dos juízes; b) num tipo conceitualmente puro, concebido como típico, ao qual batizei de racionalidade jurídica. Tipo ideal, com o qual tenho a pretensão de responder à pergunta de investigação “quais as racionalidades que compoem a ação de julgar os casos em saúde?” Tal qual proposto por Weber (2009, p. 4):

“sentido é o sentido subjetivamente visado: a) na realidade α , num caso historicamente dado, por um agente, ou β , em média e aproximadamente, numa quantidade dada de casos, pelos agentes, ou b) num tipo puro conceitualmente, construído pelo agente ou pelos agentes concebidos como típicos.”

Não se trata, de sentido objetivamente correto ou verdadeiro. Como disse acima, me proponho a uma tarefa de socióloga.

A ênfase de Weber (2009) está no caráter subjetivo do sentido da ação social. O conceito de sentido desempenha papel central na obra weberiana. A preocupação de Weber em não deixar dúvidas quanto a isso, de que na sua análise a ação social é examinada pelo

prisma do sentido que ela assume para o agente, não-psicológica.

A expressão mais completa da sociologia compreensiva de Weber (2009) é do sentido subjetivamente visado. No qual o sentido da ação não é algo dado, que seja visado pelo agente como meta, mas a representação que o agente tem do curso da sua própria ação e que comanda a execução desta.

No esquema analítico weberiano tudo passa pelas representações que os agentes tem dos motivos das ações. O sentido não está pronto, antes de se encetar a ação, não tendo uma referência objetiva já dada. O que mais conta na ação é o modo como o agente a representa para si ao conduzi-la. Daí a dimensão subjetiva da ação.

Assim, inicio a construção de tipos puros que pretendo sejam fórmulas interpretativas para a complexa realidade do fenômeno da judicialização da saúde. Sem esquecer que o que dará maior ou menor valor a esta construção teórica é a concordância com a adequação de sentido proposta e as correlações fáticas, pelo que busco uma contribuição sociológica, seja do ponto de vista explicativo do fenômeno, ou do ponto de vista do conhecimento da ação que o constitui.

O tipo ideal é obtido e ordenado por acentuação unilateral e mediante o encadeamento de fenômenos isolados dados, a fim de formar um quadro homogêneo de pensamento (COHN, 1999, p. 106). Assim, não visa a reprodução da realidade total, como ela é em si, pretende uma construção mental teórica para enfatizar aspectos de dado fenômeno estudado. Pelo que entendemos adequada a construção dos tipos ideais, racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva para a compreensão interpretativa da ação de julgar sobre saúde, que permita guiar a exploração das racionalidades presentes nos julgamentos de saúde, explicando-as casualmente em seu curso e conexões de sentido.

Para Weber (2009) a ação social pode ser determinada de modo racional referente a fins, para atingir um objetivo previamente definido, na qual se lança mão dos meios necessários ou adequados. Determina-se, ainda, de modo racional referente a valores pela crença consciente no valor ético, estético, religioso, absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado. Determina-se, também, de modo afetivo especialmente emocional, por afetos ou estados emocionais. E, por fim, determina-se de modo tradicional assente em costume arraigado. Numa abordagem da sociologia compreensiva na qual o indivíduo é o portador da conduta significativa.

Weber (2009) acrescenta que a ação afetiva e a ação referente a valores distinguem-se entre si pela elaboração consciente dos alvos da ação e pela orientação planejada com

referência a ação referente a valores, tendo em comum que, para elas, o sentido da ação não está no resultado que a transcende, mas sim na própria ação em sua peculiaridade.

Age de maneira puramente racional referente a valores quem, sem considerar as consequências previsíveis, age a serviço de sua convicção sobre o que parecem ordenar-lhe o dever, a dignidade, a piedade ou a importância de uma causa de qualquer natureza. É uma ação segundo mandamentos ou de acordo com exigências. Raramente a ação orienta-se exclusivamente de uma ou de outra destas maneiras. A ação real se aproxima ou se compõe mais ou menos delas.

Em “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, Weber (2004) aplica o tipo ideal, partindo de uma descrição provisória do que denomina como o espírito do capitalismo, para clarificar a compreensão do objeto de investigação. E apresenta as condições da racionalidade legal do ocidente moderno como base do Estado moderno, apontando a influência das ideias religiosas sobre a conduta dos homens. Tendo como tese principal que as ideias puritanas influenciaram o desenvolvimento do capitalismo. A sugestão de Weber é de que o protestante e o capitalismo bebem da mesma fonte, o racionalismo, pelo que pressupõe a contribuição do protestantismo para o *ethos* racional, o que Weber chama de espírito próprio para o desenvolvimento do capitalismo, o modo de vida dos protestantes, que estabelece o trabalho como vocação divina.

Ademais a aplicação do tipo ideal é utilizada por Weber (2004) como um instrumento para conduzi-lo em meio à realidade complexa que constrói, passo a passo, o tipo ideal espírito do capitalismo, não visando a explorar influências religiosas ou análise das questões transcendentais.

O protestante, outro tipo ideal apresentado, por Weber (2004) mostra um misto de rejeição e aceitação ascética do mundo, porque a racionalização religiosa da vocação contribui para a racionalização das relações sociais, mas, em especial, para o puritano, apesar da eliminação da mística e elevação das ações, o sucesso, como resultado do emprego dessa lógica pelo agente no cumprimento do dever, é um sinal da escolha por Deus. Para o protestante o trabalho é executado como um fim absoluto por si mesmo. A ideia do trabalho árduo se mostra como um dever que aduz em si uma recompensa própria para o homem virtuoso. Assim, o homem trabalha bem em sua ocupação porque deve fazê-lo, não importando no que consista tal atividade. O “bem fazer” é desejado, aparecendo como sinal de virtude, através do que Deus poderá expressar sua glória.

Os puritanos desenvolvem, portanto, uma religião e um modo de vida metódico e racional, e projetam esse modo de vida no trabalho, a vocação aparece como aquela obrigação

desejada do cumprimento de tarefas. Partindo da concepção luterana de vocação, de valorização do trabalho cotidiano secular, Weber (2004) analisa a valorização do cumprimento do dever das profissões seculares, o que dá um significado religioso ao trabalho secular e cotidiano como um trabalho realizado para a glória de Deus. A tarefa é ordenada por Deus e por isso deve ser cumprida para que Deus demonstre sua glória, uma doutrina de justiça meritória das sociedades protestantes.

Para Weber (2004), os puritanos querendo servir a Deus, ajudaram a criar o capitalismo moderno. Os puritanos ao projetaram a ideia de vocação religiosa sobre o trabalho estabeleceram como expressões da vocação: o individualismo e a eliminação dos prazeres. O trabalho é encarado como chamamento divino, um caminho para a salvação das vilezas do mundo.

Assim, como Weber considera o indivíduo e o ato deste como unidade básica de análise, meu ponto de partida e unidade final de análise é a ação de julgar. Numa compreensão weberiana que consiste na interpretação da união da totalidade mais ampla com sua parte. Uma dimensão faz parte do todo. Procuro se há múltiplas racionalidades na ação de julgar os casos de saúde. E tenho tal ação como uma dimensão da justiça em saúde. Comprendo a ação de julgar e a justiça como portadores do mesmo “espírito”.

Os tipos ideais, racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva se perfazem em um plano de proposições teóricas e empíricas, em instrumentos de orientação para a investigação da ação de julgar sobre saúde, a serem utilizados como guias para descrições provisórias das representações e sentidos atribuídos à ação. Com pretensão de interpretação para alcançar evidências de sentido como hipóteses causais de evidências particulares.

Como instrumentos metodológicos os tipos ideais, racionalidades jurídicas legal, moral e afetiva com seus desdobramentos descritivos-analíticos, exprimem objetos categorialmente construídos. Selecionados e apresentados em formas puras (categorias), visando a compreensão de aspectos do fenômeno, a judicialização da saúde, a partir da ação de julgar. Com os limites dos conceitos sociológicos de um momento histórico e geograficamente situado, vinculado ao Brasil dos anos em torno de 2020.

A tipologia construída com inspiração teórica analítica em Weber (2016, 2004, 2009, 2015), tem sentido afim ao empregado por Madel Luz (1993, 2007) no estudo da racionalidade médica, como tipo ideal, estruturando o seu sistema médico em cinco dimensões básicas, lastreada em termos teóricos, práticos e simbólicos: a) morfologia humana, que define a estrutura e a forma de organização do corpo; b) dinâmica vital humana,

que define o movimento da vitalidade, seu equilíbrio ou desequilíbrio no corpo, suas origens ou causas; c) doutrina médica, constituído como um *corpus* doutrinário que define o que é saúde, doença, adoecimento, cura, o que pertence ao corpo médico, o que não pertence; d) sistema de diagnose, que determina origem e causa; e) sistema terapêutico, que determina as intervenções.

Para Luz (1993) essas cinco dimensões estão embasadas em uma sexta dimensão implícita ou explícita: denominada cosmologia, que permitiu a constatação de limites na racionalidade dos sistemas, uma vez que a cosmologia, própria da cultura em que se insere, é enraizada em um universo simbólico de sentidos que incluem imagens, metáforas, representações e mesmo concepções que são parte de um imaginário social irreduzível ao plano de proposições teóricas e empíricas demonstráveis pelo método científico.

Outrossim, a observação de várias dimensões da racionalidade jurídica permite incorporar uma crítica às teorias da escolha racional que têm limitado a abordagem neoclássica ressaltando o homem econômico. Em favor de uma abordagem que aprofunda os debates acerca da judicialização para além de uma perspectiva de interesses econômicos da indústria farmacêutica (SANTOS, 2014). Não ficando adstrita a questão da economia, numa visão particularista do modo como os interesses econômicos funcionam ou pelas necessidades de *La Trappe* no dizer de Nietzsche (2006, p. 29)

Nossa visão de justiça referencia John Rawls (1999), com uma abordagem libertária, ele aparece como o mais recente crítico da abordagem utilitarista. Acrescenta ao debate das teorias libertárias a questão da equidade em uma formulação para o contrato social, para além do que propôs Kant que fundamenta a justiça e os direitos em um contrato social não real, onde o governo legítimo fundamenta-se em um contrato social de pessoas que decidem entre si quais princípios deverão governar sua vida coletiva. Essa abordagem tenta responder como se dá esse contrato imaginário.

Assim, propõe a suposição de que reunida para definir os princípios que governarão a vida coletiva, provavelmente, há dificuldades para chegar a um consenso em um grupo social. Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. E apresenta um contrato social como um acordo hipotético em uma posição original de equidade, através do uso de um “véu de ignorância” que temporariamente impediria cada um de saber quem somos, ou a qual classe social pertenceríamos, desconhecendo gênero, raça, etnia, opiniões políticas ou crenças religiosas, vantagens ou desvantagens, se seríamos saudáveis ou frágeis. E não possuindo essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original

de equidade. (RAWLS, 1999)

Rawls (1999) apresenta uma concepção de justiça utilitarista diferenciada por visar a justiça para a maioria que não é privilegiada. Ele desconsidera o modelo clássico, trabalhando com um consenso original a partir de pessoas livres e racionais não num estado de natureza, mas já na condição de membros da sociedade que aceitam sua posição inicial de igualdade especificando, mediante princípios morais, os tipos de cooperação social e as formas de governo. O neocontratualismo apresentado por Rawls, fundamenta o que ele denomina de justiça como equidade, aproximada da teoria tradicional do contrato social, mas num ambiente hipotético, no qual os princípios de justiça seriam escolhidos sob um véu de ignorância provisório até o momento da concordância com o contrato.

“Na justiça com equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. [...] A posição original é, poderíamos dizer, o status quo inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. Isto explica a propriedade da frase “justiça com equidade”: ela transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa. (RAWLS, 1999, p. 19)

A teoria de justiça de Rawls, através do princípio da diferença corrige a distribuição desigual de aptidões e dotes sem impor limitações aos mais talentosos. Estimulando-os a desenvolver suas aptidões, compreendendo, porém, que as recompensas que tais aptidões acumulam no mercado pertencem à comunidade como um todo. Ele conclui que a concepção meritocrática de justiça é falha pelo mesmo motivo que a concepção libertária: ambas fundamentam a distribuição de direitos em fatores moralmente arbitrários. Uma vez que somos influenciados tanto pelas contingências sociais quanto pelas oportunidades naturais na determinação da distribuição de direitos, poderemos ser prejudicados pela influência de uma ou de outra (SANDEL, 2015).

Para Rawls (1999, p. 505) uma sociedade bem ordenada é condição para a justiça como equidade. Sociedade bem ordenada é aquela estruturada para promover o bem e tem concepção comum de justiça, para instituições e pessoas, com padrões reconhecidos publicamente, excluídas concepções que não sejam públicas, mesmo seguidas por todos.

No "neocontratualismo" de Rawls, os princípios derivados do acordo original hipotético representam o que ele chama de justiça com equidade. Esses princípios são fundamentados nas instituições, que atuam como intermediárias entre os membros da sociedade. Rawls concentra sua teoria da justiça na estrutura básica da sociedade, buscando estabelecer a distribuição mais justa possível de direitos e deveres fundamentais por meio dessas instituições sociais. Nesse contexto, Rawls desenvolve uma concepção de justiça como sendo predominantemente procedimental, o que implica garantir um processo que assegure a maior equidade possível.

A teoria da justiça de Rawls tem, portanto, como principal objeto a estrutura básica da sociedade, por meio da definição da maneira mais justa de distribuição de direitos e deveres fundamentais pelas instituições sociais, desenvolvendo-se, dessa maneira, uma concepção de justiça como uma "justiça procedimental pura", por meio da qual se garante a maior equidade possível de um procedimento.

1.2.1 Racionalidade Jurídica Legal

A partir da concepção de tipo ideal, como método que possibilita um recorte da realidade, que permite mecanismos para compreender uma realidade complexa do objeto judicialização da saúde. Com inspiração nos tipos ideais de ação social de modo racional e dominação legal, ambas de Weber (2009) construímos também o tipo ideal, Racionalidade jurídica legal.

O tipo ideal, da ação social determinada de modo racional referente a fins voltada para expectativas do comportamento de pessoas e objetos do mundo exterior utiliza as expectativas como condições para alcançar fins próprios, perseguidos racionalmente, como o sucesso. Enquanto o segundo tipo weberiano, a dominação legal, encontra legitimidade no direito (WEBER, 2009).

O tipo ideal racionalidade jurídica legal visa à compreensão da ação de julgar. Pretendo compreender interpretativamente o sentido subjetivamente visado dessa ação social e explicá-la em seu curso e efeitos, e faço conforme orientado por Weber (2009, p. 4): na realidade da judicialização da saúde: num caso historicamente dado na contemporaneidade no estado de Pernambuco; pelo agente: juiz. Num tipo puro conceitualmente. Não se tratando de um sentido verdadeiro. Mas de um tipo contruído e concebido como típico.

Para Weber (2009, p. 4) a possibilidade de reviver a ação é importante para trazer evidências da compreensão, não sendo condição para interpretação do sentido. Buscando as evidências para compreensão da ação de julgar concebo o tipo puro ideal racionalidade jurídica legal que tenho como racional por ter caráter lógico e poder ser compreendida intelectualmente. Jurídica, no que trato de tornar intelegível o desenrolar da ação motivada de julgar, a partir dos pontos de orientação da própria realidade do sistema jurídico, na maior aproximação possível desta realidade. E por fim legal, no que busco evidências de compreensão das leis.

Segundo Weber (2009, p. 141) há três tipos puros (ideais) de dominação legítima:

“1. De caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal); 2. De caráter tradicional: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim. 3. De caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática).”

O tipo puro Racionalidade Jurídica Legal é construído considerando a ação dos juízes como racional com relação a fins, haja vista que na função de funcionários públicos do Estado burocrático, para atingir um objetivo previamente definido, eles lançam mão dos meios adequados, avaliados dos próprios pontos de vista. A questão para os juízes que visam chegar ao objetivo definido, recorrendo aos meios disponíveis é selecionar entre meios legais os mais adequados, pelo que focaremos a análise do domínio legal.

Estando a dominação legal baseada em estatutos, “obedece a uma ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas.” (WEBER, 2009, p. 141)

Weber (2009) considera que a dominação baseia-se em ideias entrelaçadas: a) de que todo direito pode ser estatuído de modo racional referente a fins e valores com a pretensão de ser respeitado; b) direito é cosmo de regras abstratas estatuído com intenções; c) o superior enquanto ordena obedece à ordem impessoal pela qual se orienta; d) quem obedece o faz como membro da associação e obedece ao direito; e) os membros da associação obedecem não ao senhor, mas às ordens impessoais, racionalmente limitadas.

Para Weber (2004. p. 140) obediência significa que a ação de quem obedece ocorre como se este tivesse feito do conteúdo da ordem a máxima de sua conduta em virtude da relação formal de obediência sem consideração da própria opinião sobre o valor ou desvalor

da ordem. A dominação requer um pessoal administrativo para executar as ordens.

Aqui identificamos o juiz como servidor do Estado que exerce o domínio legal, constituído em virtude da fé na validade do estatuto legal e da competência funcional. (WEBER, 2004, p. 139)

Weber apresenta como categorias fundamentais da dominação legal o exercício contínuo de funções oficiais, vinculado a regras e determinada competência, significando esta um âmbito limitado de distribuição de serviços, com atribuição dos poderes de mando e limitação dos meios coercitivos. Ao que conclui denominando de autoridade institucional. (WEBER, 2004. p. 142)

A dominação legal pode assumir formas diversas. O tipo mais puro de dominação é aquele que se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático que se compõe de funcionários individuais que detém as seguintes características: pessoalmente livres, obedientes às obrigações objetivas de seu cargo, nomeados (não eleitos) numa hierarquia rigorosa de cargos, detentores de competência funcional fixa em virtude de contrato baseado em qualificação profissional (verificada mediante prova e certificado por diploma), remunerados com salários fixos, exercentes do cargo como profissão única ou principal, detentores de perspectiva de carreira com progressão por tempo de serviço ou eficiência ou ambos, trabalham sem apropriação do cargo, submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço (WEBER, 2004. p. 143).

Assim como descrito por Weber, os juízes exercem a dominação legal, como grupo de indivíduos que se submete a um conjunto de regras formalmente definidas e aceitas por todos os integrantes. São essas regras que determinam ao mesmo tempo a quem e em que medida as pessoas devem obedecer. A dominação racional-legal se especifica por encontrar legitimidade no direito estatuído de modo racional, com pretensão de ser respeitado pelos membros do Estado.

O Estado democrático não se diferenciaria do Estado absoluto que elimina a administração feudal, patrimonial, ou de outros dignitários que exercem o poder de forma honorária ou hereditária, a substitui por funcionários civis. No Estado moderno, o verdadeiro poder estaria nas mãos da burocracia, que o exerce mediante a condução da administração, na rotina do dia a dia, tomando as decisões sobre os problemas diários. O moderno exército de massa também é um exército burocrático, e o oficial é um tipo especial de funcionário, distinto do cavaleiro. (WEBER, 2015)

O desenvolvimento da política numa organização que exigia treinamento na luta pelo poder e métodos dessa luta, determinou a separação dos funcionários públicos em duas

categorias distintas, embora não sejam rigidamente separadas. Os funcionários administrativos e os políticos. O elemento político consiste na tarefa de manter lei e ordem e manutenção das relações de poder existentes. (WEBER, 2004. p. 112)

Diferente da atuação política a administração burocrática significa dominação em virtude de conhecimento, seu caráter fundamental, racional. Além da posição de poder devida ao conhecimento profissional, a burocracia tem a tendência de fortalecê-la ainda mais pelo saber prático de serviço, o conhecimento de fatos adquirido na execução das tarefas ou obtido via documentação. O conceito burocrático do segredo oficial, em sua relação ao conhecimento profissional, provem da pretensão de poder (WEBER, 1988 p. 138).

A dominação burocrática considerada como tendência ao nivelamento de recrutamento a partir de profissionais mais qualificados, interesse de um processo extenso de qualificação profissional e dominação de impessoalidade formalista, sem ódio, paixão, amor ou entusiasmo, sob a pressão do conceito de dever – vocação.

Weber (2009) dá ênfase ao caráter subjetivo do sentido da ação social, demonstra preocupação em não deixar dúvida que sua análise da ação social é examinada pelo prisma do sentido que ela assume para o agente, assim subjetivamente. O sentido da ação não é algo dado que de algum modo seja visado pelo agente como uma meta, mas uma representação que o agente tem do curso da própria ação e que a comanda.

Assim, o tipo ideal Racionalidade Jurídica Legal é constituído como operador descritivo-analítico para as dimensões de autoridade, norma e hierarquia, está contido das seguintes categorias analíticas provisórias que pretendem analisar as representações e sentidos atribuídos: a letra da lei, as regras aceitas, o que é formalmente definido, as características de obediência, as obrigações e responsabilidade de um cargo, hierarquia e competências fixadas na qualificação profissional, a submissão a sistemas de disciplina, o controle de atribuições.

1.2.2 Racionalidade Jurídica Afetiva

Apresento esse instrumento de orientação de investigação, que almejo seja capaz depurar o comportamento dos juízes, condicionado afetivamente, lembrando que não é possível a explicação de um fenômeno social particular, por meio de uma análise exaustiva das relações causais que a constituem, pelo que escolhi algumas destas, fragmentos. A racionalidade jurídica afetiva é o primeiro fragmento selecionado desta realidade social

complexa, a judicialização da saúde.

A racionalidade jurídica afetiva, foi desenvolvida com inspiração weberiana, como um conjunto articulado de explicações de sentido, visando compreender e interpretar o fenômeno objeto desta pesquisa.

O desenvolvimento deste tipo puro baseou-se de certo modo, nos meus valores. O embrião dessa pesquisa está ligado a minha trajetória no mundo do direito, no qual, a racionalidade jurídica legal é considerada a única com sentido para a ação de julgar. Entretanto, nos estudos e práticas do direito, me deparo com uma das perguntas que visou resposta nesta tese: E se existirem outras? Se afeto e moral constituírem outros sentidos do julgar?

E baseio-me em certos aspectos do julgar em saúde, cujo exame me parece importante e aqui lanço mão por me trazerem validade nesse campo de pesquisa que se debruça sobre a judicialização, e sobretudo pela relevância para a compreensão desse complexo objeto aqui estudado.

Na pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015), um juiz relata que, em matéria de saúde, deve-se buscar superar o modelo que ele chama adversarial e estabelecer uma nova forma de atuação menos formal e mais comprometida com o humano. Parcela dos julgadores entrevistados ressaltam que não devem ser orientados por sentimentos, embora a pesquisa apresente no texto das decisões elementos emocionais, como compaixão e solidariedade.

Os juízes tem demonstrado dificuldade para expressar a influência dos afetos em sua atuação na judicialização da saúde, e se apresentam com uma narrativa distanciada de qualquer influência de emoções, atreladas ao papel de julgadores “objetivos”, inclusive realizam uma atuação que recebe críticas de ser pouco humanizada e distante das pessoas que procuram o Judiciário. Dominguez (2010) traz que o julgador da 2ª Vara da Fazenda Pública, de Ribeirão Preto, avalia que juízes tem pouco conhecimento sobre saúde e completa que os colegas dele temem que a rejeição leve à morte dos pacientes.

Para nós, a aparição de afetos, que se mostra em oposição à ação estritamente racional orientada pelo fim podem ser disfarçados para garantir o controle dos juízes do sistema profissional que ocorre através de uma estrutura de poder baseada na técnica.

Desse modelo de investigação que é o tipo Racionalidade jurídica afetiva pretendo me valer para guiar-me na imensidão do fenômeno, aceitando que opto por este traço que considero relevante e deixo de lado outros, com consciência que se trata de um modelo simplificado. Mas, aqui afirmo, esse fragmento é essencial para a compreensão do fenômeno

complexo (realidade concreta) judicialização da saúde.

Mas os conceitos construtivos da sociologia são típicos-ideais não apenas externa como também internamente. A ação real sucede, na maioria dos casos, em surda semiconsciência ou inconsciência de seu 'sentido visado'. O agente mais o 'sente', de forma indeterminada, do que o sabe ou tem 'clara ideia' dele; na maioria dos casos, age instintiva ou habitualmente. Apenas ocasionalmente e, no caso de ações análogas em massa, muitas vezes só em poucos indivíduos, eleva-se à consciência um sentido (seja racional, seja irracional) da ação. Uma ação determinada pelo sentido efetivamente, isto é, claramente e com consciência, é na realidade apenas um caso-limite. Toda consideração histórica e sociológica tem de ter em conta esse fato mediante a classificação do possível 'sentido subjetivo', isto é, como se a ação, seu decorrer real, se orientasse conscientemente por um sentido. Sempre que se trata da consideração da realidade concreta, tem de ter em conta a distância entre esta e a construção hipotética, averiguando a natureza e a medida desta distância". (WEBER, 2009, p. 13)

Pelo que passamos a uma questão que pode causar franzir de testas. A de quê esta formação sociológica que apresento como racionalidade jurídica afetiva não está construída em fatores irracionais. Esse fragmento, que tenho por essencial, carrega um fator racional. Lastreada na concepção filosófica de afeção de Spinoza (2017) e de ação social de Weber (2009, p. 15).

“A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) de modo racional referente a fins: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) de modo racional referente a valores: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) de modo afetivo, especialmente emocional: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) de modo tradicional: por costume arraigado.

Weber (2009, p. 6) expressa como “coisas assimiláveis pela compreensão” uma equação matemática, assim como de um ataque de cólera. “Compreensão pode significar... o sentido da proposição $2 \times 2 = 4$ que ouvimos ou lemos ou um ataque de cólera que se manifesta na expressão do rosto, interjeições e movimentos irracionais...”

Portanto, para Weber (2009, p. 6) se é possível compreender tanto uma equação matemática, como um ataque de cólera, é possível explicar, “apreender a conexão de sentido”. Tendo em vista que para ele a explicação decorre do que pertence uma ação compreensível, segundo seu sentido subjetivamente visado.

Para mim, não era dos afetos ao que Weber (2009, p. 4) se referia ao falar das “indagações metafísicas”, até porque ele diz claramente que interpretar é alcançar evidências. E se alcançam evidências ao tornar inteligível o desenrolar da ação, a partir dos seus pontos de orientação interpretados intelectualmente na medida do possível, *ou intuitivamente*

revividos, na maior aproximação possível. Afinal “não é preciso ser César, para compreender César”.

E ainda compreendo que se Weber (2009, p. 5) disse que “comportamento afetivamente condicionado” é perturbação, ele fazia uma distinção de oposição do tipo ideal da ação puramente racional. Tanto assim que Weber cita medo, cólera, ambição, inveja, ciúme, amor, entusiasmo, orgulho, sede de vingança, piedade, dedicação, e ainda apetências de toda espécie, denominando-os de impulsos afetivos, e os diferencia das reações irracionais.

Assim, concluo que Weber expõe que afetos podem ser compreendidos intuitivamente e avaliados intelectualmente os seus efeitos sob a orientação e os meios da ação.

Meu interesse em Spinoza é no tocante ao que ele acrescenta a concepção de Weber (2009, p. 15) da ação social determinada por afetos ou estados emocionais, no que Spinoza traz sobre a natureza dos afetos, sua concepção de que os afetos não são “defeitos ou tolices dos homens... vão, absurdo e horrendo” (SPINOZA, 2017. P. 161), como apresentado pelo método geométrico, base do método científico.

Spinoza (2017, p. 171) numa crítica a racionalidade técnica percebe as decisões da mente, o apetite e a determinação do corpo como sendo de mesma natureza, coisas simultâneas, “uma só e mesma coisa que chamamos decisão, quando considerada sob o atributo do pensamento e determinação quando considerada sob o atributo da extensão das leis do movimento e repouso”. Ele pensa os afetos de um paradigma racional assim, como as coisas físicas. Apresentando uma diferenciação de ordem conceitual, mas não se diferenciam em sua natureza.

Para Spinoza (2017, p. 162) razão e intuição ou imaginação são formas de conhecimento. Razão compreende uma noção comum há um determinado número de fatores e a intuição ou imaginação não são de ordem antagônica. Há uma imagem estática na imaginação, há uma dinâmica na relação, e na intuição a ideia é a apreensão imediata (sem mediações) da coisa como ela é para Deus, o que vislumbro como a experiência, é movimento corporal da ideia dentro da razão. Para ele os afetos admitem causas e propriedades precisas para serem compreendidos, o que lhes permite a compreensão, igualmente, como qualquer outra coisa, por meio das leis e regras universais da natureza.

Spinoza se equilibra entre uma religiosidade, quase mística e abre portas a um estudo científico de Deus, apresentando-O como imanente, como natureza. Ele apresenta a definição de Deus na primeira página do livro *Ética*: “Por causa de si compreendo aquilo cuja essência envolve a existência, ou seja, aquilo cuja natureza não pode ser concebida senão como

existente⁴.” (SPINOZA, 2017, p. 13)

A compreensão dele de Deus como “um ente absolutamente infinito, isto é, uma substância que consiste de infinitos atributos, cada um dos quais exprime uma essência eterna e infinita” (SPINOZA, 2017, p. 13) coloca, a nós humanos, na posição de coagidos, por sermos coisa não livre, pois somos seres definidos e determinados por Deus.

Spinoza (2017, p. 161) acrescenta uma explicação racional da sua fé e vai de encontro ao antropocentrismo, apresentando também os afetos numa percepção racionalista, como espécie de racionalidade complexa. Ele diz que os afetos são produzidos pela natureza, devendo-se compreender todas as coisas pelas leis e regras universais da natureza.

No livro *Ética* que se constitui de cinco partes, Spinoza (2017, p. 161) na parte, origem e natureza dos afetos, inicia o prefácio apresentando uma crítica ao racionalismo que acredita que o homem “tem uma potência absoluta sobre suas próprias ações, e que não é determinado por nada mais além de si próprio”. E critica também a atribuição que os racionalistas fazem a causa da impotência a um defeito da natureza humana. A Descartes atribui a tentativa fracassada de explicar os afetos e mostrar a via pela qual a mente pode ter um domínio absoluto sobre os afetos. O objetivo do capítulo, o qual seria inédito, é determinar a natureza dos afetos e a força dos afetos em relação ao poder da mente para regulá-los.

“Esse esforço, à medida que está referido apenas à mente, chama-se vontade; mas à medida que está referido simultaneamente à mente e ao corpo chama-se apetite, o qual, portanto, nada mais é do que a própria essência do homem, de cuja natureza necessariamente se seguem aquelas coisas que servem para a sua conservação, e as quais o homem está, assim, determinado a realizar. Além disso, entre apetite e desejo não há nenhuma diferença, excetuando-se que, comumente, refere-se o desejo aos homens à medida que estão conscientes de seu apetite. Pode-se fornecer, assim, a seguinte definição: o desejo é o apetite juntamente com a consciência que dele se tem. Toma-se, assim, evidente, por tudo isso, que não é por julgarmos uma coisa boa que nos esforçamos por ela, que a queremos, que a apetecemos, que a desejamos, mas, ao contrário, é por nos esforçarmos por ela, por querê-la, por apetecê-la, por desejá-la, que a julgamos boa.” (SPINOZA, 2009, p. 106)

Com acréscimo da teoria dos afetos de Spinoza visou alcançar sentidos “discursivamente analisáveis”. A racionalidade jurídica afetiva é constituída como tipo ideal para as dimensões de afecções, corpo e corpo-mente, visando a apreender sentidos e representações de afetos. O afeto é a variação do esforço de favorecimento ou o

⁴ Numa concepção semelhante ao descrito na bíblia judaico-cristã: Disse Deus a Moisés: "Eu Sou o que Sou. É isto que você dirá aos israelitas: Eu Sou me enviou a vocês" Exôdo 3:14.

constrangimento da potência, é produzido pela afecção, modificação do corpo e mente.

Ponto central do tipo ideal racionalidade jurídica afetiva está presente na concepção de afeto de Spinoza (2017) que percebe a mesma natureza das decisões da mente, no apetite e determinação do corpo. Para mim, a percepção de Spinoza é de afeto como uma espécie de razão humana, indo ao encontro da concepção ampla de ação de Weber.

Weber (2009, p. 3) entende por ação um comportamento humano que tanto faz se tratar de um fazer externo ou interno. “Sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionam com um sentido subjetivo”.

Para Spinoza (2009, p. 163) os afeto do ódio, ira, inveja, entre outros, podem ser compreendidos por propriedades precisas “tão dignas do nosso conhecimento quanto as propriedades de todas as outras coisas cuja mera contemplação nos causa prazer”. Assim, percebo que Spinoza compreende os afetos com a mesma natureza “mesma necessidade e mesma virtude” das quais se seguem as outras coisas singulares, incluída a razão. Pelo que podemos compreendê-los intuitivamente e avaliar intelectualmente seus efeitos sobre a orientação e os meios da ação de julgar, em complemento ao que orienta Weber.

A escolha por Spinoza (2017, p. 161) na construção do sentido de racionalidade jurídica afetiva decorre dele tratar os afetos com o que chama método geométrico, a ser demonstrado por um procedimento exato, em oposição ao racionalismo que se refere aos afetos como defeitos, tolices dos homens, algo vão, absurdo que se opõe a razão.

O conceito de “affectum” de Spinoza (2017, p. 163) “compreende as “affectiones” afecções do corpo, pelas quais a potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções.”

É a partir do conceito de afeto que Spinoza (2017, p. 163) compreende a ação. A ação ocorre quando “somos a causa adequada de alguma afecção”. “Agimos quando, em nós ou fora de nós, sucede algo de que somos a causa adequada, isto é, quando de nossa natureza se segue em nós ou fora de nós, algo que pode ser compreendido clara e indistintamente por ela só”. O contrário de agir é padecer. “Quando, em nós, sucede algo, ou quando de nossa natureza se segue algo de que não somos causa senão parcial”, a paixão. (SPINOZA, 2017, p. 163).

Crio o tipo ideal racionalidade jurídica afetiva ao encontro da ação social de modo afetivo (WEBER, 2009, p. 15) com a mesma pretensão de Spinoza (2017) de demonstrar que os afetos não se opõem à razão, pois nada que se produz na natureza pode se atribuir a um defeito dela. Os afetos, assim, são como todas as outras coisas, admitem causas precisas,

propriedades precisas que permitem compreensão da mesma forma que as outras coisas singulares de nossas preferências.

1.2.3 Racionalidade jurídica moral

A sociologia weberiana permite que a partir do estudo da ação subjetiva e seus significados o mundo objetivo apareça como uma rede de intersubjetividade, enquanto resultado de ações dirigidas para o outro, e que adquire significado na medida em que o outro compartilha o mesmo mundo social no qual as ações de desenrolam (SCHUTZ, 1972).

Schutz se inspira em Weber na ideia de interpretação da realidade social baseado nos atos praticados pelos sujeitos, estudando os significados das ações. Ele se preocupa em mostrar como a realidade social é um complexo de diferentes sistemas de perspectivas. Para Schutz há um contexto social, permeado das questões éticas, morais que já existe antes das pessoas e durante o processo de aprendizado são assimilados. A matriz de toda ação social tem um sentido comum, e também cada pessoa vai experienciar uma liberdade de ação.

Na concepção weberiana a ação humana é realizada, visando determinadas metas, afetos ou valores. O pensamento de Weber se assenta numa sociologia da compreensão, tendo como ponto de partida o sujeito. A ação não é simples execução, mas núcleo de significação do mundo, a sociedade existe como intersubjetividade que tem origem na ação do sujeito. É com inspiração no tipo ideal da dominação carismática de Weber (2009) e o aporte teórico da concepção nietzschiana de moral, construímos também o tipo ideal, Racionalidade Jurídica Moral.

Para Weber (2009, p. 160) o carisma é contrário a dominação burocrática, pois não conhece regras. O que não se assemelha a dominação tradicional, que também é orientada por regras, vinculada a precedentes do passado. Diferente das dominações burocrática e legal, a carismática é “revolucionária”, destrói o passado. Desconhece a apropriação do poder senhorial ao modo de uma propriedade de bens, seja pelo senhor seja por poderes estamentais. “Só é legítima enquanto e na medida em que vale. O seu reconhecimento é o carisma pessoal, em virtude de provas e os homens de confiança, discípulos ou sequazes só lhe são úteis enquanto tem vigência sua confirmação carismática.”

“ No carisma “não há regulamento algum, nem normas jurídicas abstratas, nem

jurisdição racional por elas orientada, nem sabedoria ou sentenças jurídicas orientadas por precedentes tradicionais. Ao contrário, se constitui o formalmente decidido pelo carisma por criações de direito, para cada caso individual e originariamente somente juízos de Deus e revelações.” (Weber, 2009, p. 160)

Aplica-se, para Weber (2009, p. 160) materialmente, a toda dominação carismática a frase “está escrito – mas em verdade vos digo”. O líder, profeta ou príncipe genuínos anunciam, criam, exigem mandamentos novos, este é o sentido originário do carisma. O sentido do carisma é decorrente “da revelação do oráculo, da inspiração, ou então de sua vontade criadora concreta, reconhecida, devido a sua origem, pela comunidade religiosa, guerreira, de partido ou outra qualquer.” O carisma é força revolucionária nas épocas com forte vinculação à tradição. Diferentemente da força também revolucionária da *ratio*, que atua de fora para dentro pela modificação das circunstâncias e problemas da vida e assim, indiretamente, das respectivas atitudes, ou então por intelectualização. Embora Weber apresente como diferentes as autoridades institucionais e os emissários carismaticamente encarregados concedemos a hipótese que no caso dos juízes ao julgarem os casos de saúde pode haver uma dupla personalidade, institucional e carismática.

A racionalidade jurídica moral, desenvolvida com inspiração weberiana como oposição à dominação burocrática, considera o carisma sob o aspecto que transforma a partir de um ponto de partida íntimo (WEBER, 2009, p. 161), ao encontro da concepção de moral de Nietzsche.

O filósofo alemão do século XIX conhecido por suas críticas contundentes à moral tradicional, apresentou um conceito inovador da moralidade, como criação e escolha humana. Expressão de poder a partir dos valores de bem e o mal, para manter o controle e crítica à moralidade ascética, como repressão dos impulsos vitais e da criatividade. Transvaloração dos valores como um processo pelo qual as pessoas superariam os conceitos tradicionais de bem e mal. Ele defendia a busca por uma moralidade que fosse mais afirmativa da vida, com valorização da individualidade criatividade.

Nietzsche se propõe a ver a moral sob um ponto de vista histórico, e não absoluto, assim, ele vai procurar a gênese do que é bom e mal. Para ele existe uma moral dos fracos que é referenciada pela castração, e uma moral dos fortes, que são os que deixam correr o livre fluxo da potência, colocado em oposição ao utilitarismo inglês que considerava o bom como aquilo que é útil. Numa crítica a Sócrates, realizada no início do livro Crepúsculo dos ídolos, Nietzsche (2006) diz que todo vivente é parte do litígio, e não julgador. Para ele quando se é parte da vida se é constituído por ela, e se é constituído também de uma moral. Nietzsche

compara o ascetismo filosófico de Sócrates ao ascetismo cristão, atribuindo ao ideal ascético a existência da filosofia ocidental que também renunciou às delícias do extravante.

Assim, como Nietzsche (2006, 2009) critica Sócrates a quem acusa de querer se retirar da vida para falar sobre ela, fazemos a crítica ao racionalismo jurídico do mundo do direito que esconde seus juízos de valor. Para mim, não é possível aos juízes interpretar os casos em saúde, como se saúde estivesse fora deles, pois quem vive faz parte da vida, não podendo haver uma atuação isolada, quer na filosofia quer na ação de julgar, posto que não há juízos neutros da vida. Afinal, conforme nos alerta Nietzsche (2009, p. 9) os valores podem promover crescimento ou obstruí-lo. Podem trazer degeneração e miséria ou plenitude e força. Se fazendo necessário uma crítica ao valor dos valores:

“necessário um conhecimento das condições e circunstâncias nas quais nasceram, sob as quais se desenvolveram e se modificaram (moral como consequência, como sintoma, máscara, tartufice, doença, mal-entendido; mas também moral como causa, medicamento, estimulante, inibição, veneno), um conhecimento tal como até hoje nunca existiu nem foi desejado. Tomava-se o valor desses “valores” como dado, como efetivo, como além de qualquer questionamento; até hoje não houve dúvida ou hesitação em atribuir ao “bom” valor mais elevado que ao “mau”, mais elevado no sentido da promoção, utilidade, influência fecunda para o homem (não esquecendo o futuro do homem)” (NIETZSCHE, 2009, p. 12)

Assim como Nietzsche (2009, p. 12) busco um olhar em uma direção melhor na ação de julgar. Afinal, moral pode ser veneno, medicamento e estimulante. Não há valores dados, nem efetivos, e “muito menos além de questionamentos”. O bom ou mau não é mais elevado ou mais útil. O que é tido por bom ou mal no mundo do direito pode ser regressivo ou narcótico, “o próprio valor desses valores deverá ser colocado em questão”

Assim como Sócrates dizia do certo e errado o mundo do direito estabelece um perfil de juízes, como se eles não pertencessem a vida real. Tanto que o mundo do direito escolheu sua referência na moral kantiana, que para Nietzsche (2009) num patamar de universalidade coincide com preceitos de uma religião, que guarda compreensão da natureza do homem e tenta com um controle total das paixões, homogeneizar os homens.

O devir é a vida como um vir a ser constante, sem ponto de chegada, a vida é processo de constante transformação, a vida como mudança. Para Nietzsche nós somos o mundo, não existindo binarismos como razão e paixão, natureza e homem, físico e psíquico. O mundo é uma pluralidade de forças ou impulsos, o humano é uma pluralidade de impulsos ou forças.

A partir de um pressuposto de negação da filosofia europeia que superestima a compaixão Nietzsche (2009, p. 7) tem por objetivo encontrar a origem do bem e do mau. Com

usos da experiência histórica ele tem por objetivo traçar as condições que o homem inventou os juízos de bom e mau. Ele inicia Genealogia da moral afirmando que seu estudo se refere a moral do mundo, não está tratando do mau “por trás do mundo” – teológico. E sua pergunta de investigação não se restringe a origem da moral, mas também o valor dela. Para ele é necessário se fazer crítica dos valores morais, rejeitando noções de bem e mal absolutos. Qual a condição e circunstâncias nas quais nasceram os valores, sob as quais se desenvolveram e se modificaram.

Ao lado da noção de valor Nietzsche (2009) inaugura no livro Genealogia da Moral o procedimento genealógico, um método, ou instrumento de diagnóstico que consiste em 2 movimentos inseparáveis: a) relacionar os valores com o momento que ele foi criado, a perspectiva; b) relacionar as avaliações com valores. Para ele a moral saudável é dominada por um instinto de vida, que tem livre fluxo da potência, a moral do senhor diferente desta é a moral contra os instintos vitais, que obriga a não fazer o que apetece, antinatural a que castra, que restringe, do escravo.

Diferente de Spinoza (2017) que apresenta o conceito de Deus como sua própria experiência com a natureza Nietzsche (2006, p. 31) manteve uma experiência desastrosa com Deus: “O santo no qual Deus se compraz é o castrado ideal.” E ao citar Lucas 15:16, “Deus vê nos corações”, Nietzsche afirma que no coração dele Deus é inimigo da vida.

A escolha de Nietzsche vem ao encontro da sua teoria do perspectivismo. Vislumbo observar a multiplicidade de racionalidades presentes na ação de julgar, com propósito de expor os mais variados pontos de visão para lidar com essa problemática. Saindo da lógica da decisão boa ou decisão ruim o uso do conceito de moral de Nietzsche vem ao encontro do questionamento dos valores que norteiam as condutas, a partir do tipo ideal racionalidade jurídica moral, o que permite colocar em dúvida o valor dos valores morais constante na ação de julgar. Afinal a ação de julgar é humana, demasiada humana.

Com inspiração na moral Nietzscheana (2009, p. 143), a partir do conceito de afirmação da vida que permite a valorização de vários entendimentos da vida, com questionamento dos fundamentos da moral da tradição filosófica clássica que busca uma verdade única e homogeneia, lastreada na razão.

O tipo ideal, racionalidade jurídica moral com sentido analítico para as dimensões de valor. Com as seguintes categorias analíticas provisórias para analisar as representações e sentidos atribuídos a categoria da racionalidade jurídica moral: questionamento de verdades – ampliação de possibilidades de interpretação – promoção de abertura criativa - multiplicidade de caminhos, vontade de vida.

1.3 Da minha janela: um horizonte interdisciplinar

O estudo de um tema impõe algumas considerações de ordem pessoal, sobretudo para situar o leitor quanto ao ângulo pelo qual a investigadora observa o fenômeno estudado. Acredito que há um aspecto interpessoal decorrente de episódios ao longo da minha trajetória profissional que explica, ao menos em parte, o assunto escolhido. Faço parte do mundo do direito. A apresentação desse ambiente no qual se dá o fenômeno pode surpreender pesquisadores que só gozam de representações e imagens estereotipadas do ambiente do mundo do direito.

Como todos os pesquisadores, vejo meu objeto de pesquisa de uma janela, meu olhar é de uma fração do mundo, a partir do meu ponto da existência. É a partir de uma fração do mundo, de observadora parcial, vendo de dentro do mundo do direito, que sigo para lidar com o problema, com quais elementos os juízes constroem uma justiça em saúde no Brasil.

Resultados empíricos são a descrição de uma realidade. A experiência ocorre a partir da conexão com o objeto, assim como o resultado empírico trazido pelo artesão do barro Mestre Vitalino descreve a conexão dele com o interior pernambucano agrestinense, das experiências dele de nordestino pobre, a partir de sua conexão com essa realidade, vive sua experiência da realidade no barro, mostrando uma imensa conexão com essa realidade.

Vejo esse problema de fronteira, a partir da minha janela na fronteira do mundo do direito e da sociologia. Meu ponto de partida não foram “representações construídas a partir da imaginação e estoque de estereótipos”. A partir de algum “conhecimento real da área” já detenho minha própria experiência do mundo do direito, além de estudos e carreira constituída nesse campo, convivência continuada com pessoas desse “mundo”, conhecimento dos trejeitos, vocabulário, narrativas, vestimentas.

Me constituo socióloga com conhecimento íntimo do ambiente que me proponho estudar, com conhecimentos de “primeira mão”. Condição de pesquisadora e de participante dessa esfera do mundo do direito, com contato estreito com as ações e experiência das pessoas nela envolvidas. Detenho conhecimentos do que se passa na esfera dessa vida para além da posição de intrusa, e “evidentemente limitados e simplificados no conhecimento ” como ressalta Becker (2007, p.19)

A paisagem dos nativos já se mostra aos meus olhos diariamente. Malinowski (1997,

p. 21) se refere à necessidade de uma certa magia para se colocar no lugar do nativo que, no meu caso, não se fez necessária. Compartilho do mesmo ambiente dos nativos. Eu já falo “juridiquês”. Não precisei de autorizações, tradutores, busca de aceitação ou reiterados pedidos de permissão para o ingresso. Sou nativa, entro e saio da aldeia sem causar mudanças de comportamentos, sem alterar a naturalidade da paisagem ou impor constrangimentos a quem está diante do desconhecido. As facilidades foram apenas de acesso ao campo, assim, como nos achados do estudo que tem por objeto outros profissionais do mundo do direito

“ É claro que mesmo inserida neste espaço como nativa esforcei-me para criar uma “eu pesquisadora”, na tentativa de experimentar a crítica sobre o “eu nativa” nessa função de pesquisadora. Creio que minhas facilidades acabam nesse ingresso e trânsito fácil no campo. O figurino de nativa que me garantiu passe livre precisou ser trocado, sendo preciso um travestir de pesquisadora ou um despir-se de nativa. Esforço que busquei através do cuidado com o rigor metodológico em todos os momentos da pesquisa. Um dos cuidados durante o campo, além de aspectos como mudança no trato, postura e vestimenta foi, sobretudo, a busca atenciosa de utilização adequada das técnicas de entrevista.” (VILA NOVA, 2013)

Kant de Lima (2014) reconhece que as pesquisas empíricas realizadas sobre as práticas e as instituições judiciárias são muito tímidas e restritas a poucos espaços institucionais de produção do conhecimento científico.

Pretendendo um trabalho de prospecção com esqueleto, mas também carne e ossos, (Malinowski, p. 30) tentei acrescentar os detalhes dos atores e do cenário, trazer ao leitor o máximo de informações sobre o fenômeno.

Num passo de coragem me proponho realizar um “diálogo” da sociologia com o mundo do direito. Compreendo que as formulações devem ser cautelosas por estabelecer diálogo interdisciplinar entre os campos do saber, mantendo-me no horizonte das Ciências Sociais com perspectivas de compreensões também para o mundo do direito.

Acredito que o estudo da ação dos juízes também contou com alguns aspectos etnográficos que possibilitam uma interlocução com o campo empírico capaz de observação microsociológica para além dos significados que os operadores do campo atribuem, trazendo mais elementos para uma análise comparativa. Busquei entender também o conjunto de rituais formais e informais que organizam o sistema jurídico e a cultura do judiciário. Realizei investigações empíricas, mesmo que estranho pareça com uma participação não só observante. Bacharel em direito no final da década de 1990, Delegada de polícia desde 2008, professora de direito penal desde 2006 acompanho o mundo do direito, que aliás, construo. Esse mundo que também me constrói, desde o final da minha adolescência quando comecei a colocar as primeiras pedras na pavimentação da minha estrada profissional.

Para Ingold (2017) uma boa etnografia é sensível, detalhada e fiel ao que descreve e não deve ser o fim último da antropologia, que é uma investigação generosa, aberta, comparativa e crítica das condições e possibilidades da vida humana no mundo, em sua definição. Generosa porque deve responder ao que os outros fazem e receber de bom grado, ao invés de extrair com subterfúgios, criando um esforço para devolver, o que acontece na observação participante. Aberta porque não busca soluções finais, mas caminhos, com comprometimento com o mundo sustentável para todos. Comparativa porque há consciência que os caminhos não são únicos ou natural. Crítica porque não devemos estar satisfeitos com as coisas como estão.

A etnografia descreve a vida como ela é (em dado lugar e em dado período) e a antropologia é uma investigação da vida humana, sendo a observação participante um modo antropológico de trabalhar e não um método para coletar dados. Antropologia ecológica de Tim Ingold se aproxima de outras correntes que valoriza as práticas, as ações, a agência humana. Ingold tem uma forte influência da fenomenologia, Heidegger, Merleau Ponty e Gibson (o ambiente propicia uma ação, há uma dinâmica de oportunidades nos ambientes).

Florestan Fernandes em texto de 1956 ressalta a abordagem interdisciplinar como caminho para resolver novos problemas nas áreas de fronteira, pois vê a sociologia como ciência de observação e os sociólogos ganham com novas perspectivas que investigam o comportamento humano de outros pontos de vista.

Realizo a pesquisa empírica no sentido da transgressão Waratiana (WARAT, 1988, p. 99) que propõe obter resultado a partir de coleta de dados observáveis e mensuráveis através de método que traz conclusões abstratas e técnicas. Numa proposta metodológica subversiva à instituída pelo mundo do Direito, primado da erudição acadêmica do saber jurídico: "assim como vivemos numa sociedade onde tudo é transformado em mercadoria temos uma vida jurídica onde tudo é convertido em lei. Os sonhos do capitalismo viram sempre mercadorias".

No entanto, o que falta ao mundo do direito, admitindo com franqueza é um modelo conceitual, mediante o qual se torne compreensível o processo de criação das decisões, por meio do qual possamos identificar os elementos ou fios usados na tecitura da justiça em saúde no Brasil. E para alcançar a pretensão de identificar com quais fios os juízes tecem as decisões em saúde, formando o tecido Justiça em saúde no Brasil, criamos os tipos ideais, denominadas racionalidades jurídicas.

Busco ser capaz de avançar, sem abandonar o trabalho anteriormente realizado. Talvez o desconhecimento ou a desconsideração das teorias e pensamentos complexos possa

nos mostrar novos caminhos, diferentes daqueles demasiadamente comprometidos com a tradição. A ação social é uma projeção intencional dotada de propósito. Para Souto Maior (2010) cada teoria é um modo de olhar que enxerga tão somente alguns aspectos, não se apercebendo de outros. Ainda assim é preciso possuir um vocabulário, sem os quais não seria possível perceber como a realidade social se estrutura.

Porque a mera reprodução de teorias ou a multiplicação delas não nos parece coisa relevante. Os riscos dos tais conceitos novos que reproduzem o que já se sabe com outros nomes, já foram alertados por Simmel, conforme citado no ensaio sobre ensino da sociologia. (SOUTO MAIOR, 2010)

Estou como um ser anfíbio, parte na terra e parte na água, em momentos de mergulho. O que me permite conhecimentos de primeira mão, diferente da maioria dos pesquisadores, como prevê Blumer, citado por Becker (2007, p. 20):

“Quase por definição, o pesquisador não tem um conhecimento de primeira mão da esfera da vida social que se propõe a estudar. Raramente é um participante nessa esfera e em geral não está em contato estreito com as ações e experiências das pessoas nela envolvidas. Sua posição é quase sempre a de um intruso; como tal, ele está evidentemente limitado no conhecimento simples do que se passa na esfera da vida em questão.”

O sociólogo americano Howard S. Becker no seu livro Segredos e Truques da Pesquisa lança uma provocação aos cientistas sociais: que eles não detêm o monopólio da representação da sociedade. No livro Becker (2007) analisa com muita criatividade peças de teatro, documentários, ensaios e romances reconhece que outros grupos, como artistas, escritores de diversos gêneros literários produzem formas de representação, embora não convencionais que muito bem representam o social. E apresenta a indagação como se resolvem os problemas das representações da vida social.

Becker (2007) parte do problema central de como representar a própria análise da representação, saindo de uma estrutura classificatória. No início da obra parte de uma história sobre a ausência de morros nos mapas em São Francisco para ressaltar que mapas, filmes, documentários, histórias são representações parciais da vida social, que atendem a um objetivo. O intento dele é ver o que há em comum nas várias espécies de representações sociais e quais soluções diferentes foram dadas aos problemas que podem ou não ser comuns nos relatos sobre a sociedade.

Se considerarmos a representação social como conjunto de conhecimentos e imagens que nos permitem evocar um acontecimento ou objeto resultante da interação social temos na deusa Têmis a representação artística da justiça para o mundo do direito. Há várias formas de

fazer representação da sociedade, a forma artística é uma delas. Quero trazer essa representação social para ser misturada aos outros métodos aqui presentes, mesmo não sendo usual.

Como bem alerta Becker (2009) não é fácil distinguir fatos de interpretações. Os mesmos fatos podem dar lugar a interpretações diferentes. Ouso dizer que a mesma deusa pode trazer representações da sociedade e serem vistas de modo diferentes.

Enfatizo que ao longo dessa pesquisa de campo busquei um controle rigoroso do trabalho empírico, examinando continuamente os limites e as possibilidades da atividade representacional.

Como Simmel nos lembra haverá os pontos cegos, já que nosso olhar é fragmentado. Com a consciência de que a gente não tem posse do todo, sem a prepotência comum aos que dominam os campos do saber. Mas, é possível obter no dizer de Ranciere (2002), uma revelação com sensibilidade própria do mundo do direito.

“A revelação que acometeu Joseph Jacotot se relaciona ao seguinte: é preciso inverter a lógica do sistema explicado. Não é necessária para socorrer uma incapacidade de compreender. É, ao contrário, essa incapacidade, a ficção estruturante da concepção explicadora de mundo” (RANCIERE, 2002, p. 19)

Ao invés de tratar a teoria metodológica como uma ficção, quase um fetiche teórico, ou técnico. Apresentar a inovação teórico-metodológico, apresentar uma pesquisa empírica sobre a justiça em saúde. Alinhando as teorias da justiça à realidade do que o judiciário concretiza. Podem as pretensões interdisciplinares resultarem em redução ou assimilação de um campo do saber ao outro, mas não visio seguir nenhum desses dois caminhos. Visio caminhar na interdisciplinaridade, com os novos riscos, inerente a todo curso em caminho de fronteiras: em lugar de dialogar, enquanto cientista social, com o mundo do direito, podendo reduzir ou assimilar os aspectos jurídicos aos aspectos sociais contidos nele, pressuponho a insuficiência da compreensão do mundo do direito sobre o problema com quais elementos os juízes constroem uma justiça em saúde.

1.4 Estratégia de produção de dados

No tocante a esse aspecto da orientação metodológica a pesquisa propôs um estudo de caráter qualitativo do tipo exploratório, uma vez que a pretensão é conhecer a realidade e

desenvolver hipóteses para o fenômeno da judicialização da saúde. Elegi como estratégia de pesquisa o estudo de caso, devido a sua adequação para situações em que o fenômeno de interesse não pode ser isolado do seu contexto (YIN, 2001) utilizando dados qualitativos,

O *corpus* qualitativo foi composto levando em consideração a opção de informantes chave. Selecionados entrevistados em três municípios localizados nas Regiões Político-Administrativas do Estado de Pernambuco, Agreste, Sertão e Metropolitana. Visamos com essa variedade espacial captar as percepções dos juízes, de modo amplo, sem priorizar nenhuma região específica, para observar as possíveis diferenças de perspectivas dos entrevistados, por área de atuação.

A produção dos dados se fez após construção dos tipos ideais Racionalidade Jurídica Legal, Racionalidade Jurídica Moral e Racionalidade Jurídica Afetiva. A coleta foi feita a partir de coleção de decisões em saúde e entrevistas não-diretivas, realizados no ambiente de trabalho dos informantes, com exceção de uma entrevista, já durante o período de pandemia do Covid-19, realizada, via internet, através de aplicativo de comunicação virtual.

A pesquisa de campo contou com duas fases, a coleta⁵ de decisões judiciais em saúde, realizada no segundo semestre do ano de 2019, ao mesmo tempo que eram feitas as entrevistas na medida em que os entrevistados apresentavam disponibilidade, com doze juízes de direito, da justiça federal e justiça estadual do Estado de Pernambuco, em três municípios localizados nas Regiões Político-Administrativas do Estado de Pernambuco, Agreste, Sertão e Metropolitana. A partir da relação das decisões judiciais nas três cidades, Recife, Caruaru e Arcoverde, partimos para identificar em doze decisões judiciais, em amostra aleatória simples, as racionalidades presentes no ato de decidir sobre direito à saúde. Buscando identificar os tipos ideais, racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva. A escolha das cidades no Estado de Pernambuco, abrangendo as diferentes regiões do Estado, buscou alcançar diversidade econômica, social, condições políticas e a vivência de diversas experiências. Buscando observar diferenças ou semelhanças de pontos de vista daqueles que se encontram em circunstâncias distintas.

As falas dos juízes e assessora apresentados adiante ocorreram em visitas aos fóruns estaduais e federais das cidades do Recife, Caruaru e Arcoverde, em encontros solicitados durante o expediente de cada unidade ou agendados quando recusadas as entrevistas sem

⁵ Inicialmente a pretensão de relacionar as decisões judiciais, de ações individuais de três cidades do Estado de Pernambuco, no período de janeiro de 2018 a janeiro de 2019 disponíveis no banco de dados do Poder Judiciário Estadual e Federal. A partir da base de dados do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e base de dados da Justiça Federal, referente à distribuição processual de ações individuais com demandas judiciais referente ao tema saúde, não foi possível diante dos limites de acessar tais bases de dados.

agendamento prévio. Os diálogos ocorreram durante a rotina do trabalho dos fóruns naquelas cidades.

Todos os entrevistados permitiram as gravações durante as entrevistas, mas não em todos os momentos, e quando solicitado, o gravador era desligado, implicando uma narrativa mais espontânea, na maior parte desses momentos *off*. Não há identificação por nomes, apresentadas as entrevistas por numeração, visando preservar a privacidade dos participantes.

A entrevista individual semiestruturada foi escolhida como estratégia de produção para o estudo, com o propósito de obter do entrevistado o seu olhar sobre a percepção deles quanto ao seu papel como profissionais num ambiente de disputa e visando apreender o que os pesquisados fazem, representam e argumentam, permitindo uma interação entre pesquisador e pesquisados. Possibilitado ao entrevistado que as respostas emitidas tomassem como base a sua própria experiência ou a observação de seus pares, visando uma maior franqueza num ambiente de forte hierarquização e exigências comportamentais de acordo com regras e códigos de conduta.

Segundo Flick (2009), a entrevista está entre as técnicas mais importantes de coleta de dados verbais. A modalidade de entrevista semiestruturada, ou semi-focalizada, mostrou-se adequada, tanto por ter sido utilizada na sua origem, entre 1980 e 1990, nas áreas de trabalho profissional pela reserva de conhecimento do entrevistado que inclui conhecimentos explícitos expostos espontaneamente, complementadas por suposições implícitas, como por se mostrar capaz de reconstruir a teoria subjetiva do entrevistado sobre o assunto em estudo.

Buscamos o não direcionamento através de diversas formas de perguntas, utilizando perguntas não estruturadas, introduzindo estruturação ao longo da entrevista, tentando evitar que prevalecesse o sistema de referência do entrevistador que impediria o entrevistado de expor seu próprio ponto de vista. (FLICK, 2009)

As perguntas estavam direcionadas para as hipóteses de pesquisa, baseando-se nas pressuposições teórico-metodológicas constituídas nos tipos ideais, visando tornar explícitos os conhecimentos dos entrevistados. Apoiadas ainda por questões confrontativas, com a finalidade de reexaminar as noções a luz de alternativas.

O guia de entrevista foi utilizado como roteiro condutor, uma forma de assegurar o foco, mas ao mesmo tempo, permitir liberdade e espontaneidade no diálogo por parte dos entrevistados. Um lembrete que impõe a abordagem de pontos imprescindíveis e permite incorporações de circunstâncias ao longo dos contatos com os entrevistados, enriquecendo o estudo dos pontos, com observações de variados prismas. Ao elaborar o guia de entrevista considerou-se como pontos imprescindíveis de abordagem: _ racionalidades jurídicas moral _

racionalidades jurídicas legais _ racionalidades jurídicas afetivas.

Tentamos assegurar que a posição privilegiada de acesso ao campo do mundo do direito não implicasse numa confusão de vozes, esforcei-me para permitir aos meus informantes que falassem por si mesmo, e enquanto meus leitores pudessem ouvir suas próprias vozes (DENZIN, 2006, p. 187).

Outros elementos buscados durante as entrevistas: a) especificidade: para que a entrevista exibisse elementos que determinam o significado de um evento, a fim de impedir enunciados gerais; b) espectro: visando assegurar ao máximo que os tópicos relevantes à questão de pesquisa sejam mencionados durante a entrevista, com a chance ao entrevistado de introduzir tópicos novos, voltando a tópicos mencionados, em caso de desvios; c) profundidade: obtido com a realização de entrevista de ensaio, numa espécie de treinamento, na busca de respostas que vão além de avaliações simples, para diagnosticar o nível de profundidade apropriado (FLICK, 2009).

Mesmo levando em conta que um processo de pesquisa não é linear, apresentando-se de modo circular e reflexivo, passível de avanços e recuos, tentaremos seguir um planejamento, através dos passos propostos por Bauer & Gaskell (2002): a) elaboração do guia de entrevista; b) seleção do método de entrevista; c) escolha da estratégia para seleção dos entrevistados; d) realização das entrevistas; e) transcrição e análise.

O guia de entrevista será utilizado como roteiro condutor, uma forma de assegurar o foco, mas, ao mesmo tempo, permitir liberdade e espontaneidade no diálogo por parte dos entrevistados. Um lembrete que assegura a abordagem de pontos imprescindíveis e permite incorporações de circunstâncias ao longo do contato com os entrevistados, enriquecendo o estudo dos pontos, com observações de variados prismas.

Na realização deste estudo, foram tomados os cuidados com os procedimentos éticos constantes da Resolução nº 466/12 e a Resolução nº510/16, que tratam: apresentação do pesquisador, esclarecimento sobre os objetivos da pesquisa e motivos da escolha dos entrevistados, garantia de anonimato e sigilo das informações e, ocorrendo a anuência verbal ao início de cada entrevista, em substituição da assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido, tendo sido descrito o impedimento que os juízes se impõem de assinarem documentos no âmbito profissional que estejam fora de autos processuais.

1.5 Análise dos dados

A pesquisa desenvolvida em duas etapas buscou mesclar dados do primeiro momento da coleta de decisões em saúde, visando um ranqueamento dos tipos ideais racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica formal e racionalidade jurídica afetiva, utilizadas pelos juízes nas situações que vivenciam no cotidiano para uma análise relacional com os dados colhidos na segunda etapa da pesquisa, desenvolvida através de entrevistas, visando apreender de modo livre e espontâneo os sentidos dos juízes em relação a ação de julgar em saúde, com uso dos mesmos tipos ideais.

Utilizada metodologia de coleta de dados numa combinação de técnicas: análise documental e entrevistas, os dados foram analisados utilizando-se a técnica de análise de conteúdo, lastreada na interpretação de sentidos dos tipos ideais. Os procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens conduzem a indicadores que permitem a inferência de conhecimentos, às condições de produção ou recepção dessas mensagens. (BARDIN, 2016, p. 42).

A análise de conteúdo é vista como técnica de ruptura que ajuda a destruir a intuição construída e assim evitar a projeção subjetiva do pesquisador dentro de um campo que já faz parte. Visamos desenvolver a vigilância crítica citada por Bardin (2016, p. 28), exigida quando da impressão de familiaridade do objeto de análise.

Utilizamos da perspectiva da análise de conteúdo, a abordagem qualitativa, buscando a presença ou a ausência de uma dada característica de conteúdo ou de um conjunto de características num determinado fragmento de mensagem em sua relação com seu o campo simbólico (BARDIN, 2016, p. 21).

A fala apresenta uma visão polissêmica que permite ao pesquisador qualitativo uma variedade de interpretações. Entretanto, para manter o foco o pesquisador se volta para os conteúdos que podem ser visualizados no campo objetivo, e no campo simbólico. Estes últimos não estão aparentes na mensagem, são conteúdos latentes. Pelo que buscamos através da metodologia qualitativa o momento de fronteira entre o simbólico e o latente (BARDIN, 2016).

Através da categorização semântica realizamos a delimitação de temas centrais, onde os temas comuns ficaram numa mesma categoria, com uma classificação das palavras segundo os seus sentidos, com emparelhamento. Buscando encontrar com a classificação em categorias o que cada elemento apresenta em comum com os outros elementos.

O tipo ideal racionalidade jurídica legal, com sentido na legitimidade no direito estatuído e no direito consuetudinário, com as categorias analíticas para as representações e

sentidos atribuídos: a letra da lei, as regras aceitas, o que é formalmente definido, as características de obediência, as obrigações e responsabilidade de um cargo, hierarquia e competências fixadas na qualificação profissional, a submissão a sistemas de disciplina, o controle de atribuições.

O tipo ideal, racionalidade jurídica moral com sentido analítico para as dimensões de valor. Com as seguintes categorias analíticas para analisar as representações e sentidos atribuídos a categoria da racionalidade jurídica moral: questionamento de verdades – ampliação de possibilidades de interpretação – promoção de abertura -multiplicidade de caminhos, vontade de vida.

O tipo ideal Racionalidade jurídica afetiva, com sentido analítico para as dimensões de afeção e afeto. Com as seguintes categorias analíticas: ideias imaginativas do corpo; imaginação; percepção das coisas externas; variação de potência.

A análise de conteúdo é apresentada por Bardin (2016) como hermenêutica controlada, baseada na inferência. E sendo o maior interesse desse instrumento o constrangimento em alongar o tempo de latência entre as hipóteses de partida e interpretações definitivas, então, será útil para desvendar o que está por trás dos argumentos explícitos dos juízes. Buscando apontar a variedade de leitura das mensagens.

A utilização deste processo inferencial a partir de indicadores que se manifestem nos conteúdos, busca não só uma decifração de significados da letra, mas atingir significados de natureza psicológica, sociológica, política (BARDIN, 2016, p. 41). Significados que diante de uma disputa de espaços por vários grupos profissionais ficarão muitas vezes omitidos ou travestidos

Seguindo a técnica apresentada por Bardin (2016), nos primeiros contatos com o material, já na fase de transcrições, tentamos dar início ao processo de análise, através da realização de uma leitura flutuante, nos deixando invadir por impressões, com o auxílio do diário de campo.

O objetivo dessa leitura flutuante preliminar foi começar o processo de identificação das categorias que constituem os tipos ideais racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva presentes nas entrevistas. Seguido de uma tabela de registros das categorias encontradas.

Seguindo os princípios da objetividade e racionalidade postos por Bardin (2016, p. 32), foi iniciada a análise do texto, com utilização das categorias de análise acima delimitadas de cada um dos tipos ideais para um primeiro critério de classificação, identificando o que se procura e diferenciando do que se encontra, realizada através do uso de cores no texto cru e

sucessiva classificação, segundo a frequência de presença de itens de mesmo sentido ou sentidos semelhantes. Durante a análise foram encontrados aspectos não buscados, classificado como racionalidade não legal, que utilizamos como ponto de reflexão da temática a que nos propomos. Posteriormente identificados como racionalidades jurídicas morais e afetivas.

No campo metodológico quero lembrar que uso uma categorização semântica. Pretendendo realizar a delimitação de temas centrais de modo a permitir que os temas comuns sejam categorizados conforme uma classificação das palavras segundo o seu sentido, com emparelhamento de sinônimos. A classificação em categorias permitiu destacar o que cada elemento apresenta em comum com os outros elementos. Num primeiro passo, aquele da análise categorial, considerei a totalidade do texto. Busquei realizar a classificação, recenseamento e análise de frequência, obedecendo ao princípio de objetividade. Finalizada a análise categorial, passei a uma estrutura de tipos e a análise estrutural, quando referenciei as regras de associação, identificando os argumentos encontrados juntos a outros de equivalência. Este processo subsidiou o processamento das sentenças, analisadas segundo os mesmos critérios definidos.

Me proponho com a análise dessas categorias analíticas recém forjadas abrir caminhos, com aceitação dos riscos desse empreendimento que embora constituído com ciente prudência metodológica tem uma interrogação sobre as condições e limites de validade, porque não detem as facilidades dos procedimentos já experimentados e rotinizados. Com o espírito inventivo, que certamente é cultivado, viso que as categorias sejam como lentes que ampliam as letras. Deixo para trás a reverência sagrada as tradições e os “receios de não preencher cabalmente as condições rituais”, assim, deixando de carregar a preocupação metodológica como obsessão dos que passam o tempo a limpar os óculos sem nunca colocá-los. (FOUCAULT, 2010)

2. A RACIONALIDADE JURÍDICA LEGAL

Ao longo desse capítulo, veremos que no desenvolvimento de uma decisão os juízes apresentam seus sentidos subjetivos da lei, embora nem sempre tenham consciência de que suas subjetividades implicam em interpretações que diferem do texto legal original.

Com o uso do tipo ideal racionalidade jurídica legal passamos a analisar as sentenças e entrevistas dos juízes a partir de algumas categorias que nos parecem adequadas para avaliarmos como esse tipo ideal se apresenta de modo concreto no nosso campo de estudo. Então, vamos considerar os seguintes elementos: a) da letra da lei; b) as regras aceitas - direito consuetudinário; c) o que é formalmente definido; d) as características de obediência. Tais características ajudam a identificar tanto nas sentenças quanto nas entrevistas a compreensão intelectual da ação de julgar sobre saúde. Ou seja, ajudando a interpretar os sentidos do que é legalidade, o que nos permite guiar a exploração dessa racionalidade nos julgamentos de saúde.

A sociologia compreensiva de Weber (2009) aqui é crucial para a abordagem interpretativa das subjetividades dos juízes quanto a legalidade. Destacando a importância de reconhecer a subjetividade e os significados atribuídos pelos juízes às suas ações de julgar. Com uso da racionalidade jurídica legal que nos ajuda a explicar as decisões em seu curso e conexões de sentido.

Nessa abordagem weberiana que influenciou significativamente a pesquisa na compreensão da realidade dos julgamentos, os meus interlocutores enfatizam que a judicialização se refere ao processo pelo qual questões que normalmente seriam tratadas fora do sistema judicial são levadas aos tribunais e resolvidas por decisões judiciais.

Isso ocorre quando indivíduos, ou organizações como o Ministério Público ou a Defensoria Pública recorrem ao Poder judiciário para buscar soluções para problemas ou conflitos que poderiam ser tratados por outras vias. São casos de negociações e de mediações institucionais e jurídicas com a própria Administração Pública através das secretarias de saúde dos estados, dos municípios ou do Executivo Federal, ou de aperfeiçoamento da legislação voltada para melhor qualidade no exercício da logística da administração.

Os avanços nos processos de mediação são objeto de debate, uma vez que em alguns casos, a judicialização é vista como um mecanismo legítimo para garantir uma intervenção no orçamento do Estado, o que é visto como um critério de justiça. A judicialização da saúde teria trazido uma melhor proteção dos direitos individuais em saúde. Como se a justiça fosse

uma espécie do herói mítico inglês que tirava dos nobres para distribuir aos pobres, um Robbie Hood da saúde, que tiraria do orçamento do Estado para distribuir aos necessitados. Mas, tal interpretação não considera que uma lógica distributiva não contempla as pessoas que tem menos acesso a dinheiro, conhecimento e acesso ao judiciário.

2.1 Complexidade dos graus de jurisdição

Interessante revelar que embora os juízes apresentem o excesso de tarefas como motivação para a inclusão dos assessores que são na prática subjuízes, a estrutura do Poder Judiciário brasileiro goza de larga variedade de cargos de magistrados.

No Brasil, os juízes podem se classificar em cinco esferas diferentes, de acordo com a matéria em que atuam: estadual, federal, do trabalho, eleitoral e militar. Os primeiros são responsáveis pela ação de julgar casos em saúde.

A Justiça Estadual é estruturada em graus de jurisdição, do ponto de vista administrativo. Primeiro grau é composto pelos juízes de Direito, pelas varas, pelos tribunais do júri, encarregados de julgar os crimes dolosos contra a vida, pelos juizados especiais estaduais. E o segundo grau composto pelos Tribunais de Justiça, existente em cada um dos estados e Distrito Federal. Nos tribunais, os julgadores são chamados de desembargadores, que têm entre as principais atribuições o julgamento de recursos interpostos contra decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau e demandas de competência originária.

Segundo a Constituição Federal caberá aos estados brasileiros organizarem a Justiça, observados os princípios constitucionais. Assim, as atividades⁶ do Poder Judiciário de cada um dos estados da federação será definida nas Constituições dos estados.

Na Constituição Federal estão contidas regras gerais da estrutura do Poder Judiciário do Brasil. O texto constitucional define que os juízes federais atuam no julgamento de processos que envolvem as entidades públicas federais. Competindo aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidades e empresas federais forem interessadas, também as causas entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e Municípios ou pessoas residentes no Brasil, ainda as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

⁶ O que é chamado de competência pelo mundo do direito

Segundo a Constituição Federal de 1988 os juízes estaduais são responsáveis por julgar os conflitos, que não sejam de competência federal, incluindo os casos de saúde quando as partes não demandam contra organismos vinculados à União, como no caso de processos contra estados, ou municípios. Fazendo parte da arquitetura do Poder Judiciário brasileiro, também os juízes do trabalho⁷, os juízes eleitorais⁸

A tabela 1 resume esquematicamente a composição, os requisitos para ingresso dos componentes, o formato das nomeações, atribuições e competências, trazendo uma arquitetura dos Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais, conforme previsto no capítulo III da Constituição Federal que traz a partir do Artigo 92 várias seções traçando a estrutura do Poder Judiciário. O quadro traz os tribunais superiores previstos nos artigos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016). Os tribunais estaduais embora tenham existência prevista na Constituição Federal, têm as atribuições descritas nas constituições estaduais. Acrescento que não foram incluídos os tribunais superiores militar⁹, eleitoral¹⁰ e do trabalho¹¹, por estarem fora da esfera de interesse desse estudo.

⁷ Que atuam especificamente decidindo sobre questões laborais

⁸ Atuam em relação a matéria eleitoral, o que inclui a impugnação de candidaturas e análise sobre infrações contra as normas de campanha, entre outras deliberações. Função exercida pelos juízes estaduais, embora se trate de uma função temporária desempenhada na maioria das vezes somente no período das eleições, os juízes e também os promotores de justiça recebem gratificações permanentes, acrescidas aos salários. Atualmente no valor mensal de R\$ 5.713,67, segundo informa o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

⁹ Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

¹⁰ Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros escolhidos mediante eleição, pelo voto secreto: a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; Vice-Presidente será escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Nomeado pelo Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. Sede em Brasília.

¹¹ Tribunal Superior do trabalho é composto de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada: nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; E os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior. Atribuição desse tribunal não está prevista na Constituição Federal, uma lei disporá sobre essa competência. Sede em Brasília.

Tabela 1.
Arquitetura dos tribunais do poder judiciário brasileiro

	Supremo Tribunal Federal	Superior Tribunal de Justiça	Tribunais Regionais Federais
Quantitativo da Composição	Onze Ministros	No mínimo, trinta e três Ministros	No mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região e
Requisitos para o cargo	Escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada	Escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada: Um terço dentre juizes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; Um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.	Escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e menos de setenta anos de idade, sendo Um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; Os demais, mediante promoção de juizes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.
Formato de nomeação	Nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal	Nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal	Nomeados pelo Presidente da República
Atribuições de competência	Precipuamente, a guarda da Constituição I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o <i>habeas corpus</i> , sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o <i>habeas data</i> contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal	Processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os <i>habeas data</i> contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os <i>habeas corpus</i> , quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juizes a ele não vinculados e entre juizes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e	Processar e julgar, originariamente: a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juizes federais da região; c) os mandados de segurança e os <i>habeas data</i> contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) os <i>habeas corpus</i> , quando a autoridade coatora for juiz federal; e) os conflitos de competência entre juizes federais vinculados ao Tribunal;

-
- Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
- judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
- h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
- i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;
- j) os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V;
- julgar, em recurso ordinário:
- a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;
- III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.
-

Atribuições\competência de recurso	<p>II - julgar, em recurso ordinário:</p> <p>a) o <i>habeas corpus</i>, o mandado de segurança, o <i>habeas data</i> e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;</p> <p>b) o crime político;</p> <p>III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:</p> <p>a) contrariar dispositivo desta Constituição;</p> <p>b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;</p> <p>c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.</p> <p>d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.</p> <p>§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.</p> <p>§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.</p>	<p>Julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.</p>
Local	Brasília	Brasília
<p>TRF 1. Região – Brasília; TRF 2 Região – Rio de Janeiro; TRF 3 Região – São Paulo; TRF 4 Região – Porto Alegre; TRF 5 Região – Recife</p>		

De acordo com o relatório Justiça em Número, do Conselho Nacional de Justiça (2023), no ano de 2022, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 116 bilhões, o que representou aumento de quase o dobro das despesas em relação ao ano de 2013. Considerando que o orçamento global do Poder Judiciário no Brasil, incluindo as várias áreas, estadual, federal, trabalhista, militar, eleitoral, bem como as instâncias mais elevadas, como Supremo Tribunal Federal (STF) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi de R\$ 62,3 bilhões, no ano de 2013 (CNJ, 2014, p. 38).

Segundo DA ROS (2015) o orçamento anual *per capita* do Poder Judiciário brasileiro é equivalente a cerca € 94,23. Estes valores são superiores aos de todos os países da

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, superior em valores absolutos à países como Suécia € 66,7, Holanda € 58,6, Itália € 50, Portugal € 43,2, Inglaterra € 42,2, com exceção apenas dos gastos de tribunais suíços € 122,1 e alemães € 103,5. Em relação a países da América do Sul, está acima de Chile US\$ 34,6, Argentina US\$ 19,1 e Colômbia US\$ 16,4.

O Conselho Nacional de Justiça (2014, p. 32) há cerca de uma década identificou que a maior parte dos gastos do Poder Judiciário no Brasil se destinava ao pagamento de pessoal, no percentual de 89%, enquanto nos países europeus esse percentual é de 70% (CEPEJ 2014, 35).

Ainda em comparativo das despesas do Poder Judiciário brasileiro como percentual do Produto Interno Bruto, o Brasil representa 1,30. Enquanto outros países selecionados: Venezuela 0,34 - Alemanha 0,32 - Portugal 0,28 - Chile 0,22 - Colômbia 0,21 - Itália 0,19 - Inglaterra 0,14 - Estados Unidos 0,14 - Argentina 0,13 - Espanha 0,12 (TAYLOR, 2017; CNJ 2014).

Se observa que o poder judiciário brasileiro goza de uma larga estrutura, além dos elevados salários dos juízes e dos demais membros da engrenagem judicial que custa caro ao orçamento brasileiro.

2.2 O desencantamento da norma

A análise das decisões, a partir do uso do tipo ideal da racionalidade jurídica legal traz evidências que na lógica legal, a qual inclui os preceitos jurídicos e constitucionais, estão presentes subjetividades dos juízes.

Decisões judiciais, regra geral, são divididas em três partes, a primeira expõe inicialmente do que se trata o pedido, passando em seguida para a chamada fundamentação e por último o dispositivo, o fechamento onde o juiz declara se o pedido inicial foi deferido ou indeferido.

Quanto aos demandantes não foi possível estabelecer uma classificação, das sentenças analisadas, tendo em vista que a grande maioria das sentenças disponibilizadas para a pesquisa foram enviadas sem as informações dos demandantes, visando resguardar a sigilidade, ficando o acesso aos dados processuais limitados às partes, aos advogados e à estrutura do poder judiciário.

A tabela seguinte, traz de forma esquemática dados das sentenças analisadas. Construída para sintetizar a amostra de sentenças, traz uma exposição das etapas decisórias, com cada um dos elementos da decisão: a legislação aplicada em cada uma das sentenças analisadas; o objeto demandado pelas partes que acionaram o poder judiciário e a determinação dos juízes do que deverá ser cumprido.

Tabela 2.

Etapas dos elementos decisórios: legislação aplicada, objeto demandado e determinação judicial

Sentença	Legislação aplicada	Objeto demandado	Determinação judicial
1	Constituição Federal - artigo 196 e artigo 227 Lei nº 8.080/90 - artigo 4º e artigo 7º, inciso XI	Realizar exame NH encéfalo contraste e sedação	Condenar o Município “X” a providenciar a realização do exame médico de que necessita a requerente, através da rede pública ou privada, mas às suas expensas. Condenação do ente público demandado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios
2	Constituição Federal - Artigo 6º, artigo 30, inciso VII, artigo 196 e artigo 198, inciso II Constituição Estadual artigo 159 Lei Federal nº 8080/90 - artigo 18, inciso III, letra “a”	Fornecer o medicamento Levetiracetam (keppra) 100g 1 frasco por 1 mês	Condenar o Estado X, por meio de sua Secretaria de Saúde a fornecer a substituída X de forma contínua e enquanto perdurar a necessidade, o fármaco Levetiracetam (Keppra) 100 mg, de acordo com a prescrição médica, sob pena de bloqueio dos valores para aquisição da medicação. Continuação do cumprimento da condenação condicionada a apresentação periódica, a cada três meses de atestado médico atualizado e circunstanciado em que constem o estado da paciente, a doença apresentada, a gravidade ou não, evolução do tratamento, necessidade ou não do uso do medicamento referido, se continua adequado ou não, bem como se é possível a substituição do citado remédio por outros de menor custo para a Fazenda Pública, que deverão ser indicados e receitados, caso em que tais substituições deverão ser determinadas de imediato, com vistas sempre à adequada manutenção da saúde da paciente com o menor custo possível para o Poder Público
3	Constituição Federal Artigo 30, inciso VII, Artigo 196 e artigo 198, inciso II Lei Federal nº 8080/90 - Artigo 18, inciso III, letra “a”, e artigo 42 Lei Federal nº 8090/90 Lei Estadual nº 791/95	Fornecer 5 latas de Leite Ketocal, mensalmente	Condenar o município X, por meio de sua Secretaria de Saúde, a fornecer à substituída X o alimento nutricional de que necessita (Leite Ketocal), de forma contínua e enquanto perdurar a necessidade, de acordo com a prescrição médica, sob pena de bloqueio dos valores em contas públicas para sua aquisição. A continuação do cumprimento da condenação seja condicionada a apresentação periódica, a cada três meses, de atestados médicos atualizados e circunstanciado em que constem o estado da paciente, a doença apresentada, a gravidade ou não, evolução do tratamento, necessidade ou não do uso do medicamento referido, se continua adequado ou não, bem como se é possível a substituição do citado remédio por outros de menor custo para a Fazenda Pública, que deverão ser indicados e receitados, caso em que tais substituições deverão ser determinadas de imediato, com buscas sempre à adequada manutenção da saúde da paciente com o menor custo possível para o Poder Público.
4	Constituição Federal Artigo 5, inciso XXXV, Artigo 196 Lei Federal nº 8080/90 - Artigo 4 e artigo 7,	Realizar exame PET-CT	Julgo procedente a pretensão postulada na exordial, extingo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC;15, condenando o Estado X a arcar com a realização do exame médico de que necessita a senhora X

	inciso XI		
	Lei n. 8.625/1993 – art. 1 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público		
	Código de Processo Civil – artigo 3		
5	Constituição Federal Artigo 1, inciso III Código de Processo Civil - artigo 300, artigo 536, caput e § 5º	Fornecer medicamento SPINRAZA (Nusinersen)	Concedo a tutela de urgência, para determinar o fornecimento do medicamento SPINRAZA (Nusinersen), na forma prescrita pela médica do autor, a fim de garantir o tratamento de que este necessita, o qual não tem condições financeiras de adquiri-los, no prazo de 15 (quinze) dias, fixando, entretanto, a necessidade de contracautela, na periodicidade de 90 (noventa) dias, para avaliar a necessidade de continuidade de tratamento e do uso medicamentoso prescrito. Na hipótese de não cumprimento desta decisão, determino desde já o bloqueio via BACEN-JUD de valores em contas públicas suficientes a garantir o custeio de tratamento médico indispensável ao autor, durante três meses, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, nos termos do art. 536, caput e § 5º, do CPC.
6	Código de Processo Civil - artigo 300 Constituição Federal Artigo 1, inciso III, artigo 3, inciso IV, artigo 5 caput, artigo 196	Medicamento ARIPIPRAZOL 15mg (60 comprimidos) ou 30 mg (30 comprimidos)	Concedo a tutela de urgência, para determinar o fornecimento do medicamento ARIPIPRAZOL 15 mg (60 comprimidos) ou 30 mg (30 comprimidos) mensalmente, conforme prescrição médica, no prazo de 10 dias, fixando, entretanto, a necessidade de contracautela, na periodicidade de 90 (noventa) dias, para avaliar a necessidade de continuidade do tratamento e do uso medicamentoso prescrito. Na hipótese de não cumprimento desta decisão, determino desde já o bloqueio via BACEN-JUD de valores em contas públicas suficientes a garantir o custeio de tratamento médico indispensável à substituída, durante três meses, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, nos termos do art. 536, caput e § 5º, do CPC
7	Código de Processo Civil - artigo 300 Artigo 24, inciso IV da Lei 8.666 /93 Constituição Federal Artigo 196	Sonda alimentar Botton de gastrostomia Balonado	Defiro a antecipação de tutela pleiteada para determinar ao ente Público o fornecimento da sonda alimentar Botton de Gastrostomia Balonado, de 18Fr (diâmetro) com 1,7 cm (comprimento) no prazo de 15 (quinze) dias sob pena de bloqueio dos valores.
8	Constituição Federal Artigo 1, inciso III, artigo 5 inciso XXXV,	Fornecimento medicamento eculizumabe	de na Diante do exposto, julgo improcedente o pedido veiculado na inicial, pelo que extingo o processo com resolução do mérito.

	artigo 196 Código de Processo Civil - artigo 487, inciso I	dosagem inicial a infusão de 900MG, uma vez por semana, por 4 semanas consecutivas; além da manutenção do tratamento pela quinta semana, a partir de quando deverá ser infundida 1.200MG, uma vez a cada 2 semanas, por duração indefinida, a depender da resposta clínica/laboratorial.	
9	Constituição Federal Artigo 196 e artigo 198 Lei nº 8.080/90 art. 2º Código de Processo Civil artigo 487, inciso I	Fornecimento de medicamento FOSTATO DE RUXOLITINIBE (JAKAVI), para tratamento da doença mielofibrose aguda	Portanto, não se encontram presentes os requisitos necessários a procedência da ação, não havendo prova de que a medicação pleiteada pode surtir o efeito benéfico perseguido, aliado ao fato de se tratar de medicamento de elevado custo para o sistema público de saúde. Ante o exposto, retifico o valor da causa para R\$ 230.848,08 (duzentos e trinta mil, oitocentos e quarenta e oito reais e oito centavos) e extingo o processo com resolução do mérito, JULGANDO IMPROCEDENTES os pedidos deduzidos na exordial.
10	Lei 6.360/76, artigo 12	Iniciar o tratamento com o medicamento Zavesca (Miglustate) para evitar a progressão da moléstia	JULGO PROCEDENTE o pedido autoral, declarando a extinção do processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC, ratificando a liminar concedida, tornando-a definitiva, para assegurar a dispensação à parte autora do medicamento Miglustate (Zaveska) através do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde. Considerando que se trata de medicamento já adquirido ordinariamente pela União e distribuído pelo Estado, fixo o prazo de dez dias para a entrega das primeiras caixas do medicamento. Determino, ademais, em caso de descumprimento, o imediato sequestro de verbas públicas suficientes para assegurar pelo menos seis meses de tratamento, desta feita considerando o preço máximo de venda ao consumidor fixado. Considerando que, apesar de competir à União a aquisição e distribuição do medicamento aos Estados, não há mecanismos ágeis para o sequestro de verbas federais, o sequestro inicial deverá recair sobre verbas do Estado, com imediata compensação por parte da União por meio da expedição de requisição de pagamento. Eventuais sequestros subsequentes deverão ser solicitados diretamente à Secretaria do Tesouro Nacional, à qual deverá ser determinado o depósito em juízo do valor necessário para a aquisição dos fármacos restantes.
11	Código de Processo Civil - artigo 300 Constituição Federal Artigo 196	Transferência para leito de UTI	DEFIRO parcialmente a tutela antecipada para determinar a transferência da autora para leito de UTI, se houver vaga disponível, pois os demais pacientes que já se encontrem no setor possuem idêntico direito ao tratamento médico a ser prestado pelos entes públicos. Ademais, quando da admissão do autor na UTI, devem ser observados os critérios clínicos de perfis de prioridade que incluem o diagnóstico, comorbidades, gravidade, idade, prognóstico, entre outros fatores, cuja avaliação cabe ao médico intensivista. Caso seja impossível o internamento da autora em UTI do Hospital da Restauração, deverá ser transferida para outro da rede pública de saúde, ou, em último caso, na rede privada

			conveniada ou não com o SUS, sob as expensas dos réus, em solidariedade. Conforme acima determinado, o critério para ida à UTI deverá ser objetivo e médico, respeitada a lista de prioridades, apenas não podendo a autora ser preterida por outro menos grave que esteja amparado por liminar judicial.
12	Constituição Federal artigo 6, artigo 196 e artigo 198, parágrafo 1º	Transferência, com a máxima urgência, para Unidade de Tratamento Intensivo – UTI seja no Hospital da Restauração, onde se encontra internado ou em outra unidade hospitalar da rede pública ou privada	Julgo parcialmente procedente o pedido, concedendo de modo parcial a tutela antecipada para determinar a transferência do autor para leito de UTI, se houver vaga disponível, pois os demais pacientes que já se encontrem no setor possuem idêntico direito ao tratamento médico a ser prestado pelos entes públicos. Ademais, quando da admissão do autor na UTI, devem ser observados os critérios clínicos de perfis de prioridade que incluem o diagnóstico, comorbidades, gravidade, idade, prognóstico, entre outros fatores, cuja avaliação cabe ao médico intensivista. Caso seja impossível o internamento do demandante em UTI do Hospital da Restauração, deverá ser transferido para outro da rede pública de saúde, ou, em último caso, na rede privada conveniada ou não com o SUS, sob as expensas dos réus, em solidariedade. Conforme acima determinado, o critério para ida à UTI deverá ser objetivo e médico, respeitada a lista de prioridades, apenas não podendo a autora ser preterida por outro menos grave que esteja amparado por liminar judicial.

Juízes citam amplamente variada legislação, estando presente em quase a totalidade das sentenças analisadas, o artigo 196 da Constituição Federal, que diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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”. E os artigos da Constituição Federal (BRASIL, 2016):

“Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, 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”

“Artigo 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 fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

O legislador constituinte consagrou o direito à saúde como direito fundamental, nos termos da Constituição Federal e atribuiu ao Poder Público a obrigação de promover políticas públicas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e condições para acesso universal e igualitário as ações e aos serviços de saúde.

Estão presentes, com menor frequência outras legislações, como a dispensa de licitação para compras em casos de emergência ou de calamidade pública, quando

caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos."

Aparecendo também nas decisões, dispositivos legais como o contido no art. 2º e parágrafo único da Lei n.º 8.080, de 1990, conhecida como lei do SUS, que destrincha sobre o dever do Estado no tocante ao direito à saúde, diz o dispositivo legal: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício." O dever do Estado consistirá na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ao reconhecer o direito social à saúde, previsto na Constituição Federal e outras legislações, o judiciário do Brasil passou a enfrentar continuado crescimento do número das ações judiciais contra os governos da União, dos estados e municípios (CNJ, 2015; SOARES, DEPRÁ, 2012). Desses entes públicos são requeridos o fornecimento de uma variada gama de coisas, que estão muito além de medicamentos ou tratamentos não contemplados na lista do sistema público de saúde.

O direito à saúde previsto no campo constitucional, e no plano infraconstitucional, como vimos nas referências as Leis Federais que regulam o SUS traz uma série de descrições do modo de atuação dos entes públicos. Incluídas as atribuições do Sistema Único de Saúde que estão previstas no artigo 200 da Constituição Federal (BRASIL, 2016), entretanto, sem citação nas sentenças analisadas:

"Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

Destaco em continuidade ao uso dos princípios da sociologia compreensiva, inspirada em Max Weber que o significado dado a o que constitui ‘direito à saúde’ é constituído da subjetividade dos juízes.

Do exame das decisões estão presentes diferentes abordagens adotadas pelos juízes na interpretação das mesmas leis. Surgem evidências que a lógica jurídica e constitucional envolve as subjetividades dos juízes que tem ampliado gradativamente o significado de direito à saúde. Arelado o direito à saúde ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma amplíssima interpretação é dada a esse direito, que chega a ser fundido com o direito à vida, como constante no trecho da sentença n. 6 abaixo:

“Como é de crucial sabença, o acesso à saúde é dever do Estado, nos termos do art. 196 da CF, diante do direito à vida do cidadão (art. 5º da CF), que deve ser garantida por aquele que tem por objetivo "promover o bem de todos", nos termos do art. 3º, IV da Constituição da República.

Ressalte-se que tal direito é consectário do princípio norteador da "dignidade da pessoa humana", assegurado no art. 1º da CF/88 como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, resta incontroverso a obrigação do Estado de prestar a devida assistência pública e cuidar da saúde de seus administrados.

O bem jurídico tutelado na presente ação é a saúde, buscando-se com a prestação jurisdicional o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da doença. Assim, levando em consideração a preservação do bem maior do ser humano (a vida digna), há de se afastar toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, seja sob a sustentação de que se encontram hospedados em normas de eficácia limitada seja sob a fundamentação de que se deve ater a observância de prévia dotação orçamentária, para o fim de assegurar o mínimo existencial, erigido como um dos princípios fundamentais da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, III, da CF).

Não se olvida de que ‘Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida’ (Min. Celso de Melo).

Por derradeiro, cabe ao Poder Judiciário, sempre que possível, superar a dificuldade na prestação à saúde, prestando a tutela jurisdicional em deferência à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.” (trechos de sentença 6 da justiça estadual)

Esse significado do direito à saúde tem se alargado e abrangido uma tal variedade de demandas chegando a incluir demandas judiciais que pedem o fornecimento de alimentos. Conforme uma das sentenças judiciais analisadas:

“O Ministério Público de Pernambuco, ingressou com a presente Ação Civil Pública c/c pedido de tutela antecipada, objetivando, a concessão de ordem judicial de obrigação de fazer, para que o Município de Caruaru, através do Secretário Municipal de Saúde, forneça a substituída X, cinco latas de 300g, do leite Ketocal, mensalmente” (trecho da sentença n.3 da Justiça Estadual)

Uma decisão judicial que inclui o alimento leite nas coisas consideradas como direito à saúde traz implicações em diferentes sentidos. Evidencia a subjetividade na lógica jurídica, como os juízes interpretam e aplicam a lei com os valores que eles atribuem a diferentes princípios legais e constitucionais, e como suas experiências pessoais podem influenciar suas decisões. Evidenciada a subjetividade na interpretação legal, em consonância ao que Weber (2009) já destacava, que a interpretação subjetiva desempenha um papel crucial nas ações sociais.

Uma aceção tão ampla tem tido implicações significativas para o sistema judicial com o crescimento das demandas, que crescem em quantidade e se expandem quanto ao sentido do que é saúde. O que é particularmente relevante para as questões de políticas públicas de saúde, que sofrem a influência da expansão do sentido de saúde decorrente das decisões judiciais, entretanto, não tem o correspondente de expansão no orçamento.

A União, os estados e os município continuam com limites nos recursos públicos, ainda que haja um recambiamento dos recursos disponíveis para o orçamento da saúde para cumprir as decisões judiciais, não ocorre a expansão dos recursos públicos, a partir da interpretação expansiva das decisões judiciais.

Uma decisão judicial sobre o direito à saúde, especialmente quando se trata da inclusão de alimento: leite, desencadeia implicações complexas e multidimensionais que vão além da esfera legal. A abordagem de inspiração weberiana, com o uso do tipo ideal racionalidade jurídica legal, oferece uma estrutura valiosa para desvendar essas complexidades envolvidas. Ao compreender as diferentes lógicas judiciais e a presença de implicações sociais e culturais na ação de julgar, possibilitando avançar na compreensão da interseção entre a lei e as dimensões da sociedade.

A detalhada análise da fundamentação da decisão monocrática que concede leite a um demandante evidencia que aos argumentos legais é dada uma amplíssima interpretação, sobretudo ao direito à saúde para poder alcançar um alimento.

Embora a decisão traga tão somente argumentos legais, não ficam evidenciadas todas as racionalidades jurídicas presentes na decisão que permitam identificar os valores que orientaram o raciocínio do juiz para ampliar um elemento legal de forma tão larga.

Desafios se apresentam a partir de uma decisão monocrática que pode apresentar uma injustiça diante de uma decisão individual que favorece uma demanda específica, resultando em uma alocação desigual de recursos de saúde, exacerbando as desigualdades já existentes.

Os achados do conjunto de dados estão em consonância a outras decisões da Justiça de Pernambuco. No início da pandemia de covid-19 foi proferida decisão pela 3ª vara cível de Recife, estabelecendo a proibição do corte de energia elétrica para consumidores residenciais durante o período de isolamento estabelecido como medida de enfrentamento à pandemia do coronavírus. E as pessoas que tiveram o serviço interrompido devido à falta de pagamento deveriam ter a energia restabelecida em todo o estado. (JUSTIÇA, 2020)

A demanda foi iniciada pela Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, através de uma ação civil pública, pleiteado o direito à saúde. Na qual a Defensoria Pública justificou o pedido alegando essencialidade do serviço de energia elétrica, necessidade de isolamento domiciliar da população e impacto econômico-social sofrido pelos trabalhadores, especialmente os autônomos e informais. No ato de julgar, o magistrado fundamentou sua decisão na importância do isolamento domiciliar para a manutenção da saúde e da vida, destacando que a suspensão do fornecimento de energia durante o período pandêmico, devido à falta de pagamento, forçaria as pessoas a saírem de casa para pagar boletos ou trabalhar, contrariando as orientações de isolamento (JUSTIÇA, 2020).

A decisão ressaltou ainda que, somente após o término do período de isolamento, a companhia teria o direito de suspender o fornecimento de energia dos clientes inadimplentes, após prazo de 30 dias. E, no caso de descumprimento da determinação judicial, a Companhia Energética de Pernambuco (Celpe) ficou sujeita a multa diária de R\$ 10 mil reais por consumidor afetado (JUSTIÇA, 2020).

A decisão que amplia o sentido de saúde alcançando o fornecimento de energia elétrica vem ao encontro dos achados dessa pesquisa, evidenciando que a lógica jurídica e constitucional envolve as subjetividades dos juízes trazendo ampliação continuada ao sentido de direito à saúde.

2.2.1. O acesso à justiça

No atual cenário do Estado Democrático de Direito, os legisladores constituintes da Constituição Federal de 1988, com intuito de facilitar o acesso aos direitos previstos no próprio texto constitucional trouxeram instituições para auxiliar os cidadãos no acesso à justiça.

A maioria das decisões analisadas são o que no direito processual brasileiro se chama ações de obrigação de fazer. Tais ações se constituem como um instrumento para alcançar uma pretensão de que alguém ou uma instituição faça algo em proveito de quem está acionando o Poder Judiciário.

Acionantes são pessoas que movem ação em proveito próprio e nas decisões analisadas vimos ações que foram acionadas por Ministério Público e Defensoria Pública. Ambas instituições podem funcionar como parte legítima para pleitear tratamentos médicos, exames, leitos de hospital ou entrega de medicamentos entre outras demandas de saúde.

A Constituição Federal de 1988 traz as instituições Ministério Público e a Defensoria Pública como funções essenciais à Justiça¹², e constando a advocacia nesse rol. O constituinte

12 DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

visava estabelecer uma estrutura para a evolução do acesso ao próprio Estado Democrático de Direito que foi normativamente instaurado com a promulgação do texto constitucional.

§ 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 4º Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

II - as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer a advocacia;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

e) exercer atividade político-partidária;

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

O Estado Democrático de Direito, inaugurado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 busca instituir a democratização dos direitos fundamentais. Instaurando o acesso aos direitos, para além da mera descrição de existência deles. Por isso a nomenclatura Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado que democratiza os direitos.

Para o constitucionalista Paulo Bonavides (1980) o contexto de Estado Social de Direito não pode haver uma aplicação de normas tão somente para viabilizar a organização estatal sob o ponto de vista ordenador e repressor, mas também e principalmente para dar efetividade as normas que possibilitam minimizar as diferenças sociais e econômicas.

O Estado Social (Democrático) de Direito integra-se a sociedade, eliminando a característica de inércia existente no Estado de Direito, adotando políticas pretendentes a realizar a Justiça Social. Buscando uma pretensão de compatibilizar um modo de produção capitalista com a promoção do bem-estar social (BONAVIDES, 1980).

Há uma democracia normativa proposta pelo Estado Democrático de Direito, que se propõe realizar o processo de ultrapassar o reconhecimento formal dos direitos individuais, políticos e sociais. E alcançar as condições institucionais, políticas e sociais para a vigência de condições de acessar tais direitos.

Nesse propósito a Constituição Federal de 1988 elenca uma série de meios e instituições que auxiliem o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário. Aos vulneráveis estar-se-ia asfaltando o caminho para à Justiça. O problema de acesso às vias judiciais deixa de ser tratado na esfera subjetiva de declaração que todos têm direitos, e entra na esfera objetiva de viabilizar o acesso através de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

No Estado Democrático de Direito a lei não pode ficar limitada aos conceitos que imperaram no Estado de Direito. Nesse estado de democratização dos direitos há intervenções que implicam diretamente uma alteração na situação da sociedade. Significa dizer: a lei não ficou numa esfera puramente normativa, passou a influir na realidade social.

Ministério Público e Defensoria Pública vem ao encontro do intervencionismo previsto por Paulo Bonavides (1980) que aponta o Estado Social com um Estado intervencionista, que requer ininterruptamente a atuação do poder político nas esferas sociais.

Na prática o Ministério Público e a Defensoria Pública foram criados visando ampliar o acesso à justiça, dando possibilidade de pessoas pobres levarem suas demandas aos tribunais, com isenção das custas judiciais e com assistência judiciária gratuita. Na ausência de instituições dessa natureza seria difícil pessoas pobres poderem realizar a contratação de advogado particular ou pagar custas processuais ao Poder Judiciário.

Vale ressaltar que não compreendemos o acesso à Justiça tão somente como

assistência jurídica e gratuidade de custas judiciais. Trata-se de questão mais ampla. Mas, é fora de dúvida que o tema da assistência jurídica num país com abissais diferenças sociais como o Brasil certamente a assistência jurídica figura como um dos mais importantes para o tema acesso à justiça.

Há algum tempo só cabia atuação do Ministério Público em situações de demandas coletivas. A alteração da interpretação do artigo 1º da Lei n. 8.625/1993, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, ensejou a atual compreensão da expressão direito individual indisponível, contida nessa lei. Interpretação ampliativa que permitiu serem propostas ações referentes à saúde contra os entes federativos pelos promotores de justiça, atuantes no Ministério Público, mesmo em se tratando de ações para beneficiários individuais, o que não era compreendido como possível de ser feito pelo Ministério Público.

A Defensoria Pública aparece na Constituição Federal de 1988 também como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Se propõe a orientação jurídica, promoção de direitos humanos e defesa dos direitos tanto coletivos como individuais de forma gratuita às pessoas necessitadas, tendo específico propósito de assistência as pessoas necessitadas. A atuação das Defensorias Públicas da União e dos Estados tem objetivo de dar acesso as pessoas vulneráveis à estrutura legal. Visando ampliação do acesso à Poder Judiciário às populações pobres.

No dia a dia do Poder Judiciário as pessoas que não podem contratar um advogado particular dirigem-se as sedes da Defensoria Pública ou do Ministério Público das suas cidades, ou algum dos núcleos das instituições existentes nos fóruns, em busca de atendimento por um defensor público ou promotor de justiça. Entretanto, não será atendido de pronto por um desses profissionais. Antes disso, haverá disputa por senha de atendimento, o que costuma ocorrer nas manhãs de atendimento nas portas dessas instituições. Depois as pessoas que conseguem senha para o atendimento do dia passam por uma triagem, geralmente com um estagiário ou até mesmo com policial militar, esses últimos que fazem guarda dos prédios dessas instituições e muitas vezes são também responsáveis por estabelecer os critérios de ordem de atendimento. E por fim será feita uma avaliação da situação para um possível ingresso de demanda judicial.

Na maioria das vezes o primeiro atendimento que uma pessoa vulnerável terá, ocorrerá com um estagiário de uma das instituições. No primeiro atendimento é quando ocorre a ouvida da narrativa das pessoas vulneráveis e haverá orientação sobre os documentos necessários para se ingressar com a ação judicial, caso o estagiário avalie ser a via adequada para a situação. E depois desse trâmite, após o esboço da peça inicial para ingresso da

demanda judicial também feita por um estagiário, é que possivelmente será encaminhado a um Defensor Público ou Promotor de Justiça que iniciará a ação e talvez mantenha uma rápida conversa com a pessoa vulnerável.

Aqui chamo atenção que estagiários de defensores públicos e de promotores de justiça tendem a serem orientados a ingressar com ações judiciais de todas as pessoas vulneráveis que cheguem a essas instituições. Assim, como esses próprios profissionais se orientam, no afã de demonstrarem que estão atendendo ao propósito de suas instituições, serem essenciais à Justiça.

Busco expor as complexidades enfrentadas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público ao lidar com a judicialização da saúde, durante a pesquisa de campo observamos a rotina dessas instituições diante da crescente demanda por acesso a medicamentos, cirurgias e exames.

A Defensoria Pública e o Ministério Público costumam destacar que as pessoas chegam às instituições confiantes de que terão suas demandas atendidas. Para pleitear tais demandas, a única coisa exigida dos demandantes costuma ser um relatório médico detalhado, sendo o laudo médico circunstanciado o documento visto pela maioria dos defensores públicos e promotores de justiça como relevante, descrevendo o histórico da doença, a urgência na intervenção e a negativa do hospital ou farmácia estadual.

No estado de Pernambuco, o Poder Judiciário estadual teve uma transição para o chamado processo judicial eletrônico no ano 2016, quando as ações judiciais passaram a ser distribuídas eletronicamente, com mais celeridade. Assim, nos casos de solicitação de medicamentos, cirurgias ou exames urgentes, costumam os defensores públicos e promotores de justiça solicitarem as liminares por meio eletrônico, sendo raro o indeferimento. Ficando a eficácia da liminar evidenciada pela necessidade urgente dos demandados, respaldada na maioria das vezes tão somente pelo laudo médico que ateste a gravidade da situação, pedido aos demandados quando procuram a Defensoria Pública ou o Ministério Público.

Em algumas situações a atuação tanto da Defensoria Pública como o Ministério Público em caso de medicamentos, é também de realizar solicitações formais de documentação às Secretarias de Saúde do Estado ou municípios que costumam não fornecer documentos que comprovam a recusa do Estado em fornecer o tratamento necessário, limitando-se a informar verbalmente a falta do medicamento.

Defensores públicos e promotores de justiça ressaltam que a Constituição Federal, ao garantir o direito à vida, é a principal referência legal. Além disso, utilizariam julgados, jurisprudência e precedentes que respaldam a concessão de medicamentos, cirurgias e exames

em casos semelhantes.

Entretanto, no ingresso das ações destacam a importância do laudo médico, não apenas como documento técnico, mas como ferramenta para sensibilizar os juízes. O bom senso humano é invocado, buscando despertar uma responsividade emocional dos magistrados, diante da urgência e da necessidade de intervenções imediatas para preservação da vida.

Ocorre uma espécie de pediu-levou que alguns profissionais dessas instituições consideram inadequado, mas não querem assumir a indisposição pública de apresentar avaliação crítica sobre os efeitos perversos desse pediu-levou de ações judiciais para pessoas vulneráveis.

Pesquisa recente aponta o MPPE como um dos vetores da excessiva judicialização de interesses individuais contra o SUS no interior do estado, motivado por falhas na capacitação profissional dos promotores na abordagem do tema da saúde (SANTANA; NUNES, 2019). Ainda, ao se analisar somente casos em primeira instância, observa-se um destaque na participação da Defensoria e do Ministério Público em alguns dos estados brasileiros, inclusive Pernambuco (INSPER, 2019).

Em muitos dos casos de saúde demandados judicialmente está a situação de pedido de antecipação de tutela. São situações, segundo o direito processual civil, que permite que os juízes conheçam diretamente do pedido, quando a questão apresentada pela parte for unicamente de direito, ou não houver necessidade de produzir provas em audiência, permitido ao juiz avaliar a situação com a avaliação dos documentos apresentados. Nessas questões em sua maioria só haverá apreciação de provas documentais, de maneira que esse tipo de tutela é diretamente apreciada pelos juízes, sem diálogo com as pessoas envolvidas no pedido. Diálogo que possivelmente também não ocorreu entre a parte demandante e o promotor de justiça ou defensor público.

Essas tutelas de urgência são concedidas pelos juízes de forma provisória, mas, por sua vez satisfazem o direito que é buscado pelo requerente. Se trata da providência cabível em determinada situação em que não se mostra possível se aguardar a completa instrução do processo e aguardar a sentença final, chamada sentença de mérito.

Um exemplo que ilustra a tutela de urgência em situação de direito à saúde poderia envolver um paciente que necessita de um medicamento específico para tratar uma condição grave e que está enfrentando dificuldades no acesso a esse medicamento pelo sistema único de saúde. Num cenário hipotético imaginemos um paciente diagnosticado com uma doença rara que exige um medicamento de alto custo para o tratamento. Esse medicamento não está

disponível na rede pública de saúde, e o paciente não possui recursos financeiros para arcar com os custos do tratamento.

Portanto, o paciente, que também não pode arcar com o pagamento de advogado, decide buscar ajuda da defensoria pública que ingressa com uma ação judicial com tutela de urgência para garantir o acesso imediato ao medicamento necessário. A fundamentação jurídica se baseando no direito à saúde, consagrado na Constituição Federal de 1988, que garante o acesso universal e igualitário a ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Elaborada a petição inicial detalhando a situação de urgência, a necessidade do medicamento, a impossibilidade de obtenção pelo sistema único de saúde e a condição de saúde do paciente, demonstrada através de documentação médica anexada à petição, comprovando a urgência e a necessidade do medicamento, como laudos, receitas e pareceres de profissionais de saúde. O pedido de tutela de urgência é concretizado, solicitando que em decisão liminar o paciente tenha acesso imediato ao medicamento, enquanto o caso continua sendo analisado em sua totalidade.

Após, ocorrerá a avaliação judicial, quando o juiz analisa a petição inicial e os documentos, e se convencido da urgência e da verossimilhança de existência do direito, concederá a tutela de urgência, expedindo liminar, que determinará que o paciente receba o medicamento de forma imediata. E posteriormente a entrega do medicamento, o processo continuará tramitando para uma análise mais aprofundada da demanda. E numa decisão final a tutela de urgência poderá ser confirmada ou revista. Entretanto, o medicamento já tendo sido entregue, a decisão final se torna irrelevante. Esse exemplo ilustra como ocorre um pedido de tutela de urgência em casos em que a demora na obtenção de tratamento de saúde pode causar danos irreparáveis ao paciente.

Entretanto, esse tipo de pedido de tutela de urgência que é frequente nas ações judiciais de saúde impetradas por Ministério Público e Defensoria Pública tem efeitos perversos. Deveria se revestir de uma excepcionalidade, exigindo um cuidado criterioso na avaliação dos prejuízos que possam vir da demora, com o objetivo de prevenir danos, como a morte. Mas tem sido utilizada de modo generalizado, pelas instituições demandantes, que têm confundido a missão institucional de Ministério Público e Defensoria pública de viabilizar o acesso ao Poder judiciário de pessoas vulneráveis com a generalização do ingresso de demandas judiciais, visando assegurar o direito à saúde de maneira célere.

2.3 O problema prático da objetivação judicial: as assessorias

Para os juízes a judicialização ocorre prioritariamente por falta de alternativas eficazes. Quando as partes não conseguem resolver suas disputas de forma satisfatória mediante os canais de negociação diretos elas buscam outros meios, pelo que recorrem ao sistema judicial. No qual alguns juízes buscam respostas pragmáticas para as decisões, visando resolver os litígios de maneira mais prática.

Os juízes apresentam uma compreensão da trajetória de dificuldades enfrentada pelos demandantes. Afirma a este respeito um dos entrevistados:

“eu sei que quem vem com um problema de saúde para o judiciário, provavelmente está recorrendo a sua última expectativa, ela (a pessoa demandante) já tentou buscar no Estado, na farmácia do estado, na farmácia do município e não conseguiu medicamento porque negaram para ela.” (trecho de entrevista n 7 com juiz federal).

Entre os passos dos juízes está desde a análise do direito da parte e a jurisprudência para a solução do litígio, bem como a análise das consequências de suas decisões, ponderando não somente o efeito que a decisão terá para as partes, mas também o efeito que as decisões terão no futuro e para aqueles demandantes. Está presente nas sentenças e entrevistas a preocupação de resolver o litígio de forma prática para a parte demandante, como exposto na entrevista seguinte:

“os laudos médicos, que são utilizados, né, para caracterizar o quê? a urgência daquele atendimento, a urgência daquele procedimento, a necessidade realmente de de (pausa) Com relação aos medicamentos os critérios são maiores ainda, né, tem a questão da ANVISA se *(os medicamentos – grifo nosso)* são regulamentados, é (pausa) as prescrições médicas muito bem fundamentadas né? Para a necessidade do uso e, então, assim, ele analisa realmente item por item de cada documento que é juntado, comprovando a necessidade, normalmente a gente pede com o tempo outros laudos médicos, né, para que demonstre a continuidade do tratamento, é o que mais? Normalmente as ações se dividem, vamos dizer assim, em grupos que seria basicamente: UTIs que são as mais urgentes das urgentes, né, são pessoas que estão em situação muito crítica, já em estado muito grave e vem pedir só a transferência para leito de UTI, né, aí normalmente a gente defere com rapidez maior porque não tem muito o que apreciar, né, vindo com laudo médico fundamentando a urgência de internamento naquela UTI, ele defere” (trecho de entrevista n.3 com assessora de juiz estadual)

Ressalto que embora não faça parte das atribuições dos assessores, parte da ação de julgar é realizada pelos assessores que em muitas situações exercem as atividades dos juízes tanto na justiça estadual, como na justiça federal, ficando encarregados das mesmas atividades

dos juízes, num tipo de divisão de tarefas. O que inclui elaborar as sentenças e atender as pessoas, como ocorreu durante a coleta das entrevistas. Quando duas assessoras de juízes estaduais se apresentaram como as pessoas encaminhadas para procederem com as entrevistas.

Embora tenha sido realizado agendamentos prévios, ao chegar para o início das entrevistas agendadas, as assessoras se apresentaram, afirmando que os juízes haviam designado-as para procederem as entrevistas. Ambas acrescentaram que faziam as sentenças daqueles juízes, o que fazia delas as pessoas mais adequadas para serem entrevistadas sobre o tema.

A escolha metodológica em incluir tais entrevistas veio a partir da sincera declaração das assessoras que a ação de julgar era realizada por elas. A inclusão das entrevistas das assessoras, embora implique uma variação do *corpus* teve o objetivo de fornecer parâmetro diferente para a análise, de profissionais que exercem a ação de julgar, no entanto, não estão na profissão de juízas. Evidência que nos permite explorar uma ambivalência sobre quem são as autoridades para decidirem no Poder Judiciário. Com acesso a um conteúdo de assessores que praticam a ação de julgar de modo equivalente aos que desempenham a função de juízes, mesmo sem ocuparem tal cargo.

Weber (2009, p. 91-92) ressalta que para existência de profissões existe a especialização e combinação de serviços. E divide as profissões em três tipos: 1) em virtude de atribuição heterônoma ou orientação autônoma pela situação de mercado para serviços profissionais; 2) baseada em especificação ou especialização de serviços; 3) utilização econômica autocéfala ou heterocéfala dos serviços profissionais. Classificando os funcionários públicos nesse último tipo, como especialização de profissão heterocéfala.

Diante da declaração da assessora, parte das sentenças na amostra considerada, foram confeccionadas por assessores, haja vista que cada juiz do estado de Pernambuco tem ao seu dispor um assessor. Para ocupar o cargo é exigido que o assessor seja graduado em direito ou esteja cursando a graduação em Direito. O que revela que o excesso de tarefas do juiz leva o Poder Judiciário a incorporar a figura de subjuízes, ampliando o grau de incerteza sobre a formalidade das decisões.

Aqui surge um aspecto polêmico da ação de julgar, a partir da atuação de assessores judiciais, que passam a exercer a tomada de decisão jurídica no lugar dos juízes. Os assessores jurídicos expressam seu papel da sobrecarga processual que seria insolúvel se deixada a cargo somente dos magistrados. Juiz nenhum conseguiria, sentenciar as centenas de processos existentes.

Sob a justificativa de dar maior celeridade aos processos o Tribunal de Justiça de Pernambuco em 2019 encaminhou a Assembleia Legislativa de Pernambuco projetos de lei para alteração da estrutura administrativa e organizacional do Judiciário. Com a criação de 216 cargos comissionados para assessores dos magistrados de primeiro grau, a maioria de varas do interior do estado. Com salários de R\$ 2,2 mil reais e carga horária de seis horas diárias, os assessores são escolhidos pelo juiz e designados pelo presidente do Tribunal de Justiça para ocuparem o cargo.

Aos assessores cabe o papel não apenas de buscar legislações, jurisprudência, precedentes e fundamentos para a elaboração de minutas de decisão, para auxiliar nas futuras decisões. Assessores se colocam como quase autoridades judiciais e vivenciam essa autoridade imitando as relações de poder desenvolvidas pelos juízes. No sentido weberiano, de imposição de uma vontade em detrimento da outra (WEBER, 1999).

Sob o argumento da defasagem de magistrados por quantitativo de processo criam soluções ao que parece com as mesmas racionalidades presentes nas demais decisões judiciais elaboradas por juízes, sem que haja diferenciação aparente dos processos decisórios. Apesar de não haver nenhum poder da delegação da decisão judicial para aqueles assessores e, ao menos tecnicamente só estariam habilitados a realizar ações assessórias.

Aqui se evidencia uma ambivalência sobre quem é autoridade para ação de julgar no sistema judiciário brasileiro, haja vista que muitas vezes os assessores aparecem como importantes agentes decisórios do processo judicial. Provavelmente pelo que os juízes ressaltam a razão imperiosa de existir total confiança entre assessores e juízes.

Embora os magistrados ressaltem com frequência uma formalidade da ação de julgar, estando presente inclusive ritualísticas como o uso de togas pretas nas sessões de julgamentos, entre outras rígidas formalidades. A presença dos assessores amplia o grau de incerteza sobre a efetiva formalidade das decisões.

Os juízes fazem questão que os assessores, que têm figura de subjuízes, devem ser escolhidos pessoalmente pelos juízes. Diante desse argumento atualmente as funções de assessores são desenvolvidas por pessoas que exercem os chamados cargos em comissão, pessoas que não foram aprovadas em concurso público, o que trouxe reclamação dos servidores públicos concursados, que apontam ruptura com o atual sistema de cargos públicos providos através de concursos públicos.

Enquanto o concurso público pode atestar, em boa medida, a capacidade técnica, mas não necessariamente proporcionar a relação de confiança necessária ao assessoramento em uma unidade judiciária. Nada impede que tais cargos sejam preenchidos com servidores do

quadro do próprio Poder Judiciário, que são concursados. Embora haja desconsideração da lógica meritocrática do concurso público. Os cargos comissionados estão previstos na Constituição Federal, quando devem ser ocupados por pessoas de confiança, e que também, podem ser exoneradas ou dispensadas a qualquer momento. O Conselho Nacional de Justiça, recentemente, validou tal possibilidade que o cargo de assessor de juiz pode ser preenchido por pessoas de confiança do juiz.

Ao longo das visitas aos fóruns e ambientes do Poder Judiciário foi possível ver a presença de assessores sempre próximos aos juízes. Muitos deles têm locais de trabalho separados dos demais servidores e até buscam evidenciar sua proximidade dos juízes. Entretanto, há uma invisibilidade das funções dos assessores, que não tem uma delimitação efetiva do que deve ou não ser realizado pelos assessores. Deixando-os como uma *steps* dos juízes.

Durante entrevista com juiz estadual ele expunha que algumas pessoas tentam buscar um contato pessoal com os magistrados. Quando meu interlocutor ressaltou que quando faz atendimento pessoal dos demandantes que solicitam, esse atendimento é realizado indistintamente por ele ou por seus assessores, as vezes, por ambos:

“...muitas vezes as pessoas me procuram diretamente ou procuram meus assessores, mas como nós trabalhamos no mesmo ambiente, eu trabalho na mesma sala que meus assessores, então, não existe nem divisória, nós recebemos as partes ali e conversamos no meio de todos” (trecho de entrevista n. 6 com juiz estadual)

Os assessores de juízes tornaram-se figuras comuns nos quadros do Poder Judiciário de todo Brasil. Para os juízes significa um avanço na celeridade da prestação jurisdicional. A presença dos assessores estaria conferindo melhor funcionalidade no sistema, com uma melhor prestação jurisdicional, e contribuindo no combate a morosidade. Sendo o combate a morosidade um dos principais elemento para legitimar a função de assessores de juízes, atualmente presentes em quase todos os estados da federação. Essa atuação de subjuízes nos ajudam a identificar que além dos juízes há também esses personagens que julgam e interpretam os sentidos do que é legalidade, e utilizam das racionalidades nos julgamentos de saúde. Mesmo sem deter a autoridade que ocorre pela jurisdição dos cargos, estabelecida pelos códigos e estatutos.

2.4 A terceirização das escolhas: núcleos de apoios técnicos do judiciário

Os NATJUS são núcleos de apoio técnico do judiciário, criados com o objetivo de fornecer elementos às decisões judiciais, juntamente com uma rede de comitês estaduais e distrital, com a mesma finalidade. Os núcleos estão contidos na própria estrutura organizacional do Poder Judiciário, destinados a subsidiar os magistrados com informações técnicas, com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar. Emitem opinião através de pareceres nas ações judiciais, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para decisão das demandas.

Os Tribunais de Justiça reconheceram a necessidade dos juízes em buscar junto a profissionais técnicos da área da saúde subsídios para questões de saúde levadas ao Poder Judiciário, pelo que foram implantados os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário - NATJUS por força da Resolução nº 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça. Essa resolução tornou obrigatória a criação desses núcleos pelos tribunais de justiça estaduais, estabelecendo uma rede unificada em âmbito nacional, ao mesmo tempo que renomeou os departamentos já existentes para NATJUS.

O Conselho Nacional de Justiça também disponibiliza aos magistrados o e-natJus, sistema que contém um cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas que podem ser consultados numa plataforma digital, oferecendo artigos científicos para as decisões dos magistrados de todo o país quando estiverem julgando demandas de saúde. Recursos que são avaliados como facilitadores, como se pode inferir do trecho da entrevista n.7 com juiz federal:

“Eu posso dizer que hoje a vida do juiz está mais fácil graças à Deus, porque existem critérios, existem critérios de pesquisa que a gente pode fazer, NATJUS, que são órgãos que dão pareceres que estão no CNJ acerca de determinados medicamentos já, então, a gente já olha ali, se existe viabilidade ou não para a concessão. A gente não está completamente no escuro hoje em dia. Antigamente quando não tinha isso era mais difícil, é, hoje em dia com os critérios já firmados pelo STF, pelo STJ, amparado na legislação e com essas manifestações já com alguns pareceres prévios a vida do juiz fica mais fácil na hora de decidir, pelo menos no aspecto fático.” (trecho de entrevista n 7 de juiz federal)

Os NATJUS são formados por profissionais da saúde, responsáveis pela elaboração de pareceres técnicos acerca da medicina baseada em evidências, servindo de auxílio nas demandas. A criação dos núcleos técnicos aparece como ampliador da segurança dos magistrados em suas decisões, especialmente as decisões liminares, através de um modelo

mais técnico, em comparação aos pedidos de esclarecimentos prestados pelos entes públicos quanto às demandas que se encontram no Poder Judiciário.

Nas ações judiciais com pedido de medicamentos ou tratamentos é acionado o NATJUS, que informa se o medicamento tem registro na ANVISA, também apresenta resposta se o medicamento ou tratamento fazem parte dos adequados aquele tipo de paciente que entrou com a ação judicial, e ainda, se existem outros medicamentos ou tratamentos equivalentes e se existem outras terapias no serviço público que possam ser eficazes e que tenham um custo mais baixo que possam ser alternativas para os pacientes que ingressaram com as ações judiciais.

Na prática os juízes ao receberem uma demanda em saúde, encaminham o pedido para esse núcleo, que envia um parecer, dizendo se há realmente a necessidade do medicamento, se existe algum outro medicamento a ser fornecido pelo Estado que possa substituir aquele medicamento solicitado. Se houver um outro medicamento o juiz faz uma intimação ao solicitante, para que apresente um novo laudo a respeito daquela substituição do medicamento. E caso o NATJUS entenda que a medicação é a indicada os juízes seguem tal entendimento.

Nessa perspectiva as opiniões emitidas pelo NATJUS costumam ser levadas em conta pelos juízes para conceder ou não as decisões, sobretudo as decisões iniciais, chamadas de liminares. Ao serem entrevistados vários dos juízes afirmam a importância do NATJUS na elaboração de suas decisões atualmente e ressaltam que no passado não dispunham desse auxiliar para as decisões:

“Hoje em dia a gente tem o apoio tem uma resolução do CNJ que determina a criação do NATJUS, que é por estado aqui a gente tem junto ao tribunal de justiça. Aí tanto na esfera estadual como na justiça federal, e os juízes, o processo decisório, a construção do processo decisório do juiz ela é, além de levar em consideração toda essa história, todo esse conhecimento já construído, nós temos auxílio, principalmente para quando se trata de um fármaco novo, de um novo tipo de tratamento ou uma doença nova, nós temos auxílio dos nats que são os núcleos de assistência técnica em saúde que aqui em Pernambuco nós temos na justiça estadual e federal, que são os balizadores de nossas decisões porque, evidentemente, o juiz não tem conhecimento técnico o suficiente para decidir sem ouvir especialistas da área, então, a palavra do especialista é bastante importante, é fundamental para o processo decisório.

... As decisões em saúde se constroem através de precedentes, são fundamentais porque indicam o caminho mais seguro para o juiz seguir, evidentemente que um juiz ou outro, vai depender da situação, pode tomar uma decisão que é não tem precedentes, mas, é, primeiramente é aconselhável que ele ouça o NATJUS, tome um parecer do NATJUS para então tomar uma decisão.

... algumas vezes, algumas partes tentam sensibilizar o juiz e o pessoal da vara, são pessoas que mandam, anexam aos autos fotografias de pacientes, antes, depois, ou

de pacientes que ainda podem se deslocar ao fórum para sensibilizar o juiz, isso aí não deixa de existir, há uma (pausa) que permeia uma decisão na área de saúde, envolve também essa parte aí, mas a gente, geralmente o juiz procura ser técnicos, decidir se realmente tem a prescrição médica para aquela doença se houve, se nos autos há prescrição para essa doença, e se de fato isso encontra respaldo no NATJUS e na literatura médica, também se não for, a decisão evidentemente será negativa.” (trecho de entrevista n.6 com juiz estadual)

O NATJUS tem formação multidisciplinar, formado por farmacêuticos, médicos, enfermeiros. Havendo juízes que tem a opinião do NATJUS como critério decisivo para deferimento de medicação, mesmo em situações nas quais a medicação irá melhorar a sobrevida do paciente ou melhorar a qualidade de vida.

“No caso concreto, em que pese a indicação do medicamento como adequado ao tratamento do autor pelo seu médico assistente, pelos documentos juntados aos autos, especialmente o parecer especializado do NATS, não ficou demonstrada, de modo inequívoco, a eficácia do referido fármaco para tal fim.” (trechos de sentença n.1 da justiça estadual)

Como se evidencia da entrevista, tanto para as concessões como para as negativas do direito, de igual modo, leva-se em conta as opiniões do NATJUS. Da amostra constituída de 12 sentenças da justiça estadual e justiça federal as opiniões do NATJUS estiveram entre os principais elementos utilizados como razão de decisão, incluindo as duas sentenças de negação de pedidos constantes na amostra analisada:

“O medicamento solicitado “E” não é fornecido gratuitamente pelo SUS. O uso do medicamento na condição clínica descrita é considerado como *off-label*¹³, ou seja, não reconhecido pelo laboratório fabricante e não registrado para tal finalidade nas agências sanitárias. Cabe destacar que foi anexado ao processo um único trabalho, revisão da literatura fruto de um trabalho de dissertação de mestrado, o que não confere relevância clínica para tal análise, uma vez que o nível de evidência desta fonte literária é mínimo. Embora haja estudo preliminares visando a utilização do “E” nessas condições clínicas, convém destacar que o financiamento destas pesquisas primárias compete ao laboratório produtor e não ao sistema de saúde, uma vez que o emprego de vultosas cifras neste tratamento não garante resultados terapêuticos, uma vez que os resultados esperados ainda permanecem obscuros, devendo mais estudos clínicos randomizados suscitarem estes questionamentos.’ À luz do exame da documentação acostada bem como do Parecer Técnico do NATJUS, a eficácia do medicamento ora pleiteado ainda se mostra obscura, à míngua de estudos científicos que atestem o contrário. Dessa forma, haja vista que o laudo se mostra bem elaborado e devidamente fundamentado por profissional competente – não havendo qualquer demonstração de erro ou imprecisão –, não há óbice em adotar suas conclusões como razão de decidir. Em sendo assim, a improcedência do pedido é medida de rigor.” (trechos de sentença n.8 da justiça federal)

¹³ O termo significa que o medicamento não possui indicação em bula no Brasil para determinada doença.

O juiz expõe que a razão de julgar foi realizada a partir do entendimento dos profissionais do NATJUS, ele tira de si essa razão e a entrega ao grupo de profissionais médicos que compõem o núcleo técnico. Não sendo essa a única situação que houve entrega da razão de julgar a outro profissional.

Nesse contexto, vemos que judicialização da saúde se perfaz como um fenômeno complexo, e os Núcleos de Apoio Técnico aos Juízes desempenham um papel importante, fornecendo subsídios para as decisões judiciais. Nessa sessão exploramos o nível de importância que é dada aos pareceres dos Núcleos de Apoio Técnico que podem funcionar como terceirizados da construção da justiça em saúde no contexto brasileiro. Os juízes entregam ao corpo de médicos e farmacêuticos que compõem os núcleos técnicos a própria razão de decidir.

Registro aqui que esse achado em Pernambuco vai de encontro a arguição do Conselho Nacional de Justiça (2015) de que os juízes descrevem nas sentenças de saúde pouca menção ao Fórum Nacional de Saúde, aos Comitês estaduais de Saúde e aos Núcleos de apoio técnico.

O conjunto de dados da amostra demonstra que os juízes firmam suas convicções a partir das opiniões emitidas pelos núcleos técnicos, e que não há razões complementares às razões dos pareceres do NATJUS.

Estudo realizado no estado do Tocantins sobre os Núcleos de Apoio Técnico daquele estado, implantado no ano de 2013 revelou a importância dada ao NATJUS do Tocantins que desempenha papel fundamental para os magistrados na análise das demandas judiciais por medicamentos oncológicos. Segundo a autora a existência do NATJUS implica numa tomada de decisões mais justas, qualificadas e racionais. Achado semelhante aos encontrado nessa pesquisa, quanto a importância dada ao NATJUS (ANDRADE, 2020).

Chamo a atenção para uma supervalorização das funções dos Núcleos de Apoio Técnico, destacando que seu papel está na elaboração de pareceres técnicos para orientar decisões judiciais. Enquanto o conjunto de evidências sugere que os pareceres têm sido utilizados em muitos casos como razões únicas de decisão, o que impõe uma avaliação crítica quanto a essa supervalorização dos pareceres do NATJUS e os desafios e questões éticas relacionadas à sua aplicação hiperdimensionada na judicialização da saúde.

Essa grande valorização dada ao NATJUS em Pernambuco levanta reflexões sobre os critérios usados pelos profissionais componentes dos NATJUS ao procederem as suas avaliações. O que inclui questionamento sobre a imparcialidade, qualidade técnica e

transparência no processo de escolha do corpo técnico que compõe o NATJUS. E ainda o porquê dos juízes estabelecerem prevalência para as opiniões do NATJUS, em detrimento de outras alternativas.

Processualmente, segundo as regras do direito processual civil brasileiro, há previsão de peritos, que são profissionais técnicos especializados, que são convocados a pedido do juiz ou das partes dos processos para auxiliar na análise das provas. Podendo o juiz nomear esses técnicos para ajudá-lo a acessar maior compreensão de um tema ou conseguir acessar com mais profundidade as provas apresentadas no processo. Em síntese, o papel do perito é de ceder seus dotes técnicos ao juiz para o esclarecimento de um tema ou de uma prova. Mas, teria o perito ou um grupo de peritos o papel de substituir o juiz?

O NATJUS aparece na amostra de dados como um terceirizado para o qual os juízes transferem a sua atividade de julgar. De modo diferente do papel dos peritos que auxiliam na compreensão de um tema ou na análise das provas, contribuindo, com isso para decisão. O NATJUS aparece como detentor da escolha das razões para decisão, a serem tão somente homologado pelos juízes. Afirmando os juízes que fazem isso haja vista compreenderem que a *expertise* médica deve se sobrepor a ausência do conhecimento médico dos juízes.

De modo semelhante a terceirização que é feita ao NATJUS, no caso dos leitos de UTI os juízes terceirizam suas decisões aos médicos. Deixando a critério dos médicos que escolham qual pessoa irá ocupar o leito de UTI. Os juízes criaram um repasse dessa escolha para os médicos, como se evidencia do trecho da entrevista n. 1:

“a gente aqui tem quase uma decisão padrão de quase todo mundo de quase todos os juízes que cabe aos médicos, claro. que cada um bota sua especificidade, mas a decisão foi quase unânime nesse sentido: que os médicos é que determinam se ele deve ou não furar, porque Você vai furar a fila que outra pessoa tá numa gravidade maior.” (trecho de entrevista n.1)

As decisões judiciais quanto ao tema leito de UTI quando não terceirizam a decisão aos médicos, se apresentam lacônicas, como se observa no trecho da decisão n. 10:

“Se fazendo necessário, por um lado, que o Poder Judiciário não interfira em todas as questões relativas à saúde, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes, e, por outro, que o Estado não se omita em prestar serviços indispensáveis à saúde, sob pena de violar o direito fundamental à saúde” (trecho de decisão n.10 da justiça federal)

No caso de demandantes que pleiteia concorrido e escasso leito em UTI os juízes passaram a decidir que existe uma lista de pacientes com liminares concedidas por juízos

variados, que estão tendo prioridade em relação aos outros que não conseguiram este mesmo tipo de decisão. Assim, as decisões passaram a ser no sentido de reconhecer apenas o direito de se impedir que o autor da ação judicial seja preterido, dentro dos critérios médicos objetivos de gravidade, em relação a outro paciente que esteja amparado por liminar judicial. Portanto, os demandantes subsequentes não podem ser preteridos na lista de transferência para a UTI em relação aos demais inscritos na central de leitos hospitalar ou em qualquer outra unidade hospitalar pública.

Nesse tipo de pedido os juízes passaram a julgar parcialmente procedente, concedendo de modo parcial para determinar a transferência dos autores para leito de UTI, se houver vaga disponível, pois os demais pacientes que já se encontrem no setor possuem idêntico direito ao tratamento médico a ser prestado pelos entes públicos. Ademais, quando da admissão do autor na UTI, devem ser observados os critérios clínicos de perfis de prioridade que incluem o diagnóstico, comorbidades, gravidade, idade, prognóstico, entre outros fatores, cuja avaliação, segundo os juízes, caberá ao médico responsável pela UTI.

“Entendo que os critérios de internação em UTI devem ser objetivos, determinados por razões médicas. Não cabe ao Judiciário estabelecer, diante da falta de vaga em UTIs que um paciente, apenas porque correu e conseguiu uma liminar, deve ter prioridade, quando não se conhece a situação médica de todos os doentes que estão à sua frente na fila.

O argumento trazido na inicial de que a transferência para hospital particular não implicaria em quebra da lista parte de uma premissa incorreta. Isto porque, do mesmo modo que a autora da presente ação, os que estão em situação prioritária também poderiam ser atendidos nestas mesmas UTIs de hospitais particulares.

Qualquer ordem judicial, segundo entendo, teria que analisar a situação de todos os que estão à frente da autora na fila da UTI, para evitar que, diante da escassez de recursos, seja dado prioridade apenas para uma parte porque correu e conseguiu acesso célere ao Judiciário.

Por outro lado, é de conhecimento geral que existe hoje uma lista de pacientes com liminares concedidas por juízos variados, que estão tendo prioridade em relação aos outros que não conseguiram esta decisão.

Neste sentido, entendo que deve ser concedida liminar apenas no sentido de impedir que a autora seja preterida, dentro dos critérios médicos objetivos de gravidade, em relação a outro paciente que esteja amparado por liminar judicial.” (trecho de sentença 11 da justiça estadual)

Durante a pandemia da covid-19 com o aumento no número de casos de insuficiência respiratória grave ampliou-se o desequilíbrio entre as necessidades clínicas da população e a disponibilidade efetiva de recursos de suporte à vida, classificado como uma pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), e reconhecido pelo Senado Federal brasileiro como estado de calamidade pública no Brasil. As deficiências do Sistema de Saúde foram enormemente ampliadas. Ampliada também a necessidade de leitos de UTI.

Diante da ausência de leitos de UTI suficientes para atender a todos os infectados

pelo vírus o Conselho Regional de Medicina de Pernambuco (CREMEPE) publicou a recomendação número 05 /2020, criando um protocolo de triagem para ser usado para orientar a alocação de recursos. Neste documento o CREMEPE recomendou aos médicos do estado a utilização do Escore Unificado para Priorização de acesso a leitos de terapia intensiva, assistência ventilatória e palição (EUP-UTI), visando estabelecer hierarquização dos pacientes, no caso de ausência de leitos suficientes para atender a demanda.

A terceirização que os juízes costumavam fazer para os médicos passou a ter critérios definidos, que antes não ocorriam de forma global. O escore recomendado pelo conselho de classe dos médicos pernambucos determinou a utilização de uma combinação de quatro índices: *Sequential Organ Failure Assessment* simplificado; Índice de Comorbidades de Charlson; *Clinical Frailty Scale* e *performance status* de Karnofsky.

O que era um tema pouco dialogado passou a ser publicizado. Critérios de avaliação de viabilidade de vida. Os chamados índices de comorbidade avaliaram o risco de morrer das pessoas. Durante a pandemia ficou publicizado, pela recomendação do CREMEPE, que os médicos são instados a fazer escolhas que excluem os pacientes com maior chance de morrer e incluem os pacientes com melhor expectativa de vida.

Durante debate no evento, conexão ESMAPE: debate bioético sobre assistência no contexto de pandemia da terapia intensiva à palição, realizado em 30 abril de 2020, transmitido ao vivo, Mario Jorge Lobo, diretor do CREMEPE, disse que a recomendação foi proveniente da preocupação em regulamentar a situação diante da pandemia da covid-19. Explicou que é realizado uma relação do fluxo e o score que é a gravidade, há ser utilizada na ausência de leitos, em situação de colapso de leitos.

Para a diretoria do Conselho de médicos a gestão de leitos é feita pelo estado, para que não haja um personalismo no momento de decidir e a gradação de acesso à UTI é feito pela central de regulação de leitos. Entretanto a pandemia do covid-9 se tratou de situação de catástrofe, diante do número de infectados e incapacidade do sistema de saúde para o atendimento. Havendo também uma medicina de catástrofe, quando há uma regulamentação em âmbito mundial de triagem de quem mais se beneficia de um leito de UTI.

Assim o CREMEPE teria buscado evitar discriminação e procurado os indivíduos com o melhor status funcional, que depende de algumas situações a serem identificadas pelas disfunções de órgãos e as chances de sobrevivência, com a identificação de histórico de fragilidade, com uma pontuação que permita a escolha de quem tem mais chance de sobreviver.

A avaliação leva em consideração vários fatores e condições de órgãos, calculando-

se fatores como o índice de oxigenação, quanto mais necessidade de oxigenação, o paciente vai ganhando uma pontuação maior. Em relação a função de órgãos como o rim exemplificativamente, se uma pessoa está em hemodiálise vai para a pontuação 4. Outros órgãos vitais também são avaliados. A coagulação, existência de falência cardiovascular, pressão normal ou não, são outros aspectos avaliados. E ao final da avaliação se contabiliza o total do *score*. Para definição dos selecionados para os leitos de UTI e diante da situação de colapso, os demais pacientes que não acessarem os leitos de UTI com encaminhamento para cuidados paliativos, para áreas de conforto, proporcionando alívio de sofrimento.

O período de pandemia da covid-19 evidenciou as dificuldades diante dos limites do sistema de saúde. Dificuldades existentes também nos períodos anteriores e posteriores a pandemia, mas que naquele período foram evidenciados, instando os juízes e demais profissionais do direito a lidar com esses limites de modo mais evidente, sem subterfúgios. Durante uma entrevista com juiz federal, surgiu, mesmo antes da pandemia de covid-19 a compreensão de não intervir na regulação de leitos de UTI:

“aí chega uma pessoa, um exemplo, aí está em vigésimo na UTI, na lista de leitos. Aí qual o conhecimento técnico que eu tenho? Foi um monte de gente que disse que é para ele ficar em vigésimo, lá no campo administrativo. Qual o conhecimento que eu tenho para dizer não, ele vai passar para frente de todo mundo? Ahh! O Estado está sem leito, O Estado está sem leito aí ele vai ser obrigado a botar ele na frente de todo mundo. Eu posso está matando uma pessoa fazendo isso, mas, aí você pode dizer, mas você também está matando deixando ele, mas eu não sou técnico para dizer para dizer para ele passar na frente dos outros.

Porquê no momento em que você manda colocar um outro fica fora?

O primeiro da fila já não está. No caso era a pulserinha mais vermelha, era ele que era para entrar no leito que vagasse, ele não vai entrar porque eu mandei outro passar na frente. Aí esse eu nem escuto ninguém, não, eu não defiro fura fila de UTI, de leito, não defiro.” (trecho de entrevista n.5 com juiz federal)

Juiz estadual entrevistado depois da pandemia de covid-19 (entrevista n.6) disse acreditar que o direito a saúde é um direito muito amplo, mas que depois da pandemia, acreditava surgir uma nova compreensão sobre saúde, principalmente sobre a capacidade do estado de dar respostas:

“porque, há um entendimento assim, quase que não tem limites para as decisões judiciais, embora é logico, toda decisão é passível de recurso, mas normalmente, os tribunais mantêm as decisões dos juízes de primeira instância e o que significa que não há, e eu acho que haverá uma tendência de ter uma maior compreensão do orçamento da saúde e de como esse orçamento é gerido, para que as decisões não provoquem um caos orçamentário que podem ocorrer na área de saúde, porque as demandas, a cada mês que passa aumenta e aumenta o quantitativo de demanda e aumenta o gasto do erário com essas demandas.” (trecho de entrevista n.6 com juiz estadual)

O evidenciamento dos critérios de escolha feita pelos médicos ensejou interpretação diferente dos juízes ao julgarem sobre leitos de UTI. Segundo um dos juízes estaduais entrevistados, no período de pandemia houve alteração da forma de decidir, os deferimentos que ocorriam antes da pandemia deixaram de ocorrer. Para o entrevistado as escolhas de quem deveria ocupar os leitos de UTI deveriam ficar adstrita aos gestores de saúde:

“Os leitos de UTI se tornaram insuficientes, de uma forma geral, é é, nós entendemos que o juiz, no seu caso particular, ele não tem a condição de enxergar o sistema como um todo, e conseqüentemente qualquer decisão judicial, determinando o internamento de alguém em uma UTI poderia agravar mais a situação da pandemia, porque a gente teve a falta de um conhecimento sistemático, porque de uma semana para outra, de uma dia para o outro modifica-se bastante isso, eu tenho observado isso efetivamente, eu mesmo passei a ser mais cauteloso, e a deixar na responsabilidade das autoridades de saúde, principalmente o pessoal do executivo, a transferência e internamento dessas pessoas, não negar o direito, mas, colocar nas mãos do gestor de saúde essa organização, de sorte a não prejudicar a política de saúde que está sendo levada a cabo para combater a pandemia.

E anteriormente o senhor tinha um posicionamento distinto?

É, sim um posicionamento mais favorável né, digamos assim, um posicionamento mais favorável ao internamento porque a crise sempre teve desde que eu estou na área de saúde na justiça, e antes disso, a gente sempre soube que os leitos eram insuficientes que eram insuficientes, enfim, há uma fragilidade estrutural muito grande, mas com a pandemia as coisas se agravaram não é, e se agravaram num volume muito grande, de sorte que qualquer internamento fora da ordem poderia levar a uma perturbação enorme do sistema e, éé, na programação das autoridades de saúde naquela semana, naquele mês, naquele dia.” (trecho de entrevista n. 6 com juiz estadual)

Se a terceirização para o NATJUS ou aos médicos foi usada para dar maior tranquilidade aos juízes para proceder as decisões difíceis em saúde, no período de pandemia essa terceirização das decisões difíceis ficou insustentável, pelo que os juízes passaram a efetiva fuga de decisões difíceis. Entregando aos gestores de saúde e aos médicos que exercem diariamente as escolhas difíceis de quem viverá ou não, a partir do Código de Ética Médica¹⁴ no qual está estabelecido que a medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e com os meios disponíveis ao alcance, sem a fantasia de saúde ilimitada a partir de orçamento limitado.

Em algumas situações não há como fazer justiça sem o uso da espada para cortar cabeças. Os juízes se identificam com ar de orgulho da representação da deusa Têmis, que segura em uma das mãos uma balança e em outra mão uma espada. E a narrativa construída em relação a profissão dos juízes é rotineiramente vinculada a uma grande missão de julgar, entretanto, o conjunto de dados demonstram que no momento que os limites estão mais

¹⁴ Resolução CFM nº 2.217/2018

evidenciados os juízes não querem o peso da espada da justiça quando isso implica em negar direitos:

“Em alguns casos é a crise de consciência é muito forte, eu não vou negar isso não assim que eu chego a negar os pedidos que eu vejo que são tão absurdos assim, no macro que eu chego a negar isso dá uma crise de consciência imensa. Você sai daqui péssimo, mas assim pelo fato de ter negado.” (trecho de entrevista n 1 com juiz federal)

Assim, os juízes visando livrarem-se do que um dos entrevistados chama de crise de consciência terceirizam sua função ou se dedicam a deferir o máximo de pedidos sobre saúde, para não terem que negar pedidos que lhes deixa frustrados.

2.5 A reserva do (im)possível

É infinito o direito a saúde? Há condicionamento para efetivação dos direitos sociais à dependência de recursos econômicos do Estado? Ou deve-se favorecer segmentos da população de acordo com a menor renda para o fornecimento de itens de saúde? Nessa sessão me detenho a análise dessas questões nas sentenças e entrevistas.

Ao refletirmos sobre a extensão do direito à saúde, somos confrontados com a complexidade de considerar sua potencial infinitude. A perspectiva weberiana, que valoriza a compreensão das ações sociais a partir de significados subjetivos, nos conduz a uma análise que vai além das limitações legais e orçamentárias. Uma infinitude, nesse contexto, emerge da pluralidade de expectativas, necessidades e demandas dos indivíduos, desafiando estruturas normativas e promovendo um embate entre as normas legais e a subjetividade das experiências individuais.

Aqui revela-se uma dinâmica complexa entre os princípios e normas constitucionais que dão lastro ao direito à saúde e as limitações práticas da estrutura do poder público. Pelo que é essencial expor como os juízes, enquanto atores sociais influenciados por valores culturais e estruturas de poder, interpretam e aplicam a lei diante das demandas individuais.

“Alegar limitação orçamentária, invocar a teoria da reserva do possível ou afirmar a falta de recursos públicos materiais ou financeiros, em si, não justifica a omissão pública, especialmente em campo tão nobre como é da vida digna e da saúde, incluso no fornecimento de medicamentos e insumos necessários àqueles fins maiores, qualificados, no caso, como indispensáveis ao mínimo existencial.

A saúde é direito público subjetivo e não pode estar condicionada a programas do governo. Se o sistema de saúde não tem recursos para oferecer ou

adquirir o referido medicamento, tal escusa não pode ser imputada aos enfermos, pois se trata de problema do Estado-administração, face ao descaso com a saúde pública, fato este notório e que dispensa qualquer tipo de comentário no tocante ao cenário em que se encontra a saúde pública em nosso País.

Cumpra deixar-se consignado de uma vez por todas que não se trata de discricionariedade da Administração, mas sim de ato estritamente vinculado, uma vez que ao Poder Público é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que necessitam.” (trechos de sentença n 2 da justiça estadual)

A defesa de estados, municípios e União por muito tempo alegou que a prestação do direito à saúde teria óbices, principalmente no limite financeiro dos entes públicos. Os advogados estatais argumentam que nem sempre o Estado tem orçamento para custear todos os pedidos de saúde e não deveriam os juízes prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em detrimento dos limites da Lei Orçamentária.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 do Distrito Federal, decidiu sobre a possibilidade de uso do argumento da reserva do possível, na execução dos direitos sociais, culturais e econômicos, estabelecendo que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais caracteriza-se pela gradualidade de seu processo de concretização, dependendo de um “inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira do município, estado ou União não se poderá exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Constituição.

A alta carga de tributação brasileira não é levada em conta, ou mesmo os advogados dos entes estatais apresentam provas da inexistência de dinheiro nos cofres públicos. Elementos como a má administração do orçamento público ou desvios de dinheiro, resultando de corrupção também não são discutidos. Razões que podem ter também levado os juízes a não mais aceitar o argumento da reserva do possível como justificativa geral.

Recebe a denominação de reserva do possível o argumento construído no mundo do direito, no qual se entende que o Estado pode limitar a concretização de direitos fundamentais, como a saúde, alegando a existência de limites na atuação. Largamente utilizado esse argumento como defesa de Estados, União e Municípios para não cumprimento dos direitos sociais.

Já tendo sido, inclusive dividida em duas categorias a reserva do possível: uma fática e outra que seria de argumentação jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, seria a inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofres públicos, o que precisaria ser comprovado. E a reserva do possível jurídica, por sua vez, corresponderia à

ausência de autorização orçamentária para determinados gastos serem levados a cabo. Ambas foram usadas como argumentos dos entes públicos para não atender as demandas de direitos sociais, incluindo saúde.

Estão presentes três fases da reserva do possível, a primeira fase era amplamente aceita pelos juízes brasileiros, antes e no início do fenômeno da judicialização da saúde. A segunda fase uma diminuição da aceitação do argumento pelos juízes, o que pode ser relacionado ao crescimento da judicialização da saúde. E a terceira fase, na última década, quando os juízes passaram a aceitação do argumento em situações pontuais, rechaçando tal argumento em muitas outras sentenças, como se observa na sentença número 2 da justiça estadual, acima e a sentença seguinte:

“Hodiernamente, quando o Estado (de modo geral considerado) se depara com um direito fundamental amparado pelo mínimo existencial, ele alerta que deve ser observada a reserva orçamentária que ele tem disponível, ou seja, o Estado realiza somente o que está dentro de sua capacidade econômica/possibilidade financeira. Cabe destacar, porém, que jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais, considerados essenciais, justos e basilares.

Ora, entendendo-se ao contrário poder-se-ia pensar em uma exclusão social, decorrente da desassistência estatal, sem precedentes. O Estado, nesse diapasão, tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna.

No caso em foco, portanto, diante da premente necessidade da autora e da omissão estatal, a tutela jurisdicional conferida, diga-se, não viola o princípio da separação de poderes, tampouco invade a seara de discricionariedade conferida ao Poder Executivo. Em verdade, o Poder Judiciário, assim agindo, apenas cumpre sua função típica – com vista à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado – pois diante da omissão do Poder Executivo, cabe ao Poder Judiciário decidir pela mais adequada solução.

Acontece que o atendimento à saúde, direito social de todos e obrigação solidária do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), deverá ser prestado indistintamente àqueles que dele necessitarem, vale dizer, tivesse o requerido cumprido com sua obrigação constitucional, não haveria necessidade de os cidadãos buscarem a tutela jurisdicional para ver satisfeito o seu direito.

Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela pleiteada está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.” (trecho de sentença n.1 da justiça estadual)

A análise das sentenças evidencia que em algumas situações os juízes consideram a tensão entre a universalidade do direito a saúde e a escassez de recursos públicos para negar o direito à saúde pleiteado. Pelo que ressaltamos a importância de examinar como as decisões judiciais negociam essa interação complexa de limites.

O embate entre os limites da estrutura estatal e as demandas dos indivíduos se desenha nas decisões judiciais e entrevistas, moldando a forma como o direito à saúde é

concretizado na prática.

Evidencia-se a diminuição da força do argumento da reserva do possível e um outro argumento passa a ser considerado: a necessidade da razoabilidade dos pleitos em desfavor dos estados, municípios e União. A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir dos entes públicos, de tal sorte que, não se pode falar em uma obrigação de prestar coisas que não se mantenham nos limites do razoável. E essas coisas compreendidas como fora do razoável, são levadas em conta pelos juízes. Como se observa das entrevistas número 5 com juiz federal, bem como das entrevistas abaixo:

“também surgem algumas situações meio um tanto quanto curiosas porque nessa questão de medicamento e eu lhe confesso que eu alguns aspectos que me deixam inseguro, porque o orçamento ele é limitado, e existem medicamentos que são requeridos aqui que eles são muito caros. O valor é muito caro para esse medicamento, é é, eu não vou proteger esse direito, porque apesar dele ter esse direito o valor desse medicamento é muito caro. Quer dizer, eu tô levando em conta o impacto dele na coletividade, e não o direito em si” (trechos de entrevista n 7 com juiz federal)

“A gente analisa perante essa urgência e perante o direito fundamental, que não tem nem o que discutir porque é um direito garantido na Constituição. E a pessoa precisa e o Estado não está fazendo, vamos dizer, o Estado, o Município ou a União não está fazendo a parte dela, vamos dizer assim, como a lei diz que ela tem que fazer, porque, porque falta recursos, tudo bem, falta recurso, só que assim, a gente tem que garantir o cumprimento da lei, não importa as condições concretas. Claro que a gente analisa e procura sempre ver a melhor decisão para que tenha o ônus menor para o estado, para o município, porque querendo ou não a gente tem que pensar no recurso público como um todo, mas essa questão da razoabilidade é exatamente isso, você conseguir ver o valor do medicamento, se, se o que possa trazer, o que seja de menor valor, se tem outra alternativa, tudo isso é um conjunto que forma essa questão da razoabilidade.” (trechos de entrevista n 3 com assessora de juiz estadual)

Para parte dos juízes entrevistados nos últimos anos está sendo seguido um escalonamento de justificação judicial, referente ao binômio necessidade e proporcionalidade. Assim, os juízes se perguntam se o medicamento é adequado para promover a saúde. Se trará cura. Se trará aumento da expectativa de vida, mesmo se não houver cura. Se trará qualidade de vida. Se trará significativa diminuição do sofrimento. Se trará diminuição da progressão da doença. E consideram também o custo.

“mas ele era muito caro, e a pessoa necessariamente iria morrer, é uma questão muito difícil de ser apreciada, mas aqui também entra em jogo, às vezes, o aspecto orçamentário. Esse medicamento é adequado? porque ele não vai nem diminuir o sofrimento, a pessoa vai continuar sofrendo, ele só vai demorar um pouco mais a sofrer. E não vai melhorar a qualidade de vida dela, porque ela vai tá sofrendo do mesmo jeito, era um problema pulmonar e fatalmente ela vai morrer, e o medicamento que só era adequado, só para a senhora ter uma ideia nesse exemplo que eu estou lhe dando, para frear a progressão da doença, visando a pessoa fazer um transplante, mas a pessoa que estava requerendo ela tinha uma idade que não era

mais adequado para o transplante, então, a gente leva em consideração diversos fatores, eu levo em consideração diversos fatores, então, eu não posso lhe dizer que quando eu faço uma decisão éhh, eu não levo em consideração critérios consequencialistas, eu acho que nesse casos específico que é de tutela do direito a saúde, a gente não pode deixar de lado o critério consequencialista, ele não pode ser determinante, mas ele também não pode ser desconsiderado em determinadas situações, até porque o orçamento é curto”. (trecho de entrevista n. 7 com juiz federal)

A análise das sentenças judiciais revela a dinâmica complexa entre os princípios universais dos direitos sociais e as limitações práticas do sistema de saúde. É essencial examinar como os juízes, enquanto atores sociais influenciados por valores culturais e estruturas de poder, interpretam e aplicam a lei diante de demandas individuais.

“...também assim, o princípio da razoabilidade diz que quando existe dois princípios constitucionais que aparentemente eles se contrapõem entre si, tanto o princípio da proporcionalidade como a razoabilidade eles são dois princípios que são utilizados para ver qual seria o princípio que deveria ser levado em conta. No caso do direito à saúde, existe o direito à vida, não é, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, e do outro lado existe, que assim, há uma política pública que é elaborado pelo Estado, não é? e os recursos são mínimos, então, o estado, a gente tem que mexer com a questão da política pública e tem que ter muito cuidado em relação a isso. Né, aí dentre a colisão desses dois princípios, a gente usa o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para ver qual seria o princípio que seria prevalecente. Muitas vezes nessas questões da saúde o que prevalece é o direito à vida.” (trecho de sentença n. 3 de assessora de juiz estadual)

Para além do argumento da reserva do possível os juízes ressaltam que levam em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando evitar que um tratamento ou medicamento de alto custo, que um juiz concede para apenas uma pessoa, seja o elemento para déficit a outras pessoas que fiquem prejudicadas.

“Então, eu procuro estar ajustado à jurisprudência e à lei, mas claro, que tem também aqui uma noção de justiça, que é uma noção de justiça que não é simplesmente individual a situação dela, justamente porque eu lhe falei, como o orçamento ele é limitado eu tenho que levar em consideração aspectos de justiça distributiva, por ser limitado o orçamento, eu tenho que fazer uma pergunta do que é adequado, adequação do medicamento para aquela situação, então por mais que um medicamento venha a ser utilizado para combater determinada doença. Mas, ele vai promover uma melhora significada da qualidade de vida daquela pessoa? Se não for promover, e ele for muito caro, isso vai gerar um déficit no orçamento e algumas outras pessoas vão acabar, tendo prejudicado o serviço de saúde fica prejudicado na coletividade em geral. Não é uma decisão fácil de ser tomada, então, questões de justiça também são levados em consideração. (trecho de entrevista n. 7 de juiz federal)

Um dos entrevistados apresenta a necessidade de adequação do direito à saúde ao orçamento do Estado, bem como aos limites das contingências. O juiz disse que indeferiu um

pedido liminar quando trabalhava em outra cidade do Agreste de Pernambuco e teve que julgar um pedido em caráter liminar (tipo de pedido que solicita uma decisão com urgência, diante da necessidade que o caso requer) no qual a parte ingressou com a ação judicial na sexta-feira, solicitando a liminar e queria que o pedido fosse cumprido no sábado.

O pedido consistia em fretar um avião para levar a parte para fazer um tratamento em Curitiba. Segundo o juiz olhando o processo ele viu que a parte já tinha ido para Curitiba outras vezes, e o caso não tinha o caráter de urgência, pelo que a liminar foi indeferida e depois o pedido foi julgado totalmente improcedente. No entender do julgador porque o SUS estava atendendo a pessoa perfeitamente, e tinha inclusive o tratamento em Recife, mas o demandante queria ir para Curitiba:

“Porque ouviu dizer que lá era bom, porque assim, o SUS não vai oferecer o que é perfeito até porque existem as limitações orçamentárias, ele vai oferecer o que é possível, e a gente tem as vezes que se conformar com isso também. O orçamento ele é finito, como eu lhe falei, o componente da justiça distributiva ele é indissociável dessa coisa como eu vejo.”

Nesses casos de tratamentos ou medicamentos de alto custo os juízes têm reconhecido não necessariamente a ausência orçamentária, ou a impossibilidade de escolherem onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias. Mas, questionam a razoabilidade - de alocar grande parte dos recursos públicos para atender um pleito específico de uma pessoa – o que ofenderia a proteção do bem-comum de muitas outras pessoas.

“O que se leva em consideração é a questão da utilidade, da proporcionalidade e razoabilidade, porque algumas medicações alguns tratamentos são por demais caros, então, o juiz deve aquilatar se é razoável para um cidadão A ou B ou C aquele tipo de tratamento a um custo tão alto que possa, mas tão alto que possa impactar no orçamento da saúde.” (trecho de entrevista n. 6 com juiz estadual)

A sociologia compreensiva de Weber emerge como uma ferramenta analítica valiosa para desvelar as complexas relações entre a judicialização da saúde e a infinitude percebida do direito à saúde. A dependência de recursos econômicos do Estado evidencia-se como desafio significativo que demanda uma abordagem sensível e crítica.

Abordamos as complexidades enfrentadas pelos juízes na concretização do direito à saúde, com ênfase nos desafios orçamentários e de gestão que moldam a efetivação dessa garantia fundamental. Abaixo entrevista reveladora com juíza federal, evidenciando as dificuldades práticas ao se deparar com os limites estruturais que permeiam a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).

“é, um velho argumento jurídico da esfera do possível, tal, que juridicamente a gente discute, a gente desmancha com muita facilidade, somente quando você vê na prática como o orçamento funciona, como é que estão sendo prestados os serviços é que a gente perde aquela noção de que tem no senso comum, de que o Estado não administra bem simplesmente, de que tem dinheiro e não faz porque não quer, e quando a gente vai na prática para estudar e observar de como deve ser a construção dessa decisão é que a gente vê que não funciona bem assim administrar um SUS num país com dimensões continentais como o nosso” (trecho de entrevista n.4 com juíza federal)

A juíza destaca o que ela chama de "velho argumento jurídico de esfera do possível" ao discutir a concepção jurídica do que é viável ou não no âmbito do direito à saúde. No entanto, ela ressalta que a análise jurídica muitas vezes perde a complexidade quando confrontada com a realidade orçamentária e a administração do SUS. A entrevista revela uma desconexão entre as discussões jurídicas e a prática administrativa.

A entrevista oferece um olhar crítico sobre a gestão do SUS, destacando que a percepção comum de que o Estado não administra bem simplesmente por falta de vontade é simplista. Ao estudar e observar a operação prática do sistema de saúde, a juíza evidencia as dificuldades enfrentadas na administração de um SUS em um país de dimensões continentais. Essa análise prática lança luz sobre as complexidades da gestão pública e a necessidade de considerar os desafios de gestão que são inclusive logísticos no caso do Brasil e financeiros.

O Brasil, com suas dimensões continentais, apresenta desafios únicos na administração do SUS. A juíza destaca que a aplicação prática do direito à saúde requer uma compreensão mais aprofundada desses desafios logísticos e financeiros, que muitas vezes são negligenciados em análises jurídicas convencionais.

A juíza enfatiza que a compreensão prática do funcionamento do orçamento e a prestação de serviços de saúde desmistifica a ideia de que o Estado não administra bem por escolha. A realidade da administração pública, conforme observado pela entrevistada n.4, é permeada por desafios complexos, como a alocação de recursos em um contexto de demandas crescentes e limitações orçamentárias.

A entrevista n.4 acima oferece uma visão lúcida sobre a efetivação do direito à saúde através de decisões judiciais, destacando a necessidade de uma abordagem mais integrada entre os argumentos jurídicos e a realidade orçamentária enfrentada pela administração pública. A entrevista com a juíza federal fornece uma perspectiva valiosa sobre como os desafios estruturais moldam a concretização do direito à saúde no contexto brasileiro.

Um outro entrevistado expõe seu entendimento de preferência pelos limites orçamentários, considerando não ser razoável o valor vultoso do medicamento judicialmente pleiteado:

“Vou dar um exemplo recente aqui que é no caso de AME, que o remédio indicado é o “S” muito caro, o tratamento anual passa de 1 milhão de reais, o tratamento anual, ele passa de 1 milhão...

Até porque, tudo bem, saúde não tem preço, eu também acho que saúde não tem preço. E quem não quer ver seu filho bom? Quem não quer ficar bom? Ou no caso ver seu filho bom e se agarra a tudo. Mas a gente está falando de orçamento público e a gente sabe que o orçamento público não é infinito. E você colocar para o tratamento de uma pessoa 1 milhão de reais e não sabe nem se aquilo vai surtir o efeito desejado, então, não.” (trecho de entrevista n.5 com juiz federal)

Aqui surge um outro desdobramento quanto aos limites do direito ao direito à saúde. A judicialização é um palco com pluralidade de atores, entre esses atores está a indústria farmacêutica, que tem motivos econômicos para interferir nesse cenário.

Segundo um dos meus interlocutores, juiz federal, a prescrição de medicamentos de altíssimo custo pode indicar interesse da indústria farmacêutica nas demandas individuais de medicamentos que o SUS não oferece em seu dispensário. E por influência desse setor da indústria algumas pessoas acionam judicialmente o poder público a fim de buscar medicamentos, mesmo que no caso em particular não seja o tratamento mais recomendado:

“...naquele caso específico não, não serve para ele a medicação...ainda assim, o médico prescreveu, ainda assim bateu as portas da gente, na justiça. Esse caso, é aí vem o extra-autos, coisas que agente não pode colocar no processo, mas a título de pesquisa a gente pode falar. Esse caso trouxe um problema gravíssimo (entonação enfática) de ordem gerencial e macro dessa questão de medicamento. Eu sempre ouvi falar, principalmente esses medicamentos novos de pressão de laboratório. O laboratório descobre uma droga, e engraçado que essa questão da judicialização é pesada no Brasil, ela é pesada é aqui, que é pesada desse jeito. Então, os laboratórios descobriram no Brasil uma mina de ouro, vão para a justiça, porque na justiça a gente vai conseguir botar o nosso medicamento a custos altíssimos, veja que o “S” é mais de um milhão por ano de tratamento. E a gente saiu pesquisado.” (trecho de entrevista n.5 com juiz federal)

Surgem evidências que a influência da indústria farmacêutica é um dos desafios envolvendo a judicialização da saúde, dentro e fora do Poder Judiciário, como exposto pelo juiz ao afirmar que sempre ouviu falar da pressão dos laboratórios.

A entrevista acima proporcionou *insights* valiosos sobre a perspectiva interna do sistema judiciário. A afirmação “os laboratórios descobriram no Brasil uma mina de ouro” que indica que o juiz identifica os interesses da indústria farmacêutica no fenômeno da judicialização da saúde. Sobretudo, destaca a necessidade de uma análise crítica sobre a integridade dos laboratórios e do próprio sistema judiciário e suas relações com os atores externos.

A dimensão weberiana, adotada como referencial desse estudo, sugere que ao

examinar as ações dos juízes, é essencial compreender não apenas o que fazem, mas também as intenções e motivações subjacentes a essas ações (WEBER, 2009, 2004).

“... a gente marcou uma perícia, fomos atrás, era uma criança, fomos atrás de um pediatra, neurologista pediatra, um neuropediatra e o primeiro não quis, o segundo não quis, o terceiro não quis, se não me engano ou foi no quarto ou foi no quinto ele disse: _ Olhe, eu não quero, porque se eu for dar meu parecer é contrário ao uso do “S”, só que os laboratórios estão muito fortes aqui fazendo uma pressão muito grande e eles tem a força, ele disse assim: _ O laboratório pode fazer ou já fez com um colega, eu não lembro. De acabar com a vida de um porque tá dando parecer contrário, então, a gente não conseguiu um médico. Nenhum neuropediatra que a gente entrou em contato quis fazer o parecer no caso do “S”. Já é difícil de achar inclusive, então, o que foi que eu fiz: ela estava internada no hospital “M”, aqui a gente pediu ao médico que assistia ela lá, aí não pode ser parecer porque ele não era perito judicial, mas assim, uma informação sobre o caso dela, o que ela estava fazendo lá, e se era recomendado, ou não... Eu acho que tem que ter uma certa cautela e por isso eu não defiro, é raríssimo.” (trecho de entrevista n.5 com juiz federal)

As dinâmicas de ação não são isoladas. A análise weberiana proporciona uma estrutura para entender os interesses da indústria farmacêutica no contexto da judicialização e como os atores sociais, como os médicos citados, agem em conformidade com seus interesses e valores. Ao aplicar esse princípio à prescrição de medicamentos, podemos explorar como os juízes podem ser influenciados por pressões externas, incluindo as pressões da indústria farmacêutica.

Há implicações nas relações que demandam uma análise aprofundada sobre como o poder e os interesses econômicos permeiam as instituições judiciais. Aqui os achados apontam uma resistência dos juízes em serem coniventes aos interesses econômicos da indústria farmacêutica. Em oposição ao apontado por Santos (2014) que destaca a facilidade na obtenção de decisões liminares e interesses econômicos da indústria farmacêutica como possível responsável pelo crescimento da judicialização da saúde.

2.6 Desigualdades na distribuição de recursos

Todas as sentenças analisadas nesse estudo tratam de demandas individuais, ratificando a lógica de microlitigação no fenômeno da judicialização da saúde. Achado que coaduna com a pesquisa realizada pelo CNJ (2015) que identifica a predominância individual da litigação em saúde. Bem como a desproporção entre ações coletivas e individuais da saúde

observada por Chieffi (2009).

Nessa sessão aprofundaremos a complexidade nas dinâmicas orçamentárias na judicialização da saúde, formada por maioria de demandas individuais e suas implicações. O Sistema Único de Saúde é guiado pelo princípio da universalização, que estabelece que deverá atender a todas as pessoas de forma indistinta. A saúde é um direito de todas as pessoas, cabendo ao Estado assegurar este direito e o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais.

Embora a lógica da universalização seja a atenção indistinta da população brasileira, a amostra de sentenças desse estudo indica uma inversão dessa indistinção, favorecendo os demandantes de forma desigualitária no acesso ao direito à saúde. Nesse contexto em 2010, os gastos destinados a atender às sentenças judiciais se aproximaram a R\$ 140 milhões de reais, chegando à soma de R\$ 838,4 milhões, em 2014. Estes valores representam em um período de cinco anos de 2010 a 2014, um total de mais de dois bilhões de reais (BRASIL, 2015).

Nessa perspectiva Santos (2010, 2014) alerta que o SUS não pode prestar serviços integrais de produtos ou tratamentos que atentem contra a equidade. Para o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso (2008) a individualidade das demandas cria a concessão de privilégios a jurisdicionados em detrimento da generalidade dos cidadãos, que continuam dependentes das políticas universalistas, implementadas pelo Poder Executivo.

Outras diferenças de gastos da população geral e dos gastos com os que demandam judicialmente sobre saúde já foram identificadas. Por exemplo, em município do Rio Grande do Sul o gasto per capita de R\$ 253,03 (duzentos e cinquenta e três reais e três centavos) para cada usuário de demanda judicial e para cada habitante do município da farmácia básica municipal gasto per capita de R\$5,19 (cinco reais e dezenove centavos). Identificado gasto de usuário judicial do município 48 vezes maior que o gasto com o usuário da farmácia básica municipal (MOCELIN, 2013).

De modo simplista, consideremos o total do orçamento autorizado para o Ministério da Saúde no ano de 2023 de R\$ 162,9 bilhões e a população brasileira nesse período de 203 milhões de habitantes, segundo Censo realizado em 2022 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Assim, numa divisão do orçamento autorizado para o Ministério da Saúde para cada brasileiro ($162.900.000.000 / 203.000.000 = 802$), o valor anual por brasileiro desse orçamento é de R\$ 802,46 oitocentos e dois reais e quarenta e seis centavos.

Nessa perspectiva, numa reflexão simplificada, um pedido judicial que ultrapasse a quantia de R\$ 802,46 oitocentos e dois reais e quarenta e seis centavos, estará retirando da

parte do orçamento da saúde de outro brasileiro.

Vale destacar que no caso da saúde no Brasil a emenda constitucional¹⁵ n. 29, datada

15 As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º A alínea e do inciso VII do art. 34 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.34

VII

“e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.” (NR)

Art. 2º O inciso III do art. 35 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.35

“III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;” (NR)

Art. 3º O § 1º do art. 156 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.156

“§ 1 Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:” (NR)

"I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e" (AC)*

"II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel." (AC)

Art. 4º O parágrafo único do art. 160 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.160

“Parágrafo único A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:” (NR)

"I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;" (AC)

"II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III." (AC)

Art. 5º O inciso IV do art. 167 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.167

“IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;” (NR)

Art. 6º O art. 198 passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, numerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

Art.198

§ 1º (parágrafo único original)

"§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:" (AC)

"I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;" (AC)

"II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;" (AC)

"III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º." (AC)

"§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:" (AC)

"I – os percentuais de que trata o § 2º;" (AC)

"II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;" (AC)

"III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;" (AC)

"IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União." (AC)

Art. 7º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 77:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:" (AC)

"I – no caso da União:" (AC)

"a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;" (AC)

de setembro de 2000 alterou vários artigos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016), passando a assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Embora haja levantamento o qual alerta que de modo geral, os entes públicos não vêm cumprindo o que está previsto na emenda constitucional para o orçamento da saúde. O que seria no entender de Dos Santos (2016) a porta aberta para a intervenção do Poder Judiciário. O que entretanto não vem ao encontro do conjunto de dados presente na nossa amostra que evidencia que os juízes consideram pouco o orçamento público no momento de suas decisões.

Mais do que apenas controlar gastos e servir de guia para as decisões estatais o orçamento público age como um orientador e limitador de despesas para o Estado. Haja vista que é constituído de várias receitas, entre elas, os tributos arrecadados, como impostos, taxas, contribuições de melhoria, entre outros pagos pela população brasileira.

A ideia de que há um direito capaz de “afastar toda e qualquer postura tendente a negar a consecução” é problemática e desconsidera questões básicas da lógica da equidade. O tão aclamado Estado Social é o que se afigura mais próximo do Estado justo, considerado como um Estado intervencionista, que requer ininterruptamente a atuação do poder político nas esferas sociais.

O Estado Social, inaugurado normativamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 traz a previsão de igualdade jurídica que visa suplantar as desigualdades humanas e fazê-las menores para que os homens e mulheres possam desenvolver-se.

Em Pernambuco uma notícia em relação a direito em saúde ficou famosa pelo valor

"b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;" (AC)

"II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e" (AC)

"III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º." (AC)

"§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento." (AC)

"§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei." (AC)

"§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal." (AC)

"§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo." (AC)
Art. 8º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

vultoso da decisão judicial da 5ª Vara Federal que determinou que “W”, 18 anos, viajasse aos EUA, para realizar transplante de intestino no Jackson Memorial, Miami-Flórida ao custo médio de R\$ 3,5 milhões de reais. Uma juíza federal determinou que a União adotasse todas as providências necessárias para o cumprimento da ordem judicial, e, em razão disso, a União realizou o pagamento do valor necessário à realização de um transplante para “W”, os honorários médicos e da UTI aérea usada para o transporte da cidade de Recife-Brasil até a cidade de Miami-Estados Unidos da América. (JORNAL DO COMÉRCIO, 2015)

Nesse contexto de uso simplificado de distribuição do orçamento para reflexão da equidade do direito à saúde, consideremos a decisão judicial que determina pagamento do valor de 3,5 milhões de reais para a saúde de 1 brasileiro esvasiará o orçamento de outros cerca de 4.300 brasileiros, em referência ao orçamento do ano de 2023 de R\$ 162,9 bilhões de reais.

Alguns juízes, em maior número os juízes federais entrevistados expõem que durante a ação de julgar têm uma preocupação com o custo da sua decisão. Um dos entrevistados, juiz federal 01 disse: “Você está tirando da coletividade e as vezes são valores absurdos, são valores altíssimos, são valores altíssimos de medicamentos, são valores muito altos que podem prejudicar o restante da sociedade, aí tem que fazer, aí eu, eu pelo menos faço um peso”

Nessa perspectiva, se faz necessário contextualizar o fenômeno estudado com a heterogeneidade das condições de vida da população brasileira, para uma adequada dimensão de análise em uma sociedade formada por diferentes estratos populacionais. E lançar luz que o princípio da universalização da saúde no cenário da judicialização pode estar ensejando um reforço da estratificação social presente na sociedade brasileira.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2022) o índice de Gini do ano de 2023 foi de 0,518. Se trata de indicador que mede a concentração da distribuição de renda. Seu valor varia entre 0 e 1, quanto mais próximo de 1, mais desigual é a distribuição de renda em um país e quanto mais próximo de 0, menor é a desigualdade. (IBGE, 2022)

De acordo com o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (2022) o Brasil, até o ano de 2020, ocupava a sétima colocação entre os 10 países mais desiguais do planeta terra. Estando o Brasil entre os países que apresentam os maiores índices de concentração de renda do mundo, é possível presumir uma concentração de outros recursos vinculados à renda, como acesso ao conhecimento de direitos, informações e acesso à Justiça.

Embora no nosso estudo não tenha sido possível arbitrar indicadores de renda dos demandantes, tendo em vista que nos dados que dispomos não havia registro dos rendimentos. Há achados, como realçado por Sant’Ana (2017), Medeiros, Diniz e Schwartz (2013) que abordam a existência de privilégio a segmentos com maior poder de reivindicação.

No contexto de direito universal da saúde as decisões judiciais onde a maioria das demandas judiciais de saúde versam sobre ações individuais podem favorecer segmentos da população com maior poder econômico. Segmentos populacionais que acessam o judiciário com mais facilidade que outros, reforçando padrões de estratificação já existentes na sociedade, utilizando-se para isso da interpretação de direitos como a dignidade da vida humana. A exemplo do fundamento abaixo:

“O bem jurídico tutelado na presente ação é a saúde, buscando-se com a prestação jurisdicional o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da doença. Assim, levando em consideração a preservação do bem maior do ser humano (a vida digna), há de se afastar toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, seja sob a sustentação de que se encontram hospedados em normas de eficácia limitada seja sob a fundamentação de que se deve ater a observância de prévia dotação orçamentária, para o fim de assegurar o mínimo existencial, erigido como um dos princípios fundamentais da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, III, da CF).” (trecho de sentença 6 da justiça estadual)

Assim, embora não seja possível evidenciar o perfil dos demandantes, é possível observar que pessoas excluídas, sobretudo as mais vulneráveis, tem possivelmente menos acesso aos seus direitos. Apesar da existência de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

O deferimento de demandas individuais, no fenômeno da judicialização da saúde pode expandir a distância que a saúde possa estar sendo ofertada com menos isonomia. O que aumenta as desigualdades porque atinge de forma desproporcional a orçamento público, prejudicando ainda mais as populações mais vulneráveis.

As sentenças judiciais, ao decidirem sobre casos individuais, refletem uma dicotomia entre a universalidade da saúde e a realidade da desigualdade social, contribuindo para perpetuar seu estado de privação.

Sem atenção para os efeitos perversos do fenômeno estudado os juízes podem estar reforçando as desigualdades já existentes no Brasil. Sob o argumento de que saúde é direito de todos sem questionamentos quanto aos limites de efetivá-lo individualmente, os juízes nas decisões judiciais podem estar concedendo maior direito à saúde a grupos que já gozam de maior privilégio social.

Estudos defendem a hipótese de uma judicialização das elites, apontando que o valor

médio dos gastos públicos com medicamentos ofertados em decorrência de processos judiciais em 2005 era de 5,1 mil reais. (MEDEIROS, 2013)

Assim, os juízes podem desatentadamente ao deferir sobre saúde romper princípios como a equidade, pois o fenômeno pode ser predominante entre as classes mais ricas da população. A desatenção com a desigualdade de divisão do orçamento pode decorrente da distância da realidade dos juízes e da realidade das pessoas mais vulneráveis.

Ao longo das visitas nos fóruns me deparei com um juiz que incumbiu a secretária que orientasse as pessoas da zona rural, diga-se as mais pobres que se deslocavam na maioria das vezes andando vários quilômetros a pé, que tomassem banho antes de comparecer às audiências para não deixar a sala de audiência mal-cheirosa. Obviamente sem considerar que o município passava por uma grave crise com a concessionária de fornecimento de água. E para as situações nas quais a orientação do banho não fosse obedecida, um aromatizador de ambiente em aerosol costumava ser amplamente aspergido na sala que precisava após a aromatização do ambiente ficar com atividades suspensas por alguns minutos para o cheiro de pessoas de outra realidade desaparecer.

A tese da judicialização das elites traz vários alertas. Aqui me detenho a possibilidade de desavisadamente os juízes atenderem a parte dos demandantes que recorrem ao Sistema Único de Saúde e à judicialização da saúde para a obtenção de medicamentos e tratamentos de valores elevados aumentando a desigualdade já existente na sociedade brasileira, da qual os juízes parecem, ou preferem, não se dar conta.

Nesse contexto, estão sugeridos desafios significativos da justiça em saúde a serem analisados numa possível ampliação das desigualdades sociais através da judicialização.

Considerando a hipótese da Judicialização da saúde ser em grande parte uma judicialização das elites o fenômeno pode estar contribuindo para a perpetuação de desigualdades já existentes na sociedade brasileira, ampliando a brecha entre os estratos sociais.

Considerando que a estrutura normativa brasileira, que tem como vértice a Constituição Federal de 1988 busca garantir um tratamento justo a todos, independentemente de sua posição social inicial. Nessa perspectiva a relevância de uma análise crítica à luz da teoria da justiça de John Rawls (1997), na qual se destaca a equidade na distribuição de recursos e oportunidades na sociedade.

Decisões judiciais que atendem demandas individuais, embora destinadas a atender a demandas legítimas, podem inadvertidamente contribuir para a ampliação das disparidades sociais presentes na sociedade do Brasil.

Em conjunto as evidências apresentadas nesse capítulo permitem apontar que os juízes ao criarem uma relação do direito à saúde com o direito à vida e dignidade da pessoa humana, desencadeando amplíssima interpretação do que constitui saúde no Brasil ampliaram também a desigualdade social, a partir dos impactos das demandas das elites no orçamento público.

Se fazendo relevante um alerta aos juízes e demais membros do sistema de justiça sobre os potenciais efeitos colaterais da judicialização da saúde.

Diante disso se faz importante uma compreensão mais profunda das consequências sociais das decisões individuais, visando uma abordagem mais equitativa e consciente dos impactos sociais das decisões judiciais.

Concluo ressaltando a importância de abordar criticamente a judicialização da saúde à luz da lógica da justiça igualitária, como proposto por Rawls (1999, p. 45). Onde haverá um compromisso contínuo com a equidade e a conscientização, não apenas por parte dos juízes, mas de todos os atores envolvidos no processo judicial da saúde. Compromisso de alinhar a prática judicial com os princípios de justiça social e equidade, fundamentais para a genuína construção de um Estado Democrático de direito.

Assim, a luz da Teoria da justiça de Rawls observo que os juízes que constroem suas decisões a partir das racionalidades jurídicas morais e racionalidades jurídicas afetivas se utilizariam da intuição, se aproximando do utilitarismo indo de encontro ao sistema de saúde, previsto na Constituição Federal de 1988. Afinal, o texto constitucional adota, ainda que não explicitamente, uma concepção de justiça do liberalismo igualitário que é a favor das liberdades civis e dos direitos sociais e econômicos básicos, para garantir as condições materiais aos cidadãos, visando que persigam seus objetivos.

3. A RACIONALIDADE JURÍDICA MORAL

Na busca por compreender a complexidade das decisões judiciais, este capítulo apresenta os achados resultantes da análise das sentenças e entrevistas com juízes, ancorados no tipo ideal da racionalidade jurídica moral, desenvolvido para evidenciar os significados subjetivos de moral presentes nas práticas decisórias. Esta abordagem busca lançar luz sobre as nuances e sutilezas que muitas vezes escapam às análises convencionais, revelando a interconexão entre as interpretações legais e as dimensões éticas subjacentes à tomada de decisões judiciais.

Início contextualizando que minha hipótese destaca a importância de explorar não apenas a racionalidade jurídica legal, a formal vinculada a letra da lei, mas também os elementos afetivos e morais subjacentes presentes nas decisões judiciais. De forma sucinta o tipo ideal da racionalidade jurídica moral, ferramenta analítica foi criada na perspectiva compreensiva de Weber (2009) com inspiração na dominação carismática e no conceito de moral de Nietzsche (2019, p.9).

Com a metodologia apresentada no primeiro capítulo conduzimos a análise das sentenças e entrevistas com os juízes pernambucanos. Numa abordagem interpretativa adotamos estratégias de análise de conteúdo que orientaram a investigação dos sentidos subjetivos de moral presentes nos discursos judiciais. Utilizando as seguintes categorias analíticas para as representações e sentidos atribuídos ao tipo ideal racionalidade jurídica moral: questionamento de verdades – ampliação de possibilidades de interpretação – promoção de abertura criativa -multiplicidade de caminhos - vontade de vida.

Apresento os achados mais relevantes decorrentes da análise das sentenças. Destaco os padrões recorrentes, as divergências interpretativas e a presença de elementos morais que emergiram das decisões judiciais, bem como dos conteúdos das entrevistas com os juízes.

O tipo ideal racionalidade jurídica moral se perfaz um instrumental efetivo na identificação dos sentidos subjetivos de moral nas sentenças e entrevistas, proporcionando uma visão única sobre a aliança entre interpretações legais e considerações morais. Ao relacionar isso à perspectiva de Weber sobre dominação carismática, destaque como essa resistência à conformidade com regras tradicionais pode indicar uma forma de autoridade revolucionária na esfera judicial. Este capítulo não apenas contribui para a compreensão da

tomada de decisões judiciais, mas também lança luz sobre as dinâmicas carismáticas presentes nesse contexto específico.

Os juízes, embora em muitos momentos no exercício da função, possam resistir a admitir abertamente, em alguns momentos como na entrevista abaixo, revelam de maneira explícita, seus fundamentos morais subjacentes à tomada de decisões. Evidencia-se a interconexão entre a interpretação legal e as dimensões morais nos achados. Trazendo à tona como os juízes, de forma muitas vezes implícita, incorporam suas visões morais na análise das normas legais, contribuindo para a formação do arcabouço moral das decisões judiciais.

As subjetividades que permeiam a judicialização da saúde são multifacetadas, indo além da racionalidade jurídica legal, permeada de elementos técnicos. Embora os juízes frequentemente recorram à Constituição Federal de 1988 e às leis ao falar sobre o manejo dos casos, a análise revela que outros fios, para além da objetivação legal, são levados em consideração nas sentenças. Nessa urdidura intrincada, os juízes não se limitam à simples aplicação das leis, suas decisões são entrelaçadas com nuances subjetivas que escapam à objetividade aparente, como se evidencia abaixo:

Mas, assim a gente tem que ter muito cuidado, você está pesquisando é provável que você já tenha é, tomado maior contato com isso, ou então, pela imprensa ficou sabendo disso, aquele tratamento para câncer que descobriram no sudeste. Que colegas deram. Colegas de Recife que deram liminar e não sei o que, e depois nem medicamento era, não serviu de nada, de absolutamente nada, aí a decisão, as decisões que concederam sem nenhum juízo de valor da decisão dos colegas, cada um tem seu convencimento, foram baseadas na esperança que funcione. Não, eu acho que a gente não tá aqui para não dar esperança porque não é isso que eu quero dizer, mas eu acho que é muito fácil, pode ser meio pesado isso, mas, eu acho que é muito fácil é, fazer esmola com dinheiro dos outros, não é? Ah é muito, hoje em dia isso aqui é uma realidade, não tem nem papel físico, a Vara é toda virtual, hoje em dia não pode dizer nem o uso da caneta, o peso da caneta, é no clique, na senha, mas assim, você usar o peso da sua caneta, porque tem o poder, e não, eu to mandando, vai, vamos tentar para ver se salva a vida da pessoa, mas baseado em quê? No poder da autoridade? porque você está mandando? Porque nesse caso mesmo do câncer não tinha prova nenhuma de que aquilo era eficaz, e depois foi visto que nem remédio era, quanto mais eficaz. Então, é por isso que eu tenho um tratamento mais conservador e olhe que, é no meu perfil progressista, ... então, assim, eu sou um cara muito mente aberta, muito progressista, mas não, eu tenho pé atrás com medicação, tenho, e aí, todos nós somos frutos da nossa formação, da nossa experiência, dos nossos costumes, enfim de uma série de coisa, quando se diz que o juiz é imparcial, que a Justiça é cega, significa que no curso do processo, ele tem que tratar as duas partes da mesma maneira, e não que ele não tenha uma bagagem, uma vida, que ele não tem os seus próprios, suas próprias crenças, não é? (entrevista n. 5 com juiz federal)

A análise das sentenças revela um jogo complexo entre a objetivação técnica e os

elementos morais presentes nas decisões judiciais. Os juízes, ao se depararem com normas legais e casos específicos, incorporam elementos subjetivos que transcendem a mera aplicação técnica das leis, como presente no trecho acima a expressão “à existência digna do cidadão”. Essa interação sutil entre a normatividade legal e as subjetividades individuais contribui para a tessitura única das sentenças na judicialização da saúde.

O tipo ideal da racionalidade jurídica moral expõe aqui a presença de expressões que se aproximam do carisma (WEBER, 2009, p. 160) como uma forma de dominação que escapa aos regulamentos e normas abstratas e racionalidade jurídica legal. O conjunto de dados evidencia que a ação de julgar é constituída também por elementos contidos no carisma, forjando criações do direito para casos individuais. Semelhante a revelação do oráculo, da inspiração ou da vontade criadora concreta, do qual o carisma é derivado:

“De certa forma todo magistrado quando julga, toda a sentença judicial ela traz um aspecto de moralidade, quando eu digo, por exemplo, que alguém tem que pagar uma dívida, eu digo: condeno você a pagar “x”, to dizendo que é mal pagador. Quando estou condenando alguém criminalmente, eu estou dizendo que ele não é um cidadão muito legal, porque ele errou ali e cometeu um crime, então assim, toda sentença traz em si, essa conotação de moralidade que vai gerar impacto na noção de justiça da coletividade.” (trecho de entrevista n 7 com juiz federal)

Embora a fala inicial dos juízes seja sempre afirmando que se baseiam puramente no ordenamento jurídico, ficando detidos a um sistema jurídico rígido e formalista sem qualquer subjetividade. Se retratam ao longo das falas e das próprias decisões e se identificam com as categorias subjetivas. Aparenta existir um véu que se faz necessário ser retirado, para vir a mostra que os juízes decidem também a partir da normatividade incorporada.

É o caráter de revelação profética que vejo nos juízes. Assim como Weber (2009, p. 308) nos esclarece profetas podem ser instrumento de anunciação de um deus e da vontade de deus em uma ordem abstrata, ou mesmo em uma ordem concreta já existente, como é o caso de Maomé. A revelação profética é o elemento comum a todos os tipos de profetas:

A vida e o mundo, os acontecimentos sociais e os cósmicos, têm para o profeta determinado sentido, sistematicamente homogêneo, e o comportamento dos homens, para lhes trazer salvação, tem de se orientar por ele e, sobre esta base, assumir uma forma coerente e plena de significado. (WEBER, 2009, p. 310)

Em outra entrevista n.2, realizada com a assessora do juiz estadual: “Dr. ‘M’ é muito prático, ele utiliza o que vem dos tribunais superiores ele decide e tá acabado, a letra da lei, a interpretação do que ele acha mesmo, lógico que se for de encontro a lei ele interpreta de acordo com o que ele acha”. Embora Weber apresenta como diferentes as autoridades

institucionais e os emissários carismaticamente encarregados evidenciam-se situações em que os juízes ao julgarem os casos de saúde expressam dupla lógica, institucional e carismática.

O que traz lastro a minha hipótese que para além da racionalidade jurídica legal existem outras racionalidades, contrariamente ao senso comum do mundo do direito, que admite somente uma racionalidade técnica a qual seria portadora de um sentido puramente normativo, esvaziado de subjetivações.

Integro os conceitos weberiano de dominação carismática e nietzchiano de moral, explorando como a resistência em admitir sentidos subjetivos de moral, aliada às interpretações da lei, pode refletir uma forma de dominação carismática na esfera judicial.

Os juízes, ao desafiarem normas estabelecidas, podem estar exercendo uma forma de autoridade que não se baseia apenas em regras burocráticas ou legais, mas em um carisma pessoal que reivindica uma legitimidade revolucionária. Abordagem que adiciona uma dimensão intrigante à compreensão da dinâmica da tomada de decisões judiciais.

E traz um alerta para o que Weber afirma sobre a burocratização ser compatível com um sistema de dominação legal, “apenas se” os funcionários são impedidos de usurpar o processo político e legislativo. Weber acreditava que a burocratização teria progresso, mas deixa em aberto a questão de se ela ocorreria sob o império da lei. (BENDIX, 1986)

Aqui ressalto que embora os termos ética e moral muitas vezes sejam utilizados de maneira intercambiável exploramos a concepção de moral de Nietzsche. Não no sentido de moral como padrão de comportamentos considerados certos ou errados, bem ou mal.

A racionalidade jurídica moral, que desenvolvi sob inspiração weberiana com contraponto à dominação burocrática, encontra paralelos no conceito nietzschiano de moralidade, que desafia as estruturas tradicionais de valores. Segundo Weber (2009, p. 161), essa racionalidade considera o carisma como um elemento transformador a partir de um ponto de partida íntimo. Essa perspectiva, alinhada com a concepção de moral de Nietzsche, propõe uma abordagem que reconhece a criação e a escolha humana como expressões de poder.

Os achados nas sentenças e entrevistas destacam como o tipo ideal da racionalidade jurídica moral se constitui uma lente analítica eficaz para identificar os sentidos subjetivos de moral presentes nas práticas decisórias dos juízes. A partir da concepção de moral de Nietzsche (2019) que é conhecido por suas críticas contundentes à moral tradicional, e apresentou uma visão inovadora da moralidade como criação e escolhas humanas, manifestações de poder para além dos valores de bem e mal.

Assim como Nietzsche critica Sócrates por querer se retirar da vida para falar sobre ela, aqui fazemos uma crítica ao racionalismo jurídico que busca esconder juízos de valor.

Não é possível para os juízes interpretar casos em saúde como se estivessem fora da vida, pois, conforme Nietzsche (2009, p. 9) alerta, os valores podem promover crescimento ou obstruí-lo. Uma atuação isolada não é viável, pois não há juízos neutros da vida.

Nietzsche desafia a dicotomia simplista entre a objetividade jurídica e as subjetividades complexas que permeiam a judicialização da saúde.

Essa abordagem dos achados na compreensão da racionalidade jurídica moral contribui para uma visão mais completa e contextualizada das decisões judiciais, desafiando a dicotomia entre razão jurídica e valores morais.

Atual o conceito do filósofo alemão do século XIX para essa complexidade contemporânea de decisões judiciais nas quais foram observados padrões recorrentes que indicam uma aliança entre interpretações legais e considerações morais. O que destaca a importância do tipo ideal como uma ferramenta heurística valiosa na pesquisa jurídica.

Os juízes ao contrário da moralidade ascética, criticada por Nietzsche como repressora dos impulsos vitais e da criatividade, propõem transvaloração de valores, num processo de superação dos conceitos tradicionais das leis, acima de bem e mal em busca de uma moralidade afirmativa de vida.

Nietzsche propôs uma perspectiva histórica da moral, argumentando que não há valores absolutos, mas sim uma construção histórica do que é considerado bom e mau. Ele distinguiu entre uma moral dos fracos, associada à castração, e uma moral dos fortes, caracterizada pelo livre fluxo da potência vital. Em sua crítica a Sócrates, Nietzsche destacou a natureza participativa da vida, argumentando que todo vivente é parte do litígio, não um julgador externo.

Assim como Nietzsche (2006, 2009) critica tanto o ideal ascético de Sócrates quanto a filosofia ocidental. Da mesma forma, criticamos o isolamento do mundo jurídico do direito, que muitas vezes tenta mostrar uma distância da realidade da vida, evitando demonstrar as vivências plenas e experiências vitais.

Aqui adotamos a perspectiva nietzschiana da moral como expressão de poder e de escolhas humanas, e com o uso da racionalidade jurídica moral proposta nesta tese busco transcender as limitações do racionalismo jurídico tradicional.

Como Nietzsche chamou a moralidade ascética a uma transvaloração dos valores chamo para a necessidade de uma constante reflexão sobre os valores que guiam as decisões judiciais em casos de saúde, reconhecendo que os juízes, como seres participativos na vida, não se isentam de seus juízos de valor.

3.1 Abertura criativa: Interconexão entre interpretação legal e moral

Citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ juiz estadual proferiu sentença n.1 que trata o Estado de insensível:

“É pacífico no STJ de há muito que o Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional.

“Os arts. 196 e 227 da CF\88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento... O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível” (trecho de sentença n. 1 da justiça estadual)

Ao explorar os achados nas sentenças e entrevistas, emerge a categoria analítica promoção de abertura criativa como um elemento central na compreensão da atuação dos juízes. Essa categoria destaca a capacidade dos juízes de interpretar as leis de maneira criativa, ultrapassando os limites convencionais da interpretação jurídica. Um exemplo ilustrativo dessa categoria é a interpretação inovadora de um julgador sobre a relação entre o Estado, a cidadania e a humilhação.

O julgador expressa que o Estado humilha a cidadania, transcendendo a simples aplicação legal e introduzindo uma interpretação criativa. A expressão "humilhar" é analisada de forma a criar um sentido para o contido na lei, indo além de sua definição convencional. Isso evidencia a abertura criativa do julgador ao interpretar não apenas as palavras da lei, mas também os conceitos subjacentes.

Diz ainda o julgador que o Estado humilha a cidadania. Enquanto a cidadania é uma condição de pessoa que, como membro de um Estado, goza de direitos que lhe permitem participar da vida política. O verbo humilhar é oprimir, rebaixar. A interpretação criativa dada pelo julgador que ultrapassa o sentido de cidadania e do próprio verbo humilhar, o que evidencia a categoria da promoção de abertura criativa. Ao aplicar esses conceitos à atuação dos juízes, é plausível considerar uma dupla racionalidade, legal e moral.

Portanto, ao julgarem casos de saúde com esse tipo de promoção criativa, os juízes podem estar se tornando emissários carismaticamente encarregados, transcendendo as meras estruturas institucionais para julgar de maneira mais criativa e adaptativa. Em sentido

semelhante à dominação carismática, tipo ideal weberiano, que se aproxima de uma força revolucionária. (WEBER, 2009).

Weber (2009) compara a força revolucionária do carisma com a da *ratio*, destacando que o carisma atua de maneira mais direta, partindo de revelações, inspirações e vontades criadoras concretas. Essa influência revolucionária do carisma pode ser observada nos julgamentos dos juízes sobre casos de saúde, onde a flexibilidade e a adaptação a cada situação específica refletem a natureza criativa da autoridade carismática.

A análise da sentença destaca a interpretação criativa do conceito de cidadania pelo julgador. Enquanto a cidadania é geralmente entendida como a condição de pessoa que goza de direitos políticos em um Estado, o julgador amplia essa concepção. Ele a associa à ideia de humilhação, introduzindo uma dimensão moral e social à interpretação legal. Essa abordagem criativa sugere uma dupla racionalidade, na qual a interpretação vai além da estrita aplicação da lei. Ao encontro da noção de valor de Nietzsche (2009) para quem a moral saudável é dominada por um instinto de vida, que tem livre fluxo da potência, a moral do senhor que é diferente da moral contra os instintos vitais, que obriga a não fazer o que apetece, antinatural a que castra, que restringe, a moral do escravo.

A categoria promoção de abertura criativa capta a capacidade do julgador de inserir uma dimensão moral em sua interpretação jurídica. Ao ultrapassar as fronteiras da interpretação jurídica convencional, o julgador reconhece a importância de considerar não apenas o texto legal, mas também as implicações morais subjacentes.

Está sugerida a existência de uma dupla racionalidade jurídica na atuação dos juízes: uma legal e outra moral. Enquanto a racionalidade jurídica legal se baseia na interpretação e aplicação estrita das leis, a racionalidade jurídica moral introduz uma dimensão criativa mais ampla. Essa dupla racionalidade destaca a complexidade inerente à tomada de decisões judiciais.

Ao transcender as limitações convencionais, os juízes demonstram uma capacidade única de aplicar a lei de maneira inovadora, incorporando considerações morais e sociais em sua análise. Essa abertura criativa tanto pode enriquecer a tomada de decisões judiciais, e também criar nebulosidades na aplicação da lei, refletindo uma complexidade do papel de julgar em uma sociedade plural.

Ao considerar a categoria promoção de abertura criativa na análise das decisões judiciais, percebemos que os juízes, ao julgarem casos de saúde, podem transcender as limitações institucionais e atuar com uma abordagem da lei em sentido carismático. A compreensão dessa dupla racionalidade na tomada de decisões judiciais sobre saúde nos

oferece insights valiosos sobre a complexidade da aplicação da lei.

Em sentido semelhante o achado de Santiago (2016) que em seu estudo percebe o ativismo judicial como protagonismo político e compreende a judicialização como estratégia de expansão do campo jurídico, o qual teria passado a ocupar um espaço político detendo poder sobre os demais agentes. E acrescenta que o sentido desta estratégia seria legitimar e reproduzir o campo jurídico no espaço político, o que levaria os agentes jurídicos ao ativismo judicial que o estudo apresenta como igual a protagonismo político.

“Não se discute que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, devendo ser garantido, solidariamente, por todos os entes da Federação – Municípios, Estados e União – o que inclui, evidentemente, o fornecimento de medicamentos, procedimentos médicos e cirúrgicos e demais insumos necessários não apenas ao tratamento de enfermidades, mas também à existência digna do cidadão.

Hodiernamente, quando o Estado (de modo geral considerado) se depara com um direito fundamental amparado pelo mínimo existencial, ele alerta que deve ser observada a reserva orçamentária que ele tem disponível, ou seja, o Estado realiza somente o que está dentro de sua capacidade econômica/possibilidade financeira. Cabe destacar, porém, que jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais, considerados essenciais, justos e basilares.

Ora, entendendo-se ao contrário poder-se-ia pensar em uma exclusão social, decorrente da desassistência estatal, sem precedentes. O Estado, nesse diapasão, tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna.” (trecho de sentença n. 1 da justiça estadual)

Aqui destacamos a complexidade inerente à interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os juízes não apenas examinam as circunstâncias a partir de suas próprias experiências, mas também interpretam as leis à luz de suas trajetórias individuais. Essa interação dinâmica entre o legal e o normativo revela a natureza multifacetada das racionalidades jurídicas das decisões judiciais em casos de saúde.

A presença de uma espécie de criatividade dos juízes na interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana destaca que a aplicação da Constituição não é uma tarefa meramente objetiva. Há uma interconexão legal e moral que molda a maneira como os juízes lidam com o sistema de regras legais nas questões relacionadas à saúde. Essa constatação ressalta a importância de reconhecer a complexidade inerente à judicialização da saúde e como os juízes, como agentes humanos, influenciam diretamente a forma como os princípios constitucionais são interpretados e aplicados aos casos concretos.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva (1998) a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a existência da dignidade da pessoa humana, eleva o conceito a um

patamar de valor supremo na ordem jurídica. Ao declará-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte teria consagrado como um princípio norteador do próprio Estado Democrático de Direito. Para ele a dignidade da pessoa humana, ao ser reconhecida e consagrada pela Constituição, adquire um papel central na interpretação e aplicação do direito, orientando as práticas jurídicas em consonância com um respeito intrínseco à natureza e aos direitos fundamentais de cada indivíduo.

A dignidade da pessoa humana não é enquadrada como um princípio constitucional fundamental, mas como um valor supremo. Para José Afonso da Silva (1988) essa distinção do constituinte busca evitar confusões na interpretação, uma vez que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma tendência doutrinária de tentar categorizar diversos elementos sob o conceito da dignidade, muitas vezes extrapolando seu escopo, que está centrado na estruturação do ordenamento constitucional. Para ele a dignidade da pessoa humana, ao ser reconhecida e consagrada pela Constituição, adquire um papel central na interpretação e aplicação do direito, orientando as práticas jurídicas em consonância com um respeito intrínseco à natureza e aos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Ainda segundo José Afonso da Silva (1988) ao ser estabelecida como fundamento da República brasileira, a dignidade da pessoa humana assume um papel de valor supremo e fundante, não apenas na esfera jurídica, mas também nas esferas política, social, econômica e cultural. Ela permeia todos os aspectos da vida nacional, sendo não somente um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, social e cultural, refletindo sua natureza abrangente e essencial.

A dignidade da pessoa humana é concebida como a referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida. Essa concepção exige uma densificação valorativa que considere seu amplo sentido normativo-constitucional, indo além de ideias apriorísticas sobre o homem. Não se restringe apenas à defesa dos direitos pessoais tradicionais, mas abrange igualmente os direitos sociais, econômicos e culturais.

“Em conclusão, a dignidade pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.” (DA SILVA, 1988)

Os juízes, como agentes humanos, não se limitam a uma aplicação mecânica do princípio da dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, eles engajam-se em um processo de interpretação ampliativa, no qual suas próprias circunstâncias e preocupações influenciam a

maneira como interpretam e aplicam esse princípio. A subjetividade dos juízes se torna um componente intrínseco na tessitura das decisões, moldando a compreensão da dignidade humana de forma personalizada.

E o tipo de interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana trazido por José Afonso da Silva assume papel central nas decisões judiciais analisadas. Os juízes, como sujeitos constituídos de subjetividade, trazem à tona suas próprias experiências e perspectivas ao examinarem casos relacionados à saúde. A reflexividade entre os aspectos legal e moral se torna evidente, influenciando diretamente a interpretação e aplicação desse princípio aberto.

O princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja um pilar na estrutura jurídica brasileira, muitas vezes tem tido uma interpretação dissonante por parte dos juízes. A análise do conjunto dos dados da pesquisa revela a presença significativa dessa interpretação dissonante, destacando que a aplicação de princípios aparentemente maleável, como a dignidade da pessoa humana, não é uma tarefa meramente objetiva. Os juízes, ao lidarem com esses princípios maleáveis, têm a tendência de incorporar suas racionalidades morais ao preencherem os sentidos desses conceitos abertos.

O trecho da sentença n.1 traz a obrigação do Estado em concretizar os direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e os princípios a ela vinculados. No entanto, a menção à busca pela garantia de uma "vida digna" revela a amplitude e a maleabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Este é um conceito que demanda uma interpretação ativa por parte dos juízes, pois sua aplicação aceita uma redução ou ampliação, não detém uma fórmula mecânica e objetiva.

O conjunto de dados da pesquisa indicam que os juízes, ao confrontarem casos relacionados à dignidade da pessoa humana, muitas vezes extrapolam os limites da interpretação estritamente legal. Eles são levados a considerar não apenas o texto normativo, mas também a aplicar suas próprias convicções morais e visões de justiça.

Nesse sentido, a interpretação ampliativa do princípio da dignidade da pessoa humana não apenas preenche um tipo normativo aberto, mas também reflete a complexidade das racionalidades jurídicas e a profundidade desses conceitos abertos na prática jurídica.

A subjetividade inerente à interpretação ampliativa permite que os juízes considerem não apenas as disposições legais, mas também os valores éticos e sociais subjacentes à dignidade da pessoa humana. Isso demonstra a interconexão entre interpretação legal e moral na aplicação dos princípios constitucionais abertos. Os juízes, ao assumirem esse papel interpretativo ativo, acabam por moldar o sentido e a extensão da dignidade da pessoa humana, incorporando suas próprias visões e perspectivas ao exercício da função de julgar.

A análise dos achados nas sentenças e entrevistas revela a presença marcante do princípio da dignidade da pessoa humana na judicialização da saúde. Este princípio, fundamental no ordenamento jurídico, emerge como um ponto focal onde a racionalidade jurídica moral dos juízes se entrelaça com suas subjetividades. Ao resistirem a admitir, os juízes expõem, de maneira sutil, seus sentidos subjetivos de moral, moldando a interpretação da dignidade humana conforme suas próprias circunstâncias e preocupações.

3.2 Protagonismo judicial

Na maior parte do tempo os juízes assumem uma posição de protagonistas, que acreditam no que falam e nessa posição esperam que quem lhes ouve acredite neles.

Ao serem indagados sobre quais os fatores que lhe influenciam ao tomar uma decisão sobre saúde os juízes apresentam uma série de questões e citam a lei, a legislação, a Constituição. Entretanto, não apresentam como ocorre esse o vínculo do caso julgado com as legislações referidas ou escolhidas. Nas entrevistas, a palavra lei vem em média após (373 - 1463) palavras ditas.

Em algumas situações os juízes entrevistados realizaram momentos de pausas, onde o protagonismo parece desaparecer. Havendo situações que após serem perguntados sobre o elemento que mais lhes conduz na ação de julgar fizeram longas pausas, que são importantes recursos de interpretação a serem explorados, podendo auxiliar no efeito do sentido pretendido na emissão das mensagens. O que me reporta à análise dos elementos que dão expressividade à fala e que podem ser empregados para dar sentido à interpretação das falas, contribuindo para a compreensão da mensagem e a forma como esta pode afetar o interlocutor. Entender como a pausa é empregada, seus efeitos e sentidos construídos contribuem para a compreensão da mensagem, conforme exposto por Bardin (2016)

O sistema processual brasileiro se baseia na valoração das várias provas apresentadas pelos juízes a partir do livre convencimento motivado, uma sistemática que dá aos juízes a possibilidade de escolher quais provas irá usar para lastrear suas decisões, desde que ele apresente os motivos da escolha. Durante o julgamento de um caso pode o juiz indeferir ou deferir o requerimento de provas. Exemplo das provas perícias, por se entender que é o juiz o destinatário final da prova. Assim, pode o juiz valorar livremente as provas documentais,

periciais, testemunhais ante o princípio do livre convencimento motivado ou racional do juiz. Sendo a racionalidade do juiz o que impera na escolha das provas.

O maior ativo da relação jurídica processual é, sem dúvidas, chamar a atenção do juiz para que os pontos apresentados pelas partes durante o processo sejam observados pelo juiz. O profissional do direito deve garantir que o juiz se dedique plenamente à análise das questões essenciais. O juiz deve correlacionar como valorou cada uma das partes apresentadas ao longo do processo, portanto, é essencial evitar elementos supérfluos ou desnecessários na redação das sentenças que não expressem o raciocínio jurídico utilizado para se elaborar sentenças, pois é desta forma que as controvérsias são resolvidas.

Ao apresentar a conexão dos fatos com a norma os profissionais do direito devem construir raciocínios sólidos e estruturados, evitando prolixidade, e ao longo dos anos as sentenças foram ficando mais enxutas e menos prolixas, entretanto, sem que a relação entre fato e direito esteja clara. Denominamos de questão jurídica relevante ou questão jurídica chave a relação do que levou à procedência ou improcedência do pedido com base nos mesmos dispositivos é uma incognita. Chegando-se a ouvir nos corredores das faculdades e dos fóruns que o juiz decide de acordo com aquilo que comeu no café da manhã.

O que é provavelmente tão limitado quanto dizer que o juiz sempre pode decidir como quer. O que defendo é ser preciso reconhecer o caráter complexo das decisões. A subjetividade dos juízes é formada por um complexo de fatores.

Questões como argumentos genéricos, redação prolixa, número exagerado de páginas, transcrição excessiva de jurisprudência e má formatação de peças processuais indicam que há uma proporção considerável de profissionais enfrentando dificuldades na construção do chamado raciocínio jurídico robusto e assertivo, o que é esperado da argumentação jurídica.

Na indagação sobre os elementos que constituem suas decisões, os juízes respondem com palavras variadas para se referir ao sistema de leis. E acrescentam muitas expressões quanto as dificuldades presentes na ação de julgar, a exemplo de “a magistratura é complicada, é altamente criticada” (trecho de entrevista n.1), frase seguida de riso nervoso.

Durante entrevistas, a referência as leis utilizadas, é apresentada de forma lacônica, ampla, quase sempre com as expressões “a letra da lei” ou “a Constituição”, assim como nas sentenças, sem um arremate entre os casos analisados e o porquê da escolha daquele trecho da lei do SUS ou da Constituição Federal. Os trechos de lei, capítulos e incisos citados parecem ficar soltos, e poderiam ser utilizados para preencher qualquer outra fundamentação, quase insuficientes para estabelecer a tal regra de associação citada por Bardin (2016).

A obediência à lei é uma conquista do Estado Moderno, e não está aqui sendo minimizada ou desconsiderada a margem de arbitrariedade da interpretação. Busco uma maior compreensão da dinâmica de construção contada pelas sentenças e entrevistas. Mas, talvez as leis não sejam a única argamassa desse construto.

No caso dos juízes se imaginarmos o exemplo de Bardin (2016. p. 43) de categorizar os objetos contidos nas bolsas de passageiros de um trem, seria como se houvesse um compartimento secreto nas bolsas dos juízes, onde lá ficam seus objetos “em segredo”. Ainda considerando a analogia de Bardin das comunicações do conjunto de significações voluntariamente codificadas pelos emissores dos objetos das bolsas das senhoras, é como se nas bolsas dos magistrados houvesse coisas secretas, as quais os juízes se mostrassem como pudicos do trem de Bardin, sem querer que essas coisas ficassem a mostra.

Os juízes fazem parte de um grupo que fala pouco de si, um grupo extremamente preocupado em omitir certas partes, sobretudo as entranhas das suas decisões, continuamente mediando as narrativas pela austeridade e medo de exposição das suas entranhas. Pelo que tive que usar de alguma criatividade nos diálogos para me aproximar de suas concepções mais perto do real na prática de julgar. Tal qual trazido por Becker (2007) quando diz para nos valermos dos tais truques de pesquisa.

O mundo do direito traz algumas reflexões quanto à importância dos processos de racionalização na tomada de decisões pelos juízes. Buscando uma forma de justificação para os elementos valorativos.

“Até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. (ALEXY, 2001)

A teoria da argumentação de Alexy (2001) consiste, em síntese, num método que institui regras de interpretação “normas _regras”. Uma das perguntas que Alexy busca responder no mundo do direito é como os julgamentos de valor se relacionam com os argumentos jurídicos. E se esses julgamentos de valor podem ser compreendidos como racionalmente justificados. Questão que está no cerne da problemática tratada neste estudo e que vai ao encontro da minha pergunta de investigação.

Esses teóricos da argumentação jurídica legitimam a expansão da judicialização como uma decorrência da supremacia da Constituição sobre decisões do Executivo ou dos parlamentares, o que fortaleceria a relação democracia/constitucionalismo (DWORKIN,

2001; ALEXY, 2001).

O jogo entre as entrevistas e decisões analisadas e outros processos não buscou reduzir um aos outros, ou resumi-los a relações causais, mas articulá-los em uma narrativa capaz de perceber a infinidade de determinações que cercam. É somente na troca de sentido que as coisas podem mudar, como na psicanálise freudiana, o papel do psicanalista é quebrar os sentidos de uma realidade que está esfacelada, sem passar a mão, sem dourar pílula. Com objetivo de lançar luz.

Os tipos ideais da racionalidade jurídica legal, racionalidade jurídica moral e racionalidade jurídica afetiva foram forjados com a pretensão de serem instrumentos eficazes para a identificação das racionalidades múltiplas presentes nas decisões judiciais. Para desmontar as engrenagens, encontrar as coisas há muito perdidas. Mesmo que tenhamos que perder verdades, enfrentar fantasmas, olhar as arestas grosseiras, parar de empurrar os lixos para debaixo do tapete. Me propus a uma pesquisa de pouca perfumaria. O que é suposto precisa ser desmantelado para dar início ao trabalho, descristalização, desnudamento do julgar.

Ao encontro dos nossos achados de múltiplas racionalidades jurídicas presentes a teoria da argumentação jurídica de Alexy (2001) diz em síntese que a jurisprudência não existe sem julgamentos de valor, e por isso precisa ser justificada, não sendo suficiente as normas do direito válidas e seus dogmas. Para a justificação se faz necessário o que chama de dogmas práticos. É o mais perto que o mundo do direito chegou desse problema, o que para mim é uma compreensão insuficiente, por se manter adstrito a restrita dimensão técnica.

Também a conexão de princípios jurídicos a elementos da moral no contexto norteamericano (DWORKIN, 1999) foi implantada pelos juizes no Brasil como elemento do ativismo jurídico incremento à Democracia recente diante da existência de direitos formalmente estabelecidos que não significavam sua aplicação efetiva.

Essa sessão explorou as percepções e insights obtidos por meio das sentenças e entrevistas com os juizes, revelando os processos cognitivos e morais que influenciam as escolhas decisórias dos magistrados. Evidenciando que, ao analisar a judicialização da saúde, é imperativo ir além da superfície legal e explorar os fios subjetivos que compõem a trama das decisões judiciais. A racionalidade jurídica moral lastreada na perspectiva nietzschiana da moralidade como expressão de poder e escolha humana ofereceu um prisma valioso para compreender as sutilezas das subjetividades presentes nos julgamentos dos juizes no reconhecimento da subjetividade na tomada de decisões judiciais.

Ao entrelaçar a análise com o conceito nietzschiano de moral e weberiano de

carisma, percebemos que os juizes, ao lidar com casos de saúde, não são meros aplicadores objetivos da lei, mas agentes imersos em subjetividades intrincadas. A reflexão sobre esses elementos subjetivos é crucial para uma compreensão mais profunda da justiça na área da saúde.

A racionalidade jurídica moral, conforme delineada no tipo ideal construído para esta pesquisa, tem algumas interseções com o pragmatismo jurídico que oferece uma perspectiva enriquecedora para compreender a atuação dos juizes na prática. Nesse contexto, é relevante considerar a visão pragmatista de Richard Posner (2010), que concebe o direito não apenas como um conjunto de normas positivadas, mas como uma atividade intrinsecamente ligada à ação dos juizes.

O mundo do direito observa uma perspectiva pragmatista e também do realismo do direito, nas quais compreendem o direito transcendendo sua natureza estática e positivada, transformando-se em uma atividade que demanda uma compreensão profunda dos comportamentos sociais. Posner ressalta que o direito é mais do que um conceito; é uma prática dinâmica na qual os juizes desempenham um papel fundamental. Eles não se limitam a aplicar a legislação, mas desempenham um papel ativo na construção do direito por meio de suas decisões.

De pouca repercussão no Brasil, também o realismo do direito reflete que questões sociais, econômicas e culturais podem afetar a interpretação e a aplicação das leis: Contrariamente à ideia de que a lei é previsível e consistente, os realistas do direito afirmam que a previsibilidade das decisões judiciais é limitada devido à subjetividade envolvida no processo de tomada de decisões.

Enquanto o formalismo legal tradicional se concentra estritamente na aplicação literal da lei, essas abordagens realista e pragmática do direito acreditam que a interpretação legal deve considerar as realidades sociais e práticas para ser mais justa e relevante.

Compreendo uma convergência no tipo ideal da racionalidade jurídica moral com o pragmatismo e realismo jurídico que reside na compreensão comum de que os juizes não são meros aplicadores automáticos de normas, mas agentes ativos na construção do direito. Ambos reconhecemos a importância de considerar as circunstâncias específicas, promovendo uma abertura criativa para lidar com casos singulares.

Ao integrar essas abordagens, emerge uma concepção mais holística da atividade judicial. A interpretação das leis não é apenas uma aplicação mecânica, mas uma prática dinâmica que envolve a consideração de diversos fatores, contextos sociais e ações dos indivíduos. Os juizes pragmatistas, ao reconhecerem o direito como uma atividade em

constante evolução, estão mais propensos a adotar uma postura proativa na busca por soluções justas.

A intersecção entre a racionalidade jurídica moral e o pragmatismo jurídico abre espaço para um diálogo frutífero, mas também destaca desafios. Como os juízes podem equilibrar a subjetividade normativa numa sociedade que se propõe ao exercício de justiça igualitária? Essa é uma questão complexa que merece uma atenção cuidadosa à medida que avançamos na compreensão da atividade judicial e na busca por uma justiça mais efetiva e inclusiva.

3.3 A jaula de ferro da imparcialidade

Esta sessão adentra o universo intrincado das decisões judiciais no aspecto da imparcialidade dos juízes que é desafiada pela revelação de subjetividades embutidas na racionalidade jurídica moral. Ao examinar os achados oriundos da análise de sentenças e entrevistas à luz do tipo ideal construído, emerge uma complexa teia de interpretações permeadas por valores morais.

A imparcialidade dos julgadores é frequentemente apresentada como alicerçada na objetividade e neutralidade, fundamentos que, em teoria, deveriam afastar totalmente suas decisões de inclinações subjetivas. Entretanto, a análise detida das sentenças e entrevistas revela nuances que desafiam essa premissa. Ao interpretarem as leis, os juízes não estão despidos de valores pessoais, crenças e experiências que o conjunto dos dados evidencia que influenciam suas visões ao julgar.

A metáfora da jaula de ferro, cunhada por Weber (2004) em *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, para mim ressoa de um modo intrigante quando transplantada para o contexto da atividade judicial. Vejamos, assim como a racionalidade capitalista assumiu a forma de uma máxima eticamente coroada, a racionalidade jurídica legal também enfrenta um processo de autonomização. A decisão judicial meramente técnica torna-se, em si mesma, um fim, que estaria constituído na aplicação das leis imparcialmente.

Weber (2004) delineou como o *ethos* protestante, inicialmente uma prática religiosa, evoluiu para um sistema ético intrinsecamente vinculado ao capitalismo. Analogamente, a imparcialidade molda-se em uma fusão complexa com a atividade judicial, que encapsula a prática do trabalho judicial.

Ao explorar essa metáfora, trazida no título busco não apenas revelar as complexidades da racionalidade jurídica moral, mas também provocar reflexões sobre a natureza da imparcialidade judicial. A jaula de ferro judicial não denota restrições físicas, mas sim um enlace ético intrincado que molda as decisões dos juízes, lançando luz sobre os desafios inerentes à busca da imparcialidade em um contexto permeado por valores morais subjacentes.

A imparcialidade não consta no texto da Constituição Federal de 1988, mas está concebida como um ideal ético fundamental no universo jurídico, é frequentemente apresentada como a pedra angular da justiça. E enaltecida como o alicerce moral sobre o qual se ergue o sistema jurídico. Ela representa a aspiração a um tratamento equânime, livre de influências externas e julgamentos pessoais.

Na estrutura normativa está prevista a imparcialidade como um pressuposto do processo penal e do processo civil, havendo alguns artigos no Código de Processo Civil¹⁶ que

¹⁶ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§ 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I - houver sido provocada por quem a alega;

II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

dispõem sobre situações de impedimento e suspeição do julgador, com previsão de situações concretas nas quais os juizes devem se afastar do julgamento, como nos casos aos quais se refere o juiz no trecho da entrevista acima, quando uma das partes no processo for parente: “pai ou mãe ou filho”.

Impedimento e suspeição, diferenciam-se de acordo com o nível de comprometimento que o juiz tem com uma causa, que podem prejudicar sua imparcialidade. No impedimento há uma presunção absoluta da parcialidade do juiz, enquanto na suspeição há uma presunção relativa.

Ao investigar as sentenças e entrevistas à luz do tipo ideal racionalidade jurídica moral desenvolvido, emerge um panorama complexo, revelando que a imparcialidade está longe de ser um conceito uniforme e desprovido de nuances. Ao explorarmos como a imparcialidade se manifesta na prática social das decisões judiciais, revelando as intrincadas conexões entre o ideal ético e sua aplicação cotidiana pelos juizes. Está longe de ser objetiva e universal, é permeada por subjetividades intrínsecas aos juizes.

Analisando a jornada dos juizes em direção à imparcialidade, evidencia-se que ela é uma trilha sinuosa moldada por valores individuais, experiências pessoais e até mesmo predisposições éticas. As pessoas se apresentam com suas histórias de vida nas suas narrações ou quando escrevem. A imparcialidade, ao invés de ser uma entidade estática e abstrata, é moldada pela interseção complexa entre o ideal ético e a realidade social em que os juizes estão imersos, como se observa dos trechos das entrevistas abaixo transcritas.

“Tem muita gente que acha que o juiz ele não tem, mesmo com o anonimato eu não vou falar o que eu penso do atual presidente do Supremo não, mas, como falou aquele cidadão, o juiz não pode ter desejos, o juiz tem que ser um eunuco. Isso aí é loucura, idiotice, nós somos pessoas como qualquer outra pessoa. É a minha profissão, é a sua profissão, é a profissão de copeiro, de servente, do médico, são

Art. 147. Quando 2 (dois) ou mais juizes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, o primeiro que conhecer do processo impede que o outro nele atue, caso em que o segundo se escusará, remetendo os autos ao seu substituto legal.

Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao membro do Ministério Público;

II - aos auxiliares da justiça;

III - aos demais sujeitos imparciais do processo.

§ 1º A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos.

§ 2º O juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão do processo, ouvindo o arguido no prazo de 15 (quinze) dias e facultando a produção de prova, quando necessária.

§ 3º Nos tribunais, a arguição a que se refere o § 1º será disciplinada pelo regimento interno.

§ 4º O disposto nos §§ 1º e 2º não se aplica à arguição de impedimento ou de suspeição de testemunha.

profissões, todo mundo tem a sua cultura, a sua bagagem, o seu modo de pensar, a imparcialidade é no processo. No processo eu não posso tratar as partes diferentes, eu tenho que tratar elas, é nisso que consiste a imparcialidade da justiça ser cega e não você não ter uma vida pregressa, e ter virado robô, e ter virado um robô e ser autômato no seu trabalho, não, não se trata disso, mas, especificamente quanto a isso, eu sou conservador, eu tenho o pé atrás, tenho, porque eu acho que tem muita coisa envolvida, não vou dizer que não tem coisas sérias, tem, tem coisas, não só essa da (doença) “A”, outras tem coisas aqui agora, que você vê que são doenças raríssimas, que tem quatro no Brasil. O SUS nunca vai colocar um remédio de alto custo para tratar de 4 pessoas no Brasil, Então, posteriormente, já teve sentença aqui eu vou dando o remédio, já teve, mas na sentença, liminarmente não, depois que você vê, junta tudo, nesse caso eu acho, eu fui convencido que o remédio vai ajudar aquela pessoa é, é, prótese e órtese. Esse problema das próteses e das órteses, formou um preconceito em mim e em grande parte dos colegas muito grande, depois que estourou aquelas máfias, teve CPI, teve reportagens nacionalmente, não sei porque. São menos parecidos com os laboratórios, com a questão dos laboratório, os médicos ficam né? Botando o gado para dentro da porteira, quando o gado era para ficar fora, então, isso gera um preconceito, é inevitável gerar um preconceito no julgador, né? Como é que você vai ser imparcial, dizendo assim: isso é daqueles casos. É só um exemplo para mostrar né? O que a nossa formação de vida, como ela influencia nesse tipo de decisão.”

A imparcialidade é uma técnica?

É, mas sempre, na medida que você use a técnica, nesse caso específico da sua pesquisa, a técnica seria o quê? Conhecimentos médicos? Então sempre que você usa a técnica aliado a um conhecimento jurídico, seriam as duas técnicas para você usar, mas você deixando uma margenzinha de interpretação, da sua interpretação, de como você está observando aquele processo, aquele fenômeno que está ali na sua frente, para você conseguir resolver.” (trecho de entrevista n. 5 com juiz federal)

O juiz desafia o mito da imparcialidade absoluta ao ressaltar que, apesar do papel profissional, os juízes são seres humanos com suas próprias crenças, bagagens culturais e modos de pensar. Contrapondo a ideia de um juiz eunuco, ele argumenta que a imparcialidade se manifesta no tratamento equitativo das partes durante o processo, não na eliminação da subjetividade do magistrado.

A entrevista n.5, acima transcrita, destaca os desafios específicos enfrentados em casos relacionados à saúde. O juiz reconhece que, ao lidar com doenças raras e tratamentos de alto custo, suas experiências pregressas e preconceitos pessoais podem influenciar sua percepção. O episódio das próteses e órteses é mencionado como exemplo, evidenciando como casos passados podem gerar desconfiança e influenciar decisões futuras.

O juiz admite que sua formação de vida pode gerar preconceitos e influenciar decisões, especialmente em casos complexos. Ele destaca que a formação de preconceitos é inevitável diante de questões sensíveis, como escândalos envolvendo a área médica. A entrevista n.5 revela que a imparcialidade desejada muitas vezes é desafiada pela realidade da experiência pessoal.

A entrevista n.5 sugere que a imparcialidade é uma técnica que combina

conhecimento jurídico e técnico. O juiz destaca a importância de utilizar a técnica, mas também reconhece a necessidade de manter uma margem de interpretação, permitindo que a subjetividade do juiz influencie a resolução do fenômeno em questão.

O conjunto dos dados evidencia que entre a imparcialidade idealizada e a prática jurídica há uma distância. Após a análise das entrevistas, examinamos as evidências que revelam a tensão entre a imparcialidade desejada e os desafios emocionais e morais enfrentados pelos magistrados.

“Eu tento fazer sem isso, sem essa bússola, sem essa orientação. Eu perguntei minha, assim, porque, externamente é o tempo inteiro, é o tempo inteiro vindo pai, mãe, aqui falar, o emocional está muito ligado, nesse caso da doença “A” uma ex-deputada estadual veio aqui, fez *live* na frente do Fórum, não sei o que, nas redes sociais, estamos aqui em busca de remédio para “A”, vamos aqui falar com o juiz, pressão, para o lado moral, o lado emocional, de fora tem o tempo todo, eu tento me abster, por mais que eu acabei de dizer a você que todos nós somos fruto da nossa criação, então eu vou ter, um exemplo que eu quero lhe dar, não tem haver com remédio, mas é um exemplo, aborto eu tenho a minha convicção religiosa, eu tenho a minha orientação, mas se eu pegasse um processo sobre aborto eu ia resolver pelo que está na lei, eu ia resolver, eu não ia criar nada, eu não ia inventar nada, mas eu ia ter a sensibilidade do que está lá, eu não ia colocar a minha opinião pessoal, arrumando argumento que no direito a gente tem para tudo, eu vou fazer meu pré-juízo não, o aborto tem que ser A, agora eu vou arrumar fundamento para saber, para poder embasar a minha decisão sobre A, não, não ia fazer isso. Eu costumo dizer, talvez seja muito pretensão minha, mas nós temos os casos de suspeição e impedimento né? Aí nos casos de impedimento, por exemplo, mais forte, pai ou, mãe, ou filho, da parte né? Eu costumo dizer que se eu pegasse o processo do meu pai, ou da minha mãe e fosse para condenar, eu condenava, eu não ia, eu não quero fazer, eu condenava. Eu não posso porque há o entendimento da lei, então não, eu tento me afastar dessa questão sentimental e moral, e eu não tô fazendo nenhum juízo de valor se isso é bom ou se é ruim não, eu posso está errado fazendo isso, ou eu posso está certo fazendo isso, eu não estou fazendo juízo de valor quanto a isso, estou dizendo como eu tento resolver os processos.

Você acredita que existe algum desses elementos quer seja a letra da lei, a bússola moral que prevaleça?

Não, eu tento mantê-los bem equilibrados, talvez uma outra pessoa vindo de fora pudesse lhe dar essa resposta melhor do que eu, porque a gente nem sempre consegue o que a gente tenta. Eu tento manter equilibrado.” (trecho de entrevista n.5 com juiz estadual)

O juiz da entrevista n.5 expressa a dificuldade de manter a imparcialidade diante de casos que envolvem aspectos emocionais e morais. Ele descreve o constante apelo emocional de pais, mães e políticos que buscam influenciar decisões judiciais em questões de saúde. A pressão externa, embora reconhecida como uma parte inevitável da profissão, destaca os desafios enfrentados pelos juizes para separar questões pessoais e emocionais do processo decisório.

O exemplo do aborto destaca sua disposição de separar suas crenças pessoais da

interpretação jurídica, buscando fundamentar suas decisões na letra da lei. O juiz revela uma tentativa consciente de se afastar de uma "bússola moral" ao tomar decisões. Ele reconhece sua criação e convicções pessoais, mas enfatiza a importância de aplicar estritamente o que está previsto na lei.

Ao abordar casos de suspeição e impedimento, o juiz destaca uma postura radical, afirmando que condenaria um parente se a lei assim exigisse. Essa abordagem extrema reflete seu compromisso em seguir a legislação, mesmo que isso envolva decisões difíceis e moralmente desafiadoras. Ele ressalta a importância de tentar se afastar das questões sentimentais e morais, priorizando a imparcialidade legal.

Ao ser questionado sobre qual elemento prevalece na ação de julgar, seja a letra da lei ou a bússola moral, o juiz enfatiza sua tentativa de manter um equilíbrio entre ambos. Reconhecendo que a percepção externa pode oferecer uma visão mais clara desse equilíbrio, ele destaca sua constante busca por uma imparcialidade equilibrada na tomada de decisões.

A entrevista revela uma busca ativa por imparcialidade, mesmo diante dos desafios emocionais e morais inerentes à profissão de julgador. A distância entre a imparcialidade idealizada e a prática cotidiana é evidente, mas a entrevista também destaca a conscientização do juiz sobre essa complexidade. E contribui para a compreensão das lutas internas dos juízes na busca por uma justiça imparcial.

Ao explorar as percepções e experiências dos juízes em relação à imparcialidade no contexto das decisões judiciais em casos de saúde as entrevistas nos fornecem uma visão valiosa sobre como a imparcialidade, apesar de ser um ideal buscado, pode distanciar-se da prática cotidiana, especialmente quando confrontada com dilemas éticos complexos.

A noção particular de justiça, mencionada pela juíza federal, abaixo transcrita, sugere uma compreensão subjetiva que permeia as decisões judiciais. A formação profissional, especialmente dedicada a casos de saúde, é apresentada como uma tentativa de lidar com o conflito ético inerente a essas situações. A dedicação dos formadores para abordar essas complexidades reflete a necessidade de preparação específica também para enfrentar dilemas éticos.

“Eu costumo dizer que a gente na área de saúde, éé, a gente julga, são casos em que a gente diz não, querendo dizer sim, porque tem casos que você diz sim, querendo dizer não, e casos em que você diz não querendo dizer sim. Os casos de saúde são emblemáticos, nós dizemos não, muitas vezes querendo dizer sim. Mas é o nosso papel, alguém tem que fazer esse papel, esse trabalho difícil, nós somos remunerados pelo Estado e pela própria população pra (pausa), não para colocar

nossos valores morais, né? mas, sim, para ponderar o que a letra da lei determina e mesmo em casos em que a letra da lei não seja tão clara e objetiva, a gente é obrigado a extrair do ordenamento, até mesmo da própria constituição federal alguma é, alguma noção objetiva do que deve ser aplicado ao caso concreto. Nossa noção particular de justiça vem em última análise, em última análise. Eu digo que no curso de formação nós tivemos uma dedicação grande dos nossos formadores para essas ações de saúde, justamente pensando nesse conflito ético que existe nesses casos.” (trecho de entrevista n. 4 de juíza federal)

A juíza entrevistada n.4 destaca uma dualidade inerente as decisões na área de saúde, onde o discurso verbal não reflete completamente as complexidades éticas envolvidas. Expressões como "dizer não querendo dizer sim" ressaltam a tensão vivida pelos profissionais do judiciário ao lidar com casos emblemáticos. A imparcialidade, nesse contexto, se revela um desafio, uma vez que o papel do judiciário não é apenas aplicar regras, mas ponderar os princípios éticos subjacentes.

A juíza federal, entrevistada n.4 aborda a questão da remuneração, destacando que os juízes são remunerados pelo Estado e pela população não para impor seus valores morais, mas para interpretar e aplicar a lei. No entanto, essa distinção nem sempre é fácil de manter diante de casos que demandam uma reflexão ética profunda. A responsabilidade dos juízes em extrair noções objetivas do ordenamento, mesmo quando a lei não é clara, ressalta a complexidade de sua posição.

A entrevista n.4 ainda destaca a distância entre a imparcialidade idealizada e a prática jurídica na área de saúde. A complexidade dos casos, aliada à necessidade de ponderar valores éticos, revela que a imparcialidade é um conceito que desafia os julgadores. A busca pela imparcialidade idealizada muitas vezes cede espaço à noção particular de justiça, evidenciando a importância de compreender a prática judicial além das formalidades legais.

Michael Sandel (2012, p. 28), em sua obra "Justiça: o que é fazer a coisa certa", propõe sua concepção de justiça, na esteira de John Rawls que pode ser relevante para refletirmos sobre a imparcialidade. Ele concebe a justiça como a distribuição equitativa dos bens valorizados por uma sociedade. Nesse contexto, a imparcialidade se torna relevante, pois implica a ausência de privilégios, favorecendo uma alocação justa dos bens valorizados.

Para essa concepção de justiça concebida na distribuição de bens valiosos, será relevante a imparcialidade para garantir melhor distribuição. Essa ideia será ilustrada aqui por meio de uma metáfora que nos remete à cena de uma mãe dividindo uma pequena fatia de bolo, daqueles valiosos de dias seguintes as grandes festividades entre seus cinco filhos. Cada filho possui características únicas, idades, alturas, pesos, compleições, forças físicas, cores de

pele, capacidades intelectuais e gostos alimentares distintos, entre outras diferenças menos visíveis, representando a diversidade presente na sociedade.

Aqui, a mãe é desafiada a agir com imparcialidade na distribuição da porção valiosa de bolo. Para alcançar o agir justo, a divisão implica desinteresse no resultado. Assim, no agir imparcial para distribuição da coisa valiosa, “a pequena fatia de bolo”, as preferências existentes pelos filhos não poderão ser demonstradas, a mãe não poderá expressar seus privilégios por nenhum deles. No ato de divisão com imparcialidade as preferências entre a quase meia dúzia de prole não poderá privilegiar no tamanho do pedaço de bolo aos tratados com predileções ou críticas.

Se a mãe de 5 filhos agir com imparcialidade a divisão gerará iguais 5 pedaços de fatia de bolo. Na execução a mãe realiza em primeiro momento uma análise da fatia para melhor planejamento do modo de divisão a ser executado, após os atos preparatórios para estabelecer a divisão igual, procede a marcações em 5 áreas do glacê¹⁷ e por fim a concentração no ato de cortar com precisão para garantir a igualdade planejada nas marcações do glacê, sem que qualquer preferência dentre os 5 filhos prevaleça.

A ação justa, no exemplo da mãe e do bolo, implica uma análise cuidadosa da situação para assegurar a igualdade na distribuição. A mãe, ao agir com imparcialidade, não demonstra preferências entre os filhos, garantindo que cada um receba uma parte igual da fatia. O planejamento prévio, as marcações na superfície do bolo e a execução cuidadosa do corte são estratégias empregadas para assegurar a imparcialidade na divisão.

Analogamente, os juízes, ao proferirem decisões, enfrentam o desafio de agir com imparcialidade diante da variedade de casos apresentados e da pluralidade das partes envolvidas. A dúvida é se juízes agem como uma mãe de cinco filhos que busca a equanimidade na distribuição de uma porção valiosa de bolo. Se juízes com suas preferências normativas agem em suas decisões, para alcançar uma distribuição equitativa das coisas valiosas com o esmero de uma mãe de cinco filhos para proporcionar equanimamente os recursos.

Lançamos luz sobre a imparcialidade como elemento-chave na prática judicial, destacando a complexidade inerente à aplicação desse ideal ético. A metáfora do bolo oferece uma perspectiva visual e tangível, conectando a abstração da justiça à realidade cotidiana, onde os juízes, como a mãe distribuindo o bolo, enfrentam o desafio de agir com imparcialidade na busca por uma justiça equitativa.

¹⁷ Na culinária é uma cobertura feita à base de açúcar, usada em bolos e doces, tradicionalmente usado em bolos festivos

3.3.1 Imparcialidade como discurso de legitimidade

No esquema analítico weberiano, das dimensões subjetivas da ação, tudo passa pelas representações que os agentes tem dos motivos, meios e fins das suas ações sociais (WEBER, 2009).

A imparcialidade, publicamente enaltecida como um ideal essencial no exercício da magistratura, revela-se, na prática, como uma aspiração difícil de ser totalmente concretizada. As evidências coletadas durante a pesquisa de campo indicam que, embora os juízes desejem alcançar a imparcialidade, essa busca muitas vezes se mostra ilusória. A complexidade da tomada de decisões judiciais, permeada por subjetividades e contextos específicos, cria desafios para a efetiva realização da imparcialidade.

Ao longo da investigação, emergem nuances que destacam a imparcialidade não apenas como um ideal de comportamento dos juízes, mas também como um argumento de poder afirmado que estrutura o próprio poder de julgar. Este argumento muitas vezes, assume um caráter simbólico, associado a valores como igualdade, equidade e neutralidade, desempenhando um papel crucial no discurso de legitimação política e servindo como um modelo para representar um padrão a ser seguido no paradigma democrático pelos que compõem o Poder Judiciário.

Para alguns julgadores a imparcialidade é condição para garantia fundamental do processo. Embora os juízes não tragam explicações de como alcançam essa imparcialidade, falam dela como sendo uma presunção. No entanto, não dizem no que ancoram sua imparcialidade ao julgar.

Os princípios e regras utilizados a partir de uma interpretação que não se restringe ao esclarecimento de pontos obscuros, mas a escolha dos usos e da própria compreensão que será dada a lei aplicada e ao modo que será aplicada aos casos concretos. O juiz ressalta que como indivíduo, entretanto, é um ser que tem arraigado em si mesmo os seus experimentos e reflexos ideológicos em tudo que faz, o acervo cultural do ser humano influencia no momento de estabelecer os caminhos da interpretação.

A partir da sensibilidade da realidade trabalhada observam-se além desses conteúdos, também os que ficam omissos, mas do que os visíveis e ditos. Nuances e aspectos de omissão das falas dos juízes. O modo de elaboração das sentenças e outras peças processuais no mundo do direito considera que se deve através da análise das controvérsias desenvolver-se o raciocínio jurídico para solução dos problemas apresentados. A parte considerada por muitos

operadores do direito como a essência da sentença é a dos fundamentos, onde o juiz deve fazer uma conexão entre os fatos apresentados e o direito, ou seja, qual o fato levado para solução pelo judiciário e o porque da escolha do direito aplicado. Entretanto, nem sempre essa conexão ocorre com profundidade e em muitos casos é lacônica, e até ausente.

Aqui exploramos os resultados da pesquisa de campo, evidenciando a imparcialidade como uma construção simbólica na decisão judicial. No contexto brasileiro, o livre convencimento motivado emerge como uma ferramenta fundamental para superar o sistema tarifário de valoração de provas, no qual há um valor tabelado para cada elemento probatório. Nesse cenário, os julgadores, respaldados nas narrativas judiciais, descrevem e aplicam o livre convencimento motivado como princípio norteador. O artigo 371 do Código de Processo Civil reforça essa abordagem, exigindo que o juiz aprecie as provas independentemente do sujeito que as promoveu, indicando os fundamentos de seu convencimento na decisão.

As falas dos juízes apresentam-se nessa direção, que dão respostas as demandas direcionadas pelo raciocínio jurídico legal: “Bem, eu levo em conta o que é disposto no direito positivo, aqueles elementos que, entendo eu, o magistrado não pode se afastar, a lei, a jurisprudência e a doutrina, claro que a doutrina que está em consonância com o entendimento majoritário” (trecho de entrevista n. 13 com Juiz Federal).

O raciocínio jurídico estaria presente na descrição dos fatos mais importantes levados em conta pelo julgador, fazendo emergir os fundamentos umbilicalmente conectados com o pedido que está sendo julgado. A decisão mais objetiva, e portanto, menos prolixa, revelaria os fundamentos sólidos considerados pelos juízes. Enfim, o objetivo das sentenças é elencar os fundamentos que criaram a decisão. O porquê das escolhas daqueles elementos e não de outros na sentença, e como se fez o deslinde da causa. Compreender esses mecanismos ocultos e subjacentes ao sistema jurídico é o desafio.

Norberto Bobbio (2000, p. 313) destaca a relevância da imparcialidade dos juízes, ressaltando que cabe a eles estabelecer inclusões e exclusões em cada situação. Para Bobbio, a imparcialidade é crucial, uma vez que a aplicação de uma norma ao caso concreto não é mecânica; requer uma interpretação na qual o juízo pessoal do magistrado desempenha um papel. Os julgadores compreendem que a imparcialidade não é uma escolha, mas a própria razão de ser do Poder Judiciário e do juiz. A busca pela justiça demanda imparcialidade, tornando o juiz uma espécie de cavaleiro impassível em sua jornada, protegido por uma toga mágica imperturbável.

A imparcialidade, ao assumir uma dimensão simbólica, transcende as disposições formais e torna-se uma expressão de valores éticos. O discurso público dos juízes revela que a

imparcialidade é muitas vezes associada a uma construção simbólica, na qual se conecta intrinsecamente a ideias como equidade e neutralidade. Essa articulação simbólica não apenas influencia a interpretação da imparcialidade, mas também molda a maneira como os juízes se apresentam.

No contexto político e social, a imparcialidade emerge como um discurso de legitimação. Os juízes, ao afirmarem sua busca por ela, não apenas expressam um ideal de conduta profissional, mas também legitimam o papel do Poder Judiciário na preservação da justiça e equidade. Essa dimensão política da imparcialidade contribui para sua representação como um modelo a ser seguido.

Ao desvelar as nuances da imparcialidade na prática judicial, sobressai que embora desejada como base do comportamento dos juízes se perfaz também como ideal afirmado pelos juristas, aparecendo como valor simbólico, entre os juízes que a partir dessa articulação simbólica ligada a ideias como igualdade, equidade e neutralidade se mostram no discurso de legitimação política servindo como um modelo para uma representação de padrão a ser seguido no paradigma democrático.

A imparcialidade, enquanto valor simbólico, enfrenta desafios para concretização prática. A lacuna entre o ideal de imparcialidade e sua efetiva materialização nas decisões revela a complexidade dessa busca. O conjunto dos dados evidencia que há obstáculos que são encontrados na tentativa de transformar a imparcialidade de um ideal em uma realidade palpável no contexto judiciário brasileiro. Pelo que vemos que os juízes enquanto enfrentam os desafios enaltecem e ratificam o discurso de imparcialidade e neutralidade de forma a garantir maior prestígio da própria atuação.

A atuação dos juízes diante dos desafios enfrentados no exercício de suas funções muitas vezes envolve a enaltecer e ratificar o discurso de imparcialidade e neutralidade, visando garantir maior prestígio e legitimidade à própria atuação judicial. No entanto, há questionamentos éticos que emergem, especialmente quando se trata da aceitação de benefícios ou "luxos" por parte dos magistrados, provenientes de pessoas ou empresas que estão envolvidas em causas que serão julgadas.

No debate público, os juízes costumam afirmar que não são remunerados como palestrantes ou debatedores e se apresentam como independentes em suas opiniões, apartidários e multissetoriais. No entanto, admitem que, em eventos internacionais, viajam a convite de grandes corporações, as quais frequentemente oferecem custeio de transporte, hospedagem e outras regalias. Essa prática levanta questões sobre possíveis conflitos de interesse e influências externas na atuação judicial, comprometendo a imparcialidade e a

neutralidade que são pilares fundamentais do sistema judiciário.

Um exemplo disso é a participação de juízes em eventos patrocinados por entidades ligadas aos setores que estão em litígio nos processos judiciais. Por exemplo, a Associação Nacional das Administradoras de Benefícios (Anab) afirmou que patrocina e participa de eventos relacionados à saúde, direito e tecnologia, contribuindo para o debate do setor e o conhecimento de seus associados sobre melhores práticas e tendências. Essa relação entre juízes e empresas do setor de saúde pode gerar dúvidas sobre a imparcialidade desses magistrados ao julgarem casos envolvendo tais empresas.

O Congresso da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB levou como palestrantes 27 juízes, desembargadores e Ministros de tribunais para Salvador, em maio de 2022. O congresso baiano foi patrocinado pela Associação Nacional das Administradoras de Benefícios - ANAB, que teve direito a painel no evento, e usou o espaço para defender o rol taxativo da Agência Nacional de Saúde - ANS, cuja imposição estava em julgamento no Superior Tribunal de Justiça. Embora não seja parte direta nos autos, a ANAB defende empresas com interesse no julgamento no rol taxativo (ESPACOVITAL, 2003).

Os painelistas ficaram em um hotel cinco estrelas. Houve show para duas mil pessoas. A operadora de turismo do congresso ofereceu um cupom de 20% de desconto para o aluguel de lanchas. O ministro do STJ Luis Felipe Salomão esteve no evento. Ele foi o coordenador do congresso e relator dessa causa no superior tribunal. A Confederação Nacional da Indústria (CNI), a Associação Nacional dos Registradores e o Banco do Brasil também patrocinaram o congresso da AMB (ESPACOVITAL, 2003).

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) afirmou que faz rigorosa seleção dos patrocinadores, descartando qualquer eventual tentativa de interferência na jurisdição. A entidade disse também que seus associados que foram ao evento arcaram com passagens e hotéis. A AMB porém não respondeu se o mesmo desembolso pessoal ocorreu pelos painelistas presentes.

Ao analisarmos esses cenários, percebemos que há uma narrativa construída pelos juízes e pelas instituições envolvidas, que visa justificar a participação em eventos e o recebimento de benefícios como algo inofensivo e até mesmo benéfico para o desenvolvimento do conhecimento e aprimoramento profissional. No entanto, é importante considerar as possíveis consequências dessas práticas, que podem minar a confiança na imparcialidade do sistema judicial e comprometer a integridade das decisões judiciais.

Essas narrativas não devem ser aceitas passivamente, mas sim submetidas a uma análise crítica que revele os interesses por trás delas. A transparência é fundamental para

garantir a confiança e a legitimidade do sistema judiciário, e é necessário que os juízes estejam cientes do impacto ético e moral de suas ações, especialmente quando estas envolvem relações com setores privados ou interesses particulares.

A magistratura brasileira caminhou no sentido de ampliar suas representações simbólicas profissionais de impessoalidade e imparcialidade. No percurso de democratização permaneceram ressaltando a concepção de profissionais apartados de interesses quer sejam econômicos ou políticos partidários. As disputas em torno de prestígio foram voltadas para a neutralidade do conhecimento técnico. A habilidade desse grupo profissional foi distinguir-se dos interesses particulares que caracterizam a política cotidiana, construindo um ideário voltado para o conhecimento especializado e para valores reconhecidos como universais. (BONNELI, 2002. p. 93)

Os juízes se colocam numa posição de imparcialidade que implica também uma significação de superioridade e é ratificada pelos demais membros do mundo do Direito, também aceita como positiva. A representação do mundo do direito é de que os juízes estariam acima das coisas que estão fora da plêiade denominada questões técnico-jurídicas no momento de decidirem os casos em conflito.

Nos primeiros anos de democracia recente, considerando o marco normativo constitucional, os juízes caminharam no sentido de construir representações de impessoalidade, inclusive distanciando-se de outros grupos profissionais do mundo do direito, como os delegados que desempenham aspectos sujos como a lida com toda sorte de desordens no momento da aplicação da ordem e vínculos próximos com o povo. (VILA NOVA, 2013).

Juízes constroem uma identidade no mundo do direito e da a opinião pública que enfatiza a autoridade moral a partir da imparcialidade, rechaçando a política convencional como elemento mitigador da autonomia profissional. Se colocam numa missão de prestação de serviços lastreada no conhecimento técnico-jurídico com independência. (VILA NOVA, 2013)

Considero a hipótese que existe efetivamente mais de uma racionalidade jurídica, contrariamente ao senso do mundo do direito, que admite somente a racionalidade jurídica pautada na imparcialidade portadora de um sentido puramente científico normativo, isto é, capaz não apenas de eficácia prática, como de verificação e comprovação de significados (teóricos) em experimentação.

Diferentes de outros profissionais como advogados e delegados os juízes cercam-se de elementos de distinção, o mais destacado lastreado na imparcialidade, o que aumenta o prestígio profissional, e valida o afastamento do povo, e o distanciamento nos ambientes

rarefeitos dos suntuosos palácios, que se dizem, de justiça.

O Sistema de Justiça apresenta-se permeado de símbolos de dignidade em relação à atuação profissional e os juízes são vinculados a representações de dignidade, estando a imparcialidade num dos principais aspectos de superioridade. Grande parte das disputas por prestígios com as mudanças no cenário sócio-político-normativo pós Constituição Federal de 1988 entre os profissionais do mundo do Direito, advogados, juízes, promotores, delegados de polícia está atrelado ao papel de quem tem maior idoneidade para a prática da justiça. Pelo que os grupos buscaram a construção de reconhecimento de um papel social no Estado democrático de Direito, no caso dos juízes distanciando-se dos demais sob o argumento da imparcialidade, como representação central da justiça, mesmo que todos compartilhem dos mesmos saberes jurídicos, formação e campo. (VILA NOVA, 2013)

Os juízes, no topo da estrutura profissional do sistema de justiça brasileiro gozam das posições mais elevadas dentro do campo de atuação e utilizam-se da exclusividade de tarefas e saberes para ocupar um espaço profissional consolidado. E assim, garantindo com a narrativa da imparcialidade de suas ações as aproximações identitárias mais prestigiadas de seres elevados.

A imparcialidade emerge como um discurso de legitimação, forjando o símbolo da neutralidade. Os juízes, ao afirmarem a imparcialidade, não apenas expressam um ideal de conduta profissional, mas também buscam legitimar o papel do Poder Judiciário na condução da justiça num Estado democrático de equidade. Essa dimensão idealizada da ação imparcial contribui para a representação como um modelo a ser seguido no paradigma democrático. Já as dificuldades que observamos de concretizar a imparcialidade ficam escondidas do debate público. Deixa-se oculto este mergulho nas águas da imparcialidade que revela um mar bravio, onde a ética e a prática social se entrelaçam em ondas revoltas.

Abordamos os resultados da pesquisa de campo, que trouxeram evidências intrigantes sobre a imparcialidade como um possível véu ideológico nos julgamentos de casos de saúde. A análise revelou que os juízes, ao aparentarem serem motivados por uma dimensão íntima em suas decisões, suscitam a hipótese de que essa motivação está intrinsecamente ligada a racionalidades jurídicas morais e afetivas. Ao desviar o olhar da ação de julgar como um produto definido e coercitivo, este estudo explorou a complexidade dessa prática como um processo permeado pelas subjetividades dos juízes.

A abordagem adotada neste estudo parte da premissa de que a justiça deve ser observada a partir da escavação da vida social cotidiana. Em consonância com Becker (2007), consideramos que a ciência sociológica é constituída por essa exploração das

"representações", ou seja, como pensamos sobre o que vamos estudar antes de iniciar a pesquisa e como elaboramos imagens sobre o mundo social. Este enfoque discute as várias formas que as representações sobre a sociedade assumem, destacando a importância de adquirir controle sobre a forma como percebemos as coisas para não sermos simples portadores dos pensamentos convencionais sobre o mundo (Becker, 2007, p. 16).

Os resultados sugerem que, nas sentenças e entrevistas analisadas, a imparcialidade se configura como uma capa de ocultação ideológica. Em vez de refletir uma neutralidade genuína, a imparcialidade emerge como um mecanismo para forjar a neutralidade dos magistrados. Essa descoberta aponta para a possibilidade de que, por trás da aparente objetividade nas decisões judiciais, há uma intrincada rede de motivações e valores ideológicos.

Essa análise tem implicações significativas para a prática judicial, destacando a necessidade de uma reflexão mais profunda sobre como a imparcialidade é construída e comunicada. A compreensão de que a imparcialidade pode servir como um elemento simbólico, tipo um véu ideológico destaca a importância de uma abordagem mais transparente e reflexiva na tomada de decisões judiciais, considerando não apenas as normas legais, mas também as dimensões éticas e morais subjacentes dos juízes.

O que vem ao encontro das conclusões presentes na tese de doutorado de Torres Neto (2022) que tem por objetivo demonstrar que as decisões judiciais não se formam nem se apresentam exatamente em conformidade com os valores que as buscam legitimar em um sistema constitucional que pretensamente visa promover justiça e segurança jurídica. Vem ao encontro dos nossos achados que o paradigma da imparcialidade presente na doutrina jurídica, nas decisões judiciais e na representação do mundo do direito promove um ocultamente ideológico que forja a ideia de neutralidade dos julgadores.

Assim como no caso do movimento que ficou conhecido com ativismo jurídico e para Santiago (2016) ampliou a função do Poder Judiciário. Os juízes enquanto implementam narrativa voltada para a neutralidade das suas decisões, ressaltando o uso do conhecimento técnico-jurídico que seria aplicado nas suas decisões. Também se utilizam do argumento do comprometimento com as causas sociais, que dão lastro ao Estado Democrático de Direito inaugurado normativamente com a Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo que as narrativas buscam continuamente validar o ideário de julgadores imparciais, buscam também ir ao encontro da pluralidade e dos valores democráticos. Buscando construir imagem adequada aos anos de democracia.

E com o passar dos anos de democracia, os juízes alçaram-se a novas habilidades que

eram restritas ao campo político. O que foi nomeado de ativismo jurídico. O exercício da competência dos membros do Poder Judiciário, optando por um modo de atuação proativo de interpretar a Constituição Federal, expandindo o sentido e alcance do texto constitucional, numa escolha de postura mais ampla na interpretação das leis.

Pretendemos uma visão crítica sobre a imparcialidade na prática judicial, destacando o simbolismo presente e uma possível função de capa de ocultação ideológica. As evidências coletadas sugerem que a imparcialidade, ao invés de ser uma expressão de neutralidade autêntica, muitas vezes reflete uma construção estratégica para forjar uma imagem de objetividade. Essa descoberta chama a atenção para a complexidade da decisão judicial e instiga uma reflexão profunda sobre como a justiça é buscada e aplicada no contexto jurídico contemporâneo.

Pela sugestão da burocracia weberiana o sistema jurídico dever-se-ia reger pela mesma ordem impessoal pela qual se orienta a lei. Empiricamente a fundamentação judicial aplicada aos casos que demandam o direito em saúde cita a ordem impessoal do apanhado de regras em vigência, como a Constituição Federal de 1988 e outras legislações.

Pesquisa de 2005, coordenada por Tereza Sadek (2006, p. 47), a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros, com objetivo de analisar e identificar os principais pontos observados pelos juízes para a construção de uma decisão teve os resultados seguintes: 86,5% dos entrevistados consideram que as decisões judiciais devem ser orientadas preponderantemente por parâmetros legais; 78,5% afirmam que se deve ter o comprometimento com as consequências sociais produzidas pelas decisões; somente 36,5% dos magistrados acreditam ser necessário atentar-se às consequências econômicas.

A pesquisa se orientou pela indagação: as decisões judiciais devem orientar-se por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas e ter compromissos com as consequências sociais? E mostra que os próprios magistrados não detêm uma preocupação com a realidade de consequências econômicas, indicando inexistir o suposto compromisso com a igualdade de direitos proposta pela Constituição Federal de 1988.

Menos da metade dos magistrados ouvidos para a realização do Anuário de Justiça de 2010 se preocupa com as consequências sociais da sua decisão, tanto para as partes envolvidas no litígio, como para a sociedade. O estudo trouxe outra investigação realizada com os magistrados, na qual foram indagados se eles deveriam atentar-se aos fatores sociais, econômicos e de governabilidade antes de prolatarem suas decisões: 46% dos magistrados entrevistados dos Tribunais Superiores – STF e STJ – entendem que devem ser considerados os fatores sociais, econômicos e de governabilidade para o sentenciamento de um caso

(ANUÁRIO, 2010, p. 8-9).

Ao menos no caso da saúde o conjunto dos dados da nossa pesquisa pode indicar uma parcialidade dos juízes ao se atentarem a fatores para além dos técnicos jurídicos que em um país permeado de desigualdades pode indicar alguma movimentação de juízes mais comprometidos com um caminho de justiça distributiva para o fenômeno da judicialização da saúde.

3.3.2 Desafios da construção simbólica da imparcialidade

A imparcialidade, no imaginário dos julgadores, é retratada como a toga mágica do juiz, conferindo-lhe uma impassibilidade frente às influências externas. Essa metáfora sugere que o juiz, revestido da imparcialidade, é capaz de realizar sua jornada jurídica sem ser perturbado por interferências externas. Assim como um cavaleiro em sua toga mágica, o juiz permanece impassível diante de chamados, seduções e influências, mantendo-se fiel ao compromisso de buscar a justiça de maneira imparcial.

No entanto a análise dos resultados revela nuances complexas que questionam a aplicação consistente desse princípio na prática. O desafio reside na tensão entre a idealização da imparcialidade e as influências subjetivas que inevitavelmente permeiam o processo decisório.

No entanto, esta sessão também aborda os desafios inerentes à construção simbólica da imparcialidade. A análise dos resultados revela nuances complexas que questionam a aplicação consistente desse princípio na prática. O desafio reside na tensão entre a idealização da imparcialidade e as influências subjetivas que inevitavelmente permeiam o processo decisório.

No Brasil, a figura da deusa Têmis é considerado dos maiores símbolo da Justiça, geralmente representada por uma mulher segurando uma balança na mão esquerda e uma grande espada na mão direita, com uma venda nos olhos. O símbolo material presente em quase todos os prédios do Poder Judiciário brasileiro tem provável origem no universo mítico com origem na Grécia e Roma de milênios passados.

Possível que em Roma houvesse uma deusa com as mesmas características, chamada Iustitia, o que poderia ser a origem da palavra justiça. No mundo do direito são muitas as prováveis origens da atribuição da deusa Têmis ao sentido de justiça. Representada como uma

mulher de olhos vendados e balança na mão, guarda a entrada também do órgão máximo do poder judiciário brasileiro, Supremo Tribunal Federal, sediado em Brasília.

Em outros países a deusa Têmis não aparece como um fenômeno universal, apesar das tradições semelhantes há outras diferenças. Também o símbolo de uma mulher com balança na mão não ocorre.

Outros símbolos da deusa Têmis mundo a fora não a mostram com olhos vendados. Como se vê na porta da justiça, em castelo localizado na Irlanda, cidade de Dublin, onde a imagem está sem vendas nos olhos.

Figura 1 Castelo des Dublin (Portão da Justiça) – Dublin, sem data.



Fonte: Site do Inventário Nacional do Patrimônio Arquitetônico da Irlanda¹⁸

Também no edifício do Tribunal Supremo da Federação Russa, abaixo do brasão de armas da Rússia está presente uma escultura da deusa Têmis, em seu rosto, não há venda. Diferente do Brasil, onde a venda nos olhos da deusa Têmis é símbolo da imparcialidade.

¹⁸ Disponível em

<https://www.buildingsofireland.ie/buildings-search/building/50910270/dublin-castle-justice-gate-dublin-castle-dublin-2-dublin>. Acesso em 12 out 2023.

Figura 2: Escultura de Têmis no edifício do Supremo Tribunal da Federação Russa - Rússia, Moscou, 2019



Fonte: site da dreamstime¹⁹

No Brasil a imagem de Têmis é um elemento simbólico compartilhado por todo o mundo do direito. Em muitas imagens a deusa Têmis carrega uma balança numa das mãos, símbolo do equilíbrio que deve permear as decisões justas, visando pesar as evidências e os argumentos a serem considerados de maneira objetiva para tomar decisões justas. A espada simbolizando a autoridade e o poder que a justiça possui para fazer cumprir a lei e tomar as medidas de violência para imposição das decisões. E a venda nos olhos como símbolo de imparcialidade, no ideário de uma justiça a ser aplicada de forma cega, sem levar em

¹⁹ Disponível em <https://www.dreamstime.com/sculpture-themis-building-supreme-court-russia-moscow-december-russian-federation-image171411599>. Acesso em 12 out 2023.

consideração raça, classe social, gênero ou qualquer outro fator de desigualação.

No Brasil, assim como vemos em outros países, a deusa Têmis tem sido usada tradicionalmente como um símbolo da justiça, especialmente no contexto do sistema judicial. Embora a lógica de uma justiça que não enxerga as desigualdades presentes vai de encontro a justiça igualitária.

Figura 3: Escultura de Têmis em frente ao Edifício do Supremo Tribunal Federal – Brasília



Fonte: Site justiça em foco²⁰

A deusa Têmis como símbolo da justiça no Brasil é uma influência sem um evento histórico específico identificado. Possível que haja interferência da mitologia grega e romana, da qual Têmis faz parte. No mundo do direito a imparcialidade simbolizada pela venda nos olhos de Têmis é colocada como um valor intrínseco do judiciário brasileiro.

A definição de imparcialidade está associada a equidade; qualidade da pessoa que julga com neutralidade e justiça; característica de quem não toma partido numa situação. Essa definição já traz alguns pontos-chave no conceito de imparcialidade: o apartidarismo e a busca da justiça. Ou seja, quando alguém se propõe a ser imparcial, suas preferências devem ser deixadas de lado na hora da tomada de decisão. Deve observar os fatos e as informações disponíveis e, com base nelas, e não em suas preferências, tomar a decisão. Imparcial é aquele que não toma partido.

²⁰ Disponível em <https://www.justicaemfoco.com.br/desc-artigo.php?id=80>. Acesso em 02 de jan 2024.

Desse modo, os dois termos sempre implicam a necessidade de fazer uma escolha entre lados diferentes (às vezes opostos). Muitas vezes temos de tomar decisões assim nas nossas vidas. Alguém que age de forma parcial pode fazer escolhas de acordo com aquilo que acredita ser certo ou mais vantajoso.

O ativismo jurídico aplaudido no início dos anos 1990, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou a propalar novas habilidades dos juízes para a interpretação da Constituição, sempre ressaltando as representações dos valores reconhecidos como democráticos e dando novas representações para o simbolismo da justiça cega.

O ativismo jurídico dá aos juízes uma possibilidade de visão quase como elemento para uma força revolucionária democrática, buscando por uma aproximação do Poder Judiciário com a lógica democrática. Enquanto os teóricos da argumentação afirmam que a mudança na forma de julgar é explicada como uma alteração da interpretação das normas programáticas que dependeriam de concretização legislativa. Para Schwartz (1966), a intensidade que o Judiciário intervém na vida política está ligada à credibilidade perante o público.

No Brasil novos contornos do ideal de julgador ocorreu recentemente em outra seara, na judicialização da política. Na qual se observou a partir da alta credibilidade dado ao ex-juiz Sérgio Mouro durante a atuação nos processos judiciais da operação “lava jato”, que teve consequências nas eleições presidenciais de 2018 e robustece a relevância dessa questão dos elementos carismáticos-morais que constroem o simbolismo do julgador ideal.

Embora, na burocracia legal, segundo Weber (2011) a vocação do funcionário autêntico não se dedicará a política. Devendo dedicar-se a administração imparcial, sem ressentimento ou preconceito para administrar seu cargo. Daí não fazer precisamente o que o político, o líder bem como seu séquito tem sempre de fazer, lutar. (WEBER, 1988)

O exercício da autoridade racional dependeria de um quadro administrativo hierarquizado e profissional, de certo modo, separado do poder de controle sobre os meios de administração, como deveriam se apresentar os juízes brasileiros. O pensamento weberiano distingue o funcionário público do político eleito.

Em a política como vocação Weber (2011) define política como ‘liderança independente em ação’, pretendendo uma compreensão da política como a liderança das associações políticas. Resumindo a política como a participação no poder ou a luta para influir na distribuição de poder.

Segundo sua vocação, o funcionário autêntico não se dedicará a política. Deve dedicar-se a administração imparcial, sem ressentimento e nem preconceito administrará seu

cargo. Daí não fazer precisamente o que o político, o líder bem como seu séquito tem sempre de fazer, lutar. (WEBER, 2011)

Valendo ressaltar que faz parte de toda relação de dominação o mínimo de vontade de obedecer, haja vista que nem toda pretensão é relação de dominação, podendo a dominação surgir de um contrato formalmente livre, como no caso do funcionário público²¹. (WEBER, 2004. p. 139)

Imprescindível à dominação a relação de obediência imediata de instruções. Tomar posição é elemento do político, a conduta do servidor público está sujeita a princípios de responsabilidade diferentes ao princípio do político. A honra do servidor público está na capacidade de executar conscientemente a ordem das autoridades como se a ordem concordasse com sua convicção pessoal, ainda que a ordem lhe pareça errada, sem essa omissão todo o aparato cairia aos pedaços.

Para os juízes delimitar fronteiras entre a ação de julgar e as posições políticas permitiu-lhes alcançar uma estruturação profissional da carreira após o marco normativo democrático, a constituição de 1988. Para Bonneli (2002) juízes, promotores de justiça e até advogados reuniram-se para construção de instituições que projetam autonomia e independência.

Tem ocorrido no Brasil intrincada relação do imaginário de julgador idealizado num formato super-herói e dos elementos técnicos-jurídicos que formam os juízes, influenciando inclusive os elementos tidos por ideais para a indicação para as vagas dos tribunais superiores.

Em sua tese de doutorado, o professor da Faculdade de direito do Recife, Walber de Moura Agra (2003, p. 63) considerou que mesmo que as indicações para o Supremo Tribunal Federal sejam feitas pelo Presidente da República não haveria um “obscuramento da sua natureza jurídica”. Para o constitucionalista que foi responsável pela petição que pediu a cassação do mandato do ex-presidente Jair Bolsonaro “Esse fato representa uma menor densidade de legitimação na composição dos membros do Tribunal. Mas, o fato de que os magistrados escolhidos gozem de vitaliciedade, podendo permanecer nos seus cargos até os *setenta anos* _há época_ (grifo nosso), diminui a possibilidade de partidarização de seus membros...”.

Agra (2003) enxerga uma legitimidade na velhice dos ministros vitalícios para a qual não há nenhum critério mensurável e nem sempre se observa. Afinal cabelos brancos não são sinônimo de sabedoria.

²¹ *herrschaft*

“As injeções sócio-político-econômicas que cercam as decisões da Egrégia Corte brasileira não retiram a essência de sua natureza jurídica, porque suas decisões são construídas a partir de uma racionalidade peculiar à Ciência do Direito. As influências que circundam o sistema jurídico, para serem por este absolvidas, são transformadas em linguagem própria do sistema, funcionando de acordo com as estruturas que regem o Direito”

Ainda após a tentativa de validar uma natureza jurídica quase pura, a qual ele chama de “essência de sua natureza jurídica” o constitucionalista expõe a existência de influências que circundam o sistema jurídico, que ao meu ver, nesse caso são racionalidades jurídicas morais, para além das racionalidades jurídicas.

O artigo 101 da Constituição Federal prevê que o Supremo Tribunal Federal será composto de onze Ministros, a serem escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Sendo estes os pré-requisitos para os indicados a Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, e após essa indicação deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal.

O Ex-Presidente Jair Bolsonaro que exerceu mandato presidencial de 2019 a 2022, teve duas indicações para vagas no Supremo Tribunal Federal, diante das aposentadorias compulsórias, em razão de idade, dos Ministros Celso de Mello, no ano de 2020 e do Ministro Marco Aurélio Mello, no ano de 2021.

Em julho de 2019 o Ex-Presidente Bolsonaro declarou durante discurso em culto evangélico na Câmara dos Deputados:

"Muitos tentam nos deixar de lado dizendo que o estado é laico. O estado é laico, mas nós somos cristãos. Ou para plagiar a minha querida Damares: Nós somos terrivelmente cristãos. E esse espírito deve estar presente em todos os poderes. Por isso, o meu compromisso: poderei indicar dois ministros para o Supremo Tribunal Federal. Um deles será terrivelmente evangélico" (EVENTO, 2020)

Após o culto, o Ex-Presidente Jair Bolsonaro reafirmou o compromisso de indicar um evangélico para umas vagas no STF. Durante sessão solene em homenagem aos 42 anos da Igreja Universal do Reino de Deus que ao indicar um dos ministros do Supremo Tribunal Federal "obrigada a Deus por vocês existirem! Reafirmo meu compromisso aqui. O Estado é laico, mas nos somos cristãos, entre as duas vagas que terei direito a indicar para o supremo, um será terrivelmente evangélico". (EVENTO, 2020)

O Ex-Presidente Jair Bolsonaro fez a promessa num claro aceno às bases mais conservadoras e indicou um nome “terrivelmente evangélico” para ocupar a vaga do Ministro Marco Aurélio Mello no Supremo Tribunal Federal. André Mendonça, pastor de 48 anos

integrou o governo Bolsonaro desde o início, em janeiro de 2019 com o apoio fundamental dos evangélicos, setor que representa grande parte da população. Além de Ministro da Justiça, foi Procurador-Geral da União.

A indicação do pastor foi apoiada por setores conservadores, e amplamente comemorada a aprovação no Senado por setores evangélicos, entre essas comemorações foram publicizados vídeos nos quais Mendonça comemorava o encontro com sua família e a primeira-dama, Michelle Bolsonaro, fervorosa evangélica batendo palmas, gritos de aleluia, deus de promessas, senhor obrigado por ouvir a nossa oração, com pulos e expressões em língua distinta do português. Abraçando-se ao ministro indicado que acompanho-a com aleluia senhor.

André Mendonça foi advogado da União entre 2000 e 2021 e exerceu os cargos de advogado-geral da União e Ministro da Justiça e Segurança Pública de 2020 a 2021 durante o governo Jair Bolsonaro. Foi também assessor especial do Ministro da Controladoria-Geral da União no governo Michel Temer. Ele se graduou em ciências jurídicas e sociais pelo Centro Universitário de Bauru. Concluiu especialização em direito público pela Universidade de Brasília e mestrado e doutorado pela Universidade de Salamanca, Espanha. Também cursou teologia na Faculdade Teológica Sul Americana, em Londrina, Paraná, para se credenciar como pastor junto à Igreja Presbiteriana do Brasil. Atuando como pastor na igreja presbiteriana "Esperança", na capital federal.

Também o presidente Luiz Inácio Lula da Silva do partido dos trabalhadores - PT em dezembro de 2023 em discursou por ocasião da 4ª Conferência Nacional da Juventude, no Centro de Convenções Ulysses Guimarães, em Brasília. Disse estar feliz por colocar um "ministro comunista" no Supremo Tribunal Federal: “Vocês não sabem como eu estou feliz hoje. Pela primeira vez na história desse país conseguimos colocar na Suprema Corte desse país um ministro comunista. Um companheiro da qualidade do Flávio Dino”. (BRASIL, 2023)

Lula indicou para compor o Supremo Tribunal Federal, o seu Ministro da Justiça, Flávio Dino, o que foi aprovado pelo plenário do Senado federal por 47 votos a favor e 31 contrários. Flávio Dino, foi juiz federal, abandonou o cargo na Justiça Federal e se lançou no mundo da política como candidato a deputado federal pelo PCdoB. Também se elegeu governador do Maranhão pelo mesmo partido. Em 2022, Flávio Dino foi eleito Senador da República pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB.

O posicionamento político do Supremo Tribunal Federal entre o mundo do direito e o mundo da política é de muito tempo uma realidade. Como no golpe de estado de 1 de abril de

1964. Nenhuma decisão de oposição ao golpe foi tomada pela Suprema Corte brasileira. Por simpatia e concordância, ao menos do presidente da corte da época, Ribeiro da Costa houve apoio ao golpe militar de 1964. Mas, conforme a o golpe se constituía em ditadura militar, praticando variados abusos, prisões e torturas, a corte teria esboçado reações contra o regime.

Não é difícil avaliar o receio dos componentes do Supremo Tribunal Federal nos primeiros dias de ditadura militar, o que ficou evidente foi que a fraqueza do Poder Judiciário, no momento que o país precisava da demonstração de força diante de um golpe de Estado.

O Ministro Ribeiro da Costa, há época presidente do STF, deu declarações logo após o golpe em favor do movimento militar. O STF há muito funciona como corretivo das decisões dos políticos de forma episódica, como ficou claro durante episódios recentes e também no período da ditadura militar.

Em 1964, o governo, por meio do AI-2, havia ampliado de 11 para 16 o número de ministros do STF, indicando cinco novos membros para garantir sua maioria. Em segunda intervenção contra o Supremo Tribunal Federal (STF), três ministros são aposentados com base no Ato Institucional nº 5: Vítor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. O presidente da Corte, Gonçalves de Oliveira, renuncia em protesto. No mesmo ato que atingiu os juízes do Supremo, foi aposentado o general Pery Bevilacqua, ministro do Superior Tribunal Militar (STM) e considerado um liberal. Em fevereiro de 1969, após as cassações, Costa e Silva edita o AI-6, retornando ao formato de 11 ocupantes, dos quais dez tinham sido indicados depois do golpe de 64. O 11º, Luiz Otávio Galloti, era leal aos militares e se tornou presidente do STF.

Essa realidade brasileira mostra a variação do ideário de julgador ao longo da realidade social. Havendo momentos de ampliação e de redução do ideal de interpretação a ser feita pelos juízes. Como ocorrido no início dos anos 1990 com o ativismo judicial que ensejou o início o fenômeno da judicialização da saúde, sob o argumento de resguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Bem como situações como o lavajatismo, quando o juiz que conduziu o processo encontrou enorme espaço para fazer valer seu próprio entendimento sobre o Direito, levando em conta suas vontades pessoais.

Para Lênio Luiz Streck (2014) a interpretação ampla se trata de um processo constitucionalista relativamente recente, e conturbado após inúmeros governos autoritários, que deu uma discricionariedade as decisões judiciais, oportunizando maior protagonismo aos juízes.

Streck faz parte dos teóricos do realismo jurídico, que não acredita que o trabalho do juiz era meramente aplicar uma norma estabelecida, mas sim interpretar a lei perante casos

concretos, e assim criar novas normas com base em suas decisões.

Os achados trazem a tona que os juízes têm a capacidade de conjugar as racionalidades jurídicas legal a outras racionalidades, de forma dinâmica, buscando encontrar soluções que consideram não apenas a letra da lei, mas também valores éticos envolvidos nos casos.

Essa constatação está alinhada com o trabalho de Madel Luz (1993), que criou o tipo ideal das racionalidades médicas e destaca a capacidade dos médicos de conciliar procedimentos terapêuticos em seu agir cotidiano, levando em conta diferentes dessas racionalidades médicas. Da mesma forma, os juízes parecem adotar uma abordagem multifacetada de racionalidades jurídicas ao lidar com questões de saúde, reconhecendo-se a complexidade e a diversidade de fatores.

Os achados da pesquisa revelaram que os juízes adotam uma conciliação das diversas racionalidades jurídicas em seus processos decisórios ao lidar com questões relacionadas à saúde. Essa constatação é consistente com os achados de Madel Luz (1993), cuja ferramenta teórica, racionalidades médicas, permite estudar as relações entre distintos sistemas médicos e suas representações de corpo, saúde, doença e tratamento na saúde. Constatamos que os juízes, assim como os profissionais da saúde, não se limitam a uma única racionalidade, mas sim conciliam elementos das racionalidades legais, morais e emocionais em suas decisões.

É importante ressaltar que, de acordo com os estudos de Madel Luz, as representações no campo da saúde não são puras no sentido de estarem restritas apenas ao universo da racionalidade do sistema médico. Ao contrário, essas representações são influenciadas pela cultura, pelo contexto social e pelo imaginário coletivo. Portanto, é natural que as decisões judiciais relacionadas à saúde também incorporem elementos não apenas da racionalidade jurídica legal, mas também de outras esferas, como a moral e a emocional.

Madel Luz (1993) na segunda fase da pesquisa, realizada entre 1994 e 1997, aprofundou a análise das representações e sentidos atribuídos à doença, saúde, tratamento, cura, corpo e outras questões fundamentais para compreender os paradigmas em saúde e medicina. Verificando que as representações eram compartilhadas tanto por profissionais da saúde quanto por pacientes, ou se havia divergências significativas entre eles. Essa etapa permitiu uma compreensão mais ampla das diferentes perspectivas presentes no campo da saúde e contribuiu para uma visão mais abrangente das questões discutidas na pesquisa desenvolvida por ela.

4. RACIONALIDADE JURÍDICA AFETIVA

No presente capítulo, adentramos na análise dos dados referentes as racionalidades jurídicas afetivas. Inspirada na abordagem weberiana, esse tipo ideal foi utilizado como uma das nossas ferramentas interpretativas, constituindo um conjunto articulado de explicações de sentido, proporcionando a identificação e compreensão mais profunda da influência dos afetos no fenômeno da judicialização da saúde. Indo de encontro ao que os juízes frequentemente se apresentam por meio de narrativas que sugerem distanciamento de qualquer influência de afetos em seus julgamentos.

Essa postura dos juízes está associada à imagem de julgadores "objetivos", refletindo uma concepção que, em alguns casos, os afasta de uma humanização mais plena, sendo alvo de críticas por parecerem distantes das realidades das pessoas que buscam o Judiciário em questões relacionadas à saúde.

A racionalidade jurídica afetiva, neste contexto, emerge como um instrumento analítico que procura desvelar nuances muitas vezes encobertas pelas narrativas aparentemente objetivas dos magistrados.

É pertinente observar que esse tipo ideal não implica uma negação da racionalidade jurídica tradicional, mas sim uma ampliação que incorpora a dimensão afetiva como elemento essencial na compreensão do comportamento dos juízes. Nesse sentido, ao analisar as práticas judiciais no contexto da judicialização da saúde, buscamos entender como os afetos, muitas vezes velados, permeiam as decisões, contribuindo para a construção do direito à saúde sob uma perspectiva mais ampla.

Ao longo deste capítulo, examinaremos dados empíricos, sentenças e entrevistas com juízes, utilizando a lente da racionalidade jurídica afetiva para interpretar as motivações subjacentes às decisões. Procuramos não apenas desmistificar a ideia de uma objetividade absoluta por parte dos magistrados, mas também oferecer interpretação valiosa de como a dimensão afetiva influencia o desenrolar do processo judicial e a configuração do direito à saúde na esfera jurídica.

A análise de dados das sentenças em saúde e das entrevistas com os juízes revela a presença de uma racionalidade jurídica afetiva que fundamenta as decisões no âmbito do Poder judiciário. Contrariando uma possível interpretação de que essa formação sociológica seria construída em fatores irracionais, é crucial compreender que a racionalidade jurídica

afetiva está lastreada em elementos racionais. Ou seja a potência afetiva é um conceito fundamentado logicamente na concepção filosófica de afecção de Spinoza e na teoria de ação social de Weber.

A teoria dos afetos de Spinoza, integrada à pesquisa, busca alcançar sentidos discursivamente analisáveis que geram sentidos práticos de justiça. Este é o contexto definido por Spinoza de "affectum" compreendendo as afecções do corpo, que causam variações na potência de agir e estimulam ou refream ideias dessas afecções. A racionalidade jurídica afetiva, concebida como tipo ideal que abrange dimensões de afecções, corpo e mente, nos permitiu apreender os sentidos e representações de afetos presentes nas decisões judiciais.

O afeto, no contexto dessa análise, representa a variação de favorecimento ou constrangimento da potência do sentir, sendo gerado pela afecção, que é uma modificação que o corpo sofre e que resulta em variações na mente e no corpo. Essa abordagem converge com a concepção ampla de ação de Weber, que compreende a ação como um comportamento humano, seja externo ou interno, relacionado a um sentido subjetivo na medida em que o agente o percebe.

4.1 Dualidade de racionalidades

Da análise das sentenças e entrevistas surgem as racionalidades jurídicas afetivas. Abordagem que busca ir além da aparente neutralidade, explorando como os afetos influenciam as decisões judiciais e também moldam a relação entre os sujeitos que buscam acesso à saúde por meio do sistema judicial, como se observa na entrevista n.8 abaixo:

“esse tipo de caso uma atenção ainda maior, não que as outras demandas, a depender do paciente sensibiliza, eu tenho colegas que decidem não estou dizendo que é a forma ideal, faz um juízo até objetivo. Há um contato físico, face a face com essas pessoas, ou audiência? Audiência não, mas contato é a regra, se não o próprio paciente alguém da família, mas que o advogado que postula, mas que o Ministério Público, está pendente de análise, se eles ajuizarem hoje de manhã a parte vai estar aqui querendo falar com o juiz, muitas vezes vai estar a parte aqui, há esse contato, vem cadeirantes, senhoras, senhores com dificuldade de locomoção, a primeira da urgência de se apreciar aquele pedido, pressiona o juiz a decidir a necessidade constatada na sua frente, vem de propósito para pressionar, não precisa trazer seu filho totalmente dependente para mostrar o sofrimento e a necessidade, eu vou acreditar, muitos choram, não precisam chorar,” (trecho de entrevista n.8 juiz estadual)

No decorrer da pesquisa, os dados obtidos oferecem evidências substanciais de que, apesar de os juízes se apresentarem com narrativas que sugerem distanciamento de influências afetivas em seus julgamentos, atrelando-se à imagem de julgadores "objetivos", a realidade encontrada é que a racionalidade jurídica afetiva desempenha um papel significativo na judicialização da saúde. O que nos permite compreender de que maneira os afetos influenciam o cenário judiciário.

Ao analisar as entrevistas com juízes, um ponto de destaque emergiu: o receio das consequências de não atender aos pedidos dos demandantes, particularmente em casos que envolvem aspectos sensíveis. O juiz entrevistado expressou claramente essa preocupação ao afirmar: "Esse tipo de caso tem uma atenção ainda maior, a depender do paciente sensibiliza". Essa afirmação evidencia a sensibilidade dos magistrados diante de situações que envolvem questões emocionais, destacando a relevância de considerações sensitivas na condução do processo judicial.

A crítica recorrente à aparente distância percebida entre os magistrados e os cidadãos que buscam o Judiciário revela uma tensão entre a imagem de objetividade e a realidade da influência sentimental na ação de julgar em saúde. A análise das práticas dos juízes, à luz da racionalidade jurídica afetiva, lança luz sobre as nuances que escapam a uma interpretação meramente objetiva das ações dos juízes.

Um trecho emblemático da sentença n. 8 coletada durante a pesquisa destaca como os afetos se infiltram nos processos decisórios. O relato acima evidencia a presença direta e visceral das sensibilidades no ambiente judiciário, influenciando a tomada de decisões. O juiz entrevistado expressou claramente essa preocupação ao afirmar: "Esse tipo de caso tem uma atenção ainda maior, a depender do paciente sensibiliza". Essa afirmação evidencia a sensibilidade dos magistrados diante de situações que envolvem questões emocionais, destacando a relevância de considerações afetivas na condução do processo judicial.

A sensibilização do juiz diante de casos urgentes e impactantes reflete a complexidade da interação entre razão e emoção no processo judicial. As palavras do magistrado revelam que o contato humano, muitas vezes dramático e emocional, exerce uma pressão significativa sobre o processo decisório dele e dos colegas juízes, subvertendo a pretensa objetividade e destacando a importância da racionalidade jurídica afetiva na compreensão mais completa da judicialização da saúde.

O que vai ao encontro as impressões de Dominguez (2010) que avalia que juízes têm pouco conhecimento sobre saúde e cita um juiz que disse que seus colegas temem que a rejeição das ações judiciais levem à morte dos demandantes.

Num exemplo concreto se ilustra a interação entre racionalidades técnicas e afetivas na tomada de decisão. O trecho da sentença acima revela a complexidade enfrentada pelos juízes ao equilibrar argumentos técnicos e a margem de interpretação inerente ao que ele compreende como seu papel: "eu tive que ter esse jogo de cintura de tentar resolver ali. Então, eu me vali dos conhecimentos técnicos, mas teve a margem de interpretação."

“... tinha um laudo médico, do médico que estava acompanhando a paciente, dizendo não se aplicar a medicação a ela. Aí eu tive que ter esse jogo de cintura de tentar resolver ali. Então, eu me vali dos conhecimentos técnicos, mas teve a margem de interpretação. Como eu te disse, se eu quisesse eu tinha argumentos para conceder também, eu tinha argumentos para conceder (*repetição feita pelo juiz que demonstra ênfase da frase*). Um estava dizendo que era para conceder, o que deu o laudo que embasou ela para entrar na justiça, o médico particular. O outro médico escreveu: “dê para ver”. Se eu quisesse focaria nesse “dê para ver”, para não tirar a esperança, para ver se vai dar certo. Eu daria, entendeu? (trecho de entrevista n. 5 com juiz federal)

Nesse contexto, o juiz reconhece a necessidade de ponderar as evidências técnicas apresentadas com a margem de interpretação que os casos demandam. O dilema entre seguir estritamente as diretrizes técnicas e considerar a perspectiva intersubjetiva é evidenciado na afirmação: "Querendo eu tinha argumentos para conceder também, eu tinha argumentos para conceder..."

A dualidade apresentada na decisão reflete a constante tensão enfrentada pelos juízes ao equilibrar a aplicação rigorosa da lei e a compreensão empática das circunstâncias individuais. A análise dessas situações revela que, mesmo em casos fundamentados em argumentos técnicos, a racionalidade afetiva desempenha um papel crucial na deliberação judicial. Esse enfoque mais holístico permite compreender a complexidade das decisões judiciais, que muitas vezes vão além da mera aplicação de normas e leis, abrangendo considerações emocionais, humanas.

A análise das decisões e entrevistas revelam consistentemente a percepção de que o ato de decidir é intrinsecamente plural, marcado por diversas opções e interpretações. Os magistrados reconhecem a complexidade envolvida em suas escolhas, destacando que a tomada de decisão vai além de uma aplicação mecânica das normas legais, incorporando uma dimensão interpretativa.

Nesse cenário, torna-se evidente a influência de elementos subjetivos nas decisões judiciais. O depoimento de um dos juízes entrevistado reflete esse entendimento: "Se eu quisesse focar no 'dê para ver', não vamos tirar a esperança não, para ver se vai dar certo." Essa afirmação destaca a consideração atenta dos juízes em relação à esperança dos

envolvidos no processo judicial.

A presença do termo "dê para ver" sugere uma margem de flexibilidade na interpretação das normas, indicando a disposição do juiz em considerar não apenas as questões técnicas, mas também aspectos mais subjetivos. Ao mencionar a importância de não "tirar a esperança", o juiz demonstra uma sensibilidade para além das questões legais estritas, reconhecendo o impacto emocional dos argumentos que constroem suas decisões, apresentados pelas partes envolvidas.

Essa abordagem plural e a consideração dos elementos afetivos na interpretação para a decisão judicial destacam a complexidade do processo de julgar. A atenção à esperança como um fator relevante na condução do processo judicial revela uma abordagem humanizada que busca equilibrar a aplicação da lei com a compreensão das nuances emocionais presentes nos casos.

Em síntese, os resultados indicam que os juízes reconhecem a natureza plural das decisões judiciais e incorporam elementos de uma razão sensível, como a esperança, em sua análise. Essa abordagem mais holística contribui para uma compreensão mais completa da dinâmica do sistema judicial, destacando a importância de considerações humanas e emocionais no processo de tomada de decisões.

“Eh, (*pausa*) na minha cabeça o juiz tem que ser o mais objetivo possível, não consegue, você deveria, mas não consegue. A magistratura é complicada, é altamente criticada (*expressão de riso nervoso*) mas na minha cabeça o juiz tem que ouvir tudo, mas ele tem que agir ehh (*pausa*) dentro do que a lei determina, né! E tem que tentar evitar o mais possível a questão emoção infelizmente, mas agora não vou dizer que isso não impacta um pouco. Impacta várias vezes, mas eu próprio tenho que fazer o menos emocional possível porque tem a questão que no momento que você está dando um determinado remédio você está tirando da coletividade, né!”
(trecho de entrevista n. 1 com juiz federal)

Embora a objetividade técnica seja apresentada como a primeira expressão do julgador, a análise da mesma entrevista aponta para a incapacidade de alcançar uma total objetividade por parte dos magistrados.

No trecho da entrevista acima, o juiz federal destaca a dificuldade inerente à busca pela objetividade completa. A expressão "Eh (*pausa*) na minha cabeça o juiz tem que ser o mais objetivo possível, não consegue, você deveria, mas não consegue" revela a tensão entre o ideal de objetividade e a realidade da experiência judicial. O riso nervoso do juiz sugere uma consciência das limitações inerentes a essa busca pela objetividade, enfatizando a complexidade da magistratura e as críticas frequentemente direcionadas a ela.

Na verdade, a tese de uma decisão regida por uma racionalidade técnica objetivada

constitui uma representação ideal que é sempre revista nas situações concretas em que o julgador tem que lidar com a complexidade da realidade humana.

O reconhecimento de uma dualidade com presença concomitante de objetividade e afetos emerge claramente quando o juiz admite: "E tem que tentar evitar o mais possível a questão emoção; infelizmente, mas agora não vou dizer que isso não impacta um pouco. Impacta várias vezes, mas eu próprio tenho que fazer o menos emocional possível porque tem a questão que no momento que você está dando um determinado remédio você está tirando da coletividade, né!"

Aqui, o juiz explicita a complexidade da relação entre objetividade e afeto na tomada de decisão. A noção de "fazer o menos emocional possível" revela o esforço consciente em mitigar o impacto emocional na atuação judicial.

No entanto, a reflexão sobre a decisão como a administração de um "remédio" destaca a inevitável implicação emocional na retirada ou concessão de direitos, evidenciando a interconexão intrínseca entre racionalidades jurídicas e afetivas. Esta dinâmica emocional pode expressar culpa e/ou medo do juiz face a possibilidade bem "objetiva" de tomar uma decisão que pode impactar de modo negativa e destrutivo nas vidas dos cidadãos.

Dessa forma, a análise dessas evidências aponta para a existência de uma intrincada rede de racionalidades jurídicas e afetivas, permeadas por dúvidas e receios, nas quais a busca por objetividade coexiste com a complexidade da dinâmica intersubjetiva que aparenta ser inerente à função judicante. A conexão de sentidos ambivalentes torna-se evidente na tentativa constante dos juízes de conciliar as demandas da lei com a inevitabilidade dos afetos, presente na ação de julgar.

“... não é fácil negar uma liminar de medicamento porque a gente sabe que as pessoas que procuram isso, elas querem ter a esperança de viver, e quando o juiz analisa ele vai analisar se ela tem o direito à esperança ou se ela tem o direito a saúde, porque as vezes o medicamento não é adequado para aquela situação, só que o processo, como o direito é controverso. Então, a pessoa chega e um médico indica para ela um medicamento, ela tem a esperança de obter esse medicamento, ela tem a esperança de viver, ela tem a esperança de melhorar, então quando o juiz dá uma decisão como essa, é, de certa forma, de certa forma não, ele está frustrando a expectativa daquela pessoa. (trecho de entrevista n. 7 de juiz federal)

A análise do trecho da entrevista evidencia de maneira clara a presença de elementos subjetivos nas decisões judiciais relacionadas à saúde, evidenciando como a frustração das expectativas do usuário impacta sobre o imaginário do julgador. O foco nas demandas por medicamentos, muitas vezes expressas por meio de liminares, revela a sensibilidade dos juízes diante das expectativas e esperanças dos demandantes, que ressoam muitas vezes no

imaginário do julgador como as sementes de um remorso que pode permanecer como uma sombra na sua vida profissional.

O entrevistado destaca a complexidade do cenário ao mencionar que os juízes, ao analisarem tais casos, têm que ponderar entre o “direito à esperança” e o direito à saúde. A referência à esperança ressalta a dimensão utópica envolvida, indicando que os magistrados estão cientes de que a decisão judicial pode afetar significativamente o ânimo e a perspectiva de vida da pessoa demandante.

A análise da adequação do medicamento à situação é apontada como um elemento técnico relevante, mas a dualidade é reconhecida quando o entrevistado menciona que os processos, assim como o próprio direito, são controversos. Isso sugere que a aplicação estrita da norma pode ser questionada diante das nuances existenciais presentes nos casos de saúde.

A expressão "ele está frustrando a expectativa daquela pessoa" destaca explicitamente o impacto emocional das decisões judiciais. A frustração das expectativas é reconhecida como uma consequência direta da decisão, destacando a complexidade de lidar com a dimensão intersubjetiva, enquanto se busca equilibrar as exigências legais.

A análise aponta para a presença significativa de uma racionalidade sensível nas decisões judiciais sobre saúde. Destaca-se uma dualidade significativa nas sentenças e entrevistas entre a expectativa da aplicação estrita da lei e a esperança de que a sentença não se transforme numa punição que venha a se mostrar mais tarde como injusta.

“A área de saúde, é uma área, como falou antes, há uma emocionalidade das pessoas que procuram, e numa expressão popular, vão atrás a espera de um milagre. As pessoas vão à justiça como a última esperança na saúde, em busca de um milagre, aquela história que a sobrevivência dela vai depender daquela decisão, então, é, isso é bastante complicado, principalmente quando o advogado ou a advogada é parente do paciente, é isso provoca, situações que de certa forma são até constrangedoras, porque as pessoas não entendem que você tem um sistema para lidar, que não só é o caso daquela pessoa, que é preciso um mínimo de organização, porque o estado vai responder por que demanda dinheiro, demanda orçamento, demanda trabalho, e nas outras área não. Há uma pressão natural de todo mundo atrás do seu direito, mas não é como uma tábua de salvação que é uma busca de uma UTI como para combater um câncer ou alguma outra moléstia grave. Eu não digo que as decisões seriam mais difíceis, porque elas envolvem é, não a decisão em si, mas para voce chegar a essa decisão o juiz passa por tudo isso aí, porque tudo isso aí permeia a decisão, é a realidade subjacente, entendeu, porque existe alguém ali que vai, que você sabe que está desesperada, que muitas vezes você vê a pessoa, diferente de um mandado de segurança para pedir a liberação de uma mercadoria que foi apreendida pela receita estadual, não há uma conotação pessoal. (trecho de entrevista n. 6 com juiz estadual)

Como estamos vendo a análise das sentenças e entrevistas revelou uma dualidade intrigante de racionalidades jurídicas entre objetivações e subjetivações. Enquanto os juízes demonstram o desejo que a racionalidade jurídica legal fosse a única manifesta na

interpretação para a aplicação das leis, eles não conseguem esconder a trama oculta de uma racionalidade jurídica afetiva que transcende a abordagem puramente legal.

A racionalidade jurídica afetiva, tipo ideal que incorpora dimensões de afecções, tanto do corpo quanto da mente, proporciona uma compreensão mais holística das decisões judiciais na área de saúde.

Nesse contexto, a análise das entrevistas revelam os afetos presentes como sendo disposições importantes nas deliberações judiciais, como ilustrado no trecho a seguir: "há uma emocionalidade das pessoas ... vão atrás a espera de um milagre. As pessoas vão à justiça como a última esperança na saúde... a sobrevivência dela vai depender daquela decisão, então, isso é bastante complicado..."

Essa afirmação destaca a natureza emotiva e a busca por soluções extraordinárias na área de saúde quando se confronta a lei e a vida. A referência à espera de um milagre ressalta a dimensão interligada de desespero e esperança que permeia as demandas judiciais em saúde, relativizando toda narrativa de objetividade legal. A expectativa do resultado favorável é elevada, o que aumenta a pressão sobre o juiz responsável pela decisão.

O trecho a seguir aborda o constrangimento vivenciado pelo juiz, especialmente quando há uma proximidade pessoal com os envolvidos no caso: "...é bastante complicado, principalmente quando o advogado ou a advogada é parente do paciente, é isso provoca, situações que de certa forma são até constrangedoras..."

A presença de advogados que são parentes do paciente evidencia mais uma camada de complexidade, uma vez que as relações pessoais podem influenciar as decisões judiciais. O juiz expressa que essas situações são constrangedoras, evidenciando a tensão entre a responsabilidade jurídica e a presença de elementos afetivos na construção das decisões.

A entrevista n. 6 revela que o constrangimento citado de maneira explícita é a pressão enfrentada pelos magistrados ao decidir sobre questões relacionadas à saúde, quando há envolvimento pessoal, como no caso de pessoas com as quais convive (advogados que são parentes dos pacientes).

Há uma complexidade emocional ligada a expectativa de um resultado concessivo da sentença, evidenciada na passagem. Ao comparar as pressões na área de saúde com outras áreas do direito, o juiz destaca a singularidade desses casos, onde a busca pelo direito é percebida como uma busca de uma "tábua de salvação". A alusão à UTI e à luta contra moléstias graves enfatiza a urgência e a gravidade associadas a esses casos, aumentando a carga emocional e a pressão sobre o magistrado.

Nesse contexto, a racionalidade jurídica afetiva revela a compreensão da dimensão

intersubjetiva das partes envolvidas que buscam na justiça a última esperança para questões relacionadas à saúde. A expressão "isso é bastante complicado" ressalta a dificuldade do magistrado em lidar com a dualidade das racionalidades afetivas e as racionalidades jurídicas legais que desafiam os juízes a utilizar unicamente na construção da decisão judicial.

As sentenças evidenciam as dificuldades dos próprios juízes em lidar com o elemento afetivo não somente do usuário do sistema mas dele mesmo como indivíduo preocupado com sua dignidade moral. Especialmente quando há componente pessoal envolvido, como no caso de advogados que são parentes dos pacientes e convivem com os juízes diariamente, os dilemas existenciais dos julgadores se torna mais evidente.

O que traz constrangimento ao juiz, que fica entre a aplicação da lei, considerando a equilíbrio na organização do sistema legal e a pressão em negar a esperança de um doente, evidenciando as tensões entre as racionalidade jurídica legal e racionalidade jurídica afetiva.

No geral, o trecho revela a delicada situação vivenciada pelos juízes ao decidir sobre questões de saúde, revelando como o mundo das instituições públicas é atravessado por elementos da vida humana que são incontornáveis. A pressão emocional, as expectativas elevadas de imparcialidade absoluta e os desafios éticos são aspectos que permeiam as decisões judiciais nesse contexto específico, evidenciando a complexidade das situações na vida real.

Verdade que os realistas do direito já trouxeram a tona a existência de influências diversas na aplicação do direito na prática, ressaltando que fatores como personalidade dos juízes, relações sociais e pressões políticas podem desempenhar um papel na tomada de decisões judiciais.

A teoria realista do direito reconhece que as decisões legais não ocorrem em um vácuo. É uma abordagem que enfatiza a influência dos fatores sociais, também políticos e psicológicos na forma como o direito é aplicado e desenvolvido na prática. Mas na prática a questão é mais complexa na medida em que a relação entre juiz e julgado produz expectativas improváveis e incertas que mexe tanto com as sensibilidades de uns como de outros.

Nosso estudo favorece um método empírico de pesquisa que pode ajudar no aperfeiçoamento do processo judicial no momento em que enfatizamos que a consideração de uma razão sensível nas decisões precisa ser considerada objetivamente. O que pode facilitar o modo como a observação e avaliação dos processos pode ser tornar uma tarefa mais aberta para a complexidade da vida cotidiana. E permitir entender melhor como os tribunais realmente operam em casos reais no fenômeno da judicialização da saúde, em vez de depender apenas da análise teórica.

E dessa forma o tipo ideal da racionalidade jurídica afetiva, se destaca como um instrumento eficaz para a análise das decisões judiciais sobre saúde, introduzindo à interpretação legal uma compreensão sensível das emoções, esperanças e desesperos das partes. Evidenciando a dualidade que qualifica a compreensão da complexidade inerente à atuação dos juízes nesse campo específico, onde a aplicação da lei dialoga constantemente com as dimensões humanas afetivas.

A presença de emoções evidenciadas nas sentenças e entrevistas com juízes revela que esses fenômenos humanos não são meras reações subjetivas, mas desempenham um papel significativo no processo de tomada de decisão judicial. As emoções influenciam a interpretação das leis e a aplicação dos princípios jurídicos, moldando as escolhas dos juízes e impactando diretamente o resultado das decisões judiciais.

Nesse contexto, vai ao encontro da perspectiva de Warat (1988) sobre os processos judiciais como esferas de sensibilidades, onde as emoções desempenham um papel significativo. O autor argumenta que a compreensão do direito não deve se limitar apenas à observar a ordem e resolução de conflitos, mas também considerar as emoções envolvidas nas interações judiciais. Ele propôs uma visão mais humanizada e fluída do direito, que reconhecesse a complexidade das experiências humanas e a influência das sensibilidades nas decisões jurídicas.

Segundo Warat (1988), na proposta da carnavalização do Direito, em seu Manifesto do Surrealismo Jurídico, implica a suspensão temporária das hierarquias e das estruturas de poder, permitindo que novas vozes e perspectivas possam emergir. Dentro desse "carnaval jurídico", as normas e regras tradicionais são desafiadas, e o autor incentiva a expressão autêntica das emoções, desejos e conflitos. Essa abordagem busca ampliar a compreensão do direito como uma prática social dinâmica, que envolve o diálogo e a negociação entre diferentes sujeitos e grupos sociais.

Além disso, a carnavalização do Direito também tem implicações políticas, representando uma forma de resistência e luta contra estruturas de poder opressoras. Warat (1988) argumenta que essa abordagem é uma maneira de criar uma nova ordem social e jurídica, baseada na diversidade.

As obras de Warat (1985, 1988, 2010) representam manifestos contra a imobilidade do mundo jurídico brasileiro, propondo uma epistemologia que valoriza a diversidade e a criatividade. Nesse sentido uma alternativa para os juízes que desenvolvem uma moral ligada a lógica racional tradicional, vinculada a moral kantiana.

4.2 Identidade e sensibilidade nas decisões

“Em algumas situações você leva em conta uma responsividade emocional?”

Sim, eu não vou mentir, não vou dizer que é a regra, é a exceção, há casos que apesar dessa sua comisseração, eu não entenda nada de medicina, você sabe que aquela medida é ineficiente, a parte chega aqui já desesperada querendo, já faz tempo um medicamento experimental que não há comprovação nenhuma da eficiência e de parte de quem pede é compreensível, mas racionalmente, não é eficaz de onde se concluiu de onde você tirou que esse medicamento vai dar um resultado melhor que esse da rede de saúde, porque esse causa menos enjôo tem algum outro remédio que cause menos enjôo tem que ter esse cuidado quais as razões, mas comisseração, piedade as vezes influi na decisão, depois de um tempo você fica mais versado, não vou dizer insensível, ele não tem o poder dele a decisão dele não é o que vai determinar se aquele paciente vai morrer ou vai viver.

Quando se trata de um pedido que envolve criança, eu fico mais sensibilizado... quando se trata de uma criança em mim chama atenção ... esse tipo de caso tem uma atenção ainda maior, não que as outras demandas, a depender do paciente sensibiliza, eu tenho colegas que decidem não estou dizendo que é a forma ideal.” (trecho de entrevista n. 8 com juiz estadual)

O diálogo com o magistrado evidencia como a presença das emoções se torna mais intensa no campo da saúde interferindo no imaginário do juiz e o levando a identificação com determinadas situações recorrente do cotidiano do Poder Judiciário.

O juiz destaca que, apesar de ser uma exceção, há casos que despertam piedade e que podem influenciar a decisão. No entanto, ele ressalta a necessidade de uma análise racional, questionando a eficácia de tratamentos experimentais e buscando entender as razões por trás de determinadas solicitações.

A identidade emerge como fator que, embora não determine exclusivamente as decisões, influencia o processo decisório sobretudo quando fortalece a troca empática entre as partes envolvidas.

A identificação pessoal e a sensibilidade são particularmente evidentes quando o juiz aborda casos que envolvem crianças. Ele reconhece que, nesses casos, sua atenção é ainda maior. Essa identificação pode ser explicada pela experiência compartilhada da parentalidade ou pela vulnerabilidade percebida das crianças. O juiz destaca que, ao longo do tempo, torna-se mais versado, não insensível, mas mais capaz de separar as emoções da tomada de decisão. Essa evolução sugere um aprendizado contínuo e uma busca pela imparcialidade diante das demandas emocionais envolvidas nos casos de saúde. Segundo o magistrado a sensibilidade inicial, que pode ter sido mais pronunciada, é moldada pela experiência, mas não completamente eliminada.

“Um conforto emocional também são considerados, o sofrimento. É lógico que isso pesa a gente vê doenças gravíssimas, depois voce vê a pessoa volta, a questão humana fala muito alto. São ações que a gente prioriza o estado hoje em dia não paga voluntariamente todo esse procedimento é feito em atenção a esse estado que a pessoa se encontra. Muitas vezes a gente chora junto nesse balcão, vem um parente um pai, acho que faz uns vinte dias que o filho tinha sofrido uma queda de cavalo, o menino caiu e essa mãe se desmontou nesse balcão, a gente sente muito, é, é dolorido e o bom é que a gente pode ajudar. Dessas questões tem uma questão moral, tem essa questão emocional. Acho que talvez o peso, o certo e o errado. O que poderia ser feito pelos governos e a gente tem que suprir o que é devido realmente e o que é exagero o que é urgente e o que tem que ser feito.” (trecho de entrevista n.2 assessora de juiz estadual)

A entrevistada destaca que o conforto emocional é considerado no processo decisório. O sofrimento das pessoas envolvidas pesa na tomada de decisão, e a questão da empatia humana é enfatizada. A assessora do juiz relata situações em que se comove com o sofrimento, chorando junto com os demandantes envolvidos. Essa abordagem evidencia as categorias emocionais na construção da justiça em casos de saúde, inclusive podendo gerar estresse de ordem física que vai impactar na prática processual do profissional da justiça.

Embora a assessora do juiz destaque a necessidade de diferenciar entre o que é devido, o que é exagerado, o que é urgente e o que precisa ser feito ela não diz como consegue colocar em prática essa diferenciação. Essa consideração mostra a complexidade de equilibrar as racionalidades jurídicas afetivas com o chamamento para julgar de acordo tão somente com as racionalidades jurídicas legais, nas quais os princípios legais estão contidos.

O que revela que os aspectos intersubjetivos estão entrelaçados no processo decisório dos juízes ao lidar com casos de judicialização da saúde. A identificação, a sensibilidade, o conforto emocional e as questões morais desempenham papéis fundamentais, indicando a complexidade da construção de sentenças em um contexto sensível como o da saúde. Ao encontro dessa solidariedade exposta pela assessora do juiz estadual, outras situações ocorridas em decisão referente ao direito a saúde no estado de Pernambuco. Onde se pode observar presença de aliados que utilizaram elementos emocionais e também religiosos.

No ano de 2015, o Arcebispo de Olinda e Recife, Dom Fernando Saburido, esteve no Hospital Otávio de Freitas para visitar um jovem que demandava judicialmente caso de saúde. Ele visava promover uma campanha de arrecadação de dinheiro por meio de redes sociais, pedindo a solidariedade e compaixão dos fiéis e da população para arrecadação de quantia em dinheiro. Embora não ficando claro o valor arrecadado, a campanha visava despesas da família, que não teriam sido incluídas no valor de R\$ 3,5 milhões de reais, previsto na decisão da juíza federal que concedeu o pedido. Observa-se que durante a visita ao hospital, Dom

Fernando Saburido disse: “Precisamos que todos dêem as mãos para ajudar a conseguir o maior valor possível e convencer o governo a completar, pois a quantia é muito alta”. Demonstrando que o arcebispo também realizava pressão nos julgadores para a concessão do pedido judicial. (JORNAL DO COMÉRCIO, 2015)

A complexa dinâmica que envolve as decisões em saúde frequentemente coloca os juízes em posições delicadas, incluindo a pressão para tomar decisões sensíveis. Esse tipo de pressão ficou explicitada durante a visita do arcebispo a um hospital, onde, de maneira implícita, ele buscou exercer influência sobre o juiz responsável por julgar o caso.

Durante a visita ao Hospital, o arcebispo expressou a necessidade de união para angariar fundos para o demandante e convencer o “governo” a completar a quantia necessária. Essa declaração, apesar de aparentemente voltada para a arrecadação de recursos financeiros, possui a dimensão implícita de convencer o julgador, que não pode ser ignorada. Ao mencionar a importância de “convencer o governo a contribuir”, o arcebispo, de maneira sutil, colocou uma pressão adicional sobre o julgador.

A pressão está, não apenas centrada na decisão judicial, mas também na necessidade de alinhar a posição do Poder Judiciário com a mobilização de recursos financeiros para atender às demandas de saúde. Formato de pressão que se tornou comum nos casos de saúde, inclusive citado por um dos juízes entrevistados.

Os juízes enfrentam no contexto da judicialização da saúde não apenas pressão no processo, mas também das expectativas sociais, especialmente se figuras de destaque, como o arcebispo, estiverem envolvidas.

É crucial reconhecer que esse tipo de pressão adicional pode influenciar as decisões judiciais. Os juízes, ao perceberem a magnitude da expectativa da comunidade, podem sentir-se compelidos a conceder pedidos de saúde, muitas vezes envolvendo recursos financeiros substanciais, como uma forma de resposta à pressão social.

Em suma, o episódio com o arcebispo destaca a intrincada teia de pressões que envolvem o judiciário na judicialização da saúde. Vem ao encontro dos achados no presente estudo, essencial para compreender como as decisões judiciais são moldadas não apenas por questões legais, mas também por fatores afetivos e morais que permeiam esse desafiador cenário.

Está claro que as emoções dos juízes podem afetar diretamente a maneira como interpretam as leis e aplicam os princípios jurídicos aos casos específicos. Por exemplo, a compaixão manejada por uma parte vulnerável pode levar um juiz a interpretar a lei de uma maneira mais favorável a essa parte, buscando uma solução que minimize o sofrimento ou

prejuízo enfrentado por ela. Da mesma forma, a empatia por uma situação particular pode influenciar a forma como um juiz considera as evidências apresentadas e as circunstâncias do caso.

Ao relacionar esses achados com as perspectivas de Max Weber e Spinoza sobre os afetos, podemos compreender melhor como as emoções são intuitivamente percebidas e intelectualmente avaliadas pelos juízes em suas atividades judiciais.

Weber (2009) argumenta que os afetos não são apenas manifestações emocionais, mas também têm uma dimensão intelectual, sendo avaliados e interpretados pelos indivíduos em suas ações e decisões. Da mesma forma, as emoções expressas pelas partes no curso dos processos judiciais e também pelos juízes em suas sentenças e entrevistas não são apenas respostas subjetivas, mas são consideradas e processadas intelectualmente como parte do contexto mais amplo em que ocorrem.

Outra entrevistada n.4, expõe:

“A capacitação é permanente num cessa realmente essa capacitação na área de saúde. E foi sempre muito frisado no curso de formação, é que haveria essa dificuldade porque nós pegariamos casos extremamente sensíveis do ponto de vista pessoal, nos quais nós nos identificaríamos, eu por exemplo sou mãe e sei que casos em que há crianças são muito difíceis pessoalmente para eu decidir, mas isso infelizmente, ou felizmente para mim, não pode ser colocado como baliza decisória, porque senão, realmente, imagina como seria administrar isso é (*pausa*) os recursos são finitos.

É, é, com certeza há o desejo de dar uma resposta emocional quando a gente se identifica pessoalmente com aquele caso, eu sei que há um drama de uma família, o drama de uma mãe, de um pai, eu sei que no mesmo caso inclusive, eu demandaria pedindo, eu não deixaria de demandar.

Há uma identidade? Claro. É. Embora eu soubesse como parte, e como juíza eu soubesse que eu não me daria aquele direito eu tentaria, eu, é como você não pode exigir que a pessoa se comporte de outra maneira, você está desesperado, precisando de um tratamento que você não tem acesso, então você vai até a última trincheira do judiciário, e, é um conflito que passa por todos os juízes, somos humanos sempre levados a isso, mas temos esse papel de cumprir esse lado difícil. (trecho de entrevista n. 4 de juíza federal)

A atuação dos juízes no âmbito da saúde apresenta grande complexidade como estamos vendo, revelando como as racionalidades jurídicas se entrelaçam. Neste contexto, a análise aqui se concentra em um trecho revelador de entrevista com uma juíza, no qual ela expõe as dificuldades inerentes à magistratura quando confrontada com casos sensíveis para ela, especialmente aqueles relacionados à saúde de crianças. Aqui podemos ver como o tema da maternidade aparece como outro aspecto da razão sensível no imaginário de uma juíza.

A juíza enfatiza a constante necessidade de capacitação na área de saúde. Este

reconhecimento destaca as peculiaridades desse campo específico do direito, que traz à tona a natureza sensível dos casos de saúde, nos quais os juízes se vêem confrontados com situações extremamente pessoais e afetivas.

Ainda a juíza destaca a permanente necessidade de capacitação na área de saúde e a difícil tarefa de negar pedidos com os quais se identifica. Seu relato lança luz sobre a culpa que surge nos juízes ao aceitarem seus próprios limites de julgadores, quando a ação de julgar implica a recusa, o dizer não.

O julgar que geralmente está associado ao distribuir direitos, também tem a versão difícil de negar o direito. A entrevistada revela a dificuldade pessoal ao enfrentar casos que tocam em sua identidade como mãe. E expõe a vulnerabilidade humana, crucial para entender a dualidade enfrentada pelos magistrados, que, mesmo conscientes de suas emoções pessoais, se vêem instados a separar suas identidades individuais do papel de julgadores.

Há evidências que a identificação pessoal da juíza com os casos, especialmente aqueles envolvendo crianças, destaca o desafio intrínseco de manter uma postura objetiva nas situações que a sensibilizam.

A entrevistada ressalta que a capacitação pode ser o caminho de alerta para os magistrados enfrentarem essa dificuldade, sublinhando a necessidade de um distanciamento emocional para garantir decisões imparciais. A limitação dos recursos é mencionada como um fator adicional que incrementa a dificuldade da magistrada, tornando evidente que há um dilema na tentativa de julgar com objetividade e lidar com a compreensão empática da realidade dos demandantes.

A juíza admite a existência de um desejo íntimo de conceder determinados pedidos, reconhecendo a identidade compartilhada com os demandantes. A humanidade dos juízes é posta em evidência quando ela reconhece que, pessoalmente, demandaria por tratamento em circunstâncias semelhantes.

No entanto, a mesma juíza enfatiza a importância de separar a identidade pessoal da atuação judiciária, o que não fica claro como ela resiste ao impulso emocional próprio. Embora a juíza alegue que, como parte de um sistema judicial, ela deve seguir uma lógica legal e imparcial, na prática ela se move por um caminho situado entre a lei e o desejo. Aqui há uma compreensão empática ao longo do cumprimento das responsabilidades judiciais que está claramente delineado que é necessário para assegurar a humanização dos processos decisórios.

A análise desse trecho da entrevista evidencia a intrincada rede formada pelas racionalidades jurídicas que permeiam as decisões judiciais na área da saúde. Os juízes, ao se

confrontarem com casos complexos e sensíveis, são constantemente desafiados a equilibrar a compreensão empática com a objetividade, evidenciando o valor de uma máxima de Nietzsche: “humano, demasiadamente humano”. A empatia e identidade pessoal na função judicante revela a complexidade humana subjacente à magistratura, contribuindo para uma compreensão mais profunda das dinâmicas envolvidas na tomada de decisões judiciais relacionadas à saúde.

Na exploração dos achados que trazem a presença de identidade com os demandantes nas decisões judiciais, utilizando como referência o famoso julgamento de Salomão da Bíblia hebraica. Este episódio, presente no livro de Reis 3²², apresenta um dilema envolvendo duas mulheres que alegavam ambas serem a mãe de um bebê vivo, destacando a habilidade do rei em discernir a verdade por meio de uma proposta chocante de dividir a criança ao meio.

Trago esse conhecido julgamento visando compreender como ele se relaciona com a atuação dos juízes contemporâneos, especialmente em casos delicados e complexos na área da saúde.

Os juízes contemporâneos, assim como Salomão, enfrentam o desafio de tomar decisões difíceis onde a obrigação de julgar e a identidade se entrelaçam. Aqui uso uma metáfora do “peso da espada” que recai sobre os juízes para cortar bebês ao meio.

O “peso da espada” representando a carga emocional que os magistrados carregam ao proferir sentenças que são dolorosas para uma das partes. A referência ao bebê cortado ao meio simboliza a dificuldade em negar pedidos que implicaram dor e tristeza. Como citado pela juíza “um drama de uma família, o drama de uma mãe, de um pai”. Decisões negadas que podem ter impactos significativos na vida dos demandantes envolvidos.

A relutância em dizer não nas decisões em saúde reflete uma humanidade dos juízes, que buscam evitar o papel de “cortadores” de destinos. A analogia com o julgamento de

²² Então, vieram duas mulheres prostitutas ao rei e se puseram perante ele. E disse-lhe uma das mulheres Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos numa casa; e tive um filho, morando com ela naquela casa. E sucedeu que, ao terceiro dia depois do meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas, estranho nenhum estava conosco na casa, senão nós ambas naquela casa. E de noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. E levantou-se à meia-noite, e me tirou a meu filho do meu lado, dormindo a tua serva, e o deitou no seu seio, e a seu filho morto deitou no meu seio. E, levantando-me eu pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; Mas, atentando pela manhã para ele, eis que não era o filho que eu havia tido. Então, disse a outra mulher Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho, o morto. Porém esta disse: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho, o vivo. Assim falaram perante o rei. Então, disse o rei: Esta diz este que vive é meu filho, e teu filho, o morto; E esta outra diz: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho, o vivo. Disse mais o rei: _ Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante do rei. E disse o rei: _ Dividi em duas partes o menino vivo e dai metade a uma e metade a outra. Mas a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei. Porque o seu coração se lhe enterneceu por seu filho e disse: Ah! Senhor meu, dai-lhe o menino vivo e por modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem teu nem meu seja, dividi-o antes. Então, respondeu o rei e disse: _ Dai a esta o menino vivo e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe. E todo o Israel ouviu a sentença que dera o rei e temeu ao rei, porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça.

Salomão destaca a complexidade emocional enfrentada pelos magistrados ao se confrontarem com casos sensíveis, nos quais a identidade pessoal com os demandantes se torna inevitável.

O Julgamento de Salomão, episódio que serve como uma metáfora poderosa para compreender os dilemas éticos vivenciados pelos juízes contemporâneos. A estratégia do rei Salomão para discernir a verdadeira mãe, entre as duas mulheres, simulando a divisão do bebê, destaca a busca pela justiça por meio de uma abordagem imparcial, por mais chocante que possa ser.

Entretanto, a simulação do rei Salomão, que criou uma tensão fictícia para alcançar um desfecho sem a concretização da ordem real de cortar o bebê ao meio, não encontra paralelos nos processos judiciais contemporâneos. A realidade é que, mesmo diante de dúvidas sobre a idoneidade das partes, os juízes são compelidos a proferir julgamentos sem a possibilidade de truques inteligentes que possam revelar a verdade.

Transpondo a história para o contexto contemporâneo, podemos explorar uma analogia que envolve a escassez de recursos na área da saúde, como o exemplo de apenas um leito de UTI e a necessidade de dois bebês necessitando desse recurso vital. Nesse cenário, a única decisão consentânea com os princípios de um Estado de Direito é a alocação de um bebê no leito de UTI e a outra criança fora desse ambiente essencial.

Essa analogia simplificada destaca o desafio enfrentado pelos juízes para equilibrar a ação de julgar com os recursos limitados do Estado, restando o lado difícil existente na área das decisões em saúde, conforme referido pela juíza da entrevista n.4.

Entre os entrevistados, houve uma prevalência de homens, a entrevistada n. 4 foi a única mulher. Essa prevalência de homens reflete o universo da profissão no Brasil.

Entretanto, não se observou diferença no tocante a multiplicidade de racionalidades jurídicas na construção das decisões entre juízas e juízes. Nos conteúdos de ambos estão presentes racionalidades jurídicas legais, morais e afetivas. Destacada, entretanto, na entrevista da juíza o tema da maternidade que aparece como um dos aspectos da razão sensível no imaginário de uma juíza. E também presente no conteúdo enfatizado por entrevistados homens: “Quando se trata de um pedido que envolve criança, eu fico mais sensibilizado... quando se trata de uma criança em mim chama atenção” (trecho de entrevista n.8 com juiz estadual)

A desigualdade de gênero nos Tribunais é uma realidade dos tribunais superiores e tribunais estaduais e federais. No Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, que contava com duas ministras, Rosa Weber e Cármen Lúcia Antunes Rocha, representando 18,18% do total, atualmente somente uma mulher está presente no órgão de cúpula do Poder Judiciário

brasileiro, após a aposentadoria da Minsitra Rosa Weber. Esta redução do quórum feminino no STF é um reflexo da discreta participação das mulheres no Judiciário como um todo.

No contexto do Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora haja seis mulheres em sua composição de 33 ministros, também representando discretos 18,18%. Nos Tribunais Federais Regionais, a disparidade de gênero também está presente. Por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região é o único que não tem, em sua atual composição, nenhuma desembargadora, enquanto o Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem 12 mulheres entre os 42 desembargadores, representando 28,57%.

Segundo dados de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (2019) a representatividade feminina ainda é muito baixa em comparação com a presença masculina, evidenciando uma disparidade significativa entre os sexos. Em alguns estados, como Amapá, Alagoas, Pernambuco²³, Piauí, Rondônia e Roraima, há apenas uma desembargadora entre os membros dos Tribunais de Justiça. Enquanto no Amapá nenhuma mulher ocupa vaga entre os nove desembargadores que compõe o Tribunal pleno.

Nos maiores tribunais do país, em termos de vagas, a participação feminina também é minoritária: em São Paulo, são 29 entre 360 desembargadores e no Rio de Janeiro são 59 mulheres entre os 180 desembargadores. Embora nas maiores cortes estaduais que são São Paulo e Rio de Janeiro, haja um número maior de desembargadoras, a participação feminina ainda é minoritária em relação ao total de membros. Essa discrepância é um reflexo das barreiras enfrentadas pelas mulheres no acesso aos cargos de poder e influência no sistema judiciário. (CNJ, 2019)

Os TRFs da 1ª, 2ª e 4ª região têm 27 desembargadores. São cinco (18,51%) no Tribunal Regional Federal da 1ª região, cinco (18,51%) no Tribunal Regional Federal da 2ª região e sete mulheres (25,92%) no Tribunal Regional Federal da 4ª região. Esse cenário é preocupante, pois demonstra uma falta de equilíbrio de gênero nas altas esferas do Poder Judiciário em nível estadual e federal.

De forma global o Poder Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por magistrados do sexo masculino, com apenas 38,8% de magistradas em atividade. Considerando-se os últimos 10 anos, essa participação feminina na magistratura é ainda menor 37,6%. Entretanto, houve evolução do percentual de magistradas em relação à composição do Poder Judiciário no ano de 1988, quando as mulheres ocupavam 24,6% dos

²³ Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira.

cargos da magistratura no Brasil. (CNJ, 2019)

E a participação feminina na magistratura é ainda menor quando analisada por cargo. Assim, o percentual de magistradas nos cargos de Desembargadoras, Corregedoras, Vice-Presidentes e Presidentes aumentou nos últimos 10 anos, entretanto, ainda permanecem no patamar de 25% a 30% . Com relação às Juízas e aos Juízes Substitutos, o número de mulheres aproximou-se ainda mais ao de homens (de 41,9% para 45,7%) . O único caso de retração na participação das mulheres ocorreu entre as convocações de juízas para atuar nos tribunais de 32,9% para 31,1%. (CNJ, 2019)

A distribuição do percentual de representatividade feminina no cargo de Juíza Titular por unidade da federação indica que somente os estados do Pará, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Paraíba e Sergipe têm mais de 41% desses cargos ocupados por mulheres. Seis estados, a saber, Amazonas, Amapá, Tocantins, Maranhão, Rio Grande do Norte e Rio de Janeiro têm menos de 17% de mulheres como Juízas Titulares.

A Justiça do Trabalho se destaca por ter apresentado nos últimos 10 anos os maiores percentuais de magistradas em todos os cargos, com ênfase na composição de 41,25% de Presidentes do sexo feminino. De maneira oposta, a Justiça Militar Estadual apresentou os menores percentuais de magistradas (CNJ, 2019)

Barbalho (2008, p. 24), em estudo realizado sobre a feminização das carreiras jurídicas, observa que as mudanças no cenário profissional decorrem de um complexo processo de adequação da realidade de valores e tradições, no qual a questão de gênero é mais um elemento a ser compreendido e equacionado. Ressaltando a existência de barreiras tradicionais e culturais a serem quebradas, apresenta o exemplo do uso de calças por mulheres nos tribunais. A ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha no ano de 2007 inovou ao usar calças compridas pela primeira vez numa sessão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Pesquisa sobre os delegados de polícia de Pernambuco trouxe a ocupação das mulheres nos cargos de delegadas, apontando que as entrevistadas que fizeram parte da amostra apresentaram como principal fator de dificuldade para o crescimento profissional equilibrar a atenção à família, sobretudo aos filhos, e à carreira. A maioria encontrou dificuldade de dedicar mais tempo ao trabalho e abrir mão do cuidado dos filhos. (VILA NOVA, 2013)

Até o momento o Judiciário não conta com uma representação equitativa que reflita verdadeiramente a diversidade de gênero da sociedade brasileira. Esses números mostram que ainda há um longo caminho a percorrer para alcançar uma representação de gênero mais equilibrada no sistema judiciário brasileiro.

4.3 A culpa por negar

“... eu tento ser o mais equilibrado possível. É quase impossível mais eu tento. Em alguns casos éhh a crise de consciência é muito forte, eu não vou negar isso não. Assim que eu chego a negar os pedidos que eu vejo que são tão absurdos assim, no macro que eu chego a negar isso dá uma crise de consciência imensa. Você sai daqui péssimo.

Pelo fato de ter negado, mas a gente não pode virar deus, a gente é só o juiz, que não era nem para tá decidindo essas coisas, quem vai viver e quem não vai porque está faltando remédio. Isso era para estar tudo equilibrado dentro do jogo do sistema, porque eu tô dizendo, alguns desses medicamentos são de lá mesmo, são de lá da lista, tem uma lista própria e são medicamentos que estão faltando lá, principalmente os de câncer, principalmente esses.

É porque a gente já está sendo colocado no papel de Deus porque tá demorando a liminar” (trecho de entrevista n. 1 com juiz federal)

A análise dos dados revela um padrão notável nos últimos anos: uma relutância dos juízes em proferir negativas, impulsionada pelo desafio emocional e a fantasia de desempenharem um papel semelhante aos deuses.

Numa fantasia de onipotência divina os juízes têm ao longo dos anos aumentado o seu poder de dar o que lhes é pedido, e ao longo dos anos deferido o máximo de pedidos relacionados ao direito à saúde, criando a impressão de que não há limites claros para esse direito. Como vimos em capítulo anterior com a ampliação do sentido de saúde, incluindo coisas como lata de leite e até energia elétrica.

Ao serem confrontados com a realidade de limites ao poder de conceder as demandas apresentadas ao Poder Judiciário os juízes se sentem péssimos, mesmo com o reconhecimento de terem negado pedidos absurdos. Os dados analisados revelam que a confrontação com a realidade dos limites na resposta às demandas da saúde gera sentimentos intensos de culpa entre os magistrados. O que nos permite explorar, além dos aspectos éticos, os aspectos emocionais envolvidos na ação de julgar, considerando a fala de um juiz federal que explicita o impacto negativo dessas negativas.

A expressão "você sai daqui péssimo" aponta para o impacto emocional duradouro que a negativa de pedidos na área da saúde tem sobre os juízes. Essa reação exposta pelo juiz entrevistado n. 1 sugere que a dimensão afetiva dessas decisões transcende o ambiente do tribunal, influenciando o bem-estar pessoal dos magistrados.

A expressão do juiz revela uma luta interna entre seu dever profissional de aplicar a lei de forma objetiva e a culpa que sente ao confrontar as consequências humanas de suas

decisões.

Inicialmente, o juiz enfatiza seu esforço em manter equilíbrio emocional diante das demandas apresentadas, reconhecendo a dificuldade dessa tarefa em certos casos. Esse reconhecimento da presença de racionalidades emocionais inerentes ao trabalho judiciário é crucial para entender como os juízes lidam com o dilema de negar pedidos que podem ter impacto direto na vida das pessoas.

A crise de consciência mencionada pelo juiz após negar pedidos mesmo quando considerados absurdos revela o conflito interno vivenciado por muitos juízes ao tomarem decisões difíceis nos casos de saúde. A culpa resultante dessas decisões pode ser avassaladora, deixando-os com uma sensação de desconforto e inadequação em relação às suas próprias ações, como evidenciado no trecho que o juiz revela: “Você sai daqui péssimo”. Essa culpa não apenas reflete a preocupação com o bem-estar dos indivíduos envolvidos nos processos judiciais julgados, mas também a dimensão que a responsabilidade dos juízes tem numa dimensão de culpa.

No entanto, é importante destacar que essa culpa também pode ser vista como um sinal de empatia e sensibilidade por parte dos juízes. Ao reconhecerem o impacto emocional de suas decisões, os juízes demonstram uma responsabilidade num formato de preocupação genuína com as pessoas afetadas e um desejo de dar o direito pleiteado, fazendo o que seria melhor dentro dos limites da estrutura legal.

Além disso, a manifestação dessa culpa pode servir como um catalisador para uma reflexão mais profunda sobre as práticas judiciais relacionadas à saúde. A identificação de racionalidades jurídicas afetivas, numa espécie de “confissão” pelos juízes pode ser o incentivo para a busca de soluções alternativas e abordagens mais holísticas para lidar com os desafios enfrentados nos casos de saúde, podendo minimizar o sofrimento dos magistrados.

Assim, o reconhecimento e a expressão da culpa pelos juízes ao negarem pedidos em saúde podem representar um ponto de partida para a implementação de mudanças significativas no sistema judiciário. O que pode aprimorar a tomada de decisões e promover uma reflexão de como lidar com as demandas nas quais estão presentes múltiplas racionalidades jurídicas, revelando a complexidade na construção de decisões em saúde, que se mostra uma equação complexa, na qual estão presentes deveres legais, éticos e emocionais que os juízes buscam conciliar.

A área da saúde frequentemente coloca os juízes diante de pedidos complexos e, por vezes, absurdos. A decisão de negar essas demandas, mesmo quando fundamentada em critérios legais e orçamentários, desencadeia um conflito profundo. O juiz federal entrevistado

n.1 revela a dimensão desse conflito ao descrever a crise de consciência que surge após negar pedidos que considera absurdos. Esse conflito reflete não apenas a tensão entre as demandas individuais e a alocação de recursos limitados, mas também o impacto emocional sobre os juízes que, em última instância, carregam em si o ônus dessa negativa.

A culpa surge como efeito as resposta negativas. A citação do juiz federal enfatiza a crise de consciência. O sentimento de culpa emerge como uma resposta humana, indicando que os juízes estão conscientes das implicações negativas de suas decisões na vida das partes envolvidas, mesmo quando embasadas em critérios legais, as negativas revelam um choque emocional que abala a integridade emocional dos magistrados.

A busca por equilíbrio entre o desejo de atender às demandas dos indivíduos em busca de tratamentos e a responsabilidade de se imiscuir num sistema que tem recursos finitos se torna um dilema para os magistrados. O conjunto de dados do estado traz evidências que há dificuldade dos juízes para a aceitação dos próprios limites. A negativa de pedidos em situações sensíveis gera um sentimento de culpa. A citação do juiz durante entrevista n.1 reflete a carga emocional que acompanha essas decisões: " a gente é só o juiz, que não era nem para tá decidindo essas coisas, quem vai viver e quem não vai porque está faltando remédio. Isso era para estar tudo equilibrado." Essa fala evidencia não apenas a angústia do juiz diante de escolhas tão cruciais, mas também a consciência de que o papel desempenhado não condiz com a expectativa do magistrado da própria função.

A ideia de liberar-se da fantasia de serem deuses emerge como um processo de desrecale por parte dos juízes. A expressão "Eu não sou deus" reflete a difícil aceitação consciente dos limites humanos. Da mesma forma essa compreensão sugere um caminho para aliviar a carga emocional e a culpa associada às escolhas difíceis. O reconhecimento do juiz entrevistado que não pode controlar todos os aspectos da vida e da morte pode ser fundamental para a preservação da integridade emocional dos juízes, o que se revela em diferentes situações. Por exemplo, quando ele reconhece a presença do drama humano mas busca manter certa objetividade:

“...Não vou dizer que o juiz tem que ser frio, mas ele também não pode se envolver tanto emocionalmente não, porque se pedir um pedaço do céu ele vai dar. Porque eu estou precisando de um pedaço do céu. Tome um pedaço do céu para você. Então eu indefiro a maioria das liminares porque eu quero ouvir uma perícia, eu quero ouvir a União.” (trecho de entrevista n. 5 com juiz federal)

O juiz entrevistado expõe seu conflito interno. A citação do juiz federal evidencia um dilema ético e emocional enfrentado ao negar pedidos da área da saúde. A metáfora de "dar

um pedaço do céu" ilustra a compreensão dos juízes de inadequação de conceder benefícios irrestritos, questionando a validade de conceder decisões baseadas em esperança, sem evidências sólidas. Entretanto o mesmo juiz expressa uma preocupação genuína com a impossibilidade de se distanciar emocionalmente no ato de julgar.

O trecho da entrevista destaca a dimensão humana dos juízes, reconhecendo a dificuldade em negar esperança às famílias que buscam tratamentos médicos específicos como conforto. Embora haja divergências dos conceitos de emoções, sentimentos e afetos na sociologia contemporânea, fazem parte da experiência social.

A menção à própria fé do juiz e a sua hesitação em se ver "um mal cristão" ao negar determinados pedidos ilustram a tensão entre os valores pessoais e a obrigação legal. A palavra conflito aparece repetidamente na narrativa, indicando a internalização do embate ético e emocional que permeia as decisões.

E busca manter objetividade quando revela as indecisões entre a lei e a religião:

“... O laudozinho lá, que ele fez foi no sentido justamente, que não se aplica a ela... Mas, aí no final ele (*o médico*) diz, mas como bom cristão quem sou eu para negar o direito, negar a esperança de uma família de ver seu filho melhor, então, eu concedia. Aí assim, eu não posso basear, por mais insensível que isso possa parecer, eu não posso basear uma decisão minha que vai custar milhões aos cofres públicos na esperança, né? Eu não tenho prova nenhuma que esse remédio vai fazer bem a essa criança, mas eu vou dar porque, vamos ter a esperança que vai dar certo, é um argumento muito frágil. É, com base na esperança de quê, vamos ver se vai dar certo, não tire a esperança da família não. As palavras usadas foram essas, eu sou um cristão e como bom cristão eu não tiraria a esperança de uma família, eu concederia o remédio. Aí eu fiquei pensando, então eu sou um mal cristão, eu não vou dar, sou cristão, mas sou mau.” (trecho de entrevista n. 5 com juiz federal)

Ou quando reivindica os impactos da decisão na sua própria saúde emocional com juiz:

“Eu tenho colegas que lidam muito difícil, que tem problemas muito sérios com isso, como eu te falei eu já vou fazer 12 anos. No começo mesmo, eu tenho uns colegas de concurso assim que muitos foram fazer psicólogo, muitos foram porque é um conflito muito grande, você está lidando com a vida das pessoas, você tem que tomar uma decisão porque você é obrigado, tá difícil cara, mas você é obrigado, e você fica desencanado com isso, porque se a pessoa parar para pensar eu vou endoiar. To ferrado” (trecho de entrevista n. 5 com juiz federal)

Utilizando o trecho da entrevista n.5 acima, de juiz federal, evidencia-se a luta interna dos magistrados entre o que tem como o dever legal e os chamados éticos e emocionais de suas decisões. A cultura afetiva é socialmente construída, e as interpretações dos afetos variam de acordo com o contexto e a história de vida de cada indivíduo.

O magistrado expõe o impacto dos conflitos emocionais na saúde mental dos magistrados. Faz uma referência ao próprio tempo de serviço como juiz, mencionando que "se

a pessoa parar para pensar, vai endoidar", revelando o desgaste emocional contínuo causado pela complexidade das decisões judiciais na área da saúde. A busca pela objetividade, associado à necessidade de sobreviver a um ambiente onde se lida com vidas humanas, reflete a difícil jornada psicológica dos magistrados diante de escolhas que são desafiadoras.

Os magistrados enfrentam batalhas internas ao negar pedidos em saúde. Presentes elementos de culpa ao deixar prevalecer o dever legal ao julgares demandas desarrazoadas que o juiz compara com "um pedaço do céu" e o chamado emocional que o juiz desconsidera, o que o faz se sentir um "cristão mau". A saúde mental dos juízes é afetada pelo desgaste contínuo.

Aqui destaco que a exploração das racionalidades jurídicas afetivas e morais, que são continuamente veladas, pode contribuir a mitigar os desafios psicológicos enfrentados no exercício da magistratura.

O juiz compartilha a experiência de colegas que enfrentam dificuldades semelhantes as dele, alguns dos quais recorreram à ajuda psicológica para lidar com o impacto emocional do trabalho judicial. Esse testemunho oferece um vislumbre do peso psicológico que muitos juízes carregam ao lidar com casos sensíveis e demandas complexas na área da saúde. O juiz expõe que a necessidade de tomar decisões com grandes repercussões sobre a vida das pessoas pode ter consequência esmagadora para os juízes, levando a grande desgaste emocional.

O entrevistado destaca ainda o conflito interno enfrentado por ele e muitos dos seus colegas, que são compelidos a tomar decisões difíceis por ser da natureza da função, mesmo que isso represente um fardo emocional significativo. A sensação de estar preso entre o dever profissional e o peso das consequências humanas dessas decisões é evidente em sua narrativa. A tensão entre o papel de julgador e as questões emocionais criam um ambiente desafiador para os juízes, que lutam para equilibrar a imparcialidade legal com uma compreensão compassiva das situações das pessoas.

Além disso, o juiz expressa uma preocupação pessoal com os efeitos adversos que esse trabalho pode ter em sua saúde mental. Ele reconhece a dificuldade de se desconectar emocionalmente dos casos julgados e o impacto disso em seu próprio bem-estar psicológico. A referência à possibilidade de enlouquecer reflete a intensidade do estresse enfrentado pelos juízes ao lidar com casos desafiadores e moralmente complexos.

A entrevista n.5 com o juiz federal revela um aspecto crucial do seu trabalho: lidar com o conflito emocional ao tomar decisões que afetam diretamente a vida das pessoas. Ao expressar o sentimento de estar "ferrado" diante da obrigação de decidir, o juiz expõe o mal-

estar e a angústia que ele e seus colegas enfrentam ao confrontar os sentimentos negativos associados à negação de pedidos em saúde. Essa tensão emocional é evidente na descrição do juiz sobre o peso de ter que tomar decisões difíceis que impactam profundamente as vidas das pessoas envolvidas.

Essa angústia e conflito emocional podem ser compreendidos à luz da teoria dos afetos de Spinoza, que explora as emoções primárias da alegria e da tristeza. Spinoza (2009, p. 108) argumenta que a mente pode passar por mudanças, resultando em uma perfeição maior (alegria) ou menor (tristeza). A alegria é caracterizada pela mente passando a uma perfeição maior, enquanto a tristeza é associada a uma perfeição menor. Esses afetos primários são fundamentais para entender as emoções humanas e como elas afetam a mente e o corpo.

Spinoza (2009, p. 133) apresenta a ideia de reconhecimento no corolário que a alegria é reforçada a medida que o homem imagina ser louvado pelos outros, pois imagina que os outros são afetados por ele, o que vem acompanhado da ideia de si próprio como causa de afecção da ideia de si próprio.

“A mente pode padecer grandes mudanças, passando ora a uma perfeição maior, ora a uma menor, paixões essas que nos explicam os afetos da alegria e da tristeza. Assim, por alegria compreenderei, daqui por diante, uma paixão pela qual a mente passa a uma perfeição maior. Por tristeza, em troca, compreenderei uma paixão pela qual a mente passa a uma perfeição menor. Além disso, chamo o afeto da alegria, quando está referido simultaneamente à mente e ao corpo, de excitação ou contentamento; o da tristeza, em troca, chamo de dor ou melancolia. Deve-se observar, entretanto, que a excitação e a dor estão referidos ao homem quando uma de suas partes é mais afetada do que as restantes; o contentamento e a melancolia, por outro lado, quando todas as suas partes são igualmente afetadas. (SPINOZA, 2009, p. 109)

Quando o juiz descreve o conflito emocional que enfrenta ao negar pedidos em saúde, ele está revelando uma experiência de tristeza, uma vez que sua mente passa a uma perfeição menor devido ao peso emocional da decisão. Essa tristeza é manifestada na angústia e no mal-estar que ele expressa. Além disso, Spinoza distingue entre dor e melancolia, sendo a dor associada à excitação quando uma parte do homem é mais afetada do que outras, enquanto a melancolia está relacionada ao contentamento quando todas as partes são igualmente afetadas.

No contexto das decisões judiciais em saúde, o juiz e seus colegas enfrentam a dor da tristeza ao confrontar as consequências emocionais de negar pedidos que podem ter um impacto significativo na vida das pessoas. Eles experimentam uma perfeição menor da mente, refletida na angústia e no mal-estar emocional. Essa análise nos ajuda a compreender melhor a

complexidade das emoções envolvidas no processo judicial e destaca a importância de considerar o aspecto humano das decisões judiciais, especialmente quando se trata de questões tão delicadas como o direito à saúde.

Assim, o trecho da entrevista n.5 destaca a importância de reconhecer e abordar as dimensões emocionais e afetivas presentes no trabalho judicial, especialmente nos casos de saúde. Ignorar esses aspectos pode levar a consequências negativas para a saúde mental dos juízes e comprometer a qualidade das decisões. Ao reconhecer e lidar com essas questões de forma adequada pode-se ajudar a mitigar os desafios enfrentados pelos juízes e promover um ambiente de trabalho mais saudável e equilibrado.

Existe um pacto persistente no mundo do direito para que esses fatores continuem velados, o que ajuda a manter uma aura de seres especiais acima das questões humanas o que gera efeitos perversos, como os graves conflitos internos, como expressado pelo juiz federal. O desvelamento das racionalidades jurídicas afetivas presentes nas decisões judiciais pode mitigar os desafios psicológicos enfrentados no exercício da magistratura.

4.4 A aceitação dos limites do poder

“Quando a gente se baliza por precedentes isso (o desejo de responsividade emocional) se torna muito mais fácil, porque ao mesmo tempo que você pensa que naquele caso concreto seria mais fácil emocionalmente dizer sim, você vê que estaria na prática é, viabilizando uma injustiça tremenda com aquelas outras pessoas que não tiveram acesso e penso muito que, ao dizer sim nesses casos, ao salvar uma vida, né, nesses casos que realmente há medicamentos de alto custo, eu possivelmente estou matando diversas outras crianças, então, eu me ligo emocionalmente a essas outras crianças, e que eu estou destinando aquela verba e que não é minha função destinar verba, então, eu, a gente ouve esse canto da sereia, e ver que se a gente estiver dando dinheiro para ela, a gente está entrando sim, na esfera do executivo de administração de orçamento e não é isso que o judiciário tem o papel de fazer mesmo.” (trecho de entrevista n. 4 com juíza federal)

Os juízes, ao aceitarem os limites do seu poder, enxergam a impossibilidade de salvar todas as vidas sem que isso também seja uma causa de injustiça. A magistrada entrevistada n.4 expõe a compreensão de que ao salvar a vida de uma criança em um caso específico, pode paradoxalmente estar impactando negativamente a vida de outras crianças, trazendo à tona a difícil balança ética enfrentada por esses profissionais. E a alteração de percepção ao longo do tempo.

“Nós temos a obrigação de garantir direitos fundamentais, de acesso a saúde, mas

em conformidade com a Constituição Federal que são naquele, que não se compreende a saúde como universal como tudo, né?. Não é tudo, não pode ser tudo, né? Nem em países de primeiro mundo existe isso. Uma colega que foi passar férias em Londres ela pegou uma virose muito grave, pegou uma virose muito grave e precisou ser atendida no sistema do SUS lá, e não foi internada para soro. E ela disse que chegou lá extremamente desidratada e esperava tomar um soro e melhorar e explicaram para ela: aqui a gente não ocupa um leito para soro, a gente não faz isso. Você vai melhorar em casa, vai ser mais difícil para você? Vai, mas isso aqui, a gente vai pegar esse recurso aqui que seria apenas para melhorar sua qualidade de vida e vai salvar uma vida. Então é esse pensamento que nós hoje em dia temos, com mais consciência depois de anos de atuação na área de saúde que no Judiciário estamos formando, que é importante, por isso é tão importante essa capacitação contínua.” (trecho de entrevista n. 4 com juíza federal)

O conjunto dos dados indica uma mudança na percepção dos juízes ao longo dos anos em relação aos limites do seu poder no julgamento dos casos de saúde. Analisando o trecho da sentença: “Então é esse pensamento que nós hoje em dia temos, com mais consciência depois de anos de atuação na área de saúde que no Judiciário estamos formando” destacamos como os magistrados estão começando a compreender e aceitar os limites de sua atuação, o que lhes permite também alcançar uma forma de libertação da imposição de serem responsáveis por tudo.

A juíza ao realizar a comparação com a colega que vivenciou os limites do sistema de saúde em outro país acrescenta uma perspectiva internacional, mostrando que a saúde não pode ser compreendida como um direito absoluto, embora seja universal, mas sim em conformidade com os princípios constitucionais específicos dentro de uma realidade que terá sempre consequências de escassez para alguém.

“Em algumas situações uma resposta emocional, o senhor é chamado a uma responsividade emocional?

Pausa, algumas vezes, algumas partes tentam é sensibilizar o juiz e o pessoal da vara, são pessoas que mandam, anexam aos autos fotografias de pacientes, antes, depois, ou de pacientes que ainda podem se deslocar ao fórum para sensibilizar o juiz, isso aí não deixa de existir, há, que permeia uma decisão na área de saúde, envolve também essa parte aí, mas a gente, geralmente os juízes procuram ser técnicos, decidir se realmente tem a prescrição médica para aquela doença, se houve, se nos autos há prescrição para essa doença, e se de fato isso encontra respaldo no NATS e na literatura médica, também se não for, a decisão evidentemente será negativa.” (trecho de entrevista n.6 com juiz estadual)

As decisões judiciais, como demonstra o conjunto de dados, estão atreladas aos afetos e podem ser vistas como processos de sociabilidade embasados em valores e expectativas. Aqui, as condições subjetivas desempenham um papel crucial para as partes que compreendem que a mente e o coração se entrelaçam na tomada de decisões judiciais e se utilizam de recursos emocionais para “sensibilizar o juiz”. O trecho acima revela que os

juízes muitas vezes relutam em admitir a influência dos afetos em suas decisões, aderindo a uma narrativa distanciada e objetiva. No entanto, a análise das decisões judiciais frequentemente revela elementos emocionais, como compaixão e solidariedade, que demonstram a presença dos afetos na prática jurídica.

Além disso, a pesquisa evidencia que categorias afetivas estão presentes nas decisões relacionadas à saúde e no manejo do processo judicial também pelas partes.

“Eu não sei se é resposta emocional, mas penso eu que o magistrado se coloca no lugar do outro quando julga.” (trecho de entrevista n.7 com juiz federal)

O trecho da entrevista n.7 com juiz federal ressalta a importância de considerar as racionalidades jurídicas afetivas presentes no processo decisório judicial. Ao mencionar que o magistrado se coloca no lugar do outro quando julga, o juiz reconhece, mesmo que implicitamente a influência das emoções na tomada de decisões judiciais. Essa reflexão é relevante à luz das ideias de Martha Nussbaum, que argumenta em seu livro *Political Emotions* sobre a necessidade de incorporar emoções, como o amor, para promoção de uma sociedade mais justa e igualitária (NUSSBAUM, 2015).

Nussbaum (2015) desenha rotas pelas quais seja possível construir uma sociedade na qual, emoções públicas seriam capazes de ampliar a contribuição de homens e mulheres. Criando estruturas que ampliem a compaixão. Estruturas que não podem ser, na visão da autora, racionais e filosóficas exclusivamente, como na obra de Rawls. E discorda da ideia de emoções como energias impensadas, que empurram as pessoas para um lado e outro, ao encontro da perspectiva de Spinoza, aqui referenciada.

Nussbaum (2015) defende a ideia de que o respeito, por si só, é insuficiente para superar as tendências humanas que levam à tirania e à injustiça. Ela sugere que o amor, expresso por meio de apegos a causas comuns e preocupações compartilhadas, pode ser uma força motivadora poderosa para inspirar indivíduos a se sacrificarem pelo bem comum. O amor, conforme Nussbaum argumenta, pode fomentar o comprometimento com objetivos coletivos e contrabalançar emoções negativas, como o desgosto e a inveja, que podem minar os esforços em direção à justiça social.

No contexto da entrevista n.7 com o juiz federal, a menção de se colocar no lugar do outro ao julgar sugere uma forma de empatia que pode estar enraizada no amor ou em sentimento semelhante. Essa empatia pode levar os juízes a considerar não apenas a aplicação fria da lei, mas também as circunstâncias individuais e as consequências humanas de suas

decisões. Ao se identificar com as partes envolvidas nos casos, os juízes podem ser motivados a buscar soluções mais compassivas e justas, alinhadas com os princípios de igualdade e respeito pelos direitos humanos.

Grandes líderes democráticos mobilizaram o poder do amor e da empatia para propor mudanças na sociedade e inspirar ações coletivas em prol do bem comum. Como Gandhi que compreendeu a importância de cultivar emoções em sua luta por justiça social, e destacou a relevância das emoções no contexto político.

“Então, assim, eu tenho consciência do meu papel, eu não vou julgar conforme a minha emoção, se a lei estiver dizendo que eu não posso fazer, por mais que eu tenha pena da pessoa eu não vou deixar de fazer o que a lei diz que é para eu fazer. Mas que isso trás um impacto, para mim pelo menos traz, eu não sei de outros colegas entendeu, porque às vezes a gente vê situações que são quadros sombrios, prognóstico não é favorável a pessoa, mas a prova diz que ela não tem direito aquele medicamento, pelo menos dentro dos meus critérios de julgamento que eu procuro utilizar, a senhora entendeu? Por mais que eu negue o medicamento, e eu sei que agi de modo correto, mas, na hora de julgar eu me coloco no lugar da outra pessoa, não é uma situação fácil de julgar por isso, porque eu sei que quem vem com um problema de saúde para o judiciário, provavelmente está recorrendo a sua última expectativa, ela já tentou buscar no Estado, na farmácia do estado, na farmácia do município e não conseguiu medicamento porque negaram para ela.” (trecho de entrevista n.7)

O juiz expressa sua conscientização sobre seu papel, afirmando que não julgará conforme suas emoções, mas sim de acordo com a lei. No entanto, ele reconhece o impacto emocional que essas decisões têm sobre ele, especialmente ao se colocar no lugar da parte envolvida.

Ao considerar não apenas os aspectos legais, mas também as circunstâncias individuais e emocionais das partes envolvidas, os juízes podem adotar uma abordagem mais humanizada e compassiva em suas práticas judiciais. Essa reflexão do juiz ressalta a presença das racionalidades jurídicas afetivas na tomada de decisões judiciais.

Nussbaum (2015, 2013) em sua obra, explora a importância de cultivar emoções que promovam a justiça e o respeito pela humanidade. Ela argumenta que o amor, quando direcionado para o bem comum e o respeito pela vida humana, pode ser uma força motriz poderosa para inspirar ações em prol da justiça social. Ao contrário da crença de que uma teoria dos sentimentos públicos é contrária aos princípios de liberdade e autonomia, Nussbaum defende que uma sociedade pode se beneficiar do cultivo de emoções que promovam o respeito mútuo e a compaixão.

No contexto da entrevista n.7 acima, a referência ao impacto emocional nas decisões judiciais e a consideração das circunstâncias individuais das partes envolvidas sugerem uma

abordagem alinhada com os princípios defendidos por Nussbaum. Ao reconhecer e considerar as racionalidades jurídicas afetivas, os juízes podem estar contribuindo para a promoção de uma sociedade mais justa e solidária.

Da análise das decisões judiciais e entrevistas com os juízes, foi possível identificar como as emoções desempenham um papel significativo na tomada de decisões e na compreensão das necessidades individuais das partes envolvidas

. Os juízes frequentemente expressam preocupação, empatia e compaixão ao lidar com casos complexos, especialmente aqueles relacionados à saúde, ligado a vida das pessoas. Isso indica que as emoções, influenciam diretamente as práticas judiciais, o que pode ser um caminho na busca por uma justiça mais compassiva e humanizada.

Nesse sentido, vemos que os juízes podem ser influenciados por emoções como compaixão e empatia ao analisar os casos sobre direito à saúde, levando-os a agir de forma a buscar mitigar o sofrimento das partes envolvidas.

Ao encontro do que Weber (2009) argumenta que os afetos podem ser compreendidos intuitivamente e avaliados intelectualmente em relação aos seus efeitos sobre a orientação e os meios da ação. Essas emoções não são apenas reações subjetivas, mas se tornam parte da tomada de decisão judicial, pois afetam a interpretação das leis e a aplicação dos princípios jurídicos.

Ao concluir este capítulo, torna-se evidente que os juízes podem ser influenciados por emoções ao analisar casos relacionados ao direito à saúde, o que nos leva a conclusão da presença de racionalidades jurídicas sensíveis.

Nussbaum (2015) argumenta sobre a importância das emoções, especialmente aquelas enraizadas no amor, na promoção da justiça social e na sustentação de instituições democráticas. Uma perspectiva interessante quando consideramos as racionalidades jurídicas afetivas presentes em sentenças e entrevistas com juízes, que vão além das racionalidades jurídicas legais tradicionais.

Por outro lado, Nussbaum (2015) destaca que a teoria do contrato social, que pressupõe que os cidadãos são racionais e concordam em se governar por reconhecerem que suas necessidades são mais bem atendidas por meio da cooperação, não seria suficiente para garantir a justiça para aqueles que dependem dos outros. Ela propõe que uma sociedade democrática precisa cultivar certas emoções, como empatia e compaixão, para permanecer estável e comprometida com seus ideais.

Na compreensão de Nussbaum (2015) as emoções desempenham um papel crucial na busca pela justiça social. Nesse diapasão, é possível considerar que os juízes, ao

reconhecerem e considerarem as emoções em suas decisões judiciais, podem contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, onde as necessidades e os direitos das pessoas sejam respeitados.

Martins (2023, p. 217) faz um raciocínio paralelo ao propor uma teoria antiutilitarista da ação pública. Ele apresenta o modelo teórico da sociedade civil mundializada de Alain Caillé, e se propõe o desafio de identificar o movimento de criação de novas formas sociais de participação ampliada de modo a liberar diferentes processos de decisão mais recíprocos.

O conjunto dos resultados dessa pesquisa que identificou a presença de racionalidades jurídicas morais e afetivas nas decisões judiciais parece estar no caminho de movimento democratizante, capaz de efetivar mudanças nos sistemas de poder tradicionais como apontado por Martins (2023, p. 217). Para ele a rigidez corporativa do aparelho estatal nas condições periféricas exige a presença de impactos externos para as mudanças de sistemas tradicionais.

As racionalidades jurídicas morais e afetivas parecem elementos que quando presentes, podem ser capazes de mudar os sistemas de poder tradicionais. Embora Martins (2023, p. 217) apresente a presença de impactos externos para tais mudanças. Observo que uma ampliação desse elenco de impactos parece coerente. Acrescentando-se impactos que chamo internos, a exemplo das racionalidades jurídicas morais e afetivas que no sistema tradicional de justiça, parecem capazes de realizar “movimento democratizante de descongelamento nas estruturas de poder internas enrijecidas”.

CONCLUSÃO

Após uma extensa trajetória de pesquisa, é gratificante constatar que os objetivos propostos foram alcançados com sucesso. Ao explorar a construção da justiça em saúde no Brasil, utilizando instrumentos teóricos-metodológicos adequados, foi possível identificar e analisar as diferentes racionalidades presentes nos casos em saúde julgados e nos argumentos dos juízes. Este processo nos permitiu obter uma compreensão mais clara da problemática em questão, revelando a presença de múltiplas racionalidades jurídicas.

A originalidade da nossa pesquisa reside na aceitação da existência de múltiplas racionalidades e ir em busca por identificá-las. Contrariamente à concepção tradicional que limita o mundo do direito apenas às considerações técnico-jurídicas, esta pesquisa abriu espaço para a investigação e compreensão de elementos para além desses aspectos, reconhecendo a importância das dimensões moral e afetiva na tomada de decisões judiciais.

Destaca-se que o objetivo não foi apenas ressaltar o imaginário dos juízes ou a subjetividade presente em suas decisões, mas sim apresentar tipos ideais capazes de identificar as diferentes racionalidades que permeiam o mundo do direito. Esse esforço permitiu uma análise mais profunda das dinâmicas judiciais, revelando nuances e complexidades que muitas vezes são veladas ou subestimadas.

Em contraponto à compreensão que classifica a discricionariedade da interpretação da lei como arbitrariedade, esta pesquisa propõe uma abordagem que reconhece a importância da liberdade interpretativa dos juízes. Ao invés de encarar essa liberdade como uma ameaça ao Estado de Direito, argumenta-se que ela pode servir para uma adaptabilidade do sistema jurídico às necessidades e contextos específicos.

Diferente da compreensão de Streck (2014, p. 49-50) que traz o debate da discricionariedade da interpretação da lei para o plano da linguagem, questionando o grau de liberdade dado aos juízes, como intérpretes da legislação. Ele coloca em xeque o próprio poder de interpretação dado aos juízes, o que classifica de arbitrariedade, afirmando que o direito fica a mercê de uma atribuição de sentido. E por fim aponta que a liberdade interpretativa aproximaria a discricionariedade judicial dos regimes autoritários.

Portanto, o resultado desta tese não apenas contribui para evidências da presença de multiplicidades de racionalidades jurídicas, mas também uma compreensão mais profunda de contextos de justças na contemporaneidade brasileira.

Os resultados da pesquisa corroboram a hipótese inicial de que a atuação dos juízes

ao aplicarem o direito aos casos concretos sobre saúde é fundamentada em múltiplas racionalidades jurídicas, indo além da racionalidade jurídica legal, que é tradicionalmente considerada predominante no mundo do direito. Contrariando a visão restrita que atribui apenas um sentido puramente técnico-normativo à aplicação da lei, os achados desta pesquisa evidenciam a presença significativa das racionalidades jurídicas moral e afetiva na construção das decisões judiciais.

O principal achado deste estudo é a identificação, tanto nas sentenças analisadas quanto nas entrevistas com os juízes, das categorias do tipo ideal de racionalidade jurídica legal, moral e afetiva. Isso sugere que os juízes não se limitam apenas a considerações técnicas e normativas ao proferirem suas decisões, mas também levam em conta aspectos morais e emocionais que permeiam os casos de saúde.

Observou-se também que os juízes não são fiéis a uma única racionalidade jurídica, podendo transitar entre elas de acordo com o contexto e o tempo, e com os diferentes significados que atribuem às situações. Eles têm a capacidade de conjugar as racionalidades jurídicas legal, moral e afetiva de forma dinâmica, buscando encontrar soluções que considerem não apenas a letra da lei, mas também os valores éticos e o impacto emocional envolvido nos casos.

Se pensarmos a concepção de justiça igualitária como inspiração do Estado Democrático de Direito, instituído normativamente com a Constituição Federal de 1988, o sentido de justiça que percebemos no texto constitucional é na perspectiva de Justiça como equidade. Isto significa, um sentido onde todos tenham acesso igual às condições da vida, bem como as oportunidades para alcançar seus propósitos. Como proposto por John Rawls (1997), que sugere a justiça, a ser entendida como igualdade, ou seja, como a distribuição igualitária de recursos, de oportunidades e de benefícios numa sociedade.

Assim, em uma análise que verse sobre justiça em saúde, numa concepção igualitária de justiça. Seria necessário avaliar em qual nível a distribuição de recursos, oportunidades e benefícios está sendo feita de forma igualitária.

E aqui não ignoramos que a natureza da justiça é um tema complexo, discutido historicamente por vários ramos do conhecimento, como a filosofia, a sociologia e o direito. Nesses ramos do conhecimento não há um consenso nem do conceito de justiça, existindo uma pluralidade de abordagens. Entre elas a abordagem igualitária de justiça, abordagem utilitarista, entre outras.

A abordagem utilitarista que teve Bentham como precursor, tem a concepção de maximizar a felicidade, assegurando o prazer sobre a dor. Sendo útil qualquer coisa que

produza prazer sobre dor. E parece estar presente em algumas decisões dos juízes nos casos de saúde.

Para os utilitaristas não há distinção entre prazeres, todos teriam o mesmo peso, e seria presunçoso considerar um melhor que outro. Inexistiriam prazeres mais ou menos elevados, assim, todas as experiências diferenciam-se em quantidade de prazer ou bem-estar, para o maior número de pessoas. (BENTHAM, 2000)

Bentham (2000) define o princípio da utilidade como aquele que aprova ou desaprova toda ação, dependendo da tendência que parece ter de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão, promovendo ou opondo-se a essa felicidade. Ele explica que essa definição se aplica a todas as ações, não apenas às de indivíduos privados, mas também a todas as medidas do governo.

Por utilidade, Bentham (2000) entende a propriedade em qualquer objeto que tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade, ou, de forma equivalente, a evitar a ocorrência de dano, dor, mal ou infelicidade para a parte cujo interesse é considerado. Se essa parte for a comunidade em geral, então é a felicidade da comunidade; se for um indivíduo específico, então é a felicidade desse indivíduo.

O utilitarismo é uma ciência de moralidade que pesa as preferências, realizando uma quantificação da felicidade, sem julgar essas preferências, colocando-as todas como sendo de mesma natureza. Pressupondo uma moeda comum para traduzir os bens morais, com a qual seria possível fazer uma análise de custo e benefício de todas as escolhas da sociedade. (SANDEL, 2012, p. 55).

Aqui registro a crítica ao utilitarismo. Embora observada em algumas ações dos magistrados que realizam a ação de julgar sob a lógica do cálculo utilitarista. No Estado democrático de direito a proposta estatal de justiça está mais próxima das ações pela generosidade e pela cumplicidade com o outro.

No contexto de um Estado democrático de direito, será necessário observar uma integração mais profunda entre o Estado e a sociedade, o que contrasta com a característica de inércia que prevalece no Estado de direito clássico. O Estado brasileiro que se propõe à promoção da democracia, assume políticas para efetivar a justiça social, visando compatibilizá-la com o sistema capitalista e promover o bem-estar social. Dentro desse quadro, destaca-se a importância da lei e do direito, os quais não podem ser concebidos apenas como instrumentos normativos estáticos, como frequentemente ocorria no modelo de Estado de direito clássico.

No Estado democrático de direito, a lei assume um papel ativo, capaz de conduzir

intervenções que efetivamente modifiquem a realidade social. Assim, ao invés de ser apenas instrumento estático de manutenção da ordem estabelecida, lei no Estado democrático de direito se torna meio de promoção de equidade social. Passando a ser instrumento de transformação, capaz de impulsionar políticas públicas que visem à correção de desigualdades, à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e à promoção do bem comum.

Entretanto, a lei, embora torne-se um elemento central na construção de uma sociedade mais democrática, não pode ser instrumento para que membros da estrutura estatal, funcionários públicos escolham a divisão dos recursos a partir de inúmeros sentidos, de acordo com concepções próprias daquele que maneja a lei.

A pesquisa realizada nos conduziu a uma reflexão profunda sobre um possível paradoxo existente na justiça no âmbito da saúde. No contexto das decisões judiciais que visam ampliar a igualdade no acesso aos recursos para tratamentos, medicamentos e leitos de hospital surgiu a constatação de que, embora o objetivo central seja promover a igualdade em saúde por meio do uso da lei e das decisões judiciais, pode-se inadvertidamente gerar injustiças na distribuição dos recursos de saúde.

Esse paradoxo nos confronta com uma contradição fundamental: enquanto buscamos realizar a justiça igualitária, na qual o tratamento desigual é aceitável apenas para minimizar as desigualdades existentes, as decisões judiciais em saúde, influenciadas por uma multiplicidade de racionalidades jurídicas, acabam por aumentar as desigualdades já presentes na sociedade. Isso ocorre porque a ampliação das possibilidades de decisão proporcionada pela diversidade de racionalidades jurídicas permite que tratamentos desiguais sejam aceitos e até mesmo priorizados, em detrimento da justiça igualitária.

Rawls (1999) aparece como o mais recente crítico da abordagem utilitarista: Acrescentando ao debate das teorias libertárias a questão da equidade. Ao longo de sua obra "Uma Teoria da Justiça", ele se propõe a oferecer uma alternativa ao utilitarismo clássico, o qual ele considera inadequado para lidar com as complexidades das demandas sociais.

Assim, Rawls (1999) busca estabelecer os contrastes entre o utilitarismo clássico, que pode sacrificar a liberdade e os direitos individuais em prol de uma suposta maximização geral da felicidade social, sem considerar questões de justiça distributiva, e sua própria concepção de justiça como equidade. Esta última prioriza a igualdade de liberdade para todos e está preocupada com a mitigação das desigualdades sociais e econômicas, servindo como fundamento para as instituições de uma democracia constitucional.

No desenvolvimento de sua concepção de contrato social, Rawls procura afastar o

utilitarismo ao argumentar que pessoas em condições de igualdade não concordariam com princípios que permitissem o sacrifício de alguns em prol do aumento geral de vantagens da sociedade.

O utilitarismo não valoriza a igualdade intrinsecamente, apenas a utiliza como meio para aumentar o bem-estar médio da sociedade, para Rawls. Isso significa que o utilitarismo não considera a igualdade como algo intrinsecamente valioso, mas apenas como um instrumento para atingir o objetivo de maximizar a felicidade geral. Portanto, ao se inserir na tradição contratualista ele busca estabelecer a necessidade do consenso no acordo original como um elemento legitimador dos princípios de justiça, visando garantir a ênfase na igualdade, característica das concepções clássicas de justiça.

Numa formulação do contrato social, para além do que propôs Kant ele fundamenta a justiça e os direitos em um contrato social de pessoas que decidem entre si quais princípios deverão governar sua vida coletiva. John Rawls tenta responder como se dá esse contrato imaginário. E propõe que suponhamos que estamos reunidos, para definir os princípios que governarão nossa vida coletiva. E provavelmente teríamos dificuldades para chegar a um consenso. Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. (RAWLS, 1999)

E apresenta um contrato social como um acordo hipotético em uma posição original de equidade, através do uso de um “véu de ignorância” que temporariamente nos impediria de saber quem somos, ou a qual classe social pertenceríamos, desconhecendo gênero, raça, etnia, opiniões políticas ou crenças religiosas, vantagens ou desvantagens, se seríamos saudáveis ou frágeis. E não possuindo essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade. (RAWLS, 1999)

Rawls (1999) acredita que dois princípios de justiça poderiam emergir do contrato hipotético: liberdades básicas para todos os cidadãos (como liberdade de expressão e religião) e equidade social e econômica. Presente um princípio da diferença que só permitiria as desigualdades sociais e econômicas que visem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.

A teoria de justiça de Rawls, através do princípio da diferença corrige a distribuição desigual de aptidões e dotes sem impor limitações aos mais talentosos. Estimulando-os a desenvolver suas aptidões, compreendendo, porém, que as recompensas que tais aptidões acumulam pertencem à comunidade como um todo. Uma vez que somos influenciados tanto pelas contingências sociais quanto pelas oportunidades naturais na determinação da distribuição de direitos, poderemos ser prejudicados pela influência de uma ou de outra. Do

ponto de vista moral, ambas são arbitrárias. (SANDEL, 2015)

No caso da justiça em saúde a aceitação do princípio da diferença, para corrigir a distribuição desigual de aptidões e dotes é extremamente contraditória, porque gera limitações aos mais talentosos (mais saudáveis). O Brasil é uma sociedade plural, e o sistema de saúde deve seguir a lógica igualitária do Estado brasileiro, distribuindo igualmente os recursos. Como o faz na distribuição de medicações para o tratamento de doenças cardiovasculares e diabetes, que são respectivamente, a principal causa de mortalidade e a doença que tem maior crescimento de mortes da sociedade brasileira (OMS, 2024).

Seguindo a lógica da justiça igualitária de Rawls que aceita o princípio da diferença, a divisão de recursos poderá corrigir a distribuição desigual de aptidões (saúde), entretanto, diferente do proposto por Rawls, aqui serão impostas limitações aos mais talentosos (os saudáveis). Corrigir a distribuição das aptidões no caso da saúde impõe limitações aos mais talentosos (os saudáveis).

As decisões judiciais têm o propósito de fazer justiça em saúde, sob a lógica da justiça igualitária. Assim, dividindo os recursos para corrigir a distribuição desigual da aptidão em saúde. Paradoxalmente essa divisão pode estar gerando injustiça aos mais talentosos (saudáveis) haja vista os limites de recurso. As decisões judiciais em saúde, com propósito de fazer justiça em saúde sob a lógica da justiça igualitária, dividindo os recursos para corrigir a distribuição (natural) de desigualdade de aptidões (saúde), geram injustiça aos mais talentosos (saudáveis) haja vista a limitação de recursos.

A sociologia de Marcel Mauss, sociólogo e antropólogo francês, apresenta contribuição valiosa como contraponto ao utilitarismo ressaltadas nas teorias da justiça, ao incluir dimensões afetivas e ritualísticas, permitindo um alargamento da compreensão da sociedade, demonstrando haver outros valores na relação de alteridade com o outro.

Mauss traz um alargamento da compreensão da sociedade como fenômeno, ao mesmo tempo material e simbólico E introduz com o sentido sociológico da dádiva uma ideia circular de ação social como interação, tratando das mesmas categorias da teoria da justiça: reconhecimento, inclusão e prestígio. (MARTINS, 2005)

A compreensão de Mauss que a lógica mercantil não substituiu antigas formas de vínculos presentes na sociedade, através de modalidades de trocas aparecem, para ele, como um fato social total que compreende a sociedade com inclusão de uma pluralidade de lógicas simultâneas na constituição do vínculo social. (MARTINS, 2005)

Mauss (2003) apresenta a dádiva como um movimento de expansão e retração, a partir da tríplice obrigação de doação, recebimento e devolução de bens simbólicos e

materiais, não redutíveis às dimensões estatal e mercantil.

A dádiva é definida não só como caridade e benção, como alerta Martins (2005), mas como sistema de reciprocidades de caráter interpessoal, universal. E como regra moral que se impõe à coletividade, percebendo a experiência direta e inter-individual reorganizando o sentido e a direção do bem circulante, refazendo as estruturas e funções estabelecidas.

Afinal, como apontado por Martins (2023, p. 218) a democratização da ordem política passa tanto pelo fortalecimento de associações secundárias, como pela desburocratização dos dispositivos jurídicos, ambos presentes no fenômeno da judicialização. Por um lado com a ampliação do acesso ao judiciário a partir da Constituição de 1988 de instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, que são associações que ampliam o acesso ao Poder Judiciário. E por outro lado ocorreu a desburocratização dos dispositivos jurídicos que tiveram uma ampliação de interpretação criativa. Os dois aspectos necessários para promover o circuito da dádiva no aparelho público na promoção de cidadania participativa.

Tais aspectos trazem uma democratização dos dispositivos jurídicos e desalienação dos magistrados que na qualidade de gestores públicos passam a agir “como procuradores da dívida estatal como o público”. (MARTINS, 2023, p. 218) Superando a situação que predomina nas sociedades pós-coloniais de base patrimonialista, onde o mandonismo corrompe as características dadivosas da função pública:

“nas sociedades pós-coloniais de base patrimonialista, como as da América Latina, esta característica dadivosa da função pública e estatal tende a ser corrompida pelo mandonismo, mas isso não elimina seu caráter ontológico e fundamental para promover o paradigma associacionista.” (MARTINS, 2023, p. 218)

Observados os usos da dádiva como recurso, para gerar sentimentos de confiança e reciprocidade entre usuários e gestores na organização de políticas públicas, e não para favorecer o clientelismo como alerta Martins (2023, p. 219). Ou seja, favorecer o acesso a medicamentos de alto custo para situações específicas de desigualdade de aptidões, contribui para aumentar as desigualdades na distribuição de recursos gerais para outras situações gerais que afetam os mais talentosos. Uma vez que tais recursos ficam indisponíveis para tratamentos mais amplos e generalizados eles revelam uma situação de domínio de uma lógica utilitarista e egoísta.

Diante desse cenário, torna-se evidente a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre o papel das decisões judiciais na promoção da justiça em saúde. É

essencial encontrar um equilíbrio entre a garantia do acesso universal aos recursos de saúde e a necessidade de priorizar tratamentos igualitários que beneficiem toda a população. Nesse sentido, é fundamental repensar as abordagens jurídicas e políticas para garantir que as decisões em saúde contribuam efetivamente para a redução das desigualdades e para a promoção do bem-estar de todos os cidadãos.

Rawls (1997, p. 504) relaciona a estabilidade da concepção de justiça e o desejo de agir de forma justa, o que o aproxima da perspectiva dos antiutilitaristas como Alain Caillé. Em uma sociedade bem ordenada a concepção de justiça seria pública, implicando o desejo das pessoas de agir conforme essa concepção: instituições justas desejado dos indivíduos adquirem a concepção de justiça e o desejo de mantê-la.

Assim uma concepção de justiça seria mais estável quanto maior a probabilidade de dominação das inclinações injustas, bem como, as instituições vedarem tentações injustas. A estabilidade dependeria do equilíbrio entre o senso de justiça cultivado e os objetivos encorajados e as propensões à injustiça.

Nessa reflexão proposta por Rawls sobre a estabilidade da concepção de justiça e o desejo de agir de forma justa nos conduz a uma interpretação da relação entre as instituições de justiça e o comportamento individual dos juízes. Consideramos o argumento de Rawls que em uma sociedade bem ordenada, a concepção de justiça é pública e compartilhada por todos os cidadãos.

Assim, em uma sociedade na qual a concepção compartilhada é de injustiça, sob a lógica apresentada por Rawls, também haveria o desejo das pessoas de agir conforme essa concepção. Nesse contexto, as instituições judiciais desempenham um papel fundamental, pois se forem injustas, os indivíduos que formam essas instituições adquirem a concepção de injustiça, contribuindo para a estabilidade injusta do sistema.

A estabilidade da concepção de justiça, de acordo com Rawls, depende da capacidade de dominar inclinações injustas e das instituições vedarem tentações injustas. Em outras palavras, a estabilidade é alcançada quando há um equilíbrio entre o senso de justiça cultivado pela sociedade e os objetivos incentivados pelas instituições, ao mesmo tempo em que são minimizadas as propensões à injustiça.

No caso das instituições de justiça brasileiras não há vedação as tentações injustas. A visita a qualquer fórum ou tribunal brasileiro uma das primeiras constatações dessa realidade é a existência de elevadores exclusivos para magistrados, vagas de veículos mais bem localizadas de uso exclusivo para magistrados e ainda privilégio se houver maior hierarquia de posição. Desembargadores detém melhores vagas de estacionamento que juízes.

Assim, ao observarmos a estrutura social atual, caracterizada por altos níveis de desigualdade, que está presente também nas instituições de justiça surge a preocupação de que o sistema de justiça esteja contribuindo para a perpetuação dessas desigualdades, em vez de promover a justiça social. Nesse contexto, o fornecimento de tratamentos e medicamentos diferenciados, que deveria constituir expressão de justiça igualitária, parece somente alargar a desigualdade presente na sociedade brasileira com evidente existência também no sistema de justiça.

A desigualdade social parece permear todas as esferas da sociedade, incluindo o sistema de justiça, o que coloca em xeque a estabilidade da concepção de justiça e o desejo de agir de forma justa por parte dos magistrados. A falta de igualdade de tratamento no campo da saúde, ampliada pelo processo de judicialização, a longo prazo, podem minar ainda mais a confiança nas instituições de justiça.

Diante desse cenário, é essencial identificar as racionalidades jurídicas que constroem as decisões em saúde, buscando a utilização das que mais promovem a igualdade de oportunidades e o tratamento justo para todos os cidadãos.

Ao longo da pesquisa, mergulhamos em um universo multifacetado, onde os conteúdos nos contaram uma história repleta de significados. Essa narrativa se desdobrou em dois momentos distintos: inicialmente, percebemos uma explicação a partir de nossas próprias lentes, nossos entendimentos dos dados apresentados.

Contudo, ao adentrarmos mais profundamente na análise das consequências das sentenças judiciais e das entrevistas com os juízes, nos deparamos com uma segunda explicação, muitas vezes reveladora. Os indivíduos não são socializados por uma única forma geradora de práticas, mas por uma variedade de socializações heterogêneas, a exemplo das trajetórias de classe, étnica, e tantas outras experiências cotidianas que deixam marcas importantes. O que forma a variação de comportamentos culturais em escala individual, heterogeneidade e multiplicidade dos hábitos. O indivíduo permeia diferentes contextos de socialização, incorporando diferentes formas de ação.

O estudo buscou demonstrar que há relevância das decisões dos casos de saúde, para outros níveis do tema, o que nos permitiu também analisar uma determinada configuração da justiça contemporânea brasileira. As decisões e entrevistas com juízes que lidam com os casos de saúde foram analisadas valendo-me de uma descrição densa e de interpretações contextualizadas, e foram relevantes nos permitindo uma compreensão sociológica da justiça. Analisada sob ponto de vista que se refere a forma como a sociedade estrutura a distribuição de recursos valiosos.

Meu fazer sociológico examinou como as normas e os valores são aplicados pelos agentes da estrutura judicial, construindo a justiça desse presente. Ao colocar a judicialização da saúde e uma miríade de outras questões em contato, busquei identificar os significados presentes na justiça contemporânea.

Nesse processo, assumimos uma postura de participantes ativos na construção dessa história, reconhecendo-nos como parte integrante da realidade na qual essa narrativa está inserida. Compreendemos que as narrativas desempenham um papel fundamental não apenas na representação dos acontecimentos, mas também na sua interpretação e significação. Ao longo da pesquisa, pudemos observar como as narrativas construídas podem ser instrumentos poderosos, capazes de moldar percepções e influenciar decisões.

É importante destacar que, assim como em qualquer categoria profissional, os juízes também possuem interesses próprios, que inevitavelmente influenciam suas ações e decisões. Esses interesses podem estar relacionados não apenas à busca pela imparcialidade e justiça, mas também a questões de prestígio, poder e autonomia no exercício de suas funções. Como apontado por Santiago (2016), a judicialização pode ser entendida como uma estratégia para ampliação do poder do Judiciário na regulação das políticas sociais, em meio a disputas entre diferentes campos de atuação.

Não podemos negligenciar o fato de que os juízes, enquanto profissionais muitíssimo bem remunerados, de elevado prestígio compartilham interesses próprios relacionados à sua atividade. É fundamental reconhecer essa dimensão de interesses e considerá-la na análise das decisões judiciais e das práticas do sistema jurídico como um todo. Ao mesmo tempo, devemos estar atentos para os possíveis conflitos de interesse e para a necessidade de transparência no exercício da magistratura. Mas temos que reconhecer que os juízes também tomam decisões antiutilitaristas, por empatia, por identificação com os interesses ou contextos morais de outros.

O ativismo jurídico, embrião da judicialização, trouxe consigo uma mudança significativa na dinâmica do sistema judiciário, conferindo uma valorização sem precedentes à interpretação da Constituição Federal de 1988 e aumentando o poder dos juízes. Essa valorização das decisões judiciais acima de todos os conceitos jurídicos tradicionais resultou em uma ampliação do poder dos magistrados, que passaram a ter uma influência mais substancial sobre a interpretação e aplicação das leis, inclusive com ampliação do poder dos magistrados sobre a própria Constituição Federal de 1988.

Com efeito, as decisões judiciais passaram a ser vistas não apenas como aplicação da lei, mas como instrumento de transformação social e garantia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, os juízes assumiram um papel mais proeminente na defesa dos valores constitucionais e na promoção da justiça social, muitas vezes extrapolando os limites tradicionais de suas funções.

No entanto, essa supervalorização das decisões judiciais em relação à própria Constituição não está isenta de críticas e desafios. A submissão dos atos de toda a estrutura de governo ao direito e a garantia da segurança jurídica são elementos essenciais para um Estado de Direito. Nesse sentido, é fundamental que os juízes exerçam seu poder dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Considerando a segurança jurídica em um Estado de direito não se pode depender de saber como pensa um julgador a respeito de determinado tema para termos uma ideia mínima do tipo de decisão que teremos sobre um tema. Afinal, o que determina a previsibilidade das ações regulamentadas pelo direito? Seria a lei em sua pretensa ordem totalizante. Ou é a análise comportamental dos magistrados?

Defendo a centralidade da lei, como força limitadora dos cidadãos, bem como do exercício do poder político, e de todos os poderes que são expressão do Estado. De modo algum faço coro aos que apresentam questionamentos quanto a existência do sistema jurídico. Meu propósito é de melhor conhecê-lo.

É preciso reconhecer que os juízes ocupam uma posição privilegiada na estrutura profissional do Sistema de Justiça brasileiro. Diferentemente de outros grupos do mundo do direito, eles não buscam ascender a posições mais elevadas, pois já detêm o mais alto prestígio e poder dentro desse campo. No entanto, é essencial que essa posição de poder seja exercida com balizas, para além do mero compromisso com a promoção da justiça e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

E a sociologia também se propõe instrumento de combate a lógica social conservadora. Não reivindico forjar uma análise mais ou menos verdadeira, mas, ressaltar que o tecido social é permeado de disputas interpretativas e que essa pesquisa faz parte desse tecido social.

Por outro lado, espera-se que os resultados da pesquisa possam servir como ponto de partida para uma discussão da espécie de justiça que está sendo concretizadas a partir da ação de julgar em saúde no Brasil que, ao mesmo tempo que tem a presença de múltiplas racionalidades jurídicas, tem apontado para um paradoxo de sentidos opostos.

Por fim, é preciso dizer algo importante. Não se encontrará aqui um trabalho exaustivo, atento a todas as discussões em torno das racionalidades jurídicas presentes na judicialização da saúde e que considere todas as possibilidades teóricas pertinentes ao tema.

Ao contrário, esta pesquisa se propõe a ser um ponto de partida mais que linha de chegada. Esperamos contribuir com a investigação dos sentidos legais, morais e afetivos presentes nas decisões judiciais em saúde.

A tese se propôs a um recorte empírico da justiça contemporânea brasileira. Com objetivo exploratório para melhor identificar a realidade da justiça no Brasil, tornando-a mais clara quanto a problemática de como é constituída nos casos envolvendo o direito a saúde.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição Constitucional**: diretrizes para o incremento de sua legitimidade. Recife, 2003. Tese de doutorado – Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4861/1/arquivo7225_1.pdf. Acesso em 30 dez. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, Elizangela Braga. **Judicialização por medicamentos oncológicos**: a experiência do Núcleo de Apoio Técnico do estado do Tocantins, 2020. Disponível em <https://repositorio.unifesp.br/xmlui/bitstream/handle/11600/64193/Elizangela%20Braga%20Andrade-A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 jan. 2024.

ARCHER, Margareth. **Being human**: the problem of agency. Cambridge: CUP, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: Poética Aristóteles; Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução Luis Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 02 de dez 2015.

BECKER, Howard S. **Segredos e truques da pesquisa**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rev. Técnica. Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Falando da sociedade**: ensaios sobre as diferentes maneiras de representar o social. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2009.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber**: um perfil intelectual. Tradução Elisabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books Kitchener, 2000

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOLTANSKI, L.; THÉVENOT, L. **On justification**: economies of worth. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006. Orig.: De la justification: les économies de la grandeur, 1991.

BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e política no mundo do direito**: as relações dos Advogados, Desembargadores, Procuradores de Justiça e Delegados de Polícia com o Estado. São Carlos; EdUFSCar: Editora Sumaré, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação N° 31**, de 30 de março de 2010. Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>. Acesso em: 10 de nov. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação N° 36**, de 12 de julho de 2011. Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>. Acesso em: 10 de nov. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**, 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Judicialização**, de 15 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>. Acesso em: 19 de mar. 2016.

_____. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números: 2023**. Brasília, 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 dez. 2023.

_____. Presidente (2023-2027: Luiz Inácio Lula da Silva). **Discurso por ocasião da 4ª Conferência Nacional da Juventude**. Brasília 14 dez. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NOF21P1ryBo>. Acesso em: 3 jan. 2023.

CALEGARI, Luiza. **Como era o STF na ditadura e o que isso ensina sobre o STF de hoje**. Disponível em <https://exame.com/brasil/como-era-o-stf-na-ditadura-e-o-que-isso-ensina-sobre-o-stf-de-hoje/>. Acesso em 02 jan. 2023.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, 2004.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 dez. 2015.

COHN, Gabriel (Org.). **Weber – Sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais, vol. 13. São Paulo: Ática, 1999

DA ROS, Luciano. 2015. **O custo da Justiça no Brasil**: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. p. 1-15. ISSN 2359-2826

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível**. 28 de setembro de 2015. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ocupa%C3%A7%C3%A3o+irregular+de+%](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ocupa%C3%A7%C3%A3o+irregular+de+%C3%A1rea+p%C3%BAblica) Acesso em: 10 de set. 2016.

DOMINGUEZ, Bruno. **Um freio na judicialização**: Associação entre Saúde e Justiça aponta caminhos para o bom uso da lei. Revista Radis. N. 92. Abril, 2010. Disponível em <<http://www6.ensp.fiocruz.br/radis/revista-radis/92/reportagens/um-freio-na-judicializacao>>. Acesso em: 19 de set. 2016.

DOS SANTOS, Zagurski, Adriana Timoteo, and Danielle Anne Pamplona. **Judicialização da saúde e orçamento público**. Revista do Direito, 2016.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípios**. São Paulo: M. Fontes, 2001.

ELIAS, N. **A sociedade dos indivíduos**. Revisão Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Claudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

EVENTO evangélico, Bolsonaro diz que Estado é laico, mas ele não. 1 vídeo (3:06 min) Publicado pelo canal Jovem PanNews. 10 fev. 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=lfOKqHp-Qpo>. Acesso em 22 dez. 2023.

EMPRESAS brasileiras com causas de R\$ 158 bilhões patrocinam eventos para magistrados. Espaço Vital Independente, 2023. Disponível em <https://www.espacovital.com.br/publicacao-40261-empresas-brasileiras-com-causas-de-r-158-bilhoes-patrocinam-eventos-para-magistrados>. Acesso em 05 ago 2023

FERNANDES, Florestan. **Psicanálise e Sociologia**. Revista de Antropologia, v. 4, n. 2, p. 129-142, 18 dez. 1956.

FERNANDES, Maria Angela e outros. **Judicialização no acesso a medicamentos**: análise das demandas judiciais no Estado do Rio Grande do Norte. Caderno Saúde Pública (*online*), 2021.

FLICK, F. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula Inaugural no Collège de France,

pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Ofício de sociólogo: metodologia da pesquisa na sociologia**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 7 ed. Petrópolis. RJ: Vozes, 2010.

GALINDO FILHO, Lucas Tavares. **Lo studio della giustizia riparativa tramite case study**. Una ricerca empírica e un'analisi critico-comparativa sul rapporto tra teoria e ricerca, 2022. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/49698/4/TESE%20Lucas%20Tavares%20Galindo%20Filho.pdf>. Acesso em 20 jan. 2024.

GASKELL, George. **Entrevistas individuais e grupais**. In: BAUER, M.W. & GASKELL, G. Observação e coleta de dados sensoriais: sons, imagens, sensações. Pesquisa Qualitativa com Texto, Imagem e Som: Um manual prático. Petrópolis: Vozes. 2002, p. 64-89.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar ferreira Mendes. Sergio Antonio fabris editor, porto alegre, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luis Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

IBGE. **Censo Demográfico 2022: Indicadores sociais**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

INGOLD, Tim. **Antropologia: para que serve**. Petrópolis. Vozes, 2019.

_____. **Anthropology versus ethnography**. HAU: Journal of ethnographic theory, v. 7, n. 1, pp.21-26, 2017. Disponível em: <https://www.haujournal.org_index.php_hau_article_view_hau7.1.005> Acesso em: 07 de ago. 2019

JORNAL DO COMÉRCIO. **SUS vai bancar cirurgia nos EUA de pernambucano com síndrome do intestino curto**. 24 nov. 2012. Disponível em: <http://m.jc.ne10.uol.com.br/canal/cidades/saude/noticia/2015/11/24/sus-vai-bancar-cirurgia-nos-eua-de-pernambucano-com-sindrome-do-intestino-curto-209532.php>. Acesso em: 24 de nov. 2015

JUSTIÇA de Pernambuco proíbe corte de energia durante período de isolamento por causa de pandemia. G1 PE, 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/03/23/justica-de-pernambuco-proibe-corte-de-energia-durante-periodo-de-isolamento-por-causa-de-pandemia.ghtml>. Acesso em 03 jan. 2024.

LE BRETON, David. **As paixões ordinárias: antropologia das emoções**. Tradução de Luís Alberto Salton Peretti. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. **Antropologia das emoções**. Tradução de Luís Alberto S. Peretti. Petrópolis, Rio de

Janeiro: Vozes, 2019.

LIMA, Kant. **Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?** Anuário Antropológico / 2013, Brasília, UnB, 2014, v. 39, n. 1: 9-37.

LUZ, Madel T. **Novos saberes e práticas em saúde coletiva: Estudos sobre racionalidades médicas e atividades corporais.** 3ª ed. São Paulo: Hucitec, 2007.

_____. **Racionalidades médicas e terapêuticas alternativas.** Rio de Janeiro: UERJ, 1993.

MACHIAVELLI, Nicoló. **O príncipe.** Trad. Maira Júlia Goldwasser. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARTINS, Paulo Henrique. **Intinerários do dom: teorias e sentimentos.** Rio de Janeiro: Ateliê de Humanidades, 2019.

_____. **Políticas da dádiva: associação, instituições, emancipação.** Rio de Janeiro: Ateliê de Humanidades Editorial, 2023.

_____. A sociologia de Marcel Mauss: Dádiva, simbolismo e associação. **Revista Crítica de Ciências Sociais Online**, 73, 2005, p 45-66. Disponível em <http://journals.openedition.org/rccs/954>. Acesso em 03 de out. 2018.

MATURANA, Humberto R. & VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases ideológicas da compreensão humana.** Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas.** São Paulo: Ubu Editora LTDA, 2018.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora, SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. **A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose.** Ciência saúde coletiva. Vol.18, n.4, 2013. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232013000400022>>. Acesso em: 18 set. 2016.

MILL, John Stuart. **On Liberty.** Cambridge Texts in the History of Political Thought: Cambridge University Press, 2005.

MOCELIN, Cassia Engres. **Demandas judiciais na saúde pública: instrumentos para a efetivação do direito à saúde e/ou novos arranjos na gestão e organização do SUS.** Revista Gestão e desenvolvimento em contexto. Vol. 1, n. 1, 2013. P. 100-117. Disponível em <http://revistaeletronica.unicruz.edu.br/index.php/GEDECON/article/view/311>. Acesso em: 17 de set. 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo, Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém.**

Trad. Notas e Posfácio Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

_____. **Crepúsculo dos ídolos: ou como filosofar com um martelo.** Trad. Notas e Posfácio Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

_____. **Genealogia da moral: uma polêmica.** Trad. Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

NUSSBAUM, Martha. **Political Emotions: Why Love Matters for Justice.** Harvard University Press, 2015.

_____. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.** Trad. Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OMS revela principais causas de morte e incapacidade em todo o mundo entre 2000 e 2019. Disponível em <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/en/noticias/2116-oms-revela-principais-causas-de-morte-e-incapacidade-em-todo-o-mundo-entre-2000-e-2019>. Acesso em 02 fev. 2024

PARSONS, Talcott. Professions. In SHILLS, David (Ed) **International Encyclopedia of the Social Sciences.** New York: MacMillan, 1972. vol. 11/12, p 536-546.

PNUD. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil.** 2012. Disponível em: <https://www.undp.org/es/latin-america/informe-regional-de-desarrollo-humano-2021>. Acesso em 06 jan. 2024.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a Emoção.** Campinas: Millennium Editora, 2003.

PURSHOUSE, Luke. **A república de Platão: um guia de leitura.** São Paulo: Paulus, 2010.

RANCIERE, Jacques **O mestre ignorante - cinco lições sobre a emancipação intelectual.** Tradução de Lilian do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

RATTON Jr. José Luiz de Amorim. MORAES, Jorge Ventura. **Para ler Jon Elster: limites e possibilidades da explicação por mecanismos nas Ciências Sociais.** DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 46, n. 2, p. 385 a 410, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias.** São Paulo: Paulus, 1991.

ROSENTHAL, Gabriele: **Reconstruction of life stories: principles of selection in generating stories for narrative biographical interviews.** In: The narrative study of lives, 1993, pp. 59-91.

_____. **História de vida vivenciada e história de vida narrada: A interrelação entre**

experiência, recordar e narrar. Dossiê: Narrativas. Civitas Porto Alegre v. 14 n. 2 p. 227-249 maio-ago. 2014

_____. **Pesquisa social interpretativa: uma introdução.** Trad. Tomás da Costa; ver. Hermílio Santos. 5 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo.** 2ª edição revista: São Paulo: Autêntica, 2015.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Trad. Heloísa Martins e Maria Alice Máximo. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A Judicialização como Instrumento de Acesso à Saúde: proposta de enfrentamento da injustiça na saúde pública,** 2017.

SANTIAGO, Arthemisia Ferreira Paulo. **Judicialização de políticas sociais como estratégia do poder judiciário: o Fórum da Saúde e o Cadastro Nacional de Adoção,** 2016.

SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil.** São Paulo: Saberes, 2010.

_____; TERRAZAS F. **Judicialização da Saúde no Brasil.** Campinas: Saberes Editora; 2014.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCHUTZ, Alfred. **Fenomenologia del mundo social.** Buenos Aires, Paidós, 1972.

SCRIBANO, Adrian. **Normalization, enjoyment, and bodies/emotions: Argentine Sensibilities.** Hauppauge New York: Nova Science Publishers, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Donelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **A ideia de liberdade.** Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

SENNETT, R. **La Corrosión del Carácter: las consecuencias personales del trabajo em el nuevo capitalismo.** Barcelona: Editorial Anagrama, 2005.

SOARES, J. C. R. de S.; DEPRÁ, A. S. **Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos.** Physis. Vol.22 n.1 Rio de Janeiro 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312012000100017&script=sci_arttext. Acesso em: 02 de set. 2016.

SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive.** Colaboradores André Grillo ... [et al.] Belo Horizonte : Editora UFMG, 2009.

SPINOZA, Beneditus de. **Ética.** Tradução de Tomaz Tadeu. 3 ed., 3 reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017

STAMFORD, Artur da Silva. **Etnometodologia da Conciliação Judicial**: análise do cotidiano forense, In: XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, Fortaleza, 2005.

_____.; Cavalcanti, Maísa. **Decisões judiciais sobre acesso aos medicamentos em Pernambuco**. Revista de Saúde Pública, vol. 46, n. 5, 2012, pp. 791-799. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rsp/a/dzfhTnFd8ms9yMmQc7JGmQz/?lang=pt>. Acesso em 02 dez. 2022.

TAYLOR, Matthew M. e DA ROS, Luciano. **Opening the Black Box**: Three Decades of Reforms to Brazil's Judicial System. Working Papers Series. School of International Service. August 29, 2017. Disponível em : <https://ssrn.com/abstract=3028731>. Acesso em 20 dez. 2023.

TORRES NETO, José Lourenço. **O paradigma da imparcialidade**: um estudo dos modos de operação de ideologias em Acórdãos do Plenário do Supremo Tribunal Federal. 2022.

VALLINDER, T. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais and SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis Vol.20, n. 1, 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100006>. Acesso em: 20 set. 2016.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à sociologia**. 6. ed. rev. aum. 5 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

VILA NOVA, Silvia Renata de Araujo Oliveira. **Identidade dos delegados de polícia no Estado democrático**: mutantes do mundo do Direito? Recife, 2013.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Politics and Passion: Toward a More Egalitarian Liberalism**. Yale University Press and New Haven & London, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**: fragmentos de uma expedição pelo direito, pela ciência e outros lugares de arrogância. Santa Cruz do Sul: Gráfica Universitária da APESC, 1985

_____. **A rua grita Dionísio**: cartografia, surrealismo e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

_____. **Ciência e política: duas vocações.** Prefácio Manoel T. Berlinck. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. **Economia e Sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. vol. I. Tradução Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa, revisão técnica Gabriel Cohn. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

_____. **Economia e Sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. vol. II. Tradução Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa, revisão técnica Gabriel Cohn. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

_____. **Ensaio de sociologia.** Tradução Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

_____. **Metodologia das Ciências Sociais,** Parte 2. Tradução Augustin Wernet. 2 ed. São Paulo: Cortez Editora, Editora da UNICAMP, 1992.

ZEBULUM, José Carlos. **Decisões judiciais na saúde, um campo propício para a interferência de convicções pessoais de cada juiz:** análise da jurisprudência de quatro tribunais de justiça. Revista Dir. sanit., São Paulo v.19 n.3, p. 16-33, 2018-2019.