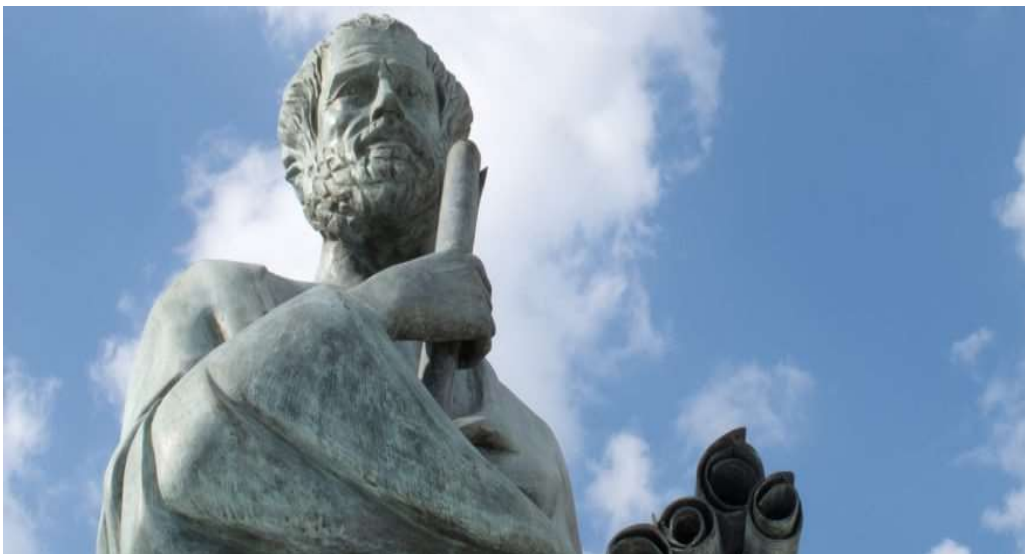


Para que Filosofia do Direito?

O Direito, sem a Filosofia, resolve, mas bitola a mente

Tercio Sampaio Ferraz Junior

28 novembro de 2017 - 08h22



Estátua do filósofo Sócrates Pixabay

Doenças raras, segundo a OMS, são aquelas que acometem até 65 pessoas por 100 mil habitantes. Embora não oficial, há um subgrupo de doenças "ultrarraras", que chega a 2-3 casos por 100 mil habitantes. Estima-se que existam cerca de 7 mil a 8 mil doenças raras, a maior parte de origem genética.

Tem surgido, em face disso, um problema jurídico grave: deve o Estado financiar, para quem sofra de doenças raras e não tenha recursos suficientes, a aquisição de produtos farmacêuticos, em geral, de elevado custo, mesmo em detrimento do conjunto dos outros pacientes, num País com conhecidas limitações de verbas destinadas à saúde?

O problema, do ponto de vista jurídico, vem sendo tratado com o seguinte direcionamento (no Supremo Tribunal Federal): "*O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos*"^[1] Daí a sugestão de que se fixassem parâmetros para a concessão excepcional de medicamento de alto custo não fornecido pelo SUS.^[2]

Mas aqui desponta um problema **filosófico**, cuja dimensão **ética**, para além da lei e da Constituição, exige tomada de posição diante de critérios de **justiça**. Trata-se de critérios de prioridade para a opção entre políticas e seus objetivos, donde a escolha da destinação de recursos: critérios quantitativos referentes aos recursos de que dispõem os beneficiados, somados a critérios técnicos referentes à eficácia dos medicamentos e procedimentos. Em nome de uma maioria quantitativa pode-se abandonar quem sofre de doença rara à sua sorte? E vice-versa: deve-se atender a alguns poucos em prejuízo da maioria? Como lidar com esse problema? Talvez se perceba, aqui, diante da dramaticidade da condição humana, a inevitável necessidade da Filosofia do Direito.

Nesses termos, torna-se importante entender que o *sentido* de um preceito moral tem critérios próprios de avaliação. A filosofia jurídica volta-se, assim, a esse modo próprio de entender e avaliar um conflito de preceitos. Um conflito entre normas jurídicas exige regras capazes de recompor uma unidade, mesmo à custa de exclusões: uma regra antinômica exclui a outra (por inconstitucionalidade, revogação de lei anterior por lei posterior, de lei geral por especial). Já o conflito ético não conduz a exclusões. O esquema moral trabalha antes com uma pluralidade de perspectivas (por exemplo, não se deve mentir, mas não se pode excluir a piedade, mentira piedosa). Para entender isso o estudioso do Direito tem de entender o *sentido* de preceitos morais.

Um conflito moral bem compreendido exige que não se confunda *sentido* com *objetivo* ou *finalidade*. Um preceito moral não é uma regra técnica. Esta última tem relação com a função das coisas, aquilo para que elas servem. Contudo, mesmo para uma moral utilitarista, fins e meios compõem uma unidade de sentido, base da responsabilidade. E a condicionalidade imposta ao alcance de um fim por força da viabilidade dos meios não afasta o sentido moral da ação só porque sua finalidade é inatingível ou difícil de ser atingida. Nesses termos, como nota Hannah Arendt^[3], o sentido moral das condutas não se reduz àquilo para que elas servem. *Sentido moral*, assim, tem relação com a *valia* dos atos/omissões, com sua *dignidade intrínseca*. É isso que nos permite dizer, por exemplo, que um trabalho dignifica o homem, ainda que tenha um valor (finalidade útil) momentaneamente relativo para a sociedade. Assim, inutilidade relativa de uma conduta: atender ao interesse de um contra o interesse de muitos (salvar uma vida ao custo econômico de eventual desatendimento de outros) não é o que confere sentido ético à conduta. A perda do sentido moral afeta, antes, a orientação existencial do ser humano.

Isso vale tanto para a chamada *ética de convicção* quanto para a *ética de finalidade*.^[4] Guiar-se pela própria percepção do sentido da conduta (*dura lex, sed lex*) ou pela percepção dos resultados (*summum jus, summa injuria*) têm por fundamento o sentido de ser humano (em duplo significado: substantivo e verbo).

O estudioso do Direito conseguirá entender, pela via filosófica, por que, em termos éticos, o desrespeito à dignidade de cada um em sua singularidade sempre constrange (íntima ou socialmente: consciência moral). A renúncia ao próprio interesse pode ser uma virtude, mas a "renúncia" imposta

(mediante ameaça) ofende o sentido comum, ofende o que pode ser *em comum*, pois *priva* o ser humano de seu sentido. Por consequência, uma decisão jurídica (um ato administrativo, uma sentença judicial) estabelecida contra o sentido existencial de um ser humano singular em nome da utilidade maior de todos até pode constituir-se juridicamente como tal e mesmo servir a alguma finalidade. E, como tal, pode gozar de império, ser reconhecido como válido e até ser efetivo. Mas não cobre inteiramente o sentido ético de uma conduta.

O Direito, assim, pode *impor* uma conduta em detrimento de outra. Mas uma decisão, como ato de poder, não tem seu sentido moral no próprio poder, o que torna possível entender a revolta, a inconformidade humana diante do julgamento jurídico injusto. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do Direito. É possível impor uma decisão de Direito à margem ou até contra a exigência moral de respeito à dignidade singular de cada um. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da violência imoral contra a vida. Aí está a força.

Essa noção de sentido moral tem relação, por óbvio, com a chamada *moral social*. O que leva à ideia de *senso comum* como base da moralidade. Senso comum não como faculdade que têm todos os seres humanos – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar –, mas como um mundo comum a todos e no qual todos se encontram. *Senso comum*, portanto, não como uma capacidade solitária, que cada qual exerce independentemente dos outros e que, não obstante isso, pode fazer que todos cheguem às mesmas conclusões (por exemplo, que é melhor salvar muitos do que um só), porém, como a presença de um mundo comum, base do que se pode chamar de convivência ética. Ou seja, *senso comum* como algo que o ser humano experimenta em contato com os outros e não solitariamente. Por isso e nesses termos, a exigência moral de uma conduta é uma espécie de condição para que o indivíduo seja aceito na comunidade.

Na sua estrutura, a ética, assim, não é bem um conjunto de regras cujo sentido fica obscurecido pela proximidade com as punições executadas pela ordem jurídica. Na verdade, a chamada moral social se revela como uma reação a uma *mancha* intolerável que cobre todo o grupo. Onde a exaltação do comportamento virtuoso e o caráter de reparação que tem o desprezo pelos que agem viciosamente.

Mas isso não significa uma solução pronta e definitiva. É preciso distinguir: o Direito olha basicamente para os atos que ofendem uma regra (aquilo que se pede); a ética, antes, para quem sofre a ofensa (o paciente). Na estrutura do preceito moral, o **ato** ofensivo ocupa, assim, um papel secundário: o papel primário cabe ao **sujeito** ofendido. É o ofendido que, na **estrutura da ordem ética**, tem necessidade de uma “reparação”. Nessa estrutura, não importa, afinal, aquilo que faz o que tem a obrigação de atender, o qual pode até agir legitimamente (restringir-se a distribuir apenas medicamentos com chancela oficial), pois a carga da obrigação moral repousa antes no paciente.

É a filosofia que nos faz entender que o preceito ético não seja constituído, propriamente, de uma sanção imposta ao violador, mas uma espécie de restauração de uma situação em sua plenitude original. A sanção jurídica pune (repara) o ato violador da norma: *não é obrigatório fornecer remédios fora da lista oficial, donde é proibido conceder a correspondente tutela jurídica*; já a sanção moral visa ao que sofre a sanção jurídica: *ninguém deve ficar ao desamparo de uma necessidade vital à saúde, donde é obrigatório atender aos casos de necessidade urgência*.

É inegável que, historicamente, sistemas éticos de moral social tendem a transplantar a legalidade para a moralidade, o que acaba privando a moralidade de sua liberdade e espontaneidade. Se o Direito é composto, primariamente, de regras (instrumentos práticos de como se deve agir), a moral exige métodos capazes de iluminar decisões dentre decisões possíveis.

Isso coloca a questão filosófica da moralidade social em seus devidos termos. As convicções de estrita moralidade obtidas no cumprimento de regras jurídicas podem ser contraditadas em escala na conduta coletiva e, por isso, ficarem expostas na forma de conflitos, o que exige sua extensão de modo a incluir sua formação dentro do ambiente econômico, político e social.

Nesse sentido, mover-se por *interesse* significa, moralmente, estar-entre (*inter esse*). Não se pode supor que a moral social significasse um altruísmo que negligenciasse o próprio bem-estar e desenvolvimento, nem uma filantropia magnânima que encobrisse uma mera exploração econômica. O que se proscree é um comportamento moral que esconda, sob o véu de doações desprendidas a missões altruístas de terceiros (cuidados com a educação, com a saúde, com o apreço por minorias desatendidas), um meio para tornar tolerável um interesse meramente egoísta.

Por isso a perspectiva ética não é de repressão a um individualismo implacável em que moral e negócio sejam esferas absolutamente distintas. Numa ordem moral organizada com justiça, sobressai o princípio da reciprocidade e cooperação. Por exemplo, quem dirige um negócio deve visar à satisfação da necessidade dos outros na medida em que os outros também possibilitem expressar e satisfazer a necessidade de quem dirige.

Porém, completa universalidade de interesses é, obviamente, impossível no sentido quantitativo.^[5] Esse dilema tem a ver com um impossível equilíbrio (econômico) entre favorecer um ou favorecer todos. O que leva a duvidar de considerações simplesmente sociológicas ao modo de regras como a do *mini/max* em suas diferentes variações. É o que preconiza o chamado *princípio de Pareto*^[6]: se todo mundo na sociedade prefere um estado social do que outro, então a escolha daquele preferido deverá ser feita por ser o melhor para aquela sociedade como um todo, o que conduz, na verdade, a um dilema: para que todo mundo sempre fique melhor (dominância forte de Pareto), ou pelo menos para que a situação de alguns fique melhor sem que a de ninguém piore (dominância fraca de Pareto), devemos abolir a liberdade individual?

Por isso, numa visão filosófica, uma leitura estritamente jurídica dos direitos individuais pode conflitar com uma leitura sociológica (Pareto), pois, adotadas ambas, é possível que obtenhamos uma preferência social, que é irracional: viva a maioria e dane-se a pessoa individual ou vice-versa. Donde a necessidade da leitura filosófica para elucidar, do ângulo ético, o pressuposto de que as pessoas possam interagir umas com as outras.

Com isso o estudioso do Direito teria como enfrentar a confusão entre a avaliação de estados sociais completos (atender à maioria?) e a avaliação de elementos dentro desses estados (ou atender a uma pessoa necessitada?).^[2] A exigência moral, ainda que vise a uma utilidade econômica, apenas repudia a *banalização* da conduta.

Por fim, a que vem, afinal, a filosofia do Direito? Enfrentar uma confusão não é ainda solucionar um problema. Parafraseando Goethe^[8], dir-se-ia: a perspectiva jusfilosófica abre perspectivas, porém é o Direito que decide. A primeira, sem o segundo, amplia os horizontes, mas paralisa a ação. E o segundo, sem a primeira, resolve, mas bitola a mente. Por isso, não se dedique a um, relaxando o outro.

[1] Ministro Barroso. Voto disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf>

[2] 1) *necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública*; 2) *preferencial prescrição por médico ligado à rede pública*; 3) *preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional)*; 4) *justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública*; 5) *e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS* Ministro Fachin. Voto disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>

[3] A condição humana, São Paulo, 1981:167.

[4] Max Weber: A política como vocação, in Gerth H. H. & MilIs, Wright (Org.) Ensaio de Sociologia, Rio de Janeiro, 1963, p. 97 – 153.

[5] Supor, por exemplo, que o interesse por um grupo próximo atenda aos interesses daqueles que se acham distantes. Cf. John Dewey: Teoria da vida moral, São Paulo, 1964:104.

[6] Vilfredo Pareto: [Trattato di sociologia generale, 1916](#).

[7] Ver Amartya Sen: The Impossibility of a Paretian Liberal, in: Journal of Political Economy Vol. 78, No. 1 (Jan. – Feb., 1970), pp. 152-157 e James Buchanan: An Ambiguity in Sen's Alleged Proof of the Impossibility of a Pareto Libertarian, in: Analyse & Kritik, vol. 18, 1996, p. 118-125.

[8] “O sentido amplia, mas paralisa, a ação vivifica, mas bitola”.

Tercio Sampaio Ferraz Junior - Advogado e professor da USP e da PUC-SP

<https://jota.info/carreira/para-que-filosofia-do-direito-28112017>