



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

CLAUDIA NOGUEIRA DA CRUZ TORRES

**POR TRÁS DE UMA SENTENÇA:
um estudo sobre a racionalidade das decisões judiciais a partir das
demandas por medicamentos no TJDF**

BRASÍLIA

2015

CLAUDIA NOGUEIRA DA CRUZ TORRES

**POR TRÁS DE UMA SENTENÇA:
um estudo sobre a racionalidade das decisões judiciais a partir das
demandas por medicamentos no TJDF**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Área de concentração: Direito e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Estados, políticas públicas e domínio econômico-social.

Orientador: Professor Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger

Coorientador: Professor Dr. Roberto Freitas Filho

BRASÍLIA
2015

Às minhas filhas, Gabriella e Giovanna, que, apesar da tenra idade, com carinho e paciência, aguardaram a sua mãe fazer a “tarefa de casa”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de modo particularmente especial, ao professor Roberto Freitas Filho, que me acompanhou desde os primeiros passos no Programa de Mestrado. Além de ter sido um grande incentivador da presente pesquisa, o professor se revelou um mestre para toda a vida.

Agradeço, também, ao meu orientador, professor Antonio Henrique Graciano Suxberger, que, prontamente, e de modo tão afetuoso, aceitou a tarefa de me orientar. Sem a sua confiança e generosidade intelectual, certamente o caminho até aqui percorrido teria sido bem mais trabalhoso.

Agradeço ao professor Frederico Augusto Barbosa da Silva pela valiosa contribuição oferecida no exame de qualificação da dissertação.

Aos colegas dos grupos de pesquisa “Hermenêutica e Políticas Públicas” e “Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores”, que têm como líder o professor Roberto Freitas Filho. E aos colegas do grupo de pesquisa “Direito, Verdade e Método”, que tem como líder o professor Inocêncio Mártires Coelho. As discussões travadas nos grupos foram fundamentais para o desenvolvimento da presente dissertação.

Aos colegas de curso e de tribunal, David Yavaga Miodownik, Gerardo Alves Lima Filho e Paulo Cerqueira Campos, que, nos momentos de angústias e dúvidas, sempre se dispuseram a oferecer uma palavra de incentivo.

Ao meu querido chefe, o Desembargador Arnaldo Camanho de Assis, magistrado e professor íntegro e estudioso, que, além de incentivador, sempre se mostrou ansioso pelas conclusões do presente trabalho, na torcida de sua utilidade para o dia a dia do gabinete e do tribunal.

Também não poderia deixar de agradecer aos meus colegas de tribunal, que, desde o início do processo de seleção para o Programa de Mestrado, incentivaram a minha participação.

Às minhas filhas, Gabriella e Giovanna, amores da minha vida.

À minha mãe, Aliete, que, de forma amorosa e incansável, tentou preencher a minha ausência materna durante os momentos de pesquisa e estudo. Sem palavras para agradecer tamanho amor, apoio e compreensão. Sem ela, realmente não teria sido possível.

RESUMO

No contexto de um Estado democrático de direito, os juízes têm o dever de fundamentar racionalmente as suas decisões judiciais. Não podem julgar de forma decisionista, movidos por suas próprias convicções morais e políticas. Não podem julgar impelidos por paixões. Mas será que tal proceder é observado em demandas que colocam os julgadores diante de escolhas difíceis, e até mesmo trágicas, como as relacionadas à saúde pública? Será que os julgadores decidem racionalmente as demandas que objetivam o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público? O objetivo do presente estudo é investigar, a partir da análise de julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, se, de fato, as justificações empregadas pelos juízes para determinar a concessão de medicamentos pelo Estado são racionais. Para tanto, quatro capítulos foram desenvolvidos. No primeiro, a fim de se demonstrar a importância da argumentação racional nas decisões judiciais, foi feito um estudo geral sobre as modernas teorias da argumentação jurídica desenvolvidas por Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza. O segundo capítulo foi dedicado à análise do modo de pensar dos juízes, a partir da teoria interpretativista do direito de Ronald Dworkin: o direito como integridade. No terceiro capítulo, a teoria de Dworkin foi aprofundada mediante um exercício de interpretação hipotético: os juízes-tipos de Dworkin – convencionalista, pragmático e juiz Hércules – foram convidados a julgar algumas demandas de medicamentos recorrentes no âmbito da justiça do Distrito Federal. No quarto capítulo, foram analisados criticamente, à luz das teorias expostas no trabalho, casos exemplares julgados pelos juízes do Tribunal de Justiça local. Após, foram expostas as conclusões da análise e da investigação, que apontaram no sentido de que as decisões proferidas nas demandas por medicamentos pelos julgadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, de modo geral, apresentam um déficit de argumentação racional.

Palavras-chaves: Direito à saúde. Demandas por medicamentos. Decisões judiciais. TJDFT. Fundamentação racional. Déficit.

ABSTRACT

Under the Democratic Rule of Law, judges have the duty to recite rationally the reasons of their judicial decisions. They cannot judge in a decisionist manner, driven by their own moral and political convictions. They cannot judge impelled by passions. However, can this be observed in demands that put the judges facing hard cases, and even tragic ones, such as those related to public health? Do judges decide, in a rational way, upon the demands regarding the provision of medications by the Government? The purpose of this study is to investigate, by analyzing the decisions of the Court of Appeals of the Brazilian Federal District and Territories (TJDFT), whether the justifications presented by judges to determine the provision of medications by the State are indeed rational. To do so, four chapters have been developed. In the first one, in order to demonstrate the importance of rational argumentation in judicial decisions, a general study was conducted on the modern legal argumentation theories developed by Neil MacCormick, Robert Alexy and Manuel Atienza. The second chapter was dedicated to the analysis of the judge's way of thinking, based on Ronald Dworkin's interpretive theory of law: law as integrity. In the third chapter, Dworkin's theory was deepened through a hypothetical interpretation exercise: Dworkin's types of judges – the conventionalist, the pragmatic and judge Hercules – were invited to decide upon some recurrent medication demands within the justice of the Brazilian Federal District. In the fourth chapter, examples of cases sentenced by the Court of Appeals' judges were critically analyzed, in light of the theories exposed in this paper. Then, conclusions drawn from the analyses and the investigation were presented, indicating that the decisions rendered on the medication demands by the judges of the Court of Appeals of the Brazilian Federal District and Territories, in general, show a deficit in rational argumentation.

Keywords: Right to health. Medication demands. Judicial decisions. Court of Appeals of the Brazilian Federal District and Territories (TJDFT). Rational Statement of Reasons. Deficit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	15
1.1 Teoria da argumentação jurídica	16
1.2 Neil MacCormick: uma questão de coerência e consistência	24
1.2.1 A argumentação dedutiva: sobre o silogismo jurídico.....	24
1.2.2 Justificação de segunda ordem (justificação externa).....	29
1.2.3 A questão da coerência	32
1.2.4 A questão da consistência	33
1.3 Robert Alexy: o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral	35
1.3.1 Teoria do discurso prático racional geral.....	37
1.3.2 Teoria do discurso jurídico	43
1.3.3 O discurso de direitos fundamentais	51
1.4 Manuel Atienza: uma crítica à teoria padrão da argumentação jurídica ..	55
2 OS JUÍZES DE DWORKIN.....	62
2.1 Juiz convencionalista.....	66
2.2 Juiz pragmático	69
2.3 Juiz Hércules.....	73
3 DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL A PARTIR DOS JUÍZES DE DWORKIN.....	78
3.1 Legislação aplicável às demandas por medicamentos	79
3.2 Casos concretos.....	84
4 JUÍZES REAIS E AS DECISÕES PROFERIDAS NO TJDFE.....	92
4.1 Breve panorama geral.....	93
4.2 Análise de casos.....	98
4.2.1 O caso Amanda	98
4.2.2 O caso Joaquim	101
4.2.3 O caso João	104
4.2.4 O caso Maria	106
4.2.5 O caso Sônia.....	108
4.3 O caso da sentença “padrão”	110

4.4	Sentenças de improcedência	114
4.4.1	Caso 1	115
4.4.2	Caso 2	117
4.5	Como julgam os desembargadores do TJDFT?	120
4.6	A racionalidade dos juízes nas demandas por medicamentos no TJDFT.	122
4.7	Breves reflexões além dos marcos da pesquisa	126
	CONCLUSÃO	130
	REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

Desde a Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando, cada vez mais, um processo de questionamento da racionalidade judicial em razão de uma crescente judicialização das demandas sociais. É que, desde então, a sociedade tem se apropriado do texto constitucional para reivindicar direitos, passando a cobrar uma maior atuação do Poder Judiciário. E, a partir do momento em que o Poder Judiciário passou a ser mais atuante, também passou a ser mais questionado.

Além disso, no momento pós-constituente, e provavelmente por conta do próprio aumento do questionamento da racionalidade judicial, também se viu aumentar a influência de teóricos alienígenas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Neil MacCormick e Manuel Atienza, que admitem a possibilidade de se apreciar criticamente a fundamentação das decisões judiciais.

No entanto, ainda hoje, a maior parte das pesquisas jurídicas despreza a investigação da racionalidade das decisões proferidas pelos juízes, preocupando-se apenas com as suas consequências, ou seja, com os efeitos das decisões judiciais. Essa escassez de estudos sobre o tema, somada à experiência da autora, que trabalha há mais de dezesseis anos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF¹, foram dois dos motivos que levaram ao desenvolvimento do presente estudo, que pretende investigar o que está por trás de uma sentença judicial. Mas o terceiro motivo – e talvez o principal – tem a ver com o tema de fundo da dissertação.

O tema escolhido como pano de fundo para a análise da racionalidade judicial – demandas judiciais por medicamentos – é inquietante e desperta calorosos debates entre os mais diversos atores: políticos, gestores públicos, juízes, advogados, promotores públicos, profissionais de saúde, indústria e estabelecimentos farmacêuticos, instituições acadêmicas, usuários do sistema público de saúde e a sociedade em geral.

¹ A autora tomou posse no cargo de Analista Judiciário do TJDF em novembro de 1998. Desde junho de 1999, passou a ocupar funções que têm a missão de auxiliar diretamente o magistrado. Primeiro, atuando na primeira instância, na condição de Oficial de Gabinete, cuja principal tarefa é auxiliar o juiz na confecção de despachos e sentenças (função exercida até 2008). Após, atuando na segunda instância, como Chefe de Gabinete de Desembargador, ocasião em que passou a acompanhar todos os processos que são distribuídos ao desembargador, desde o momento em que os autos são conclusos para a primeira análise até o momento em que a prestação jurisdicional do desembargador é esgotada (cargo que ocupa até a presente data).

Mas a eleição do tema de fundo também se deu em razão de uma inquietude que surgiu no dia a dia da atividade profissional da autora, desde que passou a trabalhar na segunda instância do tribunal com processos cíveis: a percepção de que os processos que envolvem o direito à saúde recebem um tratamento diferenciado pelo tribunal, consistente em uma maior celeridade – pelo menos até que a pretensão seja satisfeita, ainda que liminarmente – e no resultado final da demanda quase sempre favorável à parte autora. À custa, contudo, de uma argumentação racional. Entretanto, a suposição poderia estar equivocada, pois limitada ao universo da segunda instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. A fim de ser comprovada, era preciso uma investigação mais minuciosa acerca do trâmite desses processos desde a sua origem. E, de fato, foi isso que se buscou fazer no decorrer da presente pesquisa.

O principal fundamento das demandas judiciais por medicamentos é o artigo 196, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Mas será que o direito à saúde pode ser interpretado de forma absoluta, como o acesso a todo e qualquer tratamento ou medicamento? Ou deve ser entendido como o direito a políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação? Como os juízes interpretam esse direito? Eles levam em consideração a Política Nacional de Assistência Farmacêutica e a lei federal que instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS? E o aspecto orçamentário? E a equidade? São considerados? O que, de fato, motiva os julgadores a decidir tais demandas? Como os juízes fundamentam as suas sentenças? A motivação é racional?

Com a finalidade de responder a essas perguntas e se, de fato, os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF conferem um tratamento diferenciado às demandas que envolvem o direito à saúde, especificamente, o pedido de dispensação de medicamentos pelo Estado, dando mais importância ao resultado da demanda do que à argumentação racional, optou-se por um método que mescla o teórico e o empírico.

A pesquisa, desse modo, não trata da questão do ativismo judicial – judicialização da política – tampouco da ponderação/sopesamento de princípios. Não busca discutir o mérito propriamente dito das decisões proferidas nas demandas por medicamentos. A pesquisa versa sobre a fundamentação racional das sentenças.

O primeiro capítulo pretende demonstrar a importância da argumentação racional nas decisões judiciais, tomando como ponto de partida o estudo das teorias de três autores – Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Stephen Toulmin – considerados como os precursores da moderna teoria da argumentação jurídica. Após abordar os temas considerados de maior importância para o presente estudo, e, também, a teoria do prescritivismo universal de Richard Hare, o capítulo segue o seu desenvolvimento com a abordagem das teorias da argumentação jurídica de Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza.

O segundo capítulo é dedicado à análise do modo de pensar dos juízes, partindo-se das teorias interpretativas dos três juízes de Ronald Dworkin: convencionalista, pragmático e o mítico Juiz Hércules. Nesse passo, os juízes imaginários irão julgar os casos difíceis apresentados por Dworkin na obra *O Império do Direito* (DWORKIN, 2014), para, no terceiro capítulo, após serem apresentados à legislação que rege o direito à saúde e o direito à assistência farmacêutica, apreciar cinco demandas por medicamentos já julgadas por juízes reais no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT.

Aqui, e antes que se passe à apresentação do quarto capítulo, são necessários alguns esclarecimentos sobre a pesquisa exploratória realizada no decorrer do presente estudo.

Com efeito, além do recorte temático – demandas por medicamentos contra o Poder Público – e do recorte geográfico – Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal –, imposto pela própria legislação de organização judiciária do DF – Lei nº 11.697/08², e a fim de possibilitar uma pesquisa e uma análise mais aprofundadas, tornou-se necessário um recorte temporal: foram selecionados processos cujas sentenças foram proferidas no período de janeiro a junho de 2014.³

Não obstante o caráter público dos processos, a autora, na condição de servidora do tribunal, encaminhou um pedido de autorização de levantamento documental à Corregedoria

² Art. 26. Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar:

I – os feitos em que o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista de que participe, forem autores, réus, assistentes, litisconsortes, intervenientes ou oponentes, excetuados os de falência e acidentes de trabalho;

II – as ações populares que interessem ao Distrito Federal e às entidades de sua administração descentralizada;

III – os mandados de segurança contra atos de autoridade do Governo do Distrito Federal e de sua administração descentralizada.

Parágrafo único. Os embargos de terceiros propostos pelo Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada serão processados e julgados perante o juízo onde tiver curso o processo principal.

³ As sentenças foram selecionadas e analisadas de acordo com o método de produção de trabalhos jurídicos denominado Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Cf. FREITAS FILHO; LIMA, Acesso em 09 ago. 2013.

do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Em resposta, o Senhor Desembargador Corregedor não se opôs ao levantamento, esclarecendo que, caso fosse necessária a pesquisa *in loco*, o pedido deveria ser encaminhado aos próprios juízes das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal. Diante do aval da Corregedoria, a autora optou por selecionar as sentenças por meio do SISTJ – Sistema de Controle e Acompanhamento de Processos de Primeira Instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao qual tem acesso por ser servidora efetiva do tribunal. Sendo assim, a pesquisa nas varas da fazenda foi descartada, tendo sido realizada, em um primeiro momento, por meio eletrônico. Apenas no segundo momento, já de posse do número dos processos que fariam parte do universo da pesquisa, é que foi solicitada a reprodução xerográfica dos processos (a maior parte estava no arquivo definitivo do tribunal), nos mesmos moldes em que franqueada ao público em geral.

No decorrer do trabalho, e desta vez por meio da página principal de consulta do sítio eletrônico do TJDF, foi feito, também, um levantamento do que ocorreu com os processos cujas sentenças foram selecionadas nos moldes acima descritos e que não transitaram em julgado no primeiro grau de jurisdição. Buscou-se, com tal proceder, fazer um cotejo das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau com as proferidas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Com o objetivo de tornar a pesquisa empírica ainda mais completa, também por meio do sistema de consulta disponível na página principal do sítio eletrônico do TJDF, foram coletados dados sobre as demandas por medicamentos contra o Poder Público de competência originária do tribunal. Precisamente, os mandados de segurança impetrados contra ato do Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal, consistente na omissão de fornecimento de medicamento, cuja competência para processamento e julgamento é do Conselho Especial do TJDF, composto por dezessete desembargadores. Por uma questão de coerência, o recorte temporal foi mantido: janeiro a junho de 2014.

O quarto capítulo, além de traçar um panorama geral de todos os processos selecionados – de primeira e segunda instâncias –, traz uma análise detalhada de cinco sentenças de procedência proferidas em casos exemplares, de uma sentença “padrão” e das duas únicas sentenças que julgaram improcedente o pedido de fornecimento de medicamento pelo Distrito Federal.

Por fim, após serem tecidas algumas considerações além dos marcos da pesquisa, chegou-se à conclusão de que os juízes do tribunal de justiça local, longe de ser convencionais, pragmáticos, Hércules, ou racionais – pelo menos no que diz respeito às demandas de medicamentos – são juízes emocionais. Para eles, a política pública estatal, o custo do medicamento, a não inclusão do fármaco nas listas oficiais e a ausência de protocolo clínico, efetivamente, são fatores que não importam. O entendimento que prevalece no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é que o direito à saúde, aqui compreendido o direito à assistência farmacêutica, é absoluto. O que importa, de fato, é a hipossuficiência do paciente e o seu estado de saúde. Nessa medida, o que prevaleceu nas sentenças foi uma fundamentação pouco transparente e não racional.

1 A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

As decisões judiciais devem ser fundamentadas a fim de demonstrar argumentativamente a sua racionalidade. Só assim podem ser consideradas legítimas. E só assim podem ser controladas.⁴

Tal postulado não é novo, tampouco exclusivo dos litigantes das cortes pátrias. É um postulado compartilhado por todos os Estados democráticos de direito – independentemente do sistema jurídico adotado – *common law*, *civil law* ou misto⁵. É essencial à boa administração da justiça e favorece a imparcialidade.

A propósito, vale a transcrição de um trecho do artigo de T. Sauvel, com o título *Histoire du jugement motive*, publicado em Bruxelas, no ano de 1955:

Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’. Ela é o que ajuda a decidir se deve recorrer ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. Sem ela não teríamos “ementários” e essa publicação não seria o que é. [...] A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial (SAUVEL, 1955 *apud* PERELMAN, 2000, p. 210-211)

Mas como se fundamenta uma decisão judicial? Como se argumenta racionalmente no direito?⁶

A resposta a essa indagação é a preocupação central da teoria da argumentação jurídica.

⁴ Na Constituição Federal de 1988, o dever de fundamentação das decisões judiciais está expresso no art. 93, inciso IX, nos seguintes termos: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

⁵ Lênio Streck destaca que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH considera o direito de fundamentação das decisões judiciais um direito fundamental do cidadão. Cf. STRECK, 2013, p. 32.

⁶ Aqui há de se fazer uma distinção entre argumentação e racionalidade. O termo “argumentação” é empregado em sentido amplo e diz respeito à atividade geral de propor pretensões. Já o termo “racionalidade” refere-se a raciocínio. É usado em sentido mais estrito, a fim de designar a atividade de apresentar razões para justificar ou contestar uma pretensão. Daí a expressão “argumentação racional”.

1.1 Teoria da argumentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica situa-se no contexto da filosofia do século XX, pós reviravolta linguístico-pragmática⁷. Tem como precursores vários filósofos europeus e anglo-saxões, como Viehweg, Perelman e Toulmin, cujas obras têm um mesmo ponto em comum: rejeição da lógica formal dedutiva como instrumento exclusivo de análise dos raciocínios jurídicos.

Theodor Viehweg, na obra *Topik and jurisprudenz*, de 1953, retoma o modo de discutir as questões jurídicas a partir de tópicos (*topoi* ou lugares-comuns) – técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica (VIEHWEG, 1979. Introdução) – remontando a Aristóteles e a Cícero.

O cerne da sua proposta consiste em rejeitar uma perspectiva exclusivamente lógica⁸ na solução de questões jurídicas e propor um modo de pensar por problemas, a partir dos problemas e em direção dos problemas⁹. Ou seja, as premissas são o ponto alto da sua teoria e não a conclusão.

Com efeito, a grande importância atribuída à tópica de Viehweg diz respeito muito mais ao aspecto interno da justificação das decisões judiciais do que ao aspecto externo. É que “a tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda”. (ATIENZA, 2014. p. 51)

⁷ No giro linguístico (*linguistic turn*), a linguagem invadiu o campo da filosofia, transferindo o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem. Para um estudo mais aprofundado, ver OLIVEIRA, 2001.

⁸ Um exemplo clássico de raciocínio exclusivamente lógico é: se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C.

⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no prefácio à obra de Viehweg, e a fim de esclarecer a proposta do autor, disse que “num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras ‘fórmulas de procura’ de solução de conflito. Noções-chaves como ‘interesse público’, ‘vontade contratual’, ‘autonomia da vontade’, bem como princípios básicos como ‘não tirar proveito da própria ilicitude’, ‘dar a cada um o que é seu’, ‘*in dubio pro reo*’ guardam um sentido vago que se determina em função de problemas como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado, do indivíduo de boa fé, distribuição dos bens numa situação de escassez etc., problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aposta nuclear, isto é, a uma questão sempre posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça. Estes conceitos e proposições básicas do pensamento jurídico não são formalmente rigorosos nem podem ser formulados na forma de axiomas lógicos, mas são *topoi* da argumentação”. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/95>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Além disso, Viehweg não prevê qualquer hierarquia entre os tópicos, de modo que um mesmo problema poderia ser solucionado por diversas formas – por meio das mais variadas premissas – o que levaria a resultados muitas vezes incompatíveis entre si. A tópica não propõe critérios.

Daí porque a tópica de Viehweg é compatível com a teoria da argumentação jurídica, mas insuficiente para ser considerada como tal.

Outra teoria que exerceu inegável influência sobre as modernas teorias da argumentação jurídica¹⁰ foi a desenvolvida por Chaïm Perelman, na obra *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, de 1958, escrita em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyteca.

Na introdução de sua obra, Perelman e Olbrechts-Tyteca fazem uma distinção entre o raciocínio analítico ou lógico-formal¹¹ e raciocínio dialético ou retórico¹². O primeiro circunscreve-se ao terreno das proposições necessárias, sobre as quais o acordo não pode ser evitado (partindo-se de premissas verdadeiras, necessariamente, chega-se a uma conclusão igualmente verdadeira). O segundo circunscreve-se ao campo do verossímil, do plausível, das opiniões.

Nesse contexto, Perelman e Olbrechts-Tyteca reabilitam a retórica aristotélica – campo da sua teoria – e introduzem na argumentação jurídica¹³ conceitos importantes como os de auditório interno e universal.

¹⁰ Esclareça-se que a expressão “modernas teorias da argumentação jurídica” está sendo empregada no mesmo sentido que o termo genérico “teoria da argumentação jurídica” ou “teoria padrão da argumentação jurídica”.

¹¹ Perelman identifica o raciocínio analítico com o lógico-formal. Para ele, “o lógico, inspirando-se no ideal cartesiano, só se sente à vontade no estudo das provas que Aristóteles qualificava de analíticas, pois todos os outros meios não apresentam o mesmo caráter de necessidade”. Acrescenta, ainda, que “essa tendência acentuou-se mais ainda há um século, quando, sob a influência de lógicos-matemáticos, a lógica foi limitada à lógica formal, ou seja, ao estudo dos meios de prova utilizados nas ciências matemáticas” Cf. PERELMAN, 2005, p. 2.

¹² Atienza esclarece que o termo “retórica” e não o termo “dialética” foi escolhido por Perelman para nominar a sua teoria em razão da importância que ele confere à noção de auditório e aos múltiplos significados atribuídos ao segundo termo ao longo da história. Cf. ATIENZA, 2014, p. 59.

¹³ Há de se ressaltar, contudo, que o campo jurídico é tratado por Perelman de forma específica: lógica jurídica. Para ele, o raciocínio jurídico é um raciocínio singular, distinto do raciocínio característico das ciências dedutivas, assim como daquele que caracteriza a filosofia e as ciências humanas.

A tese de Perelman e Olbrechts-Tyteca é dividida em três partes: âmbitos da argumentação (ou pressupostos da argumentação¹⁴), ponto de partida da argumentação e técnicas argumentativas.

O primeiro pressuposto da argumentação é a existência de uma linguagem comum, de uma técnica que permita a comunicação. Mas isso não basta. É preciso que haja o desejo de argumentar. É preciso que haja “a participação ideal do interlocutor, que precisa ser mantida ao longo de todo o processo da argumentação”. (ATIENZA, 2014. p. 60)

Os autores distinguem, ainda, três elementos básicos da argumentação: o orador, o discurso e o auditório, sendo que este último desempenha um papel fundamental na teoria por eles desenvolvida.

Perelman e Olbrechts-Tyteca relembram a clássica distinção aristotélica dos gêneros oratórios deliberativo (perante uma assembleia), judiciário (perante um juiz) e epidítico (perante espectadores que não têm que se manifestar, como ocorre em um discurso fúnebre). Mas a classificação mais importante para a teoria é a que distingue a argumentação realizada perante um auditório universal (formado por todos os seres racionais), a argumentação realizada perante um único ouvinte (diálogo) e a deliberação consigo mesmo.¹⁵

O conceito perelmaniano de auditório universal não é muito claro¹⁶, mas se sabe que está estreitamente ligado à ideia de que a argumentação filosófica traz em si um discurso com apelo à razão. Nesse contexto, pode-se afirmar que o auditório universal é a própria encarnação da razão. Podem-se inferir, também, do *Tratado*, as seguintes características do auditório universal: (a) é um caso limite dos auditórios particulares; (b) é uma construção do orador; (c) não é um conceito empírico; (d) é uma mera pretensão do filósofo; (e) não é uma questão de fato, mas uma questão de direito; (f) é uma hipótese, passível de revisão; (g) é o melhor auditório possível; (h) é variável, dependendo do orador e do meio; (i) é formado por todos os seres racionais, portanto, ideal e; (j) é composto por todos aqueles que podem acompanhar o raciocínio.

O conceito de auditório universal se presta para várias funções, entre as quais a de distinguir o que é “persuadir” e o que é “convencer”. De acordo com o *Tratado*, “para quem

¹⁴ Na tradução de Maria Cristina Guimarães Guimarães Cupertino. Cf. ATIENZA, 2014.

¹⁵ Apesar de não constar da classificação, os autores, no decorrer de toda a obra, fazem referência a outro tipo de argumentação, qual seja aquela dirigida a um auditório particular (uma redução do auditório universal).

¹⁶ A falta de clareza é uma das principais críticas atribuídas à teoria de Perelman. Cf. ATIENZA, 2014, p. 81-86.

está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 30). Tanto é assim, que a argumentação persuasiva é aquela que pretende valer apenas para um auditório particular, enquanto que a argumentação convincente é aquela que pretende a adesão de todo o ser racional. A melhor argumentação, nesse contexto, é a que convence o auditório.

Outro ponto da teoria que merece destaque é a ênfase que os autores dão à imparcialidade.

Na segunda parte do *Tratado*, Perelman e Olbrechts-Tyteca cuidam do ponto de partida da argumentação. Com efeito, toda argumentação precisa partir de algum “lugar comum”, chamado pelos autores de “acordo do auditório”. Esse acordo pode ter por objeto: fatos, verdades e presunções (relativos ao real e válidos para o auditório universal) ou valores, hierarquias e lugares (relativos ao preferível e válidos para auditórios particulares). A escolha dos dados (premissas) com vistas à argumentação, por sua vez, “consiste não só na interpretação deles, no significado que se lhes concede, mas também na apresentação de certos aspectos desses dados, graças aos acordos subjacentes na linguagem que é utilizada” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 143). Por ocasião da apresentação dos dados (premissas), Perelman e Olbrechts-Tyteca cuidam do papel desempenhado pelo emprego de determinadas formas verbais, modalidades de expressão do pensamento e de figuras retóricas e de argumentação.

Na terceira e última parte do *Tratado*, Perelman e Olbrechts-Tyteca descrevem as técnicas argumentativas, dividindo os argumentos em dois grupos: procedimentos argumentativos de união e de dissociação. Subdividem, ainda, os primeiros, em argumentos quase lógicos, argumentos baseados na estrutura do real e ligações que fundamentam a estrutura do real. É aqui que os autores tratam da regra da justiça – classificada como um argumento quase lógico –, que consiste em “aplicar um tratamento idêntico a seres ou a situações que são integrados numa mesma categoria” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 248). E, também, de argumentos como o pragmático, de autoridade, bem como da analogia.

Pode-se perceber, desse modo, que a pretensão fundamental dos autores residiu na reabilitação da razão prática e na introdução de alguma racionalidade na discussão de

questões morais, jurídicas e políticas etc., daí a importância da obra para as modernas teorias da argumentação jurídica.¹⁷

Especificamente sobre o campo jurídico, Perelman não só propôs uma teoria da argumentação como também analisou o que ocorria na prática dos tribunais franceses e belgas (PERELMAN, 2000. Obra publicada originalmente em francês com o título *Logique juridique*, em 1979). Com efeito:

A importância concedida ao eixo pragmático da linguagem (o objetivo da argumentação é persuadir), ao contexto social e cultural em que se desenvolve a argumentação, ao princípio da universalidade (a regra da justiça) ou às noções de acordo e de auditório (sobretudo de auditório universal) antecipam elementos essenciais de outras teorias da argumentação. (ATIENZA, 2014, p. 80)

Stephen Toulmin também colaborou para a construção das modernas teorias da argumentação jurídica. A sua obra mais conhecida é *The uses of argument*, de 1958, e versa sobre o argumento de uma forma geral.

Toulmin parte da ideia de que todo “homem que faz uma asserção faz também um pedido – pede que lhe demos atenção ou que acreditemos no que afirma” (TOULMIN, 2006, p. 15). E prossegue, a fim de demonstrar o que considera a principal função dos argumentos, qual seja corroborar alegações:

O “pedido” implícito numa asserção é como a reivindicação de um direito ou de um título. Como no caso da reivindicação de um direito – embora haja direitos que podem ser concedidos sem nenhum argumento –, os méritos do “pedido” implícito na asserção dependem dos méritos do argumento que se possa apresentar para apoiá-lo. (TOULMIN, 2006, p. 16)

Nesse contexto, Toulmin concentra seus esforços para investigar os modos de apresentação de um argumento, assim como os modos apropriados de crítica e de avaliação do argumento, fins para os quais, segundo defende, a lógica formal dedutiva não se presta. É que, para ele:

¹⁷ No entanto, Perelman peca pela falta de uma teoria geral da estrutura dos argumentos: “a nova retórica volta-se mais para a dimensão lógica, ou seja, para o estudo de todos os meios de prova e a preocupação com a força, a intensidade e a solidez de um argumento. Apesar desse interesse mais propriamente lógico, a nova retórica distancia-se das tradicionais abordagens nesse domínio ao enfatizar o estudo empírico das diferentes técnicas argumentativas, deixando em segundo plano a dimensão normativa da lógica, que pretende estabelecer as leis do raciocínio correto. O *Tratado da Argumentação* não pretende criar cânones ou padrões de avaliação e nem estabelecer regras para guiar nossas argumentações, o que fica claro ao percebermos a quase ausência nele do problema das falácias. Perelman está muito mais interessado em descobrir a que tipo de argumento as pessoas efetivamente aderem e como esse processo ocorre”. Cf. ALVES, Acesso em: 20 de jun. 2015.

A correção de um argumento não é, assim, uma questão formal, quer dizer, algo que dependa exclusivamente da forma das premissas e da conclusão (dadas algumas proposições de certa forma, delas se pode inferir outra de determinada forma), e sim uma questão de procedimento, no sentido de algo que precisa ser julgado de acordo com critérios (substantivos e historicamente variáveis), apropriados para cada campo que se trate. (ATIENZA, 2014. p. 101)

As suas ideias principais podem ser encontradas de forma mais sistematizada em outra obra – *An introduction to reasoning*¹⁸ – escrita em parceria com Allan Janik e Richard D. Rieke, em 1978. Já em suas primeiras linhas, a publicação mostra a que veio: “*The book presupposes no familiarity with formal logic, and is intended to provide an introduction to ideas about rationality and criticism without requiring mastery of any particular logical formalism*”. (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, Prefácio)

Toulmin distingue quatro elementos que devem estar presentes para que um argumento seja válido ou correto: pretensão (*claim*), razões (*grounds*), garantia (*warrant*) e respaldo (*backing*).

A pretensão é tanto o ponto de partida (a proposição de um problema) quanto o ponto de chegada da argumentação (onde se pretende chegar com a proposição). Exemplo: “X tem direito a receber um medicamento”. Caso haja alguma oposição à pretensão, surgindo, então, a necessidade de se argumentar, o proponente terá que oferecer razões – relevantes e suficientes – à sua pretensão. Ou seja, terá que dar informações específicas sobre o seu pedido, de modo a justificá-lo. Exemplo: “X está doente e não tem condições de arcar com o tratamento médico que lhe foi receitado”. O oponente poderá aceitar as razões, que sempre dependem da natureza da pretensão, exigindo do proponente que justifique a passagem das razões para a pretensão. Referida passagem é autorizada por enunciados gerais, que constituem a garantia do argumento. A garantia também depende da natureza do argumento e busca conferir-lhe solidez e confiança. A depender da pretensão, a garantia pode ser uma lei da natureza, uma norma legal etc. Por exemplo: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. No entanto, nem sempre uma garantia é suficientemente segura. Às vezes, é preciso um respaldo: não basta, por exemplo, que haja um enunciado geral, ele tem que ser válido, relevante e com peso suficiente. No caso em questão: “A Lei nº 8.080, em seu art. 19-M, inciso I, prevê a dispensação de medicamentos pelo Estado”.

¹⁸ Apesar de não ter sido traduzida para o português, a sua tese está resumida em *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*, de Manuel Atienza (Cf. ATIENZA, 2014, p. 101-121).

Contudo, um argumento válido ou correto não é necessariamente um argumento forte, já que, para Toulmin, existem outros dois elementos que influem diretamente na força dos argumentos: os qualificadores (*qualifiers*) e as condições de refutação (*rebuttals*).

Além disso, segundo Toulmin, para que os argumentos sejam fortes é preciso que haja pontos de partida em comum. E “esses pressupostos comuns caracterizam cada uma das empresas racionais¹⁹ (direito, ciência, arte, negócios e ética), em cujo interior se argumenta” (ATIENZA, 2014, p. 108). Nessa toada, os argumentos judiciais são fortes na medida em que são empregados no âmbito de um processo jurídico. Mas, ao fim e ao cabo – e o que não se pode nunca perder de vista – é que o respaldo final dos argumentos acaba sendo o “senso comum”, também chamado por Toulmin de “tribunal da razão” e de “comunidade racional”.²⁰

O autor faz, ainda, uma distinção entre certos tipos de argumentos e falácias.

Com efeito, a despeito de Toulmin não ter se dedicado ao estudo da argumentação jurídica, construiu “uma verdadeira teoria da argumentação, dotada de um notável aparato analítico” (ATIENZA, 2014, p. 122), o que se mostrou de grande utilidade teórica. No entanto, a crítica que se faz a Toulmin é que ele exagerou quando se colocou contra a lógica formal em todos os seus aspectos, pois muitos dos esquemas por ele apresentados podem ser explicados de forma lógico-dedutiva, apenas não o podem de forma satisfatória. (ATIENZA, 2014, p. 126)

Outra teoria que não pode deixar de ser mencionada pela influência que exerceu sobre as modernas teorias da argumentação jurídica, principalmente sobre a teoria de Robert Alexy, é o prescritivismo universal do filósofo de Oxford, Richard Mervyn Hare.

Segundo a tese de Hare, exposta inicialmente na obra *The language of morals*, de 1952, e ainda posteriormente desenvolvida nas obras *Freedom and reason*, de 1963, e *Moral thinking: its levels, method and point*, de 1981, a ética é o estudo lógico da linguagem da moral. A teoria – considerada como uma das que mais influenciou no campo da Filosofia Analítica da Linguagem – situa-se no campo de uma metaética e também de uma ética normativa, na

¹⁹ Habermas critica esse ponto da teoria de Toulmin, porque, para ele, o fio condutor da lógica da argumentação não pode ser constituído pelas moldagens institucionais das empresas racionais. Habermas diferencia as formas de argumentação segundo pretensões de validade. Cf. ATIENZA, 2014, p. 129.

²⁰ Não se pode deixar de perceber que a noção de “senso comum”, “tribunal da razão” e “comunidade racional” é bem semelhante ao conceito de “auditório universal” de Perelman.

medida em que o autor acrescenta um elemento substantivo de natureza utilitarista²¹ no decorrer do desenvolvimento de sua tese (Cf. FREITAS FILHO, 2009, p. 148). Hare confere, desse modo, duas tarefas à ética: a análise lógica das expressões morais e a investigação da argumentação moral.

De acordo com o prescritivismo universal de Hare, palavras empregadas nos discursos morais, tais como as palavras “bom”, “dever” e “correto”²² possuem duas propriedades lógico-semânticas: prescritividade e universalizabilidade.

A tese central do prescritivismo é que os juízos morais têm como função própria guiar a conduta. Desse modo, os agentes morais devem agir de acordo com o que consideram moralmente obrigatório quando livres – física e psicologicamente – para assim agirem. Mas, além disso, os juízos morais são emitidos por razões; e o que é razão para “algo” deve vigorar para todos os casos em que se verificar esse mesmo “algo”. Assim, um juízo moral sempre dá origem a uma regra moral expressa em termos universais. A combinação das duas propriedades lógico-semânticas ressaltadas por Hare conduz à teoria do prescritivismo universal.

Deve-se ressaltar, contudo, que Hare nega a possibilidade de se verificar a correção dos juízos morais. Para ele, não há como julgar uma opinião individual moral. A sua tese circunscreve-se, assim, ao âmbito da apreciação da coerência do discurso, não se destinando ao controle substantivo das decisões individuais. (Cf. FREITAS FILHO, 2009, p. 149)

Após essa sucinta exposição das teorias de Viehweg, Perelman, Toulmin e Hare, realizada com o fim de se compreender o desenvolvimento das modernas teorias da argumentação jurídica, passa-se a uma análise das teorias desenvolvidas por Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza, restrita aos pontos considerados essenciais para o objetivo da presente pesquisa.

²¹ “É necessário não apenas alcançar uma plena compreensão dos *conceitos morais*, mas usar essa compreensão para dar conta *do raciocínio moral*, mostrando que os argumentos morais procedem como fazem porque o caráter lógico dos conceitos é o que é” (grifos no original). HARE, 1952 *apud* ALEXY, 2014, p. 67.

²² Apesar de Hare fazer expressa referência a essas três palavras – “dever”, “certo” e “bom” –, deixa claro que quase toda palavra pode ser utilizada ocasionalmente como uma palavra de valor. (Cf. HARE, 1996, p. 19).

1.2 Neil MacCormick: uma questão de coerência e consistência²³

Os seres humanos se distinguem dos outros por serem dotados de racionalidade. Não agem, portanto, acionados pela mera reação a estímulos externos, de modo que “nenhuma explicação do comportamento humano que deixe de fazer referência às razões subjetivas pelas quais um ato é realizado pode ser completa ou adequada”. (MACCORMICK, 2006, p. 8)

Na tentativa de impor um padrão racional ao agir humano, por meio de princípios orientadores para a resolução de questões práticas da vida que envolvam decisões, julgamentos, avaliações, e outras situações passíveis de uma escolha, eis que surge a teoria da argumentação prática.

Com a mesma pretensão de correção da escolha humana, mas com o campo de atuação delimitado, e, portanto, como um ramo da teoria da argumentação prática, encontra-se a teoria da argumentação jurídica.

A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick é uma teoria descritivo-normativa: ao mesmo tempo em que descreve como o sistema jurídico estudado pelo autor opera, propõe um modelo de justificação das decisões judiciais²⁴. Com efeito, para ele, em relação à argumentação jurídica, “o processo que vale a pena estudar é o processo de argumentação como um processo de justificação”. (MACCORMICK, 2006, p. 23)

1.2.1 A argumentação dedutiva: sobre o silogismo jurídico

Neil MacCormick construiu sua teoria investigando o processo de racionalidade das sentenças proferidas pelos Tribunais de Justiça da Inglaterra e da Escócia, países que, como é sabido, adotam o sistema do *common law*. O autor esclarece, contudo, que, na medida em que parte de premissas filosóficas gerais, pretende oferecer hipóteses passíveis de serem testadas por outros sistemas jurídicos. E, ao fim e ao cabo, é isso que se dá.

²³ A teoria da argumentação jurídica do escocês Neil MacCormick – jurista e filósofo do direito – foi inicialmente desenvolvida na obra **Argumentação jurídica e teoria do direito**, cujo título original em inglês é *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978. Foi reelaborada e refinada na obra **Retórica e o estado de direito**, cujo título original é *Rhetoric and the rule of law*, de 2005, mas, ao fim e ao cabo, a par do claro distanciamento de Hart, a tese central – que envolve as noções de coerência e consistência – permaneceu a mesma.

²⁴ Manuel Atienza descreve a teoria de MacCormick como uma teoria integradora, que harmoniza a razão prática kantiana com o ceticismo humano, mostra que uma teoria prática deve ser complementada por uma teoria das paixões, acrescenta aspectos não dedutivos aos aspectos dedutivos da argumentação jurídica, em suma, que busca o meio do caminho entre o ultrarracionalismo e o irracionalismo. Ver ATIENZA, 2014, p. 133-134.

MacCormick inicia a formulação de sua teoria, defendendo que o raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica. Em alguns casos, inclusive, é suficiente.

Uma argumentação dedutiva é aquela que se dispõe a demonstrar que uma proposição – conclusão da argumentação – está implícita em outra proposição ou em outras proposições – premissa ou premissas da argumentação. Será válida se, independentemente do teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que, necessariamente, a conclusão decorra das premissas. Diz-se, assim, que a sua validade é formal, pois independe da substância das premissas. Exatamente por isso, tem um âmbito de atuação limitado no campo da argumentação jurídica: ela não garante a veracidade nem das premissas nem da conclusão. Em outras palavras: será útil para justificar decisões judiciais na medida em que suas premissas sejam normas válidas de direito e proposições fáticas comprovadas (ou não controversas).

A fim de comprovar a tese de que uma decisão judicial pode ser realmente baseada apenas na argumentação dedutiva, MacCormick traz um caso concreto – *Daniels & Daniels v. R. White & Sons & Tarbard* ([1938] 4 All E.R. 258) – e decompõe a sua sentença em várias premissas.

Para que se compreenda melhor a questão, passa-se à análise do caso.

O Sr. Daniels dirigiu-se a um bar e pediu uma garrafa de limonada da marca *R. White* à vendedora – Sra. Tarbard. Comprou e foi para casa. Lá chegando, abriu a garrafa e bebeu seu conteúdo, juntamente com sua esposa. Os dois passaram mal e ficou constatado – por laudo pericial – que os danos à sua saúde foram causados pela limonada, que estava contaminada com ácido carbólico. Irresignados, ambos ajuizaram ação de indenização em desfavor do fabricante (*R. White & Sons*) e da vendedora (Sra. Tarbard). Em final sentença, o juiz, no que importa, decidiu o seguinte:

[...] Se for um caso de mercadoria vendida por descrição por um vendedor que comercializa mercadorias dessa descrição, existe uma condição implícita de que as mercadorias sejam de qualidade própria para a comercialização. Infelizmente para a sra. Tarbard, por nenhuma negligência de sua parte, a mercadoria não era de qualidade própria para comercialização. [...] Logo, concludo que essa foi uma venda por descrição, e – mesmo lamentando até certo ponto, por ser bastante duro para a sra. Tarbard, que é uma pessoa perfeitamente inocente na questão – considero que a sra. Tarbard é responsável pelos danos sofridos pela sra. Daniels por ter bebido essa garrafa de limonada. Entretanto, a meu entender, essa é a lei; e portanto creio que a decisão deve ser favorável ao sr. Daniels, que é a única pessoa que pode obter compensação da sra. Tarbard.

Decisão favorável ao querelante contra o segundo réu por £21.15s., e decisão favorável aos primeiros réus contra os dois querelantes. Custas baseadas nos valores fixados pelo Supremo Tribunal. (Cf. MACCORMICK, 2006, p. 25)

Com efeito, as seguintes premissas podem ser extraídas do trecho transcrito²⁵:

- (1) A Sra. Tarbard vendeu uma garrafa de limonada para o Sr. Daniels.
- (2) A venda da mercadoria foi realizada por descrição.
- (3) Há uma lei que dispõe que a venda por descrição traz implícita a condição de que a mercadoria vendida deve ser de qualidade própria para comercialização.
- (4) A garrafa de limonada comprada pelo Sr. Daniels não era de qualidade própria para comercialização.
- (5) A Sra. Tarbard infringiu uma cláusula que era obrigada a cumprir.
- (6) A Sra. Tarbard tem o dever legal de indenizar o prejuízo causado.

A proposição (6), por sua vez, só pode levar à conclusão de que a Sra. Tarbard é responsável pelos danos sofridos em relação ao comprador (mas não em relação à sua esposa). E foi exatamente assim que o juiz decidiu: condenou a Sra. Tarbard a indenizar o Sr. Daniels pelos danos sofridos com base em uma argumentação estritamente dedutiva e lógica. E absolveu o fabricante, sob o fundamento de que não houve negligência nos processos de fabricação e engarrafamento.

Mas alguém poderia fazer a seguinte objeção: não acho “lógico” a vendedora ter sido condenada e o fabricante – real responsável pela presença do ácido carbólico na limonada – não ter sido responsabilizado por qualquer dano.

A fim de esclarecer a objeção hipotética, MacCormick faz a seguinte distinção:

A palavra “lógico” tem pelo menos dois sentidos, que se sobrepõem apenas de modo parcial. No sentido técnico da lógica dedutiva [...], uma argumentação é lógica se atender os requisitos da lógica, quer dizer, se sua conclusão derivar necessariamente das premissas. Uma argumentação é ilógica ou logicamente enganosa se pretender derivar de dadas premissas uma conclusão que não seja resultante delas, ou que esteja em contradição com a conclusão que realmente se depreende delas. No entanto, com a única exceção de premissas que sejam internamente contraditórias, as premissas de uma argumentação não podem ser em si lógicas ou ilógicas.

²⁵ A análise em questão foi feita de modo simplificado, apenas com a finalidade de exemplificar um raciocínio judicial lógico dedutivo. Para uma análise detalhada da sentença, ver MACCORMICK, 2014, p. 31-41.

[...] No uso diário, porém, “ser lógico” tem um sentido que é mais amplo e, sob alguns aspectos, diferente. Pode-se dizer que alguma ação ou estado de coisa é “ilógico” na medida em que “não faz sentido”. [...] quando se diz que uma determinada norma de direito “não faz sentido”, o que geralmente se pretende dizer é que a lei estipula um padrão de conduta que é tolo, injusto ou irracional esperar que as pessoas cumpram. (MACCORMICK, 2006, p. 47-48)

Portanto, do ponto de vista da lógica interna, o caso Daniels é irrepreensível como um exemplo de sentença que adotou exclusivamente o argumento lógico formal dedutivo. Efetivamente, o juiz reconheceu que o direito era “particularmente duro”, mas era claro o suficiente a ponto de não permitir que se chegasse à outra conclusão: “o recurso aos silogismos jurídicos é uma parte necessária da retórica da justificação no Direito, pois o princípio do Estado de Direito exige respeito pelas regras de Direito”. (MACCORMICK, 2008, p. 72)

No entanto, nem sempre as normas jurídicas podem dar uma resposta clara a cada questão prática surgida no caso concreto, como se deu no caso Daniels.

Em grande parte, as normas jurídicas são ambíguas ou obscuras, pelo menos no que diz respeito a certos contextos, fazendo surgir o que MacCormick denomina de “problema de interpretação”²⁶. E, por óbvio, a solução para esse tipo de problema transcende a possibilidade da argumentação dedutiva.

O exemplo trazido pelo autor é simples e foi tirado do caso concreto *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board* ([1972] A.C. 342) (Cf. MACCORMICK, 2006, p. 84), que será resumido a seguir.

A Lei de Relações Raciais de 1968, do Reino Unido, proíbe a discriminação com base na cor, na raça ou na origem étnica ou nacional. Uma autoridade municipal, por ocasião da feitura de uma lista de inscrição de pretendentes para receber moradias da prefeitura, recusou-se a inscrever um cidadão não britânico, com base na Lei de Nacionalidade Britânica de 1948. Surgiu, então, o seguinte questionamento: houve discriminação ilegal? De fato, há duas respostas possíveis, a depender da interpretação da Lei de Relações Raciais: (1) a discriminação com base nas origens nacionais inclui a discriminação com base na nacionalidade oficial de um indivíduo; e (2) a discriminação com base nas origens nacionais

²⁶ Em **Retórica e o estado de direito**, Maccormick já passa a adotar a noção de “caso difícil” de Ronald Dworkin. No entanto, deixa clara a sua preferência pelos termos “casos claros” e “casos problemáticos”. Cf. MACCORMICK, 2008, p. 68-69.

não inclui a discriminação com base na nacionalidade oficial de um indivíduo. Está-se, diante, assim, de um típico “problema de interpretação”.

Outro tipo de problema que transcende a possibilidade da argumentação dedutiva – e até mesmo as fronteiras do “problema de interpretação” – é o que MacCormick chama de “problema de pertinência”. É o que ocorre, por exemplo, quando há dúvida quanto à existência ou não de fundamento legal para algum pedido ou decisão nos termos do direito, ou seja, se há alguma norma aplicável ao caso.

MacCormick exemplifica o problema de pertinência com o caso *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A.C. 562: 1932 S.C. (H.L.) 31). (Cf. MACCORMICK, 2006, p. 87)

A Sra. Donoghue ajuizou uma ação de reparação de danos contra um fabricante de águas gaseificadas, sob a alegação de que, ao beber o conteúdo de uma garrafa de bebida por ele fabricada, deparou-se, ao final, com restos de uma lesma em estado de decomposição. Além de uma gastroenterite, teve um trauma nervoso, razão pela qual merecia ser indenizada. No entanto, nenhuma lei da Escócia – local onde os fatos ocorreram – previa a indenização por danos semelhantes. Surgiu, então, o “problema de pertinência”. À luz do sistema jurídico escocês, o pedido da Sra. Donoghue era ou não pertinente? Existia uma norma legal aplicável ao caso?

MacCormick traz à baila, ainda, outro tipo de problema: o “problema de classificação”. A fim de ilustrá-lo, relata o caso *Maclennan v. Maclennan*, julgado pelo Supremo Tribunal escocês (1958 S.C. 105). (MACCORMICK, 2006, p. 118)

O Sr. Maclennan ajuizou ação de divórcio em desfavor de sua esposa, alegando adultério. Afirmou, entre outros fatos, que ela deu à luz a uma criança um ano após terem tido relações sexuais pela última vez. A Sra. Maclennan se defendeu, afirmando que nunca havia traído seu marido e que a criança foi fruto de uma inseminação artificial com sêmen doado.

Segundo MacCormick, é certo que, de uma perspectiva, pode-se identificar, no caso, um problema de interpretação, especificamente, no que diz respeito ao significado de adultério para as finalidades da lei escocesa que versa sobre o divórcio. Mas há, ainda, outro problema, por ele definido como “problema de classificação” (“de caracterização” ou “de qualificação”). É que, para ele, mais do que uma questão de interpretação legal, o caso retrata uma questão de apreciação dos fatos: “supondo-se que essa mulher tenha conseguido

engravidar por um processo de inseminação artificial, isso equivale a adultério, conta como ou constitui adultério?” (MACCORMICK, 2006, p. 119). Dito de forma mais teórica: o problema reside em classificar os fatos primários comprovados (no presente caso, a inseminação artificial com sêmen doado) como pertencentes a alguma categoria de fatos secundários (adultério), que constitui os fatos operativos de determinada norma legal.

Nessa toada, MacCormick conclui que a argumentação jurídica não pode ser total ou exclusivamente dedutiva, exceto em alguns poucos casos. Nos casos “problemáticos” é preciso recorrer à justificação de segunda ordem.

1.2.2 Justificação de segunda ordem (justificação externa)

Antes de abordar propriamente a justificação de segunda ordem, também denominada de justificação externa, é preciso que fique bem clara uma das principais ideias defendidas por MacCormick, que, aliás, é defendida por praticamente todos aqueles que desenvolveram uma teoria da argumentação jurídica: “a lógica da aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do ‘Estado de direito’”. (MACCORMICK, 2006. Preâmbulo)

Com efeito, não pode haver Estado de direito sem regras de direito: “Valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas”. (MACCORMICK, 2008, p. 17)

Nesse contexto, “os juízes precisam fazer ‘justiça de acordo com a lei’, não a justiça pura e simples” (MACCORMICK, 2008, p. 93). E isso deve ser observado, mesmo que se esteja diante de problemas de interpretação, de pertinência ou de classificação.²⁷

É óbvio que a solução para os casos em que houver problemas de interpretação, de pertinência ou de classificação não pode ser dada “de acordo com a lei”, no estrito sentido de “conforme os dispositivos específicos das normas jurídicas válidas” (MACCORMICK, 2006,

²⁷ MacCormick menciona, ainda, um quarto tipo de problema, qual seja o “problema de comprovação ou de prova” (voltado para o estabelecimento de premissas menores – particulares – e não para o de premissas maiores – universais), mas lhe confere pouco destaque. Tal proceder, inclusive, faz com seja alvo de críticas de Manuel Atienza. É que, para Atienza, MacCormick, assim como Perelman, peca por não dar a devida atenção à argumentação com relação aos fatos (questões de fato), concentrando-se nos problemas típicos das instâncias superiores (questões de direito). Confira ATIENZA, 2014, p. 178. Outra observação que deve ser feita é que na obra **Retórica e o estado de direito**, MacCormick faz referência a problemas de interpretação, classificação, avaliação e relevância. Cf. MACCORMICK, 2008. Capítulo 3.

p. 94). As regras legais não são suficientes em si mesmas. Os sistemas jurídicos também incluem, entre outras coisas, regras enunciadas por autoridades, como os precedentes e as discussões jurídico-doutrinárias de princípios e valores abordados nesses precedentes e implícitos na legislação (MACCORMICK, 2006, p. 17). Por isso mesmo, e a fim de conferir transparência às razões de decidir do julgador, a decisão não pode ser arbitrária. Não pode ser fruto de uma escolha aleatória. Deve ser racionalmente justificada, e de acordo com uma ordem jurídica estabelecida e institucionalizada.

Além disso, apesar do caráter estritamente individual do litígio que envolve as partes no caso concreto, a justificação deve envolver uma deliberação universal²⁸, de modo a satisfazer a exigência da justiça formal²⁹, que consiste “em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido” (MACCORMICK, 2006, p. 93). Mesmo as exceções devem ser universais³⁰.

Retornando às modalidades de argumentação, em contraposição à “justificação de primeira ordem” (“casos claros”, que podem ser resolvidos apenas com a lógica formal dedutiva), MacCormick refere-se à “justificação de segunda ordem”³¹, que, de modo simplificado, pode ser definida como uma justificação de escolhas entre possíveis deliberações rivais dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante (MACCORMICK, 2006, p. 129). É a justificação dos “casos problemáticos”, em que as deliberações rivais são comparadas e testadas, com o objetivo de excluir aquelas que não satisfizerem os testes pertinentes.

O primeiro elemento essencial da justificação de segunda ordem apontado por MacCormick é que “ela envolve argumentos consequencialistas³² que são essencialmente de caráter avaliatório e, portanto, em certo sentido, subjetivo”. (MACCORMICK, 2006, p. 134)

²⁸ Atienza sustenta que, nesse ponto, MacCormick se utiliza do esquema de argumentação de Toulmin: “a favor de uma pretensão ou conclusão, é preciso apresentar não só razões concretas (os *data* ou *grounds*), mas também a garantia (*warrant*) que permite passar das razões à conclusão”. Ver ATIENZA, 2014, p. 144.

²⁹ Requisito que coincide com a regra da justiça de Chaim Perelman.

³⁰ Cf. o Capítulo Argumentação sujeita a exceções (*arguing defeasibly*). MACCORMICK, 2008, p. 307-328.

³¹ Os termos “justificação de primeira ordem” e “justificação de segunda ordem” adotados por MacCormick em sua primeira obra são equivalentes aos termos “justificação interna” e “justificação externa” de Jerzy Wróblewski.

³² MacCormick considera um equívoco confundir argumentos consequencialistas com argumentos utilitaristas. É que, segundo entende, o argumento consequencialista busca estabelecer a preferência de uma deliberação com base em todas as considerações (tais como justiça, senso comum, proveito público, conveniência) e não apenas em uma como o faz o utilitarismo de Bentham. Cf. MACCORMICK, 2006, p. 147.

É que, de certo modo, para MacCormick, o juiz, ao decidir casos-problema, acaba por escolher o padrão de conduta que deverá ser seguido pela comunidade. Logo, ele não pode deixar de pensar, pelo menos, nas consequências jurídicas de optar por uma deliberação ao invés de outra.

A argumentação, por sua vez, também possui um caráter intrinsecamente avaliatório, pois, em geral, considera a aceitabilidade ou não dessas consequências. Os juízes devem avaliar os prós e contras de deliberações dessa natureza.

No entanto, é certo que, ao avaliar as consequências das deliberações rivais, os juízes podem divergir quanto à melhor resposta. E, de fato, é isso que ocorre no mundo real. Daí o caráter subjetivo desse tipo de argumentação.

O segundo elemento essencial que deve ser observado na justificação de segunda ordem é que a deliberação final deve fazer sentido no contexto do sistema e não pode ser contraditória. Deve ser, portanto, coerente e consistente.

A diferença entre coerência e consistência é esclarecida pelo próprio autor:

Interpreto a consistência como sendo satisfeita pela não-contradição. Um grupo de proposições é mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, afirmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras. Em contraste, a coerência, como disse, é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, “faz sentido” na sua totalidade. Consistência completa não é uma condição necessária de coerência, uma vez que, diferentemente da consistência, a coerência pode ser uma questão de grau. Uma história pode ser coerente como um todo, ainda que contenha algumas inconsistências internas – e, nesse caso, o sentido da coerência geral da história pode ser decisivo para que decidamos, dentre pares de proposições inconsistentes, quais desconsiderar como anomalias dentro de uma explicação ou opinião coerente no geral. (MACCORMICK, 2008, p. 248)

Nessa toada, por mais que um juiz repute uma deliberação adequada em termos consequencialistas, não pode adotá-la se for contrária a alguma norma válida do ordenamento jurídico, na medida em que o sistema jurídico deve ser “caracterizado pela consistência entre suas várias regras, e por uma certa coerência geral dos princípios contidos no sistema como um todo” (MACCORMICK, 2008, p. 17). Assim:

Os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer e não possa querer dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser

autorizada pela lei como ela é. Na medida em que as normas detalhadas existentes sejam ou possam ser racionalizadas em termos de princípios mais gerais, princípios cujo teor vai além do âmbito das normas já estabelecidas, um fundamento suficiente e suficientemente legal existe para justificar como decisão legal alguma deliberação inovadora e a decisão particular sujeita a ela. (MACCORMICK, 2006, p. 136)

1.2.3 A questão da coerência

Um sistema jurídico deve ser interpretado como se estivesse servindo a um conjunto de valores mutuamente compatíveis:

A coerência de normas depende que elas “façam sentido” em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental, ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. Pode-se, também, expressar isso como uma questão de satisfação de alguns princípios mais ou menos claramente articulados. Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória. (MACCORMICK, 2008, p. 252)

Nesse contexto, a argumentação com base em princípios³³ e a argumentação por analogia são exemplos de tentativas de preservar a coerência do sistema jurídico.³⁴

Segundo o autor, quando um conjunto de normas é de tal natureza que seja compatível, como um todo, com alguma norma mais geral, a ponto de poder ser considerado como uma manifestação mais específica ou concreta desta última – sólida e sensata, ou justa e desejável para conduzir relações – ou seja, quando um conjunto de normas puder ser explicado ou justificado por uma norma mais geral, esta norma mais geral pode ser tratada como um princípio. (MACCORMICK, 2006, p. 197)

³³ MacCormick, apesar de reconhecer a influência das ideias de Hart, esclarece que a sua teoria não pode ser vista como uma derivação do pensamento hartiano. É que, para ele, Hart, de fato, falhou ao abordar apenas de passagem a questão dos princípios, na obra *O conceito do direito*. Não obstante, MacCormick deixa claro que isso não quer dizer que concorda com a distinção entre princípios e normas traçada por Dworkin. Com efeito, a distinção mais difundida de Dworkin sobre o tema é que as normas são aplicáveis na base do “tudo ou nada”. Ou uma norma é válida ou não é válida e, neste último caso, em nada contribui para a decisão. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância e podem competir sem que o princípio derrotado seja invalidado. É que, para MacCormick, se houver um problema de interpretação, além de ser possível uma regra competir com um princípio, caso a regra seja a perdedora, não será invalidada pela derrota na competição (Cf. MACCORMICK, 2006, p. 301). MacCormick também aponta outros pontos de discordância entre a sua tese e a de Dworkin, entre eles a tese da “única resposta correta” (Cf. MACCORMICK, 2006, capítulo IX). Essa questão ainda será mais aprofundada no presente trabalho. Note-se, contudo, que a teoria de MacCormick foi substancialmente reelaborada na obra **Retórica e o estado de direito**.

³⁴ A noção de coerência como um dos critérios de aferição da racionalidade de uma decisão judicial é comum nas obras dos autores que admitem a análise crítica das decisões judiciais. A depender da linha de raciocínio desenvolvida pelo autor, pode aparecer com outro nome, assim como ter seu alcance ampliado ou reduzido. Veja-se, por exemplo, a noção de integridade em DWORKIN, 2014. Ver, ainda, GÜNTHER; PESSOA, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/69481>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

Os princípios, portanto, na concepção de MacCormick, são normas gerais que detêm um valor positivo. Racionalizam as normas e possuem uma importante função: estabelecer os limites de legitimidade das decisões judiciais justificadas por argumentos consequencialistas.

A argumentação por analogia – do mesmo modo que a argumentação por princípios – estende o sentido da lei e possui a função de determinar a faixa legítima de justificação dos juízes.

No entanto, MacCormick ressalta que, apesar do caráter extensivo de ambas as argumentações, estas devem ser entendidas, apenas e tão somente, como propiciadoras de amparo legal para decisões novas e não como normas legais compulsórias para casos futuros. É que não é dado ao Poder Judiciário criar novas leis, de modo a invadir a competência reservada ao legislador.

Desse modo, o requisito da coerência busca não só evitar incompatibilidades em um sistema jurídico, mas também qualificá-lo.

Há que se ressaltar, contudo, que o que se falou, até aqui, foi sobre a coerência normativa – entre a regra formada na decisão judicial e o sistema jurídico vigente. Mas MacCormick destaca que, além da coerência entre normas, a coerência narrativa também deve estar presente em qualquer decisão judicial.

A coerência narrativa é aquela que diz respeito aos fatos e se mostra um relevante componente de justificação das decisões judiciais, na medida em que os fatos narrados também devem fazer sentido como um todo. Com efeito, todo narrativa tem um enredo. E um enredo inteligível tem início, meio e fim coerentes. Desse modo:

Uma descrição de um evento ou de um complexo de eventos passados é digna de crédito somente se for coerente. Para tanto, é necessário que não haja inconsistências lógicas inexplicáveis entre quaisquer de seus elementos factuais e que haja alguma explicação causal ou motivacional de todo o complexo de eventos formulados por meio de frases factuais, complexo que, como um todo, constitui uma explicação satisfatória de tais eventos. (MACCORMICK, 2008, p. 295)

1.2.4 A questão da consistência

MacCormick destaca o ponto crucial do requisito da “consistência” no direito, de forma simples e em poucas palavras, a partir de um mandamento que julga fundamental: “não contradirás normas do direito estabelecidas e vinculantes”. (MACCORMICK, 2006, p. 255)

Com efeito, para que uma decisão judicial seja legítima não é suficiente que ela seja justificada por bons argumentos consequencialistas e/ou – de modo coerente – por argumentos a partir de princípios ou analogias. Há, ainda, outro requisito: a decisão não pode ser incompatível com a ordem jurídica válida e vigente.

O problema é que saber se uma norma é ou não compatível com a ordem jurídica vigente pode depender, muitas vezes, da interpretação que se confere à norma em questão. Problema, aliás, que não pode ser desprezado, já que grande parte das disputas judiciais gira em torno da “correta aplicação da lei”.

E é justamente aqui que MacCormick chama atenção para um ponto interessante que ainda não havia sido mencionado em sua tese. Com efeito, segundo o autor:

Até esse ponto, sem muita discussão, partiu-se do pressuposto de que exista uma distinção relativamente simples entre casos evidentes e casos exemplares. Nos primeiros, a justificação das decisões pode ser realizada por simples dedução a partir de normas claras e estabelecidas. Nos outros, como enfrentamos problemas de “interpretação”, de “classificação” ou de “pertinência”, precisamos recorrer à “justificação de segunda ordem”. A dedução entra em jogo somente depois que se efetuou a parte interessante da argumentação, com o estabelecimento de uma deliberação nos termos da lei. (MACCORMICK, 2006, p. 258)

O que não havia sido mencionado, de fato, é que a distinção entre casos evidentes (casos claros ou fáceis) e exemplares (casos problemáticos ou difíceis) não é uma tarefa tão singela:

Existe uma faixa que vai do obviamente simples ao altamente contestável, e ao longo dessa faixa nunca se poderia avaliar com a mínima precisão em que ponto alguma dúvida quanto à “pertinência”, “interpretação” ou “classificação” poderia ser levantada de modo que abrisse caminho para a exploração de argumentos consequencialistas e argumentos de princípios ou de analogias. (MACCORMICK, 2006, p. 259)

Considerando a dificuldade apontada, pode-se dizer que MacCormick indica, embora timidamente (pois se mostra avesso ao que denomina “regra de ouro” e “regra de reparação do problema”), duas “regras de interpretação”. (Cf. MACCORMICK, 2006, p. 271-274)

A primeira delas é que as leis devem ser aplicadas em seu sentido mais óbvio. Apenas argumentos consequencialistas e/ou a partir de princípios ou de analogia podem justificar a adoção de significados menos óbvios.

A segunda é que a deliberação eleita deve ser compatível com algum sentido desprovido de demasiada violência com o uso linguístico corrente no campo jurídico.

Nesse contexto, por meio da interpretação racional, uma das duas normas que estejam em “contradição” deve ser afastada, a fim de satisfazer o requisito da consistência.

Por fim, rejeitando as concepções ultrarracionalistas e as concepções irracionais/decisionistas, MacCormick se posiciona, definitivamente, na defesa da racionalidade jurídica baseada em uma ordem jurídica coerente e consistente:

Na medida em que tenhamos numa nação um sistema jurídico ordenado, e na realidade na medida em que qualquer um de nós tenha um sistema de moralidade individual e ordenado, deveremos isso à nossa capacidade de raciocínio, nosso dom de impor uma ordem de universais a um mundo de particulares. [...] o raciocínio não é uma mera atividade que nos permite deduzir consequências de normas às quais aderimos; ele também nos permite verificar se as normas a partir das quais raciocinamos pertencem a uma ordem coerente e coesa. (MACCORMICK, 2006. p. 348)

É por isso que MacCormick considera um equívoco defender a tese de uma única resposta correta. Para ele, a decisão judicial correta é a decisão racional, na medida em que é perfeitamente possível que juízes diferentes sigam todos os procedimentos para alcançar o melhor resultado e, ainda assim, por terem partido de argumentos irreduzivelmente subjetivos, tenham chegado a respostas diversas.³⁵

1.3 Robert Alexy: o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral³⁶

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy é uma teoria analítico-normativa, que, por meio da análise lógica das fundamentações, busca construir critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Substancialmente, coincide em muitos pontos com a teoria de MacCormick, embora mais distante da prática real da argumentação jurídica. (Cf. ATIENZA, 2014. p. 186)

A tese central de Alexy é a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral³⁷. É que ambos os discursos cuidam da correção das proposições normativas –

³⁵ Até um mesmo juiz pode chegar a uma solução diversa da anteriormente proferida, desde que apresente fundamentos racionais. O que não pode é, arbitrariamente, modificar seu entendimento sem motivar e explicar adequadamente as razões que o levaram a tanto.

³⁶ A teoria da argumentação de Alexy está sistematizada na obra **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cujo título original é *Theorie der juristischen argumentation*. Foi apresentada como tese na Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de Göttingen (Alemanha) em 1976.

³⁷ Neil MacCormick, na revisão de sua teoria da argumentação jurídica, observa que, apesar da contemporaneidade da sua primeira obra e da teoria da argumentação jurídica de Alexy, ambos apresentaram substancialmente o mesmo argumento da tese do “caso especial”. Cf. MACCORMICK, 2008, p. 23.

juízos de valor e de dever³⁸ –, mas de formas um tanto quanto diferentes, já que a argumentação jurídica é caracterizada por uma série de condições restritivas, que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.

Exatamente por entender dessa forma, antes de apresentar a sua teoria da argumentação jurídica, Alexy faz um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral. Para tanto, alicerça-se em teorias da ética analítica (Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin, dentre outros), na teoria consensual da verdade de Jürgen Habermas, na teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen e na teoria da argumentação de Perelman.³⁹

De todas elas, contudo, a que exerce maior influência sobre a sua tese é a teoria consensual da verdade de Habermas.

Com efeito, assim como Perelman e Toulmin, Habermas defende a ideia de que questões práticas podem ser decididas racionalmente. É que, para ele, “a *verdade* das proposições empíricas corresponde à *correção* das expressões normativas”. (ALEXY, 2014, p. 107 - grifos no original)

Habermas fundamenta a sua tese, rejeitando a teoria da verdade como correspondência, que define a verdade como uma correspondência entre enunciados e fatos. Segundo Habermas:

Eu só posso atribuir um predicado a um objeto se também qualquer outro que *puder* entrar num diálogo comigo *atribuir* ao objeto o mesmo predicado. A fim de distinguir proposições falsas das verdadeiras, eu me refiro ao juízo dos outros – de todos os demais com os quais pudesse estabelecer um diálogo (com o que incluo, contrafactualmente, todos os interlocutores que eu pudesse encontrar se o histórico da minha vida fosse coextensivo com aquele do gênero humano). A condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de *todos* os demais. (HABERMAS *apud* ALEXY, 2014, p. 108 - grifos no original)

A verdade é, nesse contexto, uma pretensão de validade anexada aos atos de fala. Por isso, a verdade da proposição depende da sua fundamentação, e não o contrário, como se supunha tradicionalmente. Assim, questões prático-formais podem ser decididas com base no melhor argumento. Habermas transfere o conceito da verdade do nível da semântica (a verdade relacionada com o sentido das proposições) para o nível da pragmática (a verdade relacionada com os atos que se realizam ao dizer algo: afirmações, promessas, ordens).

³⁸ O conceito de proposições normativas é aprofundado por Alexy quando comenta a teoria de Hare sobre a linguagem da moral, na parte II.3.2, da obra ALEXY, 2014.

³⁹ A primeira parte da obra de Alexy é dedicada a reflexões sobre algumas dessas teorias do discurso prático. Cf. ALEXY, 2014, p. 45-173.

Jürgen Habermas distingue duas formas de comunicação: ação e discurso. Nas ações não se questiona a verdade da proposição afirmada no ato de fala ou se o estado de coisas nela expressa existe. A partir do momento em que se questiona sobre a verdade da proposição, deixa-se o âmbito da ação e se ingressa no âmbito do discurso, “o que quer dizer que o falante tem que dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático)”. (ATIENZA, 2014, p. 190)

Nesse ponto, pode-se perceber uma grande semelhança entre a teoria de Habermas e a de Perelman e Toulmin, que também deram um grande enfoque ao uso argumentativo da linguagem.

Segundo Habermas, a verdade das proposições empíricas ou a correção das expressões normativas, ao fim e ao cabo, depende da possibilidade de se alcançar um consenso em uma situação de total liberdade e simetria – igualdade de direitos, universalizabilidade e ausência de coerção –⁴⁰ entre todos os participantes do discurso. A tese de Habermas é ancorada, desse modo, em uma “situação ideal de fala”.

1.3.1 Teoria do discurso prático racional geral

Alexy parte da premissa de que as proposições normativas (“X é bom” e “X deveria fazer A”, por exemplo) não designam objetos, propriedades ou relações não empíricas⁴¹ tampouco, e, tão somente, expressões empíricas⁴². Por isso, não podem “ser examinadas nem com referência a alguma entidade não empírica, nem segundo os métodos das ciências empíricas”. (ALEXY, 2014, p. 178)

No entanto, embasado no estudo das diversas teorias já mencionadas, Alexy também descarta o exame das proposições normativas segundo as diversas variantes do emotivismo e do subjetivismo.⁴³

Para ele as proposições normativas devem ser discutidas a partir de sua justificativa. Com efeito, o núcleo das normas do diálogo racional é composto pela tese de que todo falante

⁴⁰ As exigências de simetria e liberdade de Habermas constituem o conteúdo das regras do discurso racional que Robert Alexy denomina regras de razão.

⁴¹ Teoria defendida pelo intuicionismo. Cf. ALEXY, 2014, p. 49.

⁴² Tese defendida pelo naturalismo. Cf. ALEXY, 2014, p. 46-48.

⁴³ Alexy aprofunda o estudo sobre o emotivismo e sobre o subjetivismo na parte I.I.2, da obra supracitada.

que emite um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção, ou seja, pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente.

Nas discussões sobre as justificativas das proposições normativas, podem-se apresentar razões pró e contra, mas “tais discussões poderiam não ser outra coisa que atuações para a persuasão ou a influência psicológica. Isso depende de haver critérios ou regras que permitam diferenciar as boas das más, ou seja, os argumentos válidos dos inválidos”. (ALEXY, 2014, p. 178)

A apresentação de razões pró e contra também não pode se dar de forma infinita. Caso contrário, o discurso seria inviabilizado. Esta situação – designada como trilema de Münchhausen – pode ser evitada se a exigência de fundamentação de cada proposição normativa for substituída por uma série de exigências na atividade de fundamentação, formuladas como regras do discurso racional.

Alexy esclarece, ainda, que o regramento do discurso racional não se dirige apenas a proposições, mas, também, ao comportamento do falante.

Mas, antes de passar às regras propriamente ditas⁴⁴, já que a teoria do discurso é uma teoria procedimental⁴⁵, faz-se necessário outro esclarecimento: “o cumprimento destas regras certamente não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza o resultado como racional”. (ALEXY, 2014, p. 179)

O primeiro grupo de regras formulado por Alexy contém as regras fundamentais do discurso prático racional, cuja validade é condição para qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou da correção⁴⁶. Aplicam-se, assim, ao discurso teórico e ao discurso prático. São as seguintes:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.

⁴⁴ A maior parte das regras e formas adiante transcritas encontra-se sistematizada no Apêndice da obra de Alexy. As que lá não se encontram estão no corpo da obra. Cf. ALEXY, 2014, p. 287-289.

⁴⁵ Weinberger é um conhecido crítico da concepção procedimental da correção prática defendida por Alexy. Confira ATIENZA, 2014, p. 220-223.

⁴⁶ Alexy adota a mesma posição de Habermas e emprega a expressão “verdade” para tratar de proposições empíricas e a expressão “correção” para tratar de proposições normativas. Cf. ALEXY, 2014, p. 107.

(1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

A regra (1.1) remete-se às teorias lógicas. A regra (1.2) visa garantir a sinceridade da discussão⁴⁷. As regras (1.3) e (1.4) têm relação ao uso da linguagem. A primeira refere-se à coerência do falante. A sua variação (1.3') – aplicada a expressões valorativas – é baseada no princípio da universalizabilidade de Hare⁴⁸ e é estritamente ligada à ideia de isonomia. A última (1.4) parte do pressuposto do caráter comunitário do uso da linguagem.⁴⁹

O segundo grupo de regras é composto pelas regras de razão, que são as mais importantes para a racionalidade do discurso. A primeira delas é chamada por Alexy de “regra geral de fundamentação”. As outras três expressam as condições ideais de fala elaboradas por Habermas. Tratam da igualdade de direitos, da universalidade e da não coerção. Devem ser cumpridas apenas de forma aproximada, pois, ao lado das outras regras, formam um critério hipotético-normativo para a correção das proposições normativas. Encontram-se expressas da seguinte forma:

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

(2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.

O terceiro grupo cuida das regras sobre a carga da argumentação e tem o objetivo primordial de facilitar a argumentação:

(3.1) Quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

⁴⁷ Pretensão da veracidade habermasiana.

⁴⁸ Segundo a tese de Hare, a universalizabilidade é uma característica lógica dos juízos morais que os capacita a se tornarem uma norma universal, ou seja, a comprometer o agente moral a exprimir um mesmo julgamento em circunstâncias semelhantes. O agente não pode dizer, por exemplo, sem ferir as regras lógicas, que “animais iguais a estes são sempre estéreis, mas animais iguais àquele ao lado, que é exatamente igual a este nem sempre são estéreis”. Cf. HARE, R. M. **A linguagem da moral**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 143.

⁴⁹ Pretensão de inteligibilidade formulada por Habermas.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar razão para isso.

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação.⁵⁰

Antes de sistematizar as últimas regras do discurso prático racional geral, Alexy traz as formas de argumentos que lhe são próprias. Para tanto, desenvolve o raciocínio a seguir exposto.

As proposições normativas singulares (N) são o objeto imediato do discurso prático. Podem ser fundamentadas por uma regra pressuposta como válida (R) ou assinalando-se as suas consequências (F).

Aquele que aduz uma regra (R) como razão pressupõe como verdadeiro um enunciado que descreve as características de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, a existência de um determinado estado de coisas ou o que ocorre após um determinado acontecimento – enunciado de fato (T). Esse é o argumento (4.1):

$$(4.1) \quad \begin{array}{c} T \\ R \\ \hline N \end{array}$$

Aquele que fundamenta com base em uma asserção sobre consequências (F) pressupõe a existência de uma regra que diz que a produção destas mesmas consequências é algo obrigatório ou bom. Esse é o argumento (4.2):

$$(4.2) \quad \begin{array}{c} F \\ R \\ \hline N \end{array}$$

Pode-se usar, a fim de esclarecer melhor as regras propostas, o seguinte exemplo:

(4.1) O menino roubou (T); roubar é mau (R); o menino agiu mal (N).

⁵⁰ Para uma análise das regras sobre a carga da argumentação de Alexy nas disputas legais, ver GIZBERT-STUDNICKI, 1990, p. 118-129. Acesso em: 22 jun. 2015.

(4.2) Ao roubar, o menino causou um sofrimento desnecessário (F); causar sofrimento desnecessário é mau (R); o menino agiu mal (N).

Alexy destaca, no entanto, que ambas as formas de argumento são subformas de um argumento geral, que estabelece que uma proposição normativa (N) é fundamentada por meio de uma regra de qualquer nível (R) e de uma razão (G). É o argumento geral (4.0):

$$(4) \quad \begin{array}{l} G \\ R. \\ \hline N. \end{array}$$

O autor prevê, também, duas outras formas de argumento (4.3) e (4.4), que resolvem, respectivamente, eventuais disputas sobre os fatos (sobre a verdade de T ou sobre se F é realmente uma consequência da ação em questão) ou sobre as regras:

$$(4.3) \quad \begin{array}{l} Fr \\ R' \\ \hline R \end{array} \qquad (4.4) \quad \begin{array}{l} T' \\ R' \\ \hline R \end{array}$$

Diante da possibilidade de se chegar a resultados incompatíveis no caso do emprego de regras diferentes, Alexy acrescenta, às anteriores, as regras de prioridade (4.5) e (4.6), que prescrevem a preferência (P) de algumas regras sobre outras em qualquer condição e a preferência de determinadas regras sobre outras somente em determinadas condições (C):

$$(4.5) \quad R_i P R_k \qquad \text{ou} \qquad R_i P R_k \\ (4.6) \quad (R_i P R_k) C \qquad \text{ou} \qquad (R_i p R_k) C$$

No entanto, Alexy assume que as formas de argumentos descritas nos itens (4.1) a (4.6) mostram-se aptas a justificar as mais diversas proposições normativas e as mais diversas regras. E, por isso, acrescenta um quinto grupo de regras às anteriores: as regras de fundamentação. As regras de fundamentação são variantes das diferentes concepções de universalidade de Habermas e Hare:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.⁵¹

Tais regras não garantem, ainda, um acordo racional, que se pretende alcançar com as regras (5.2.1) e (5.2.2)⁵²:

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.⁵³

Levando em consideração que a finalidade do discurso prático é resolver questões práticas efetivamente existentes, a última regra do quinto grupo – que presume um considerável conhecimento empírico – dispõe que: “(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados”.

Finalmente, diante da constatação de que nem sempre os discursos práticos são capazes de resolver todos os problemas por meio da argumentação prática, Alexy sistematizou as regras de transição, que permitem a passagem do discurso prático para outras formas de discurso:

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso para a teoria do discurso.

Conforme já mencionado, as regras do discurso prático possibilitam resultados os mais variados:

Isso torna necessário, no segundo nível, um procedimento institucional de criação do direito, no âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide. Um

⁵¹ O princípio da universalidade desempenha, na argumentação, a função que Toulmin chamava de respaldo (*backing*). Cf. ATIENZA, 2014, p. 199.

⁵² Segundo Atienza, a primeira regra é inspirada em ideias hegeliano-marxistas e, a segunda, em Freud. Cf. ATIENZA, 2014, p. 200.

⁵³ Alexy não esclarece o que se pode entender por “condições de socialização não justificáveis”. Cf. ALEXY, 2014, p. 202.

exemplo paradigmático de um tal procedimento é o processo legislativo do Estado Democrático constitucional, o qual é definido por um sistema de regras que, diante de alternativas fáticas possíveis, garante um grau de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento. (ALEXY, 2011, p. 550)

Por óbvio, o processo legislativo também não é capaz de fornecer, de antemão, uma única solução para cada caso concreto. Daí a necessidade de um terceiro procedimento, qual seja o discurso jurídico. Entretanto, assim como o discurso prático geral, o discurso jurídico não é institucionalizado em um sentido estrito. Mesmo estando vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, e, por conseguinte, reduzindo consideravelmente o nível de incerteza das soluções possíveis, a incerteza ainda não é eliminada. Isso leva à necessidade de um quarto procedimento: o processo judicial, no qual, nos mesmos moldes que ocorre no processo legislativo, não só se argumenta como também se decide. (ALEXY, 2011, p. 551)

1.3.2 Teoria do discurso jurídico

A tese central da teoria do discurso jurídico é a de que a proposição normativa deve ser racionalmente fundamentada no contexto de uma ordem jurídica vigente.

Portanto, a pretensão que se coloca é fundamentalmente diversa da pretensão do discurso prático geral: é uma pretensão de correção, mas dentro de determinadas condições de limitação. Daí o seu caráter especial.⁵⁴

Mas o que significa uma fundamentação racional limitada pela ordem jurídica vigente?

Com a finalidade de responder a esta pergunta, Alexy passa a traçar as linhas fundamentais da sua teoria da argumentação jurídica.

Inicialmente, o autor distingue dois tipos de fundamentação (ou justificação) das decisões jurídicas, praticamente nos mesmos moldes de MacCormick: a fundamentação interna e a fundamentação externa.

⁵⁴ Günther critica essa tese de Alexy. Para ele, a argumentação jurídica não seria um caso especial do discurso prático geral, mas um caso especial do discurso moral de aplicação, que não se caracteriza por uma pretensão de correção, mas por uma pretensão do caráter apropriado da aplicação. É que Günther faz uma clara distinção entre o discurso voltado para a justificação e o discurso voltado para a aplicação da norma. Confira ATIENZA, 2014, p. 244. Ver, ainda, GÜNTHER; PESSOA, 2000.

A fundamentação interna ocupa-se em verificar se a decisão judicial se segue logicamente das premissas adotadas como fundamentos. A fundamentação externa busca averiguar a correção destas premissas.⁵⁵

A forma mais simples de fundamentação interna é assim estruturada por Alexy⁵⁶:

$$\begin{array}{ll}
 \text{(J.1.1)} & \text{.(1) (x) (Tx} \rightarrow \text{ORx)} \\
 & \text{.(2) Ta} \\
 & \text{(3) ORa} \qquad \qquad \text{(1),(2)}
 \end{array}$$

“X” e “A” simbolizam, respectivamente, uma variável (quantificador universal: para todo x vale...) e uma constante de indivíduo (nome ou descrição definida de uma pessoa). “T” é um predicado que representa a suposição de fato da norma (1) enquanto propriedade de pessoas. “O” é o operador deôntico da norma (é obrigatório que...). O símbolo “→” representa o condicional (se... então...). “R” é um predicado que exprime o que o destinatário da norma tem que fazer. Os pontos à esquerda dos números indicam que a expressão à sua direita é uma premissa, ou seja, não deriva de outras expressões. Os números à direita indicam de que expressões de seguem logicamente.

Veja-se o exemplo dado por Alexy:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço (§ 13, ap. 1, da Lei do Soldado).
- (2) O senhor M é um soldado.
- (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço. (1) (2) (ALEXY, 2014, p. 220)

O autor sustenta que a forma (J.1.1) satisfaz a fundamentação mediante regras universais inerentes ao princípio da universalizabilidade, que, por sua vez, serve de base para o princípio da justiça formal, segundo o qual todos os iguais devem ser tratados da mesma forma perante a lei. As regras são as seguintes:

⁵⁵ Aarnio faz a seguinte distinção entre justificação interna e externa: “*La primera se refiere a la estructura interna (lógica) del razonamiento. El modelo clásico de justificación interna es el llamado silogismo aristotélico (modus ponens). La primera premisa consiste en la base normativa de la decisión (premisia normativa), mientras que la segunda describe el hecho del caso (premisia fáctica). La forma lógica de la inferência garantiza que la conclusión, la decisión normativa, se siga de las premisas. [...] Sin embargo, especialmente en los casos difíciles, siempre se puede poner en cuestión las premisas de la inferência. Por ejemplo: ¿por qué se optó por la premisa normativa Na en lugar de Nb? En tal situación, la premisa misma debe ser objeto de argumentación. Esta es tarea de la justificación externa*”. Cf. AARNIO, 2001, p. 28.

⁵⁶ As regras e formas do discurso jurídico que serão expostas podem ser encontradas no Apêndice da obra de Alexy. Cf. ALEXY, 2014, p. 290-293.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

Um detalhe ressaltado por Alexy – e que merece destaque para os fins do presente estudo – é que, no caso de ser introduzida uma cláusula de exceção à norma, esta também tem que valer universalmente.

No entanto, em casos complicados (casos difíceis), a forma (J.1.1) pode se mostrar insuficiente (ALEXY, 2014, p. 221-224), sendo preciso recorrer a uma forma mais geral de justificação interna, que disponha sobre várias etapas de desenvolvimento:

- (J.1.2)
- .(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 - .(2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
 - .(3) $(x) (M^2x \rightarrow (M^1x))$
 - .
 - .
 - .
 - .(4) $(x) (Sx \rightarrow (M^n x))$
 - .(5) Sa
 - (6) ORa (1)-(5)

De forma harmônica, Alexy apresenta outras regras com o objetivo de assegurar a fundamentação interna das decisões:

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M^1 , deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível⁵⁷.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

Segundo Alexy, as formas e regras até então propostas, apesar de garantirem certa consistência da decisão e permitirem algum juízo crítico das decisões judiciais, mostram-se insuficientes, pois só garantem a racionalidade das premissas. É que o juízo de racionalidade das decisões, de fato, pertence ao campo da fundamentação externa (a correção ou não das premissas só é averiguada na fundamentação externa).

Alexy distingue as premissas utilizadas na fundamentação das decisões judiciais em três tipos: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são regras positivadas nem enunciados empíricos. A cada tipo de premissa corresponde um método de fundamentação:

⁵⁷ Desse modo, M^n (várias possibilidades) se converte em S.

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”.⁵⁸

Distingue, ainda, seis grupos de regras e formas de fundamentação externa, a saber: (1) de interpretação (lei), (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral (razão), (5) da argumentação empírica e (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos.

A argumentação prática geral (4) é a base da argumentação jurídica. Suas regras e formas já foram expostas. A argumentação empírica (5), por sua vez, não é examinada detalhadamente por Alexy, que se preocupa mais em apontar a sua relevância e o seu caráter interdisciplinar. Além disso, a importância do conhecimento empírico já foi expressa na regra de transição (6.1) da teoria do discurso prático geral. Restam, assim, os outros quatro grupos (1), (2), (3) e (6).

As regras de interpretação são aquelas constituídas pelos cânones hermenêuticos.

A estrutura lógica dos cânones de interpretação é explicada por Alexy a partir do seguinte modelo:

(J.1.2') .(1) $(Tx \rightarrow ORx) (R)$
 .(2) $(Mx \rightarrow Tx) (W)$
 .(3) Ma
 .(4) ORa (1)-(2)

Explicando: a partir de (1) – a norma (R) – e a partir de (2) – a regra de uso de palavras (W) – chega-se à norma concreta R' (1)-(2). Desse modo, R' é uma interpretação de (R) através de (W).

Segundo Alexy, uma das funções mais importantes dos cânones é justamente a de fundamentar tais interpretações. E, a fim de aclarar essa função, o autor optou por agrupar as formas concretas desse tipo de argumentos em seis grupos distintos: semânticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos e teleológicos.

⁵⁸ Deve-se considerar que, não raro, os três métodos de fundamentação interagem entre si.

O argumento semântico (gramatical) é aquele que justifica, critica ou afirma ser possível uma interpretação R' de R com base no uso da linguagem:

(J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R, com base em W_i

(J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R com base em W_k

(J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R e é possível não aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem W_i nem W_k

Como se viu, apenas os argumentos (J.3.1) e (J.3.2) são definitivos.

O argumento genético (autêntico) é aquele que invoca a vontade do legislador. Pode ser direto – quando se afirma que o resultado é exatamente aquele desejado pelo legislador – ou indireto – quando se afirma que o legislador perseguiu com (R) os fins (Z)⁵⁹:

(J.4.1) .(1) R' (=I) é querido pelo legislador

(2) R'

(J.4.2) .(1) Com R o legislador pretende alcançar Z

.(2) $\neg R' (=I) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

Mas o objetivo a ser atingido (Z) pode não ser apenas um fim que se alega pretendido pelo legislador, mas objetivamente determinado por uma norma. O argumento será, então, teleológico:

(J.5) .(1) OZ

.(2) $\neg R' (=I) \rightarrow \neg Z$

.(3) R'

Dito de outra maneira:

(1) É obrigatório que ocorra (Z).

(2) Se não ocorrer R', então não se alcança (Z).

Alexy diz que um argumento é histórico quando se expõem fatos que dizem respeito à história do problema jurídico em questão, como fundamentos a favor ou contra uma determinada interpretação. É um argumento que, normalmente, pressupõe amplo conhecimento interdisciplinar (história, sociologia, economia etc).

⁵⁹ O símbolo lógico “ \neg ” significa negação (não).

O argumento comparativo é aquele que toma como referência o que já ocorreu em outras comunidades. Pressupõe numerosas premissas empíricas e pelo menos uma premissa normativa.

Finalmente, a argumentação sistemática “compreende tanto a referência à situação de uma norma no texto legal, como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios” (ALEXY, 2014, p. 217). É o tipo de argumento que sustenta a existência de uma contradição normativa.

Com efeito, cada forma de argumento cumpre uma função diferente. Os semânticos e genéticos referem-se à vinculação dos juízes às normas e à vontade do legislador. Os históricos e comparativos possibilitam a adoção de experiências passadas e de comunidades alienígenas. O argumento sistemático visa, precipuamente, extirpar contradições do ordenamento jurídico. O teleológico, por sua vez, dá azo à argumentação prática racional.

Alexy sistematizou, ainda, a fim de assegurar a racionalidade do uso dos cânones, a exigência de saturação, constante da regra (J.6): “Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação”.

Mas há um problema que há muito vem sendo apontado – e que até hoje se encontra sem solução definitiva –, que é a questão do grau de hierarquia dos cânones. Com a finalidade de contribuir para a solução do problema, Alexy propõe as seguintes regras⁶⁰:

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso dos argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones de interpretação.

No que diz respeito à argumentação dogmática, Alexy esclarece, de pronto, que não adota nem o conceito amplo⁶¹ nem o conceito estrito⁶² de dogmática jurídica (ALEXY, 2014, p. 247-250). Formula, desse modo, o seu próprio conceito:

⁶⁰ Para uma discussão mais detalhada sobre o peso dos cânones de interpretação, especificamente quanto à estrutura das normas de direitos fundamentais, ver ALEXY, 2011.

⁶¹ O conceito amplo de dogmática jurídica inclui um conjunto de atividades de descrição, análise e proposição de normas.

⁶² O conceito estrito de dogmática reside apenas na análise lógica das normas jurídicas.

Uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo. (ALEXY, 2014, p. 252)

Com efeito, as regras da argumentação dogmática “têm como tarefa assinalar, sob o ângulo pragmático, tanto a *legitimidade* quanto os *limites* da argumentação *sistemático-conceitual* da *Ciência do Direito*” (TOLEDO, 2005, p. 57 - grifos no original). É que a dogmática possui várias funções: (1) função de estabilização (por meio da comprovação e estabilização sistêmica de seus enunciados); (2) função de progresso (propicia e estimula a discussão e debates pontuais); (3) função de descarga (o conhecimento se dá, normalmente, de forma progressiva, de modo que não é preciso que se volte sempre ao ponto inicial de uma discussão); (4) função técnica (a apresentação unificada e sistemática da dogmática facilita e promove o ensino); (5) função de controle (os princípios da universalizabilidade e da justiça formal são atendidos de forma mais adequada na medida em que se permite decidir casos com referência aos já decididos e aos por decidir) e; (6) heurística (contêm modelos de solução, mas sugerem sempre novas perguntas e respostas). (ATIENZA, 2014, p. 210)

Há que se ressaltar, por tudo o que foi dito, que os enunciados dogmáticos não podem derivar apenas logicamente das normas vigentes nem dos enunciados empíricos. São hipóteses. Por isso, em última instância, só podem ser fundamentados com base em argumentos práticos gerais.

Nessa toada:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.

Os precedentes, muito embora não possam ser considerados como uma fonte do direito no sistema do *civil law*, conferem segurança jurídica, previsibilidade e igualdade na aplicação da lei, que são anseios de qualquer povo organizado sob a égide do Estado democrático de direito. Por isso, a mudança de posicionamento sem qualquer justificativa aceitável gera insegurança jurídica nos jurisdicionados e descrédito no Poder Judiciário.

A argumentação com base no uso dos precedentes – que tem como principal fundamento o princípio da universalizabilidade e possui muitos pontos em comum com a argumentação dogmática – é regulada por Alexy da seguinte forma:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

Finalmente, Alexy sistematiza as formas e regras de três argumentos jurídicos especiais: *argumentum a contrario* (J.15), analogia (J.16) e *argumentum ad absurdum* (J.17).

(J.15) .(1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$
 .(2) $(x) (\neg Fx \rightarrow OGx)$ (1)

(J.16) .(1) $(x) (Fx \vee F \text{ sim} \rightarrow OGx)$
 .(2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$
 .(3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ (1), (2)

(J.17) .(1) $O \neg Z$
 .(2) $R' \rightarrow Z$
 (3) $\neg R'$

O uso de tais argumentos – de inferência logicamente válida – só é racional na medida em que saturado, nos moldes da última regra de Alexy: “(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas”.

Segundo Alexy, efetivamente, as regras não permitem que se possa chegar a uma única resposta correta: pessoas diferentes, diante de um mesmo caso, podem chegar a soluções diferentes, até mesmo, incompatíveis, seguindo as regras do discurso jurídico. Dito de outra forma: podem proferir decisões racionalmente fundamentadas, em sentido diametralmente oposto⁶³. No entanto, o fato de respostas diferentes serem possíveis não quer dizer que todas as respostas sejam possíveis, o que, para ele, já é um mérito da teoria. Além disso, segundo Alexy, para sustentar a possibilidade de uma única resposta correta seria preciso partir de pressupostos excessivamente fortes⁶⁴:

⁶³ Perceba-se que Robert Alexy entende da mesma forma que Neil MacCormick acerca da existência de uma única resposta correta para um problema jurídico.

⁶⁴ Nesse ponto, Alexy faz uma crítica dirigida a Ronald Dworkin. É que Dworkin sustenta a tese de que, para cada caso, há apenas uma resposta correta, que está oculta no ordenamento jurídico (mesmo que, muitas vezes, só possa ser encontrada pelo sobre humano juiz Hércules). A questão será mais aprofundada no presente trabalho por ocasião da análise do juiz Hércules.

A constatação de questões práticas se baseia (não só, mas essencialmente) em interpretações e em ponderações de interesses. Não se pode aceitar que, fundado nisso, seja possível apenas uma resposta correta para cada questão prática. A impossibilidade de justificar a tese da existência de uma única resposta correta para cada questão prática não significa que o conceito de correção tenha um caráter absoluto sob todos os pontos de vista. Só possui caráter absoluto enquanto ideia reguladora. Como ideia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta. Uma única resposta correta é a finalidade a que se deve aspirar. Os participantes em um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta. Caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e fundamentações. Isso somente pressupõe haver questões práticas às quais se pode atribuir no discurso uma resposta como a única correta e que não há segurança sobre quais sejam essas questões, de maneira que vale a pena tentar encontrar uma única resposta correta em toda questão. Por isso, a teoria do discurso tem como base uma concepção *absolutamente procedimental da correção*. (ALEXY, 2014, p. 307)

1.3.3 O discurso de direitos fundamentais

Robert Alexy, além de ter desenvolvido a sua própria teoria da argumentação jurídica, dedicou parte de sua vida ao estudo dos direitos fundamentais, o que resultou na publicação da obra *Theorie der Grundrechte*, em 1986. Como não poderia deixar de ser, harmonizou as duas teorias e defendeu a necessidade de um discurso jurídico específico para os direitos fundamentais.

Segundo Alexy, as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais irradiam por todo o sistema jurídico. Mas as consequências da irradiação assumem um significado diverso a depender do caráter das normas. É que, para o autor, ditas normas podem ter caráter de regras, princípios ou, ainda, caráter duplo, no caso de ambas as estruturas estarem presentes. (ALEXY, 2011, p. 141)

Nessa medida, a distinção entre regras e princípios é “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2011, p. 85)

Inicialmente, Alexy parte do pressuposto de que regras e princípios são normas, na medida em que ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas, referentes ao dever, à permissão e à proibição.

O critério mais comum para distinguir regras de princípios é o da generalidade, segundo o qual os primeiros são normas de grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as segundas possuem um grau de generalidade relativamente baixo. Mas há, ainda, diversos outros critérios. Alexy aponta, no entanto, três teses, que considera mais relevantes, acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciação, diante da diversidade existente, seria fadada ao insucesso. A segunda tese sustenta que a diferenciação entre regras e princípios restringe-se ao grau de generalidade. A terceira tese, por sua vez, que, inclusive, tem Alexy como defensor, sustenta que a diferença entre as duas espécies normativas não reside apenas na generalidade, mas também no critério qualitativo (para ele, portanto, há normas com alto grau de generalidade que não são princípios).

Alexy define princípios como mandamentos de “otimização”, na medida em que buscam realizar algo da melhor forma possível (forma “ótima”). Nas palavras do autor, podem ser caracterizados “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2011, p. 90). Logo, a principal característica dos princípios é que estes não contêm um mandamento definitivo. Expressam direitos e deveres apenas *prima facie*, “que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes”. (SILVA, 2003, p. 611)

As regras, ao contrário, expressam direitos e deveres definitivos, ou seja, “são normas que sempre ou são satisfeitas ou não são satisfeitas” (ALEXY, 2011, p. 91). Contêm, assim, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível: “se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”. (SILVA, 2003, p. 611)

A diferença fica ainda mais clara a partir da análise do que Alexy denomina “conflito entre regras” e “colisão entre princípios”.

Quando duas ou mais regras entram em conflito só se pode solucionar o caso, se, em uma das regras, for introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito – que pode decorrer de uma regra ou um princípio –, ou se uma das regras for declarada inválida.

Quando acontece uma colisão de princípios a solução é dada de outra forma: um dos princípios terá que ceder. Nenhum dos princípios será declarado inválido nem será introduzida uma cláusula de exceção. Um dos princípios terá precedência em face do outro, a depender do caso concreto.⁶⁵

Feita a distinção, pode-se voltar ao problema da irradiação das normas dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Com efeito, uma das consequências da irradiação é a limitação dos possíveis conteúdos do direito infraconstitucional, na medida em que “os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”.(ALEXY, 2011, p. 543)

A limitação substancial do sistema jurídico pela Constituição, contudo, não seria tão problemática se as normas veiculadoras de direitos fundamentais, notadamente as principiológicas, não fossem semanticamente abertas e exigissem, por conseguinte, o sopesamento de interesses. Apesar de o sopesamento ser um procedimento racional, não permite que se chegue a uma única solução. Por conseguinte, “a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais”. (ALEXY, 2011, p. 544)

A terceira consequência refere-se ao tipo de abertura. Na concepção de Alexy, a irradiação dos direitos fundamentais inclui uma irradiação da ideia de justiça a todo o sistema jurídico, que passa a ser um sistema aberto em face da moral. Isso se explica em razão de os conceitos materiais básicos dos direitos fundamentais – dignidade, liberdade e igualdade – serem, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da filosofia prática.

A determinação substancial por meio de critérios abertos em face da moral gera, por sua vez, uma série de problemas para a jurisdição constitucional, principalmente no que diz respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário.

⁶⁵ Com base no que foi exposto, a observação de Virgílio Afonso da Silva sobre o tema é de especial relevância: “muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*”. O princípio da dignidade humana, por sua vez, é um típico princípio jurídico. Cf. **Princípios e regras: mitos e equívocos** acerca de uma distinção, p. 612 (grifos no original).

Nesse contexto, Alexy sustenta que quando a argumentação jurídica versar sobre direitos fundamentais, o modelo procedimental em quatro níveis – discurso prático geral, processo legislativo, discurso jurídico e processo judicial – precisa ser complementado. É que, conforme visto:

O discurso nesse âmbito não está vinculado às decisões tomadas no processo legislativo; ele o precede. Isso significa que, nele, não está à disposição o fator mais importante para a argumentação jurídica em geral: a lei ordinária, em geral relativamente concreta. No seu lugar aparecem as disposições de direitos fundamentais, extremamente abstratas, abertas e ideologizadas. A questão é saber o que isso significa para a controlabilidade racional da decisão no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2011, p. 551)

Com efeito, no âmbito dos direitos fundamentais, a vinculação da argumentação “à lei” deve ser entendida como uma vinculação “ao texto das disposições de direitos fundamentais e à vontade do legislador constituinte”. Segundo Alexy, essa vinculação é expressa, principalmente, pelas regras e formas da interpretação semântica (uso da linguagem) e genética (vontade do legislador). As regras e formas das interpretações sistemática, histórica e comparativa podem desempenhar um papel complementar. A interpretação teleológica – objetiva – que se refere aos objetivos que o intérprete confere à lei não se insere no presente contexto de vinculação. (ALEXY, 2011, p. 552)

Contudo, a abertura das normas de direitos fundamentais também faz com que a extensão e a força da vinculação da argumentação a referidos argumentos – mesmos os semânticos e genéticos – sejam bastante limitadas. De fato, eles podem ser superados por outros argumentos.

Alexy destaca, ainda, o importante papel que os precedentes das Cortes constitucionais exercem em matéria de direitos fundamentais (mesmo nos países que adotam sistemas em que os precedentes não têm força vinculante, como o brasileiro). É que, nos Estados democráticos de direito, o que se vê, na prática, é que a Constituição vale tal como interpretada pelo tribunal constitucional. Contudo, não obstante a sua importância, “a argumentação neles baseada não é, sozinha, suficiente para o controle racional da fundamentação nesse âmbito”. (ALEXY, 2011, p. 559)

No que diz respeito à dogmática, é claro que o ideal seria uma teoria dos direitos fundamentais que permitisse ao julgador encontrar uma única resposta correta⁶⁶. No entanto,

⁶⁶ O autor refere-se, textualmente, à tese de Ronald Dworkin, que ainda será discutida no presente trabalho.

tal pretensão estaria fadada ao insucesso, pois não há como se imaginar uma lista abrangente de regras de decisão para todos os casos possíveis no âmbito dos direitos fundamentais.

De um modo geral, essa é a base da teoria da argumentação de Alexy no âmbito dos direitos fundamentais. Confessadamente, o autor tem o objetivo precípua de atingir resultados constitucionalmente corretos, mas assume que, da mesma forma que o discurso jurídico em geral, a teoria do discurso de direitos fundamentais também compartilha da insegurança quanto aos resultados:

A abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada. (ALEXY, 2011, p. 574)

1.4 Manuel Atienza: uma crítica à teoria padrão da argumentação jurídica⁶⁷

Manuel Atienza constrói um esboço de uma teoria da argumentação jurídica como alternativa às teorias que considera “padrão”, especificamente, como alternativa às teorias de Neil MacCormick e Robert Alexy.

É que, segundo Atienza, ambas as teorias são deficientes se consideradas sob três perspectivas diferentes, e que considera fundamentais: objeto (o que a teoria explica), método (como explica) e função (para que explica). (ATIENZA, 2014, p. 254)

No que diz respeito ao objeto, Atienza sustenta que a “teoria padrão” não se ocupou de analisar a fundo a argumentação sobre fatos – prevalente na vida jurídica –, tendo restringido seu objeto à argumentação normativa – sobre direito –, típica dos tribunais superiores.

Além disso, para ele, a teoria da argumentação jurídica também teria que abordar e racionalizar o momento de produção das normas jurídicas, ou seja, a argumentação que se dá no parlamento (racionalidade legislativa):

Uma racionalidade linguística, entendida, no sentido de que o emissor (redator) deve ser capaz de transmitir de forma inteligível uma mensagem (a lei) ao receptor (destinatário); uma racionalidade jurídico-formal, pois a nova lei deve se inserir de modo harmonioso num sistema jurídico preexistente; uma racionalidade pragmática,

⁶⁷ Manuel Atienza, jurista e filósofo de direito espanhol, esboça na obra **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**, cujo título original é *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, de 1991, um projeto de uma teoria de argumentação própria, resultado de críticas formuladas ao que denomina “teoria padrão” da argumentação jurídica.

uma vez que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito na lei; uma racionalidade teleológica, pois a lei teria que alcançar os fins sociais perseguidos; e uma racionalidade ética, na medida em que as condutas prescritas e os fins das leis pressupõem valores que precisariam ser suscetíveis de justificação ética.

Outra falha apontada por Atienza é que a teoria padrão não leva em conta o raciocínio levado a efeito no contexto da resolução de problemas jurídicos por meio da mediação ou outra espécie de negociação, tão em voga nos dias atuais. Há que se levar em conta, nesses casos, uma argumentação estratégica.

Ainda no que tange ao objeto, o autor sustenta a tese de que uma teoria da argumentação não pode possuir apenas um caráter prescritivo, mas, também, descritivo. Explicando melhor: a teoria deve apontar critérios de justificação de decisões e um método que permita descrever como se fundamentam, efetivamente, as decisões.

Quanto ao aspecto metodológico, e ressaltando o que já foi dito linhas acima, Atienza enfatiza que MacCormick e Alexy não elaboraram um procedimento apto a demonstrar como, de fato, os juízes fundamentam as suas decisões. Recorreram, basicamente, à lógica dedutiva, que está longe de representar a maior parte dos casos. Com efeito, para Atienza, o processo de argumentação está muito mais para uma trama de tecidos do que para uma linearidade.

Atienza, desse modo, passa a esboçar um modelo de reconstrução racional do processo de argumentação que ocorre em um caso difícil. Estabelece, para tanto, alguns critérios, e emprega diagramas e figuras geométricas para representar os aspectos sintático, semântico e pragmático da argumentação. (ATIENZA, 1990)

Segundo o autor, o processo de argumentação apresenta cinco estágios.

No primeiro estágio, deve-se identificar qual é a natureza do problema em questão. Para tanto, Atienza adota a classificação de problemas jurídicos formulada por MacCormick: problemas de pertinência, de interpretação, de prova e de qualificação (classificação).

No segundo estágio, uma vez estabelecido o problema – ou os problemas – o autor defende que é preciso verificar se ele decorre de uma insuficiência de informação (lacuna) ou de um excesso de informação. Ou seja, se a norma aplicável ao caso é uma norma particular que, em princípio, não rege o caso concreto, ou se a norma aplicável ao caso pode ser interpretada de duas ou mais formas incompatíveis entre si. (ATIENZA, 2014, p. 264)

No terceiro estágio, mostra-se necessária a construção de novas premissas, ou seja, novas hipóteses de solução para o problema. Por exemplo, se se tratar de um problema de interpretação por insuficiência de informação, a nova hipótese terá que passar necessariamente por uma reconstrução da norma para que esta possa regular o caso concreto. Por outro lado, se se tratar de um problema de interpretação por excesso de informação, a nova hipótese será necessariamente a escolha de uma entre as várias interpretações possíveis da norma.

No quarto estágio, é preciso fundamentar as hipóteses, o que implica justificar como se deu a passagem das premissas iniciais para as novas premissas. É preciso, desse modo, apresentar argumentos a favor da interpretação escolhida. Voltando ao exemplo anterior, se se tratar de insuficiência de informação, a argumentação empregada será a argumentação analógica (em sentido amplo). No contexto da argumentação analógica, por sua vez, Atienza faz a distinção de outros tipos de argumentos: *a pari* ou *a simili*, *a contrario* ou *a fortiori*. De outra forma, caso se trate de um problema de excesso informação, a argumentação utilizada será a *reductio ad absurdum*.⁶⁸

Finalmente, apenas depois de esgotados todos esses passos é que se pode chegar a uma conclusão. Essa última passagem – que vai das novas premissas à conclusão – é considerado por Atienza como o segmento final de todo o processo de argumentação jurídica e é regido pela lógica do esquema de justificação interna.

Contudo, segundo o autor, uma coisa é demonstrar como se dá o processo de argumentação jurídica. Outra coisa bem diferente é o estabelecimento de critérios de correção da fundamentação judicial.

Atienza sustenta que um dos grandes méritos da teoria padrão foi o de ter colaborado para a elaboração de alguns desses critérios de correção, que se condensam na racionalidade prática. Só que, para ele, os critérios de racionalidade prática são apenas critérios mínimos, que só permitem reputar como irracionais certas decisões ou formas de argumentação. Nessa toada, defende que:

Precisaríamos ampliar a noção de racionalidade prática lembrada anteriormente para que ela abarcasse uma teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade que oferecessem algum tipo de critério para lidar nos casos difíceis, por mais que

⁶⁸ Esta é a parte mais prolixa da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza. Para um estudo mais aprofundado, confira ATIENZA, 1990, p. 56-58.

tais critérios possam ser discutíveis e não tenham a solidez dos outros. Uma tal teoria, por outro lado, não poderia ter um caráter puramente ou essencialmente formal, mas teria necessariamente de incorporar conteúdos de natureza política e moral.

Para ele, o ideal seria que a teoria da argumentação jurídica se comprometesse com uma ideologia – política e moral – mais crítica em relação ao direito, mesmo que isso implicasse a adoção de uma perspectiva mais realista.

De forma mais clara: Atienza está querendo chamar atenção para o fato de que nem sempre é possível fazer a tão pretendida justiça por meio do direito positivo⁶⁹. Às vezes, a solução deve ser buscada pelo julgador nos valores e princípios jurídicos⁷⁰. E isso é fácil de ser verificado no dia a dia. Na prática forense, por exemplo, é corriqueiro que um juiz decida e argumente a favor de uma questão que acredita ser correta, mesmo tendo a consciência de que a solução encontrada não é prevista pelo direito positivo. É o que ocorre, com muita frequência, no julgamento dos casos chamados por Atienza de casos trágicos, que, a seu ver, são ignorados pela teoria padrão da argumentação jurídica, que se concentra no estudo dos casos fáceis e casos difíceis.⁷¹

Com efeito, durante toda a sua obra, Atienza demonstra preocupação com o que vem a ser um caso difícil. E estabelece, pelo menos como ponto de partida – baseado nas lições de Pablo Navarro –, os seguintes requisitos para que um caso possa ser assim classificado: a) ausência de consenso sobre a resolução do caso na comunidade jurídica; b) que o caso não seja rotineiro nem verse sobre hipótese de aplicação mecânica da lei; c) que não seja um caso fácil e demande um sopesamento de disposições normativas em conflito por meio de argumentos não dedutivos; d) que o caso requeira uma fundamentação baseada em princípios e; e) que a solução do caso envolva, necessariamente, juízos morais. (ATIENZA, 1997, p. 10)

⁶⁹ Logo mais à frente será esclarecido que Atienza não está defendendo o decisionismo judicial.

⁷⁰ A bem da verdade, Atienza não está falando, aqui, nada de diferente de Alexy, MacCormick ou Dworkin.

⁷¹ A abordagem de Atienza faz todo sentido em países de modernidade tardia como o Brasil, que, se comparado com a Alemanha de Alexy, com o Reino Unido de MacCormick e com os Estados Unidos de Dworkin (e, por óbvio, mas em menor grau, com a Espanha de Atienza), está “bastante atrasado” no cumprimento das promessas da modernidade. Segundo dados de 2014, o Brasil ficou em 79º lugar no *raking* mundial de IDH – índice de desenvolvimento humano. Os Estados Unidos ficaram em 5º, a Alemanha em 6º, o Reino Unido em 14º e a Espanha em 27º. O IDH é composto dos seguintes dados: expectativa de vida, expectativa de anos de estudo, média de anos de estudo e renda nacional bruta *per capita*. Fonte: <<http://noticias.uol.com.br/infograficos/2014/07/22/brasil-fica-em-79-no-ranking-mundial-de-idh-veja-resultado-de-todos-os-paises.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

Mas o que dizer dos casos trágicos⁷² – mais problemáticos do que os casos difíceis, principalmente no que toca ao aspecto moral – mas que, entretanto, não são tratados pela teoria padrão da argumentação jurídica? O que dizer, por exemplo, de uma demanda em que pais hipossuficientes pleiteiam o custeio de uma fertilização *in vitro* pelo Poder Público, sob a alegação de que a única esperança para salvar a sua filha, diagnosticada com uma grave doença genética, é gerir outra criança a partir de embriões geneticamente selecionados? O juiz conseguirá solucionar a lide recorrendo apenas à lei positivada? Não há uma regra que preveja o custeio desse tipo de tratamento pelo Estado (que, diga-se de passagem, é de alto custo e não tem resultado garantido pela ciência). Mas e o direito à vida e à saúde? Não são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal? Sim. Por isso mesmo, e diante da abertura do dispositivo constitucional que assegura o direito à saúde, o juiz poderá se valer, por exemplo, da teoria do discurso dos direitos fundamentais de Alexy e recorrer à interpretação semântica e genética. Poderá recorrer, ainda, aos precedentes e à dogmática. Mas a análise do julgador não poderá parar aí. Inegavelmente, o caso em questão envolve outros juízos de ordem moral. O juiz não terá que analisar apenas o direito à vida e à saúde. Não terá que analisar apenas a política pública de medicamentos e o seu aspecto orçamentário. Terá que analisar, também, o aspecto moral da pretensão de se gerar uma vida com o objetivo de salvar outra vida. Por óbvio, o caso em si, pelo menos do ponto de vista das partes e do juiz, tem elementos trágicos.

Para que se entenda melhor a questão, Atienza distingue duas situações que considera trágicas para um juiz: a) quando o ordenamento jurídico oferece uma solução correta para o caso concreto, mas que vai de encontro à moral do julgador e; b) quando o ordenamento jurídico não permite que o juiz alcance uma solução correta para o caso concreto⁷³. Apesar de Atienza não deixar muito claro, ao que tudo indica, a questão, aqui, é a moral da comunidade como um todo.

⁷² Atienza esclarece, textualmente, que não está se referindo à conhecida teoria das “eleições trágicas” de Guido Calabresi e Philip Bobbitt – *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. As palavras do autor são esclarecedoras: “las decisiones trágicas en las que los autores piensan no son los casos trágicos que a nosotros nos interesan; no son los casos trágicos que llegan a los jueces, aunque sí cabría hablar en algún sentido de casos jurídicos, sobre todo cuando quienes toman esas decisiones son órganos de la administración; los jueces podrían tener que revisar alguna de esas decisiones trágicas, pero las suyas no serían ya decisiones trágicas”. ATIENZA, 1997, p. 18.

⁷³ É que, segundo Atienza, “uma teoria da argumentação jurídica não deve partir, sem justificação, do postulado de que o Direito permite uma (embora não seja *uma única*, como sustentam Alexy e MacCormick em oposição a Dworkin) resposta correta para cada caso. Talvez haja hipóteses em que, mantendo-se dentro do Direito, não se possa chegar a nenhuma resposta correta, mas nas quais, contudo, continua havendo necessidade de argumentar juridicamente”. Cf. ATIENZA, 2014, p. 231 (grifos no original).

No primeiro caso, Atienza, de pronto, dá o mesmo tratamento conferido aos casos fáceis e casos difíceis: o juiz não pode contrapor suas opiniões (juízo moral) à opinião da maioria (legislação). A decisão judicial, portanto, deve ser proferida de acordo com o ordenamento jurídico vigente. *“El juez [...] no puede – o, mejor, no debe – tener problemas de conciencia: es posible que él viva – subjetivamente – una situación de tragedia moral, pero, desde el punto de vista objetivo, no existe aquí ningún elemento trágico”*. (ATIENZA, 1997, p. 19)

O segundo caso, contudo, é um pouco mais problemático. É que, segundo Atienza, aqui estão os verdadeiros casos trágicos, que, paradoxalmente, decorrem de uma crescente tendência de “moralização” dos sistemas jurídicos, principalmente, nos Estados democráticos de direito com maior carga social. Por exemplo: dificilmente as constituições podem satisfazer integralmente os direitos sociais da forma que trazem em seu texto, devido à existência de uma série de limitações, especialmente de ordem econômica. No entanto, “a moral da comunidade” exige a satisfação integral.

Mas como os juízes devem proceder diante de casos trágicos como esse? Como justificar a sua decisão? Segundo Atienza, em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o fato de o ordenamento jurídico não permitir que o juiz chegue a uma decisão “correta” não significa que ele estará liberado do dever de fundamentação e, por conseguinte, do controle racional da decisão judicial. Ademais, assim como nos casos difíceis, também nos casos trágicos, o juiz tem que julgar de forma coerente e consistente, não podendo decidir arbitrariamente:

Una decisión que implique vulnerar alguno de los anteriores criterios – esa sería una decisión sencillamente irracional, aunque pudiera ser justa desde el punto de vista de su contenido – sino la que logra volverlos operativos a través del recurso a una determinada filosofía política y moral; si el Derecho por sí mismo – el Derecho preexistente al caso – no provee ninguna solución correcta [...], no queda otra alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica. (ATIENZA, 1997, p. 27)

Desse modo, mesmo diante do contexto trágico do caso dos pais que pleiteiam o custeio de uma fertilização *in vitro* pelo Poder Público como única alternativa para salvar a vida de sua filha, o juiz terá que justificar racionalmente a sua decisão. E, diga-se de passagem, não poderá deixar de considerar as consequências jurídicas de sua decisão, na medida em que o critério da justiça formal exige que as exceções também sejam universais.

A bem da verdade, a complexidade do caso exige muito mais:

Nesses casos, sempre complexos e delicados, a racionalidade do direito precisa abandonar sua ilusão de autossuficiência formalista e tornar-se mais complexa, incorporando os problemas de justiça material para que o estudioso e o operador do direito não sejam levados a tomar decisões esdrúxulas ou simplesmente inexecutáveis. (RODRIGUEZ, 2013, p. 52)

Como visto, de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que as modernas teorias da argumentação jurídica são apresentadas a partir do ponto de vista de cada um dos seus autores. E, não obstante as críticas que lhes são dirigidas – principalmente a de que não se mostram aptas para descrever e operar a realidade pátria –, é inegável a sua contribuição positiva para o debate sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, juízes, na condição de seres humanos, podem errar. Mas não lhes é permitido, no contexto dos Estados democráticos de direito – seja em território alienígena seja no Brasil –, proferir decisões irrazoáveis e injustificadas.

2 OS JUÍZES DE DWORKIN

Ronald Dworkin – assim como Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza – é um jurista e filósofo que admite a possibilidade de apreciação crítica das decisões proferidas pelos juízes. Mas a sua teoria é desenvolvida sob uma perspectiva diferente.⁷⁴

Dworkin desenvolveu a teoria do direito como integridade⁷⁵, reaproximando a moral do direito e rejeitando a concepção positivista do direito como um sistema de regras. Foi um dos mais contumazes críticos das ideias motoras do positivismo jurídico.⁷⁶

Na obra *O império do direito*, Dworkin, que defende o caráter filosófico do direito como interpretação, a fim de desenvolver a teoria do direito como integridade, descreve três tipos de juízes, justamente a partir do estilo interpretativo de cada um: o convencionalista, o pragmático e o mítico juiz ideal Hércules.

Contudo, para um melhor entendimento acerca dos juízes de Dworkin, faz-se necessário perquirir, primeiro, qual é a natureza da principal divergência que permeia os processos judiciais.

Segundo Dworkin, os processos judiciais suscitam, em princípio, três diferentes questões: (i) questões de fato, (ii) questões de direito e (iii) questões interligadas de moralidade e fidelidade. (DWORKIN, 2014, p. 5)

A questão de fato é representada pelos fatos concretos e históricos que deram origem à controvérsia. Pode ser dirimida com perguntas da seguinte natureza: o que aconteceu? O demandante tem um problema de saúde? Precisa de um remédio e não pode pagar?

⁷⁴ Lenio Luiz Streck reconhece em suas obras – expressa e exaustivamente – as diferenças entre a teoria da argumentação jurídica e a teoria da integridade proposta por Dworkin. Segundo Streck, que propõe uma teoria hermenêutica “fruto da imbricação Heidegger-Gadamer-Dworkin”, a teoria interpretativo-integrativa de Dworkin é, inclusive, incompatível com a teoria da argumentação jurídica, em especial a de Alexy, dado o caráter analítico e discursivo-procedural desta última. Para ele, no fundo, as teorias argumentativas, do mesmo modo que o positivismo jurídico quando se deparava com os casos difíceis, continuam apostando na vontade do intérprete, e, portanto, na discricionariedade judicial. Sofrem, assim, de um “letal déficit democrático”. Cf. STRECK, 2013, p. 92-93. Ver, também, STRECK, 2007.

⁷⁵ A teoria dworkiniana divide as exigências de integridade em dois princípios: o da integridade na legislação e o da integridade no julgamento. O primeiro é dirigido aos legisladores e recomenda a observância da coerência estratégica e principiológica por ocasião da feitura de novas normas jurídicas. O segundo é voltado os juízes, que devem interpretar a lei sempre tendo em mente a integridade do sistema jurídico.

⁷⁶ Ronald Dworkin foi um dos principais críticos das teorias desenvolvidas pelo positivista H. L. A. Hart. A respeito, vale a pena a leitura do Pós-escrito constante da principal obra de Hart, *O conceito de direito*, organizado e preparado para publicação por Joseph Raz e Penelope Bulloch. Cf. HART, 2012.

A segunda questão diz respeito ao direito que deve ser aplicado ao caso concreto. Qual lei deve ser aplicada? Existe um precedente aplicável à hipótese? Qual? Quais os fundamentos do direito? A lei permite que um doente hipossuficiente tenha o seu tratamento de saúde custeado pelo Estado?

Por último, há a questão do moralmente certo ou errado. É justo que a lei negue o custeio do medicamento pelo Estado? Se for injusto, os juízes devem ignorar a lei e determinar o custeio? Evidentemente, aqui, impera o caráter subjetivo.

Dworkin sustenta que não há maiores problemas quando os juízes divergem sobre questões empíricas (de fato) e sobre questões morais:

Se os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia, sabemos sobre o que estão divergindo e que tipo de evidência decidiria a questão caso ela estivesse disponível. A terceira questão, da moralidade e fidelidade, é muito diferente, apesar de igualmente conhecida. As pessoas divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais, e esse tipo de divergência não suscita nenhum tipo de problema especial quando se manifesta no tribunal. (DWORKIN, 2014, p. 6)

Mas, quando a divergência é sobre questões teóricas (de direito), o autor diz não poder afirmar o mesmo. Tanto é assim, que a proposta de Dworkin é justamente discutir sobre a divergência teórica no direito, concentrando-se, para tanto, no argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz. Daí a relevância do estudo da teoria de Dworkin para o presente trabalho.

Para melhor explicar do que se trata a divergência teórica do direito, Dworkin se utiliza de quatro casos reais que foram decididos por juízes ingleses e norte-americanos: o caso Elmer, o caso do *snail darter*, o caso McLoughlin e o caso Brown.

O caso Elmer foi deflagrado em razão do homicídio por envenenamento cometido por Elmer contra seu avô, no ano de 1882, em Nova York⁷⁷. O homicida, sabedor de que seu avô havia escrito um testamento deixando-lhe a maior parte de seus bens, com receio de que o mesmo fosse alterado, achou por bem dar cabo à vida do testador. Foi descoberto, processado e condenado a cumprir alguns anos de prisão. Ele estaria legalmente habilitado a herdar os bens que lhe foram deixados? A lei de sucessões de Nova York não mencionava, expressamente, nada a respeito. Iniciou-se, assim, uma discussão entre os julgadores, que, muito embora concordassem que suas decisões deveriam ser proferidas de acordo com o

⁷⁷ Riggs vs. Palmer, 115, Nova York, 506, 22 N.E. 188 (1889).

direito, discordavam a respeito da decisão correta para o caso concreto, ou seja, quanto à verdadeira natureza do direito⁷⁸. O voto vencedor, seguido pela maioria, foi o proferido pelo juiz Earl, no sentido de que Elmer não poderia herdar os bens que lhe foram deixados. É que, segundo Earl, não é crível que os legisladores tivessem, por ocasião da feitura da lei, a intenção de permitir que alguém pudesse herdar os bens da pessoa que matou. Menos crível ainda é que uma interpretação dos princípios gerais do direito (princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito) pudesse beneficiar alguém que matou o avô com a intenção de herdar grande parte de seus bens. De fato, se, em outros contextos, o direito privilegia o princípio de que ninguém pode beneficiar-se do próprio erro, no contexto do direito sucessório não poderia ser diferente. O argumento vencido, proferido pelo juiz Gray, defendia uma interpretação literal da lei, de modo que, como a lei silenciava sobre a questão, Elmer estaria habilitado a herdar.

O caso do *snail darter* retrata um conflito ocorrido entre um grupo de preservacionistas do Tennessee e a Administração do Vale do Tennessee⁷⁹. O grupo opunha-se à construção de uma barragem que já estava praticamente concluída e tinha custado aos cofres públicos mais de cem milhões de dólares. No intento de fazer parar a obra, os preservacionistas descobriram que o local era o único habitat do *snail darter*, um peixe de 7,5 cm, destituído de qualquer interesse biológico ou importância ecológica em especial. Com base em tal informação, convenceram o Ministro do Interior a declarar que o peixe era uma espécie ameaçada de extinção e a tomar as medidas legais cabíveis para impedir que a barragem fosse concluída e usada. Tudo nos termos da Lei das Espécies Ameaçadas. O conflito foi parar na Suprema Corte, que, por meio do voto do juiz Warren Burger, acompanhado pela maioria, ordenou que a construção da barragem fosse paralisada. O argumento central foi o de que, quando o texto legal é claro, como o era o da Lei das Espécies Ameaçadas, a corte não tem o direito de recusar-se a aplicá-lo, mesmo que não concorde com o resultado que daí poderá advir. O que deve prevalecer, exclusivamente, nesses casos, é a intenção do legislador. O voto dissidente, proferido pelo juiz Lewis Powell, e seguido apenas por mais um dos juízes, declarou que a interpretação da maioria estava equivocada e iria gerar enormes prejuízos à comunidade.

⁷⁸ Segundo Dworkin, a verdadeira natureza do direito nada mais é do que aquilo que a legislação determina quando devidamente interpretada.

⁷⁹ Tennessee Valley Authority vs. Hill, 437 U.S. 153 (1978).

O caso McLoughlin, ao contrário dos dois primeiros que foram expostos, não versa sobre a melhor interpretação da lei. Tem, como pano de fundo, a análise das decisões anteriormente tomadas pelos tribunais em casos semelhantes, procedimento típico em países que adotam o sistema do *common Law*.⁸⁰

Feita essa importante ressalva, passa-se aos fatos: o marido e os quatro filhos da Sra. McLoughlin sofreram ferimentos em razão de um acidente de carro ocorrido na Inglaterra, no ano de 1973⁸¹. A Sra. McLoughlin estava em casa quando recebeu a notícia – cerca de duas horas depois da tragédia – e se dirigiu ao hospital, ocasião em que ficou sabendo que a filha havia morrido e os demais familiares estavam em estado grave. Teve um colapso nervoso e, por essa razão, ajuizou ação por danos morais em desfavor do motorista que provocou o acidente. Antes, contudo, foi alertada pelo seu advogado de que os tribunais ingleses ainda não tinham se pronunciado sobre um caso semelhante. Sem ter um paradigma fático anterior, o julgador de primeira instância concluiu que, em razão de o colapso nervoso ter ocorrido longe da cena do acidente, a obrigação de indenizar deveria ser afastada por ausência de previsibilidade. É que, segundo o direito britânico, a negligência só pode gerar indenização se o dano for, ao menos, previsível. Irresignada, a Sra. McLoughlin recorreu ao Tribunal de Apelação, que confirmou a decisão monocrática, mas com base em outro fundamento: apesar de reconhecer a previsão do colapso nervoso em casos como os da Sra. McLoughlin, sustentou que reconhecer o direito à indenização nesses casos poderia gerar muitas consequências adversas para a comunidade como um todo⁸². Foi interposto novo recurso, desta vez, para a Câmara dos Lordes, que revogou a decisão anterior, determinando a realização de um novo julgamento. Apesar de unânime, os Lordes divergiram quanto ao verdadeiro direito. A maioria não achou que as razões de política judiciária invocadas pelos julgadores que lhe antecederam fossem suficientes para justificar o afastamento do dever de indenizar no caso específico da Sra. McLoughlin, apesar de concordarem em deixar a questão em aberto no caso de fatos semelhantes ocorrerem futuramente. Dois Lordes, entretanto, adotaram uma posição bem diferente. Para eles os precedentes deveriam ser vistos como discrimináveis apenas se, por algum motivo, os princípios *morais* admitidos nos casos anteriores não se aplicassem da mesma forma à pleiteante. E, para os dois Lordes, o fato de as pessoas anteriormente indenizadas estarem presentes na hora do acidente ou terem chegado

⁸⁰ A essência do *common law* é a valoração superlativa dos precedentes, ou seja, das decisões judiciais anteriores, que são dotadas de autoridade.

⁸¹ McLoughlin vs. O'Brian [1983] 1 A.C. 410, modificando [1981] Q.B. 599.

⁸² Decisão, portanto, baseada em razões de política judiciária.

logo após não era, por si só, suficiente para afastar a aplicação do precedente ao caso da Sra. McLoughlin.

Finalmente, Dworkin traz o emblemático caso Brown. Os Estados Unidos da América, após o término da Guerra Civil, aprovaram algumas emendas constitucionais importantes, dentre as quais a Décima Quarta, que estabeleceu que nenhum Estado poderia negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis. Mas, apesar disso, no caso *Plessy vs. Ferguson*⁸³, que estampava inegável ocorrência de segregação racial, e, por conseguinte, de tratamento desigual, a Suprema Corte decidiu que práticas tais como a determinação de que os negros viajassem na parte de trás do ônibus e frequentassem escolas segregadas não feriam a determinação constitucional.

Em 1954, no Kansas, localizado na região centro-oeste do país, um grupo de crianças negras que frequentavam uma escola em Topeka fez a questão ressurgir com toda força⁸⁴. Na ocasião, diversamente do que havia sido decidido antes, o juiz Earl Warren, da Suprema Corte, seguido pelos seus pares, concluiu que a segregação racial praticada em Topeka ofendia a Décima Quarta emenda constitucional. E mais, o juiz Earl Warren disse textualmente que se a presente decisão estivesse em desconformidade com a proferida no caso *Plessy vs. Ferguson*, então aquela decisão anterior estaria sendo revogada.

Como se percebe, nos quatro casos descritos, os juízes divergiram sobre a melhor solução a ser adotada no caso concreto. A divergência, portanto, ficou no campo teórico e não no campo fático ou moral. E é exatamente este tipo de divergência que é estudada a fundo por Dworkin, a partir dos seus três juízes.

2.1 Juiz convencionalista

O direito é um conceito interpretativo(DWORKIN, 2014, p. 109). Sendo assim, quando os juízes divergem sobre uma questão teórica, estão, em boa verdade, divergindo quanto à interpretação do direito. O resultado de uma demanda, nesses termos, e conforme visto nos exemplos empregados por Dworkin, dependerá das convicções interpretativas do julgador.

O juiz convencionalista acredita que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeito às convenções jurídicas inerentes a toda comunidade política

⁸³ 163 U.S. 537 (1896).

⁸⁴ *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. (1954).

complexa(DWORKIN, 2014, p. 142). Ele não se importa com divergências morais e políticas. O direito é o direito e deve ser aplicado de acordo com a lei, com o precedente ou ambos, a depender do sistema jurídico adotado pela comunidade – *common law*, *civil law* ou misto. O direito é, nesse contexto, uma simples questão de fato e nunca depende da moralidade. A divergência teórica é, tão somente, aparente (ilusória), na medida em que juízes e advogados compartilham da mesma convicção. Nessa toada, as questões de direito podem ser solucionadas mediante a consulta das decisões passadas, acessíveis a todos. As expectativas ficam, assim, asseguradas.⁸⁵

No entanto, o juiz convencionalista reconhece que o direito por convenção nunca é completo. Sempre há e haverá lacunas, na medida em que a própria capacidade imaginativa humana é limitada. A questão é que, para ele, se a convenção é omissa não existe direito. E, se não existe direito, só lhe resta uma única opção: decidir discricionariamente, empregando padrões extrajurídicos para criar um novo direito⁸⁶. Desse modo, no caso de lacunas, o juiz convencionalista atua como um verdadeiro legislador, aplicando o novo direito retroativamente ao caso concreto. (DWORKIN, 2002, p. 127)

A crítica que Dworkin faz ao convencionalismo, especificamente, o estrito⁸⁷, é que, como demonstrado nos quatro casos difíceis apresentados⁸⁸ – *hard cases* –, a maior parte dos juristas, apesar de não discordar quanto ao fato de que o direito previsto em convenções deve ser aplicado, discorda quanto à melhor interpretação da lei ou do precedente em um caso particular. Volta-se, assim, à questão da divergência teórica do direito. Com efeito, antes de aplicar o direito previsto nas convenções jurídicas, o juiz tem que decidir o que essas

⁸⁵ O positivismo de Hart, segundo Dworkin, é nitidamente convencionalista. Hart, em oposição, sustenta que a descrição interpretativista do positivismo como convencionalismo não pode ser apresentada como uma versão de sua teoria do direito por duas razões. Em primeiro lugar, porque a sua teoria admite valores entre os critérios do direito. Não é, portanto, uma teoria de “simples fatos”. Em segundo lugar, porque, diversamente do que afirma Dworkin, sua teoria não repousa no pressuposto de que o objeto do direito e da prática jurídica é justificar a coerção, mas sim de constituir um guia para a conduta humana. Cf. HART, 2012, p. 321.

⁸⁶ Incoerentemente, o ideal das expectativas asseguradas é comprometido quando o juiz se depara com um caso não previsto pelas convenções, decidindo de forma discricionária e criando um novo direito que será aplicado retroativamente ao caso concreto.

⁸⁷ O convencionalismo estrito restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente. Entende-se por extensão explícita o conjunto de proposições que todos admitem fazer parte da convenção. O convencionalismo moderado, por sua vez, entende que o direito da comunidade inclui tudo o que está contido na extensão implícita de suas convenções, que é o conjunto de proposições que decorrem da melhor interpretação da convenção. Segundo Dworkin, o convencionalismo moderado é uma espécie muito abstrata e subdesenvolvida do direito como integridade. Por isso, suas críticas são dirigidas quase que exclusivamente ao que denomina de convencionalismo estrito.

⁸⁸ Segundo Dworkin, “os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado”. DWORKIN, 2014, p. 306.

convenções declaram como direito, além de ter que determinar qual é o verdadeiro sentido de cada convenção. Não raro, pode ocorrer “que dois juristas não entrem em acordo quanto à melhor interpretação das práticas da legislação ou do precedente em um caso específico, pois em termos gerais divergem em suas convicções políticas e morais”. (DWORKIN, 2002, p. 151)

Dito de outra forma: na prática, o convencionalismo tem pouca utilidade. Isso porque, a prática judicante demonstra que há muito mais casos difíceis do que aqueles em que basta subsumir a norma ou o precedente ao caso concreto. Não há, nas sociedades contemporâneas complexas, um sistema jurídico capaz de garantir a solução de todos os casos de forma puramente lógica, mediante a simples subsunção do fato às normas vigentes. Portanto, o que o convencionalismo descreve como regra nada mais é do que uma exceção: na maioria dos casos, o juiz convencionalista irá julgar discricionariamente, “liberado” da legislação e do precedente, colocando por terra a segurança jurídica e o ideal das expectativas asseguradas.⁸⁹

Com isso, segundo Dworkin:

Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro. (DWORKIN, 2002, p. 159)

O caso Elmer e o caso McLoughlin, sem sombra de dúvidas, teriam sido julgados por um juiz convencionalista de modo discricionário, de acordo com qualquer regra que lhe parecesse melhor para o futuro. Julgaria conforme a sua própria consciência. De modo decisionista e solipsista⁹⁰. Isso porque, como visto anteriormente, não havia, à época, qualquer convenção jurídica – lei ou precedente – que se enquadrasse perfeitamente a ambos os casos. Nada havia sobre a possibilidade de um assassino herdar os bens de sua própria vítima ou sobre a possibilidade de uma mãe ser indenizada por danos morais, por ter sofrido um colapso

⁸⁹ Hart sustenta que o poder de criar o direito que atribui aos juizes não é arbitrário: “não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações *que restringem sua escolha*, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais”. Entretanto, não convence, na medida em que deixa claro que o julgador, no caso de lacunas, pode decidir livremente, de acordo com suas próprias convicções e valores. Cf. HART, 2012, p. 353 (grifos no original).

⁹⁰ Abbagnano traz a seguinte definição para o termo “solipsismo”: “tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas idéias minhas. Os termos mais antigos para indicar essa tese são *egoísmo*” (grifos no original). Cf. ABBAGNANO, 1998. p. 918.

nervoso horas depois de sua filha ter morrido em um acidente de trânsito. Desse modo, é impossível afirmar, ao certo, como o juiz convencionalista teria julgado os dois casos.⁹¹

No caso do *snail darter*, o juiz convencional teria mandado paralisar a obra da barragem, pois, mesmo que a lei pudesse ser injusta ou ineficiente aos seus olhos, esta deveria ser seguida sem qualquer restrição. Para ele o direito é exatamente aquilo que a lei diz que é. E um juiz conscientemente convencionalista não poderia ignorar as convenções.

No caso Brown, o mesmo juiz não teria reconhecido qualquer violação à Décima Quarta Emenda constitucional. Aplicaria, sem fazer qualquer juízo moral ou político, o precedente do caso *Plessy vs. Ferguson*, segundo o qual práticas tais como a determinação de que os negros viajassem na parte de trás do ônibus e frequentassem escolas segregadas não feriam a determinação constitucional. Os juízes convencionalistas não se consideram livres para modificar as regras adotadas pelas convenções jurídicas correntes.

Da análise da forma de julgar do juiz convencionalista, surge, então, a derradeira crítica: o convencionalismo não pode ser tido como uma boa interpretação do direito, na medida em que a cultura jurídica está em constante processo de transformação e desenvolvimento (DWORKIN, 2014, p. 169). O direito não deve ser inflexível, mas sim evoluir junto com a comunidade, que clama, de tempos em tempos, por mudanças nas regras do jogo.

2.2 Juiz pragmático

O juiz pragmático defende que as decisões políticas do passado, por si sós, não justificam o uso (ou não uso) do poder coercitivo do Estado. Ao contrário do juiz convencionalista, ele adota qualquer método para justificar sua decisão, que sempre visa alcançar aquilo que acredita ser melhor para o futuro da comunidade.

Nesse contexto, não rejeita a moral nem pretensões políticas. A bem da verdade, o pragmático “não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor” (DWORKIN, 2014, p. 195). Isso porque, para ele, muito mais do que nas decisões políticas

⁹¹ Dworkin ressalta, entretanto, que “qualquer um que participe da criação do direito deve preocupar-se com a coerência de estratégia”. Basicamente, o que Dworkin quer dizer é que o juiz convencionalista, no caso de agir discricionariamente, deve cuidar, ao menos, para que as novas regras se ajustem bem às regras já estabelecidas ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de modo que o conjunto de regras funcione de modo harmônico. Mas, por óbvio, essa é uma pretensão ideal. Cf. DWORKIN, 2014, p. 162.

passadas, a justificativa da coerção estatal reside na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva. (DWORKIN, 2014, p. 185)

Com efeito, o juiz pragmático só dá valor às decisões políticas passadas quando estas se encaixam em sua estratégia. Nas palavras de Dworkin, quando isso ocorre, ele aceita os direitos “como se” as pessoas os tivessem. Dito de outra forma: ele justifica a sua decisão com base em uma “mentira nobre”, fazendo de conta que a intenção legislativa é relevante (DWORKIN, 2014, p. 193). Mas, no fundo, ele rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Para ele, tudo o que foi feito antes pode ser legalmente feito de novo.

Ele é um juiz cético e rejeita a própria ideia de coerência de princípio, “que exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça”. (DWORKIN, 2014, p. 163)

Para o juiz pragmático, que, segundo Dworkin, tem argumentos muito mais poderosos e persuasivos do que o juiz convencional⁹², uma pessoa nunca terá direito àquilo que se mostra pior para a comunidade. O juiz pragmático é, desse modo, consequencialista e instrumentalista (POGREBINSCHI, Acesso em 16 mai. 2015). Não está preocupado com a moral ou com a história, mas, tão somente, com o aspecto político de sua decisão.

Um dos principais expoentes contemporâneos do pragmatismo jurídico é o juiz norte-americano Richard Posner, cujo argumento, segundo Thais Nunes de Arruda, pode ser assim sintetizado:

Decisões judiciais devem ser fundamentadas em uma comparação de custo e benefícios, realista, empiricamente informada e preferivelmente quantitativa. As decisões jurídicas devem se referir ao bem-estar da sociedade de sorte que integridade ou elegância intelectual doutrinária são desejáveis apenas se contribuírem para este bem-estar. A teoria jurídica, o corpo sistematizado de conceitos jurídicos deverá igualmente ser realista, informado empiricamente e desvinculado de pressões intelectuais por sua própria sobrevivência. Deve ser, ao mesmo tempo, contextual e adaptável ao sistema; deve preferir as consequências a argumentos teóricos e abstratos. (ARRUDA, 2011, p. 271)

Segundo a concepção dos juízes pragmáticos, deixando-se guiar dessa forma estratégica – e sempre em busca do melhor para a comunidade – “a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor,

⁹² Dworkin, inclusive, afirma, textualmente, que, caso se visse na situação de escolher entre o convencionalismo e o pragmatismo – para um futuro indefinido – optaria pelo pragmatismo, em razão do seu caráter mais adaptável. Cf. DWORKIN, 2014, p. 182.

liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência”. (DWORKIN, 2014, p. 185)

Com efeito, o juiz pragmático:

Não vê por que tentar descobrir as intenções dos legisladores mortos há muito tempo, intenções que, de qualquer modo, devem ser obscuras, polêmicas e inacessíveis ao grande público. Ele acha muito melhor insistir em que, quando uma lei é confusa, não pode ser a fonte de nenhum direito do tipo “como se”, que a regra correta é aquela que se mostrar melhor para o futuro. (DWORKIN, 2014, p. 192 - grifos no original)

Para que se entenda um pouco melhor como pensa um juiz pragmático, vale a pena indagar como ele teria julgado os casos Elmer, *snail darter*, McLoughlin e Brown.

Como dito anteriormente, o cerne da discussão travada no caso Elmer era saber se este, que assassinou seu avô, com o objetivo de herdar a maior parte dos seus bens, estava ou não habilitado a herdá-los. Isso porque, à época, a lei de sucessões de Nova York – local onde tudo se deu – não fazia qualquer previsão expressa a respeito.

O primeiro aspecto que merece ser ressaltado é que o fato de não haver convenção legal que se enquadre ao caso é indiferente para o juiz pragmático. O que importa para ele é que a sua decisão reflita aquilo que acredita ser melhor para o futuro da comunidade. E é justamente aqui que o impasse se inicia, pois o pragmatismo não esclarece o que pode tornar uma comunidade melhor, deixando ao alvedrio de cada julgador. Nesse passo, resta impossível cumprir a tarefa de identificar qual decisão poderia ter sido tomada no caso de o julgamento de Elmer depender, exclusivamente, de convicções pragmáticas. Caso prevaleça apenas o intento de reprovar um crime bárbaro, a fim de evitar que casos semelhantes ocorram no futuro, Elmer certamente seria impedido de herdar. Mas caso outro parâmetro seja empregado para decidir o que seria melhor para a comunidade, o resultado poderia ser exatamente o oposto. A propósito, apesar de um tanto quanto esdrúxulo, Dworkin traz o seguinte exemplo de como um juiz pragmático poderia ter julgado o caso Elmer:

Suponhamos que ele observe que Elmer provavelmente utilizará a herança de uma forma que beneficiará a comunidade mais do que qualquer uso que a ela pudesse dar Goneril e Regan [filhas e legítimas herdeiras do morto]. Vai aplicá-la enquanto estiver preso e usá-la de maneira benéfica para a sociedade quando for solto, enquanto elas gastarão o dinheiro em artigos de luxo importados. Por que não desferir um golpe voltado para o futuro: evitar novos assassinatos ao declarar que, no futuro, os assassinos não poderão herdar, mas fomentar a prosperidade social permitindo que Elmer ganhe?

E o caso do *snail darter*, o peixe cujo único habitat natural era um rio que seria comprometido pela construção de uma barragem? Ao contrário do caso Elmer, havia, na ocasião, uma legislação expressa que regia o caso, no sentido de proteger o espécime ameaçado de extinção. Contudo, como já se sabe, a existência de uma convenção jurídica não importa para o juiz pragmático. Ele se importa com o que é melhor para o futuro da comunidade. Com o que vai deixar a comunidade “mais feliz”. É por isso que, ao invés de proteger um peixe sem qualquer relevância biológica, tudo indica que a decisão mais provável – pressupondo que o critério para atingir a felicidade da comunidade tivesse sido o econômico – teria sido no sentido de autorizar a continuação da obra da barragem. De fato, uma grande monta de dinheiro público já havia sido empregada (mais de cem milhões de dólares). Além disso, pressupunha-se, à época, que o aumento da produção da energia elétrica era sempre benéfico à comunidade: mais desenvolvimento gera mais lucro, que, por sua vez, gera mais riqueza e traz mais felicidade.

Mas e se o juiz fosse um ferrenho defensor da natureza? Aí, provavelmente, e partindo do pressuposto pragmático de que o julgador pode decidir como melhor lhe aprouver, o resultado do julgamento teria sido o inverso.

O caso McLoughlin também seria um *hard case* para o juiz pragmático.

É certo que a grande maioria das pessoas não questiona o sofrimento que pode acometer uma mãe que recebe a notícia da morte de uma filha e do grave estado de saúde dos outros filhos e do marido em razão de um acidente automobilístico. Também é esperado que, mesmo que horas ou dias se passem do ocorrido, a saúde física e/ou mental dessa mesma mãe fique debilitada. Não se pode negar, nesse contexto, que essa mãe pode sofrer um colapso nervoso. Mas, caso isso ocorra, será que a imposição de uma indenização ao causador do dano seria melhor para o futuro da comunidade? De fato, essa é uma pergunta complexa de se responder. O juiz pragmático poderia partir de uma análise econômica e concluir, por exemplo, que a comunidade lucraria menos com a imposição de uma indenização ao condutor do veículo, pois os seguros de automóveis encareceriam caso tal hipótese começasse a ser incluída nas apólices. Dessa forma, não daria ganho de causa a Sra. McLoughlin. De outro modo, o juiz poderia achar que a melhor decisão seria indenizar a mãe, até como uma forma de fazer com que os motoristas de veículos fossem mais cautelosos e, por conseguinte, evitassem os acidentes automobilísticos. Poderia achar que, desse modo, a comunidade sairia ganhando, pois os custos estatais com as vítimas de acidentes automobilísticos iriam ser

reduzidos. Enfim, a decisão é imprevisível. Depende do ponto de vista do julgador, já que não há qualquer exigência de coerência.

Com o caso Brown, a situação também não seria diferente. Da mesma forma que o juiz poderia fazer prevalecer, de acordo com suas próprias convicções, o que foi decidido no caso *Plessy vs. Ferguson*, pouco se importando com as práticas morais contemporâneas, poderia achar que o melhor para a comunidade seria abolir as práticas segregacionistas.

O que ressurte da análise dos casos de Dworkin é que, na medida em que esta concepção não esclarece o que torna uma comunidade melhor, na prática, o juiz pragmático tem carta branca para julgar um caso como bem entender, mesmo que a comunidade nunca lhe tenha conferido tamanha autoridade. E, o que é mais grave, sem se ater a qualquer ideal de coerência, quer sob o ponto de vista do princípio da integridade na legislação quer sob o ponto de vista do princípio da integridade no julgamento. A imprevisibilidade, desse modo, é um traço marcante dessa convicção, até porque, em geral, seus argumentos são hipotéticos.

2.3 Juiz Hércules⁹³

Na mitologia grega, Hércules era filho do imortal Zeus – rei dos deuses e dos homens – e da mortal Alcmena. Zeus era casado com Hera, que, inconformada com a traição do marido, declarou guerra a Hércules desde o seu nascimento. Quando Hércules ainda era uma pequena criança, enviou duas serpentes para matá-lo em seu berço, mas o herói conseguiu estrangulá-las com as próprias mãos. Adulto, por obra de Hera, Hércules ficou sujeito a Euristeus, que lhe ordenou a realização de doze tarefas quase impossíveis, que ficaram conhecidas como “Os Doze Trabalhos de Hércules”⁹⁴. A vida terrena do herói Hércules teve fim, quando, envenenado e tomado de dores, subiu ao Monte Eta, deitou-se numa pira – com a fisionomia serena e coberto por uma pele de leão – e começou a arder em chamas. A sua parte materna foi consumida pelas chamas e a parte divina, ao invés de ser afetada, ficou mais fortalecida. Hércules, então, foi envolvido em uma nuvem por Zeus, que o levou em um carro puxado por quatro cavalos para morar entre as estrelas, assumindo o seu lugar entre os deuses. (BULFINCH, 2006)

⁹³ O juiz Hércules foi inicialmente apresentado aos leitores de Dworkin em um ensaio publicado na *Harvard Law Review* (1975), que se transformou no capítulo 4, da obra **Levando os direitos a sério** (título original: *Taking rights seriously*, de 1977). Apesar de ter sido concebido no contexto de uma jurisdição norte-americana representativa, o seu modo de julgar pode ser transposto para o sistema brasileiro, dada a sua obediência à Constituição e às leis.

⁹⁴ 1 – Leão de Neméia; 2 – Hidra de Lerna; 3 – Corça dos pés de bronze; 4 – Javali de Erimanto; 5 – Cavalariças de Áugias; 6 – Aves do Lago Erimanto; 7 – Touro de Creta; 8 – Cavalos de Diomedes; 9 – Cinto de Hipólita; 10 – Bois de Gerião; 11 – Pomos das Hespérides; 12 – Cérbere.

O juiz Hércules de Dworkin, assim como o Hércules mitológico, é dotado de talentos sobre-humanos e pode vencer adversidades inimagináveis para um simples mortal. Como um deus, possui todo o tempo do mundo ao seu dispor. É um juiz extremamente consciente e perspicaz, que realiza o seu trabalho interpretativo olhando para o passado, para o presente e para o futuro. Tal proceder justifica-se porque o juiz Hércules decide um caso difícil tentando buscar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação da estrutura política e da prática jurídica de sua comunidade. É que o direito é, para ele, um sistema composto não apenas de regras, mas também de princípios e diretrizes políticas⁹⁵. Hércules é, nesse contexto, completamente distinto do juiz convencionalista – que só olha para o passado – e do juiz pragmático – que só olha para o futuro.

A concepção interpretativa adotada pelo juiz Hércules é o direito como integridade, estruturado por um conjunto coerente de princípios, e segundo o qual “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal” (DWORKIN, 2014, p. 272). Em outras palavras: as proposições devem ser compatíveis com a totalidade da prática jurídica vista sob um ângulo mais geral, sendo que até mesmo a compartimentalização do direito (divisão do direito em áreas) é interpretada pelo juiz Hércules de forma construtivista. É exatamente por isso que o juiz Hércules não julga os casos difíceis de forma discricionária⁹⁶, como o fazem os convencionalistas. Ele também não julga com base em argumentos de política, como o fazem os pragmáticos. Ele não cria o direito. Na falta de regras, ele busca a solução nos princípios.

⁹⁵ É aqui que reside a crítica mais conhecida de Dworkin ao positivismo jurídico, segundo o qual o direito é estruturado por um conjunto de regras. Com efeito, para Dworkin, além das regras jurídicas, há outros *standards* normativos: princípios e diretrizes políticas (*policies*). Os princípios são normas que devem ser observadas por uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão moral. Têm uma dimensão de peso e são aplicados na base do “tudo ou nada”. As *policies* são um tipo de norma que estabelece um objetivo a ser alcançado, normalmente econômico, político ou social. A distinção entre regras, princípios e *policies* é fundamental para a construção dos argumentos. Nesse contexto, Dworkin defende que os argumentos políticos – destinados a estabelecer um objetivo coletivo – devem justificar decisões políticas e não decisões judiciais. As decisões judiciais devem ser baseadas em argumentos de princípios – destinados a estabelecer um direito individual. Cf. DWORKIN, 2002, p. 128-141. Apesar de MacCormick, na reelaboração de sua teoria da argumentação jurídica, ter se aproximado das ideias de Dworkin, e, por conseguinte, ter se afastado ainda mais da influência hartiana, continuou discordando da distinção dworkiniana de princípios e diretrizes políticas. Cf. MACCORMICK, 2008, p. 160.

⁹⁶ Na obra **Levando os direitos a sério**, Dworkin esclarece que o termo “poder discricionário” pode ser empregado em dois sentidos: sentido fraco e sentido forte. O sentido fraco, por sua vez, possui duas acepções. Segundo o autor, o primeiro sentido fraco do termo é utilizado quando se quer descrever uma situação em que um funcionário tem o poder de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma autoridade superior. Já o segundo sentido fraco é quando um funcionário detém o poder de decidir, sem que sua decisão possa ser revista ou cancelada por outro funcionário. O sentido forte do termo, por seu turno, descreve o poder do funcionário que decide sem estar limitado pelos padrões de uma autoridade. Ainda segundo Dworkin, os positivistas, quando afirmam que o juiz, ao se deparar com um caso que não é regido por uma regra estabelecida, devem julgá-lo de modo discricionário, adotam o sentido forte do termo.

Decide com base em argumentos e fundamentos jurídicos. Em suma: ele encontra o direito, após o exercício de uma árdua tarefa hermenêutico-investigativa.

É claro que Hércules tem a consciência de que o direito não é perfeitamente coerente ou perfeitamente justo, mas, apesar de sua imperfeição, não deixa de ter princípios razoavelmente plausíveis. E é exatamente com base em tais princípios – já que condena o intuicionismo⁹⁷ – que Hércules exerce o seu trabalho de interpretar o direito da melhor forma possível, encontrando a solução correta para o caso.⁹⁸

A figura do juiz Hércules e a tese da resposta correta⁹⁹ deram ensejo a inúmeras controvérsias. Dworkin, então, já na década de 1980, sofisticou a sua tese e lançou mão de mais uma metáfora para explicar o direito como integridade: a do “romance em cadeia”, em que vários autores escrevem uma obra literária romântica em conjunto (*chaim novel*).¹⁰⁰

Dworkin parte da suposição de que um grupo de romancistas foi contratado para escrever um romance. Com efeito, à exceção do primeiro, cada romancista tem uma dupla responsabilidade: interpretar o que o anterior criou e criar o seu texto. Ou seja, atuar como crítico e como autor, na medida em que precisa ler tudo o que foi criado antes para, só assim, impelir o romance em uma ou outra direção. Espera-se, ainda, que cada romancista assuma seriamente o dever de criar, na medida do possível, um romance único e integrado, ao invés de uma série de contos independentes. O objetivo é que seja criado o melhor romance possível, como se a obra fosse de um único autor. Nesse contexto:

A interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. (DWORKIN, 2014, p. 276)

⁹⁷ Dworkin defende que os juízes, assim como qualquer outra autoridade política, estão sujeitos à responsabilização política, de modo que só podem tomar decisões passíveis de ser justificadas no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que se propõem a tomar. Cf., DWORKIN, 2002, p. 137.

⁹⁸ O caráter de “novidade” muitas vezes atribuído à teoria de Dworkin é criticado por José Reinaldo de Lima Lopes. Para ele, “uma consulta rápida aos clássicos do pensamento jurídico europeu mostra que várias das dúvidas e dos problemas que assaltam Dworkin já foram enfrentados”. Com efeito, desde os medievais, a ideia de que o juiz, ao decidir os casos, deve recorrer a “princípios” que dão forma a todo o sistema jurídico é uma boa e velha fórmula tradicional da interpretação sistemática. Cf. LOPES, 2003, p. 49-64.

⁹⁹ A principal crítica dirigida ao juiz Hércules de Dworkin é que a busca pela resposta correta, a depender do caso, levaria a uma regressão infinita de justificações fadada ao insucesso.

¹⁰⁰ A metáfora foi apresentada ao público em um artigo publicado originalmente em setembro de 1982, em *Critical Empire*, reeditado como o capítulo 6, da obra **Uma questão de princípio** (título original: *A matter of principle*, de 1985). O capítulo é intitulado “De que maneira o Direito se assemelha à literatura”. Cf. DWORKIN, 2001, p. 217-249.

Caso o romancista encontre mais de uma interpretação adequada ao conjunto do texto, deve julgar a que melhor se ajusta, considerando todos os aspectos envolvidos. Uma vez que se decida, vai acreditar que a sua interpretação é a correta e, portanto, é aquela que torna o romance melhor.

Aqui, contudo, e para que se entenda bem a metáfora, é preciso que se diga que, segundo Dworkin, o romancista não é livre nem escravo do processo de interpretação e criação do romance em cadeia. Ele se sentirá livre se comparar a sua tarefa com outra mais mecânica, como, por exemplo, a tradução direta de um texto em língua estrangeira. Mas se sentirá reprimido se comparar a sua tarefa com outra menos dirigida, como começar a escrever, sozinho, um novo romance. (DWORKIN, 2014, p. 281)

Como observado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

A metáfora do romance em cadeia ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história. (OLIVEIRA, 2009, p. 95)

Com efeito, para Dworkin, o direito como integridade pede ao juiz que considere o direito como um romance em cadeia. Pede que o juiz, ao julgar os novos casos, interprete a legislação aplicável e/ou os casos julgados (a depender do sistema jurídico adotado) em sua melhor luz possível, de acordo com a totalidade da prática jurídica. Mas, assim como o romancista em cadeia, o juiz não tem liberdade total. Ele não tem licença institucional para descobrir na história institucional o que quiser encontrar. Ele deve interpretar a história institucional e não inventar essa mesma história. (OLIVEIRA, 2009, p. 110)

Mas, afinal, como Hércules teria julgado os casos Elmer, *snail darter*, McLoughlin e Brown? Qual decisão corresponderia à melhor interpretação do ponto de vista da moral política como um todo? Qual decisão seria mais justa e equitativa?

De fato, a resposta correta para tais perguntas só pode ser dada pelo próprio juiz Hércules. Os mortais, entre os quais se incluem os juízes reais, não têm os atributos hercúleos necessários para tanto. Não há como se saber, por isso, como Hércules teria decidido os casos propostos. Inclusive, é exatamente por isso que Dworkin esclarece que Hércules não é um modelo a ser seguido:

Hércules nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ou, dada à urgência do trabalho, precisaria ser. Sabemos que os juízes reais decidem a maioria dos casos de maneira bem menos metódica, mas Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica. [...] Ele trabalha tão mais rapidamente (e seu tempo disponível é tão maior) que pode explorar caminhos e ideias que os outros não podem; pode seguir não apenas uma ou duas direções evidentes ao ampliar o alcance dos casos que estuda, mas todas as linhas existentes. (DWORKIN, 2014, p. 316)

Nesse contexto, muito mais do que um ideal a ser atingido, o juiz Hércules e, por conseguinte, a concepção do direito como integridade, podem ser entendidos como algo muito mais simples, qual seja a necessidade de interpretar e dizer o direito de modo coerente. Nesse ponto, pode-se dizer que a teoria de Dworkin muito se assemelha à de MacCormick, principalmente após a reelaboração da teoria da argumentação jurídica deste último.

Dito de outra forma, o objetivo da técnica de Hércules é encorajar o juiz a decidir de forma responsável, fundamentada e não arbitrária, na medida em que:

Coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se assim se quiser, pode-se chamar a isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade.

[...] Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente*. (STRECK, 2013, p. 62-63 - grifos no original)

É justamente aqui, portanto, que se encaixa a questão da coerência e consistência das decisões judiciais.

3 DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL A PARTIR DOS JUÍZES DE DWORKIN

Colocados os aspectos teóricos considerados básicos para o enfrentamento do tema central do presente estudo, chegou o momento de se iniciar a análise da questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, a competência para processar e julgar as demandas que objetivam o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, nos termos da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei nº 11.697/08), é dos juízes das Varas da Fazenda Pública¹⁰¹. Atualmente, há oito varas fazendárias no Distrito Federal.

Partindo da suposição de que os três juízes de Dworkin – convencionalista, pragmático e Hércules – passaram no concurso público para provimento de cargos de juiz de direito substituto da justiça do Distrito Federal e foram designados para atuar em três das oito Varas da Fazenda Pública, de imediato, levando em conta, evidentemente, o objetivo do presente estudo, surge a seguinte pergunta: como os três juízes julgariam as demandas por medicamentos¹⁰² ajuizadas em face do ente distrital?

Antes de responder a essa questão, no entanto, mostra-se imprescindível analisar a legislação que regula a concessão de medicamentos pelo Estado.

¹⁰¹ Art. 26. Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar:

I – os feitos em que o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista de que participe, forem autores, réus, assistentes, litisconsortes, intervenientes ou oponentes, excetuados os de falência e acidentes de trabalho;

II – as ações populares que interessem ao Distrito Federal e às entidades de sua administração descentralizada;

III – os mandados de segurança contra atos de autoridade do Governo do Distrito Federal e de sua administração descentralizada.

Parágrafo único. Os embargos de terceiros propostos pelo Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada serão processados e julgados perante o juízo onde tiver curso o processo principal.

¹⁰² Para que haja uma contextualização do leitor, as demandas por medicamentos tiveram início nos anos 90, e objetivavam, à época, o fornecimento de medicamentos antirretrovirais para o tratamento da AIDS. O impacto no orçamento público foi de tal monta que, segundo dados levantados pelo CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, um único Estado da Federação, em 2001, chegou a consumir 80% do orçamento estadual previsto para a compra de medicamentos, a fim de atender as ordens judiciais. Cf. CONASS, 2011, p. 131.

3.1 Legislação aplicável às demandas por medicamentos

A Constituição Federal, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é “direito de todos e dever do Estado” e prevê o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Com a finalidade de atingir esse mister, em seu artigo 198, instituiu o SUS – Sistema Único de Saúde – constituído pelo conjunto de ações de serviços de saúde prestados pelo Poder Público¹⁰³:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

A Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde –, que dispõe sobre a estrutura e modelo operacional do SUS, propondo sua forma de organização e funcionamento, inclusive a gestão financeira, foi aprovada em setembro de 1990 e regulamentada pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Segundo preconiza o seu art. 2º, § 1º:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste 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.

A participação da comunidade na gestão do SUS, por meio de Conferências e Conselhos de Saúde presentes na União, Estados e Municípios, e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde foram tratadas pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

De acordo com a referida legislação, o SUS é caracterizado pela gestão única do sistema nas três esferas de governo, que são corresponsáveis pela gestão, financiamento e prestação dos serviços, e são representadas, respectivamente, pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde – SES e SMS. Cada esfera governamental tem seus Conselhos de Saúde.

¹⁰³ A iniciativa privada poderá participar do SUS apenas em caráter complementar, consoante o art. 199, § 1º, da CF/88, e o art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.080/90.

Os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, dentre outras questões, são negociados e pactuados na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), da qual participam gestores do Ministério da Saúde, secretários estaduais de saúde e representantes dos secretários municipais de saúde, e nas Comissões Intergestores Bipartite (CIB) dos Estados. Nas áreas de Assistência Farmacêutica e Vigilância Sanitária, a CIT conta com Câmaras Técnicas específicas.

A assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica, foi incluída no campo de atuação do SUS pelo artigo 6º, inciso I, alínea d, da Lei nº 8.080/90¹⁰⁴, dando ensejo à Política Nacional de Medicamentos – PNM (Portaria GM/MS nº 3.916/98).

As diretrizes aprovadas na Política Nacional de Medicamentos, a serem observadas nas esferas federal, estadual e municipal, e com o objetivo de assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, são as seguintes:

- a) adoção de relação de medicamentos essenciais;
- b) regulamentação sanitária de medicamentos;
- c) reorientação da assistência farmacêutica;
- d) promoção do uso racional de medicamentos;
- e) desenvolvimento científico e tecnológico;
- f) promoção da produção de medicamentos;
- g) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos;
- h) desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Com o objetivo de garantir os recursos financeiros necessários para o financiamento da saúde pública, foi editada a Emenda Constitucional nº 29, em 13 de setembro de 2000, que alterou a Constituição Federal de 1988, para garantir a efetiva co-participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no financiamento das ações e serviços públicos

¹⁰⁴ Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
I – a execução de ações:
[...]
d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. [...].

de saúde. A Emenda estabeleceu percentuais mínimos das receitas estaduais, distrital e municipais a serem aplicados e, para a União, determinou a vinculação dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde ao crescimento do Produto Interno Bruto – PIB. Ficou pendente de regulamentação até o advento da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

Voltando no tempo, em 2003, o Conselho Nacional de Saúde publicou a Resolução CNS nº 338, de 6 de maio de 2004, que estabeleceu a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF. Os Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão foram instituídos pela Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. O pacto teve como objetivo estabelecer um novo patamar na forma de financiamento, definição de responsabilidades, metas sanitárias e compromissos entre os gestores de saúde, consubstanciados em termos de compromissos.

A Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, atualizada pela Portaria GM/MS nº 837/2009, é a norma que atualmente regulamenta a forma de financiamento e de transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, constituídos pela atenção básica, atenção de média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar, vigilância em saúde, assistência farmacêutica, gestão do SUS e investimentos na rede de serviços de saúde. O bloco de assistência farmacêutica, atualmente, é constituído por três componentes: componente básico, componente estratégico e componente especializado. A União, os Estados e os Municípios são responsáveis pelo financiamento do componente básico e do especializado e, a União, a única responsável pelo financiamento do componente estratégico.

Outro marco legal relevante para a Política Nacional de Assistência Farmacêutica é a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que acrescentou o Capítulo VIII ao Título II da Lei nº 8.080/90, transcrito a seguir no que importa:

Capítulo VIII

DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA E DA INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes das tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I – produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, no que couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e do surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o *caput* deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-P. Na falta de protocolo ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade do fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

[...]

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

A referida lei dispõe, ainda, sobre a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, atribuindo ao Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), a competência para constituir ou alterar protocolo clínico ou de diretriz terapêutica. Para tanto, a CONITEC deverá levar em consideração:

Art. 19-Q [...]

I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para registro ou a autorização de uso;

II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

No âmbito do Distrito Federal, o artigo 204, da Lei Orgânica do DF, em termos muito parecidos com os da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e prevê o “acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, para sua promoção, prevenção, recuperação e reabilitação”.

A Lei Orgânica também instituiu o Sistema Único de Saúde do Distrito Federal, ao qual compete, nos termos do artigo 207, inciso XXIV, “prestar assistência farmacêutica e garantir o acesso da população aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde”.

A assistência farmacêutica é prestada pela Secretaria de Estado de Saúde – SES/DF. Para tanto, a Secretaria dispõe de quatro relações de medicamentos padronizados: relação de medicamentos de atenção básica (com 195 medicamentos) (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, ATENÇÃO BÁSICA, 2014), relação de medicamentos do componente especializado (farmácia de alto custo com 226 medicamentos) (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, COMPONENTE ESPECIALIZADO, 2014), relação de medicamentos do componente estratégico (com 65 medicamentos) (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, COMPONENTE ESTRATÉGICO, 2014) e relação de medicamentos de média complexidade (com 120 medicamentos) (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, MÉDIA COMPLEXIDADE, 2014). A relação global dos medicamentos padronizados pela SES/DF, que inclui aqueles dispensados por ocasião de atendimento hospitalar, possui 924 medicamentos. (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, RELACAO DE MEDICAMENTOS PADRONIZADOS, 2014)

Finalmente, outra informação que merece ser conhecida pelos juízes fazendários de Dworkin é que, em razão do artigo 3º, da Resolução 107, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 6 de abril de 2010, foi instituído, no Distrito Federal, o Comitê Executivo Distrital da Saúde.

O comitê é composto por juízes do TJDF e da Justiça Federal, defensores públicos do DF e da União, promotores do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Ministério Público da União, advogados indicados pela OAB/DF, gestores da SES/DF, membros do Conselho Regional de Medicina, dentre outros.

A incumbência principal do Comitê Executivo Distrital da Saúde é monitorar as ações judiciais que envolvam a prestação de assistência à saúde e propiciar um diálogo amplo e aberto em prol da composição prévia para a solução das demandas individualizadas e coletivas, de modo a evitar a judicialização dos conflitos.

3.2 Casos concretos

Já munidos da legislação e de informações relevantes que dizem respeito à matéria, os juízes de Dworkin vão iniciar o julgamento das demandas por medicamentos.

Passa-se, assim, à narrativa de cinco casos. Os casos são reais e foram extraídos de processos já transitados em julgado e remetidos para o arquivo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

(A) Amanda¹⁰⁵ possui nove anos de idade e tem 133,6 cm de altura. Foi diagnosticada com Puberdade Precoce Central Idiopática e, de acordo com a sua médica – endocrinopediatra da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF –, se não iniciar o tratamento o quanto antes (bloqueio da puberdade por no mínimo dois anos), poderá ficar com estatura final (150,8 cm) abaixo do canal familiar (151 e 169 cm). Ainda de acordo com a médica assistente, a menarca precoce e a perda de estatura final podem culminar em inadequação psicológica e social.

Os pais de Amanda não têm condições financeiras de custear o tratamento proposto pela médica que acompanha sua filha. Cada ampola custa em torno de R\$ 570,00¹⁰⁶. Por isso, dirigiram-se à Defensoria Pública do Distrito Federal. Buscando a composição prévia, nos moldes preconizados pelo Comitê Executivo Distrital, a Defensoria Pública do DF formulou pedido administrativo, que restou negado pelo Estado, sob a justificativa de que, apesar de o tratamento constar do protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, só contempla meninas de seis a oito anos de idade. Diante da recusa, foi ajuizada uma ação em desfavor do Distrito Federal, a fim de que o medicamento prescrito – Triptorrelina 3,75 mg/mês – seja fornecido gratuitamente pelo Estado.¹⁰⁷

¹⁰⁵ O nome real foi substituído por um fictício, a fim de se preservar a privacidade da postulante, que é menor de idade.

¹⁰⁶ Preço consultado no sítio eletrônico: <<http://www.loja4bio.com.br/oncologia/acetato-de-triptorrelina-49.aspx/c>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁰⁷ Processo nº 2013.01.1.025364-4.

(B) Joaquim¹⁰⁸ tem 75 anos de idade e foi diagnosticado como portador de câncer de próstata. É hipossuficiente. Já utilizou dois medicamentos padronizados pela SES/DF, mas, de acordo com o médico que lhe assiste – oncologista da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – o tratamento se mostrou ineficaz. Por isso, foi-lhe receitado outro medicamento (Abiraterona 250 mg/4 comprimidos por dia), que, contudo, não é padronizado, ou seja, não consta da relação de medicamentos do Distrito Federal nem dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde. Cada caixa com 120 comprimidos custa em torno de R\$ 10.000,00¹⁰⁹. Nos mesmos moldes do que ocorreu no caso anterior, a Defensoria Pública do Distrito Federal tentou, antes de ajuizar a ação, resolver o conflito administrativamente, mas não obteve êxito.¹¹⁰

(C) João¹¹¹ é portador de câncer no fígado em estágio avançado e, conforme relatado por médico da rede pública de saúde do Distrito Federal, se não fizer uso do medicamento Nexavar, a sua sobrevivência será abreviada. Entretanto, João, que tem 41 anos, não tem condições financeiras de arcar com o seu tratamento, já que precisa tomar 4 comprimidos de 200 mg por dia e a caixa do medicamento (60 comprimidos de 200 mg) custa aproximadamente R\$ 5.300,00¹¹². Da mesma forma que ocorreu nos dois casos acima relatados, João não conseguiu o fornecimento do remédio pela via administrativa, o que o levou a ajuizar uma demanda judicial. O fármaco não é padronizado.¹¹³

(D) Maria¹¹⁴ tem 76 anos e é portadora de câncer de cólon. Segundo seu médico assistente – integrante da SES/DF - precisa tomar 6 cápsulas diárias, por 14 dias, do medicamento Xeloda 500 mg, mas não possui recursos financeiros para tanto. O fármaco, que custa em média R\$ 2.400,00 (caixa com 120 comprimidos), é padronizado, mas está em falta na rede pública de saúde. Caso o tratamento não seja iniciado imediatamente, segundo relatório médico, a doença oncológica poderá progredir. Antes de ajuizar a ação, a Defensoria Pública do DF entrou em contato com a Farmácia Ambulatorial do Hospital de Base de

¹⁰⁸ Nome fictício.

¹⁰⁹ Preço consultado no sítio eletrônico: <<http://www.loja4bio.com.br/zytiga-250mg-c120-comprimidos-238.aspx/p>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

¹¹⁰ Processo nº 2013.01.1.114916-8.

¹¹¹ Nome fictício.

¹¹² Informação constante do sítio eletrônico: <<http://www.consultaremedios.com.br>>. Acesso em: 30 maio 2015.

¹¹³ Processo nº 2013.01.1.182935-2.

¹¹⁴ Nome fictício.

Brasília e com a Diretoria de Assistência Farmacêutica da SES/DF e ambos os órgãos confirmaram o desabastecimento da rede pública de saúde.¹¹⁵

(E) Sônia apresenta quadro de distonia facial, que se caracteriza por contraturas involuntárias de toda musculatura da face, inclusive da boca. Segundo seu médico assistente – neurologista da rede pública de saúde do Distrito Federal – o tratamento eficaz consiste no uso de Toxina Botulínica Tipo A (regularmente fornecida pela SES/DF) associado ao medicamento Xenazine 25 mg. Ainda segundo o neurologista, caso o tratamento prescrito não seja disponibilizado, a paciente poderá apresentar cegueira funcional e dificuldade para falar e engolir. Sônia tem 74 anos de idade e é hipossuficiente. Presume-se, portanto, que não possui condições financeiras de arcar com o custo médio mensal do medicamento (US\$ 275,00, a caixa com 112 comprimidos) nem com as despesas de importação, já que o medicamento não é vendido no Brasil.¹¹⁶

Conforme já retratado, para o juiz convencionalista, o direito é o direito e deve ser aplicado de acordo com a lei. Se não existir lei aplicável ao caso concreto, não existe o direito, e o caso será julgado discricionariamente.

Nesse passo, o caso de Amanda seria julgado pelo juiz convencionalista sem qualquer complexidade. É que, de fato, as convenções jurídicas aplicáveis ao caso são claras: o artigo 196, da CF, estabelece que o direito à saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido por meio de políticas sociais. A política social que versa sobre a assistência terapêutica está regulada pela Lei nº 8.080/90, que, em seu artigo 19-M, inciso I, com a redação dada pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, dispõe que a dispensação de medicamentos pelo Estado está condicionada à prescrição médica que esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado. E o medicamento capaz de bloquear a indesejável puberdade precoce de Amanda, segundo o protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, só pode ser fornecido para crianças de seis a oito anos de idade. Portanto, como Amanda já completou nove anos, não faz jus ao custeio do medicamento pelo Estado. O pedido seria julgado improcedente.

O caso de Joaquim já é um pouco mais complicado. É que, segundo o seu médico assistente, os medicamentos padronizados e constantes dos protocolos clínicos e diretrizes

¹¹⁵ Processo nº 2013.01.1.178818-8.

¹¹⁶ Processo nº 2012.01.1.150436-6.

terapêuticas do Ministério da Saúde são ineficazes para Joaquim. Ou seja: até mesmo o tratamento alternativo previsto pelo SUS demonstrou-se ineficaz para o paciente.

Com efeito, o artigo 19-O, da Lei nº 8.080/90, com a redação dada pela Lei nº 12.401/11, dispõe que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas “deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários [...] em casos de perda de eficácia e do surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha” (grifo nosso). Mas e quando o tratamento alternativo também for ineficaz, como é o caso de Joaquim? Pode-se considerar que, nesses casos, há uma omissão legislativa ou administrativa? Se a resposta for positiva, o juiz convencionalista julgará discricionariamente. Se a resposta for negativa, julgará o pedido improcedente.

O pedido de João, portador de câncer de fígado em estágio avançado, que necessita, segundo o médico que lhe assiste, de um medicamento que não está incluído nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas nem na lista de medicamentos essenciais do Ministério da Saúde (RENAME) e tampouco na lista de medicamentos da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (REME), seria julgado improcedente pelo mesmo juiz. É que, nesse caso, houve uma deliberada intenção administrativa de não fornecer a medicação, hipótese completamente diversa da omissão administrativa que, aos olhos de alguns, verificou-se no exemplo acima.

O pedido de Maria, por sua vez, seria julgado procedente. É que, neste caso, existe uma política pública clara de fornecimento do medicamento pleiteado. Não há qualquer omissão legislativa ou administrativa a respeito, muito menos a vedação de sua dispensação. O que há é uma desorganização administrativa que provocou o desabastecimento de um medicamento que o próprio Estado se dispôs a fornecer. O juiz, portanto, apenas determinará o cumprimento da política pública.

De modo inverso, Sônia não poderia ter seu tratamento custeado pelo Estado. Com efeito, a Lei 8.080/90 veda, expressamente, em seu artigo 19-T, inciso II, “a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa”. Ora, para o juiz convencionalista, a existência de uma regra explícita afasta a possibilidade de o julgador decidir de modo diverso. Por isso, se o legislador optou, claramente, por não autorizar a dispensação de medicamentos não

registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não lhe resta outra alternativa senão julgar improcedente o pedido de Sônia.

E o cético juiz pragmático? Como julgaria os mesmos casos, levando em conta o seu objetivo de sempre alcançar o que entende ser melhor para o futuro de sua comunidade, sem se ater a convenções jurídicas?

No caso de Amanda, o pragmático poderia levar em consideração vários aspectos. Poderia ponderar, por exemplo, que, para a comunidade como um todo, a altura de Amanda não tem qualquer importância. Não vai gerar qualquer ganho futuro. Muito pelo contrário, o custeio de um tratamento individual tão caro pelo Estado vai empobrecer a comunidade, que poderia ver o mesmo valor aplicado em algo muito mais útil e que trouxesse um proveito coletivo muito maior. Poderia ponderar, ainda, que o tratamento seria ineficaz, justamente em face da idade de Amanda, e que, por isso, (note-se: por razões bem diferentes das expendidas pelo juiz convencionalista) o protocolo clínico para os casos de puberdade precoce deveria ser prestigiado. De outro lado, poderia ponderar que, mesmo que a altura de Amanda não aumentasse, o só fato de a sua menarca ser adiada já representaria um ganho para a comunidade, que pouparia gastos com tratamentos psicológicos para uma adolescente inadequada psicológica e socialmente.

Nos casos de Joaquim (75 anos) e Maria (76), o juiz pragmático poderia até ser cruel aos olhos da maior parte das pessoas. Poderia julgar improcedentes os pedidos, sob o argumento de que a expectativa de vida dos brasileiros, segundo pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 01 de dezembro de 2014, é de 74,9 anos (G1 BRASIL, 02/12/2013), e que ambos são portadores de uma doença extremamente grave e com poucas chances de cura. Portanto, seria melhor para o futuro da comunidade custear o tratamento de pessoas mais jovens e com uma maior possibilidade de cura. Mas, de outra parte, poderia chegar à conclusão de que as pessoas precisam de um estímulo para produzir durante a sua vida adulta e, portanto, gerar riqueza para o Estado. Desse modo, a negativa da prestação do tratamento de saúde a ambos poderia passar a ideia de que o Estado não ampara a sua comunidade idosa, desestimulando a produção de riquezas e trazendo prejuízos à imagem estatal.

E no que diz respeito a João? O paciente de 41 anos de idade, portador de câncer de fígado em estágio avançado? Com efeito, da mesma forma que nos casos anteriores, a

sentença do juiz pragmático é imprevisível. Ele poderia achar mais justo e melhor para a comunidade determinar a concessão do medicamento não previsto pelos protocolos nem pelas listas estatais. Poderia achar que é justo que os juízes obriguem o Estado a fornecer medicamentos, independentemente da existência de políticas públicas e possibilidade orçamentária, a toda e qualquer pessoa que deles necessite. Assim como poderia achar que o mais justo e adequado para o melhor futuro da comunidade é seguir rigorosamente as políticas estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Quanto à questão dos medicamentos sem registro na ANVISA, o juiz pragmático poderia compartilhar da opinião de que os órgãos de vigilâncias sanitárias de países mais desenvolvidos são mais competentes para atestar a eficácia e segurança de medicamentos do que a agência brasileira, de modo que seria melhor para o futuro da comunidade que os juízes ignorassem a norma que veda a dispensação desses medicamentos pelo Estado e determinassem o seu fornecimento. Nesse caso, julgaria procedente o pedido de Sônia. Mas poderia achar, no entanto, que as despesas com medicamentos importados não cabem dentro do orçamento do país e que a proliferação de sentenças de procedência de pedidos como os de Sônia poderia levar à insustentabilidade do Sistema Único de Saúde nos moldes preconizados pelos legisladores. E, por certo, isso não seria bom para a comunidade.

É que, como diz Thamy Pogrebinski:

O juiz pragmatista não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser embasadas por diferentes fontes, jurídicas ou não. As fontes autoritativas são apenas fontes de *informação* para o juiz pragmatista, como são todos os recursos que lhe são disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou extra-jurídicos. Pode-se então afirmar que os juízes pragmatistas operam com um método comparativo-consequencialista. Vale dizer, eles avaliam comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, o pragmatista tentará supor consequências, e do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor. (POGREBINSCHI, Acesso em: 4 jun. 15)

E o juiz Hércules? Como decidiria os quatro casos propostos e que efetivamente já foram decididos por juízes reais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios?

No primeiro capítulo do presente trabalho, ao responder como Hércules teria julgado hipoteticamente os casos de Dworkin, chegou-se à conclusão de que a resposta correta só poderia ser dada pelo próprio juiz Hércules. E tal conclusão foi explicada em razão de Hércules ser um mito. Ser irreal. Adotar padrões de coerência, justiça e equidade inalcançáveis pelos juízes reais.

No entanto, apesar de ainda ser inconclusiva, a resposta, aqui, pode ser um pouco mais elaborada.

Pode-se afirmar, com certeza, que Hércules, sendo um juiz que olha para o passado, para o presente e para o futuro, analisaria a Política Nacional de Assistência Farmacêutica em sua inteireza e em conformidade com as regras e princípios adotados pela comunidade. Analisaria o caso concreto que foi levado à apreciação do Poder Judiciário, mas também se preocuparia com aqueles casos que estão longe dos holofotes. Analisaria o direito individual, mas também se preocuparia com o aspecto coletivo. Analisaria o aspecto orçamentário. Enfim, enxergaria o fornecimento de determinado medicamento não como uma ação isolada, mas inserida dentre de um sistema complexo e abrangente.

Com efeito, segundo o idealizador do juiz Hércules, a sua resposta partiria do seguinte raciocínio:

A Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, e devem também assumir seus encargos, pelo menos até que um novo sistema entre em vigor, quer por meio de uma emenda distinta, quer através de uma revolução geral. (DWORKIN, 2002, p. 166)

Desse modo, Hércules se perguntaria qual sistema de princípios foi adotado pela comunidade, a fim de elaborar uma completa teoria da Constituição.

Hércules consideraria, ainda, que os direitos políticos são distintos das metas políticas, bem como que aqueles têm mais força do que estas.

Com efeito, um direito político é um “objetivo político individuado”, enquanto que uma meta é um “objetivo político não-individuado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados”. (DWORKIN, 2002, p. 142-143)

Nessa toada:

As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. A eficiência econômica é uma meta coletiva: exige a distribuição de oportunidades e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado, definido de um determinado modo. (DWORKIN, 2002, p. 143)

Hércules consideraria, também, que existe uma distinção de grau entre direitos abstratos e direitos concretos e, implicitamente, entre princípios abstratos e princípios concretos:

Um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. Neste sentido, os grandes direitos da retórica política são abstratos. Os políticos falam de um direito à liberdade de expressão, à dignidade ou à igualdade, sem sugerir seu impacto sobre situações sociais particulares e complexas. [...] os direitos concretos são objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas. (DWORKIN, 2002, p. 146)

O juiz sobre-humano desenvolveria uma teoria constitucional “na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, [...] referindo-se alternativamente à filosofia política e ao pormenor institucional” (DWORKIN, 2002, p. 168). Como tem todo o tempo disponível, testaria todas as hipóteses.

Após analisar as disposições constitucionais, passaria, então, à análise das leis, no intuito de investigar “qual interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz”. (DWORKIN, 2002, p. 169)

Enfim, só decidiria – de forma racionalmente fundamentada – após interpretar construtivamente, ou seja, passo a passo e sem saltos lógicos, toda a prática jurídica de nossa comunidade.

4 JUÍZES REAIS E AS DECISÕES PROFERIDAS NO TJDFT

Após a exposição das modernas teorias da argumentação jurídica e do modo de julgar dos juízes de Ronald Dworkin, chegou o momento de se analisar o modo de julgar dos juízes reais, a partir da fundamentação de suas sentenças.

O dever de fundamentação, assim como a publicidade das decisões judiciais, encontram-se previstos no artigo 93, inciso IX, da CF/88¹¹⁷, e são condições essenciais para possibilitar uma avaliação crítica das decisões. Representam, nesse contexto, “um antídoto contra o arbítrio que o decisionismo enseja”. (FREITAS FILHO, 2009, p. 10)

Para atingir o objetivo proposto no presente estudo, e a fim de averiguar se há, nas sentenças pesquisadas, uma argumentação jurídica racional, da qual depende a legitimidade das decisões (ALEXY, 2014, prefácio), foram selecionados processos cujas sentenças foram proferidas pelos juízes do Distrito Federal, em demandas por medicamentos contra o Poder Público, no período de janeiro a junho de 2014. Após a identificação de todas as sentenças, os autos foram localizados, reproduzidos e analisados individualmente. As informações relevantes para a pesquisa foram compiladas em fichários com os seguintes itens: a) número do processo; b) nome do medicamento pleiteado; c) informações sobre a inclusão do medicamento na relação de medicamentos padronizados do Distrito Federal – REME/DF; d) inserção do medicamento nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde; e) registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; f) informações sobre o médico prescritor; g) custo médio do medicamento para o consumidor¹¹⁸. Registradas todas as informações, os casos considerados representativos foram reavaliados, por meio da releitura dos processos, desde a petição inicial até a sentença. Com tal proceder, a pesquisadora tentou se apropriar do maior número de dados a fim de investigar a racionalidade dos juízes do TJDFT ao julgar as demandas por medicamentos contra o Poder Público. Na análise dos processos de segunda instância, a metodologia foi diferente: deu-se a partir do acórdão, pois o objetivo, aqui, cingiu-se, tão somente, em verificar se a racionalidade dos desembargadores era a mesma dos juízes de primeiro grau.

¹¹⁷ “Art. 93 [...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

¹¹⁸ A pesquisa referente ao preço médio dos medicamentos foi realizada pela internet.

4.1 Breve panorama geral

Nos meses de janeiro a junho de 2014 foram julgados, pelas oito Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal, 7.322 processos – 4.724 com resolução do mérito e 2.598 sem resolução de mérito – conforme pode ser verificado na tabela a seguir.

Tabela 1 – Processos julgados pelas Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal (janeiro a junho de 2014)

Cód. Circ.	Circunscrição	Código	Vara	Mês	Julgamentos com Mérito	Julgamentos sem Mérito
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	90	48
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	154	55
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	136	46
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	73	43
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	110	58
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	86	47
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	58	50
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	101	35
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	85	47
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	87	67
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	64	56
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	95	52
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	179	69
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	62	84
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	115	119
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	138	65
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	165	84

			DISTRITO FEDERAL			
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	95	79
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	137	74
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	140	92
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	101	30
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	100	73
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	116	71
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	120	56
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	72	66
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	93	58
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	106	60
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	82	53
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	69	35
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	111	42
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	86	43
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	94	50
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	102	42
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	92	35
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	105	49
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	77	13
1	BRASILIA	117	SETIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	108	47
1	BRASILIA	117	SETIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	93	50

1	BRASILIA	117	SETIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	57	41
1	BRASILIA	117	SETIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	118	51
1	BRASILIA	117	SETIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	123	37
1	BRASILIA	117	SETIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	120	49
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014	60	29
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	02/2014	63	31
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	03/2014	47	40
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	04/2014	65	52
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	05/2014	76	76
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	06/2014	98	49
Total					4.724	2.598

Fonte: Núcleo de Estatística da Primeira Instância do TJDF – NUEST.

Do universo das 4.724 sentenças de mérito prolatadas durante o período pesquisado, foram proferidas 125 sentenças em sede de demandas por medicamentos. Portanto, as demandas por medicamentos corresponderam a apenas 2,64% das sentenças de mérito proferidas pelos juízes fazendários no período pesquisado. Em outras palavras: o resultado da pesquisa é restrito ao seu objeto, não se prestando a traduzir todo o universo de atuação dos juízes das varas da Fazenda Pública do Distrito Federal.

Das 125 demandas por medicamentos, 123 foram originárias de demandas individuais. Apenas 2 tinham pluralidade de partes: dois¹¹⁹ e quatro¹²⁰ autores. Durante o período pesquisado, não foi encontrada nenhuma sentença de mérito proferida em sede de ação civil pública ajuizada com o objetivo de condenar o Distrito Federal ao fornecimento de medicamentos. Ou seja, não houve demanda de natureza propriamente coletiva. Do total, apenas 2 sentenças julgaram improcedente o pedido de fornecimento de medicamento

¹¹⁹ Processo nº 2013.01.1.133247-6, que tramitou perante a 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, e objetivava o fornecimento do medicamento padronizado Tretinoína, em falta nas farmácias da SES-DF.

¹²⁰ Processo nº 2013.01.1.176267-6, que tramitou perante a 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, e objetivava o fornecimento do medicamento padronizado Hercept (Trastuzumab), em falta nas farmácias da SES-DF.

formulado em desfavor do ente distrital (processos nº 2012.01.1.048138-5 e 2013.01.1.105935-4).

Tabela 2 – Sentenças de mérito proferidas nas demandas por medicamentos (janeiro a junho de 2014)

Cód. Circ.	Circunscrição	Código	Vara	Mês	Pedido julgado procedente	Pedido julgado improcedente
1	BRASILIA	111	PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	23	2
1	BRASILIA	112	SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	13	0
1	BRASILIA	113	TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	23	0
1	BRASILIA	114	QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	10	0
1	BRASILIA	115	QUINTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	10	0
1	BRASILIA	116	SEXTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	10	0
1	BRASILIA	117	SÉTIMA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	19	0
1	BRASILIA	118	OITAVA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL	01/2014 A 06/2014	15	0
Total					123	2

Dados extraídos pela própria pesquisadora do Sistema de Controle e Acompanhamento de Processos de Primeira Instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – SISTJ.

A maior parte das demandas, que, como visto nas tabelas, correspondeu a 2,64% dos processos julgados com mérito pelas varas fazendárias no período analisado, foi patrocinada pela Defensoria Pública do Distrito Federal (cento e doze processos) e envolvia o fornecimento de fármacos de alto custo não padronizados, ou seja, não constantes da relação de medicamentos do Distrito Federal ou dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde. Apenas em um processo julgado no período foi pleiteado medicamento que não estava registrado na ANVISA (medicação importada)¹²¹. A maior parte das lides foi instruída com o relatório médico e/ou com a prescrição do medicamento subscrita por médico da rede pública de saúde ou credenciado ao SUS – Sistema Único de Saúde.

¹²¹ Processo nº 2012.01.1.150436-6, que tramitou perante a 5ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, e julgou procedente o pedido para condenar o Distrito Federal a fornecer o medicamento Tetrabenazina à parte autora.

Em relação aos valores dos medicamentos pleiteados, e partindo da análise dos preços ofertados ao consumidor em consulta realizada na internet, 49 processos dizem respeito a fármacos com valores de até R\$ 700,00 (setecentos reais). Um traço comum que pode ser observado é que grande parte desses medicamentos faz parte dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde e está na relação de medicamentos padronizados do Distrito Federal – REME/DF. Em outras palavras: quando se trata de medicamentos de custo mais baixo, mostra-se patente a má-gestão administrativa e orçamentária do ente distrital. É o que se pode constatar, por exemplo, no processo nº 2012.01.1.114801-3¹²², onde foram pleiteados três medicamentos: Urbanil 10 mg (R\$ 8,60 a caixa com vinte comprimidos), Depakene Xarope (R\$ 12,00 o frasco) e Lamotrigina 100 mg (R\$ 32,00 a caixa com trinta comprimidos), todos de baixo custo, constantes dos protocolos do Ministério da Saúde e da REME/DF, mas distribuídos de forma irregular pela rede pública hospitalar.

Já no que diz respeito aos medicamentos de custo mais elevado, a situação é diferente: a maioria não faz parte dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde nem faz parte da REME-DF. O pedido, nesses casos, é instruído, principalmente, com relatórios médicos que apontam a falha terapêutica dos medicamentos padronizados – quer em razão da ineficácia da terapia inicialmente prevista, quer em razão de efeitos colaterais que não podem ser suportados pelo paciente – e com estudos que visam comprovar a defasagem do protocolo do Ministério da Saúde. O caso mais recorrente que pode ilustrar a presente conclusão é o do medicamento Telaprevir 375 mg¹²³, receitado para pacientes portadores de hepatite crônica do tipo C, e com custo de tratamento mensal superior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Contudo, de todos os dados que foram expostos, o que mais chamou atenção foi o fato de apenas dois pedidos terem sido julgados improcedentes, razão pela qual se mostra necessário que os dois processos em questão sejam analisados de forma aprofundada mais a frente.

¹²² O processo tramitou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal e Territórios e já foi definitivamente julgado pela 4ª Turma Cível do Distrito Federal, que negou provimento à remessa oficial, mantendo, portanto, a sentença que julgou procedente o pedido.

¹²³ Vide processo nº 2012.01.1.179791-8, julgado pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal e definitivamente arquivado.

4.2 Análise de casos

Traçado o panorama geral dos 125 julgados analisados, passar-se-á à análise aprofundada das sentenças proferidas nos cinco casos representativos já mencionados e julgados pelos juízes de Ronald Dworkin: os casos de Amanda, Joaquim, João, Maria e Sônia.¹²⁴

4.2.1 O caso Amanda

Amanda é uma criança de nove anos. Possui 133,6 cm de altura e foi diagnosticada com Puberdade Precoce Central Idiopática. Seus pais não têm condições financeiras de arcar com o custo do medicamento que lhe foi receitado para bloquear a puberdade e o Distrito Federal recusou-se a fornecê-lo, sob o argumento de que o protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde só contempla meninas de seis a oito anos de idade. Por conseguinte, Amanda, representada por sua genitora, e patrocinada pela Defensoria Pública do Distrito Federal, ajuizou ação de conhecimento em desfavor do Distrito Federal, objetivando o fornecimento do medicamento Triptorrelina 3,75 mg, em conformidade com a prescrição de sua médica assistente, integrante dos quadros da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

A tese central desenvolvida pela autora foi no sentido de que o Distrito Federal não considerou as particularidades do caso concreto. Isso porque, apesar de o quadro de puberdade precoce só ter sido diagnosticado após ter completado nove anos de idade, os primeiros sintomas da doença apareceram antes dos oito anos, conforme relatórios médicos juntados aos autos. Portanto, a negativa do fornecimento do medicamento viola sua dignidade e seu direito à saúde, ambos assegurados constitucionalmente.

O Distrito Federal, em longo arrazoado, argumentou que a paciente não apresenta os critérios de inclusão do protocolo clínico e diretrizes terapêuticas, razão pela qual, por vedação expressa da Lei nº 8.080/90, o medicamento não pode ser fornecido. Além de afrontar diretamente uma norma federal, a determinação do fornecimento do medicamento gera uma aplicação de recursos públicos – limitados – em um tratamento médico que sequer tem sua eficácia comprovada, ignorando estudos e análises realizados por órgãos oficiais de saúde que foram criados justamente para esse fim. Sustentou, também, que a dispensação do medicamento acarretará violação aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

¹²⁴ Relembrando que os nomes utilizados são fictícios para que a privacidade dos pacientes e familiares seja preservada.

O juiz julgou procedente o pedido formulado por Amanda.

Os fundamentos expendidos foram os seguintes:

- a) O direito à saúde é constitucionalmente assegurado pelo artigo 196, sendo que as ações e políticas públicas devem ser organizados de modo a garantir atendimento integral ao cidadão, sob pena de afronta ao princípio basilar da Carta da República que é a dignidade da pessoa humana.
- b) O Distrito Federal tem o dever de fornecer os medicamentos necessários à saúde nos termos do artigo 207, inciso XXIV, da Lei Orgânica do Distrito Federal, segundo o qual, compete ao Sistema Único de Saúde do Distrito Federal “prestar assistência farmacêutica e garantir o acesso da população aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde”.
- c) A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT é assente no sentido de que incumbe ao médico assistente eleger o melhor tratamento ao paciente, de modo que “o fato de o medicamento não ser padronizado na RENAME, tampouco constar dos Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde, não ocasiona a rejeição do pedido”.¹²⁵
- d) O fato de não se tratar de medicamento padronizado não constitui óbice à determinação de seu fornecimento ao paciente se outro não for indicado com igual eficácia para o tratamento da enfermidade.
- e) Diante do exposto, julgo procedente o pedido.

Do ponto de vista da lógica formal dedutiva, pode-se dizer que a conclusão a que chegou o juiz decorreu logicamente das premissas por ele formuladas. A Constituição Federal assegura o direito à saúde a todos – aí incluído o direito à assistência farmacêutica – e a Lei Orgânica do Distrito Federal também assegura esse mesmo direito.

O juiz também citou um precedente judicial que assegura o direito pleiteado pela autora. Ou seja, sob o aspecto da justificação interna ou da justificação de primeira ordem – e desde que se parta do pressuposto de que todas as premissas são corretas – a sentença não tem problemas.

¹²⁵ Acórdão 689.527, da 3ª Turma Cível.

Mas o fato é que o caso de Amanda não pode ser analisado apenas sob a ótica da lógica formal dedutiva. Não se trata de um caso de simples subsunção (silogismo jurídico).

Com efeito, o problema central posto pelas partes – e que motivou a recusa da dispensação do medicamento pelo Distrito Federal – diz respeito ao protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde a respeito do fármaco pleiteado. Segundo o referido protocolo, apenas meninas de até oito anos de idade podem ser contempladas com o tratamento. E a Lei nº 8.080/90, em seu art. 19-M, inciso I, dispõe, expressamente, que a dispensação de medicamentos pelo Estado deve se dar de acordo com o protocolo clínico.

Ora, a partir do momento em que as partes colocaram ao juiz um problema de interpretação (art. 196, da CF, e art. 207, da Lei Orgânica do Distrito Federal *versus* Lei nº 8.080/90), tornou-se necessária uma justificação externa ou de segunda ordem.

No entanto, o juiz que decidiu o caso de Amanda sequer mencionou a lei federal que rege o caso, a fim de tornar possível a análise da coerência normativa. Usou um argumento expressando o teor literal do dispositivo constitucional e o teor literal do dispositivo da lei local e se deu por satisfeito. Fundamentou a sentença com base em um argumento de autoridade¹²⁶ que corrobora a sua opinião, sem registrar a existência da legislação especial, como se a sua posição fosse a única possível.

Como se não bastasse, argumentou que o fornecimento de medicamento imprescindível para o tratamento de saúde de qualquer paciente, mesmo que não conste do rol de medicamentos padronizados, é dever da Administração Pública. Contudo, o caso de Amanda não é de medicamento não padronizado. A triptorrelina 3,75 mg é padronizada. Consta da lista de medicamentos do Distrito Federal. Amanda é que não apresenta os critérios para receber a medicação do Estado. Faltou, assim, coerência narrativa do juiz. Os fatos descritos na sentença não correspondem aos fatos constantes do processo.

Desse modo, não se pode chegar à outra conclusão, senão a de que a sentença proferida no caso Amanda é desprovida de uma fundamentação adequada.

¹²⁶ O argumento de autoridade é um argumento de prestígio, que adota atos (lei, precedente) ou juízos de uma pessoa (ou grupos de pessoas) como meio de prova a favor de uma tese. Apesar de amplamente utilizado no campo jurídico (“consoante a doutrina”, “segundo a jurisprudência dominante” etc), é criticado pelo mau uso, principalmente quando empregado como se as autoridades invocadas fossem infalíveis. Alguns, contudo, como Pareto, defendem o seu caráter de pseudo-argumento destinado a conferir um verniz lógico a ações não-lógicas. Cf. PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 348.

4.2.2 O caso Joaquim

Joaquim não possui condições financeiras para adquirir o medicamento Abiraterona 250 mg, necessário para o tratamento da enfermidade que possui – câncer de próstata –, que se mostrou resistente ao tratamento com fármacos padronizados. O custo mensal do tratamento gira em torno de R\$ 10.000,00.

O principal argumento do autor consistiu na tese de que os medicamentos padronizados pelo SUS não foram eficazes para conter a progressão da sua doença, o que autoriza o fornecimento do medicamento não padronizado indicado por profissional médico integrante do próprio SUS. Como apoio à sua tese, citou a ponderação realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175/STF, a fim de admitir o fornecimento de tratamento médico diverso do previsto pelo SUS, quando comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente para o caso particular.

A fim de justificar a negativa da dispensação do fármaco, o Distrito Federal sustentou que o Poder Público só está obrigado a custear um tratamento médico que esteja de acordo com as recomendações elaboradas pelos órgãos oficiais encarregados de estudos clínicos e médicos e não segundo a recomendação específica de determinados médicos, ainda que integrantes do SUS. Portanto, se o medicamento não faz parte dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde nem integra as listas oficiais de medicamentos do Estado, não pode ser obrigado a custear o seu fornecimento.

O juiz, ao examinar o pedido de antecipação de tutela, ponderou que o direito universal à saúde, previsto no art. 196, da CF, não é um direito absoluto, de modo que cada paciente deve se submeter às regras usuais de atendimento. O paciente, observando tais regras, submeteu-se ao uso de medicamentos padronizados pelo SUS, mas não obteve resposta eficaz, o que resultou na prescrição do medicamento não padronizado. Por isso, e considerando que restou demonstrada, por relatório de médico integrante do próprio SUS, a imprescindibilidade do uso do medicamento para o quadro de saúde do paciente, concedeu a antecipação de tutela.

Por ocasião da prolação da sentença, o juiz, após o relato do caso, assim fundamentou a sua decisão:

- a) O medicamento só pode ser dispensado pelo Poder Público após a avaliação dos seguintes aspectos: “i) avaliação técnica (registro pela ANVISA); ii) adequação terapêutica (indicação médica para o quadro clínico); e iii) adequação às políticas públicas de saúde definidas pelos gestores e autoridades responsáveis”.
- b) No presente caso, restou comprovado que o medicamento tem registro na ANVISA e que foi prescrito por médico integrante do Sistema Único de Saúde. No entanto, não é padronizado pela rede pública de saúde.
- c) Apesar de, a princípio, a ausência de padronização autorizar a constatação de que o fornecimento do fármaco não faz parte da política pública de saúde do Distrito Federal, não se pode olvidar que a Administração Pública pode autorizar, como de fato muitas vezes o faz, a dispensação de medicação para os casos cuja excepcionalidade autorize.
- d) A situação de Joaquim é peculiar porque apresentou resistência aos fármacos padronizados.
- e) Pelos motivos expostos, confirmo a decisão que antecipou os efeitos da tutela e julgo procedente o pedido.

Durante todo o trabalho, o que se procurou defender foi a tese de que o juiz tem o dever de fundamentar racionalmente as suas decisões. Pouco importa se o caso em questão é fácil, difícil ou até mesmo trágico, como se acredita que seja a questão do direito à saúde em países de modernidade tardia como o Brasil. De fato, alguns vão entender que o paciente hipossuficiente tem o direito de ter o seu tratamento de saúde custeado pelo Poder Público. Outros vão entender que, materialmente, isso não é possível. Efetivamente, até mesmo no Distrito Federal, considerado por muitos brasileiros como um dos melhores lugares do país para se viver, há outros problemas “dramáticos” que também precisam ser resolvidos pelo Poder Público. Para que se tenha uma ideia, de acordo com o Censo de 2010 do IBGE, a Favela Sol Nascente, segunda maior do país¹²⁷, localizada a apenas poucos quilômetros de Brasília, possui o pior índice de saneamento básico entre as dez maiores favelas do Brasil –

¹²⁷ Segundo amplamente noticiado pela imprensa, em setembro de 2013, a Favela Sol Nascente passou a ser a maior favela da América Latina. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?noticia=Favela_do_DF_passa_a_Rocinha_e_se_torna_a_maior_da_America_Latina&id=349059>. Acesso em: 11 jul. 2015.

apenas 6% das casas têm acesso à rede de esgoto¹²⁸. Como explicar para um morador da Favela Sol Nascente que o Distrito Federal tem o dever de fornecer mensalmente um medicamento de R\$ 10.000,00 para um único paciente, apesar de não disponibilizar saneamento básico para uma comunidade composta por mais de 60.000 moradores?¹²⁹ É claro que o julgador tem que analisar os argumentos das partes e deixar explícitos os motivos que o levaram a chegar à sua conclusão. Como exaustivamente repisado, o dever de fundamentação racional das decisões judiciais é ínsito ao Estado democrático de direito.

No presente caso, a estrutura interna da argumentação empreendida na sentença é lógica. A justificação externa – ou justificação de segunda ordem – também foi observada pelo julgador. Diante de duas possíveis deliberações rivais, ele optou – de forma justificada – por uma: apesar de entender que o art. 196, da CF, não tem caráter absoluto, porque as regras que regulamentam o direito à saúde devem ser observadas, argumentou que, se o paciente já utilizou medicamentos padronizados pelo SUS e estes não surtiram efeito, e desde que comprovado por relatório elaborado por médico integrante da rede pública de saúde, o Poder Público tem a obrigação de fornecer o medicamento não padronizado. Interpretou a norma constitucional, estabeleceu critérios e, buscando uma solução integradora (coerente), se fez valer de uma cláusula de exceção com valor universal.

Contudo, cabe, aqui, a seguinte crítica: o juiz não fez nenhuma menção à Lei 8.080/90, que regula a dispensação de medicamentos pelo Poder Público. Assim, a impressão que se tem ao ler a sentença é que a decisão do julgador é baseada apenas na autoridade que ele confere ao seu próprio posicionamento. É como se o seu argumento fosse tão evidente que não precisasse de maiores justificações. No entanto, o direito à saúde não pode ser encarado de forma tão simplificada. A política pública de assistência farmacêutica é uma política complexa. Envolve, necessariamente, aspectos orçamentários, e deve ser pensada em termos consequencialistas. O juiz pode excepcionar a regra, mas deve fazê-lo de forma transparente, racionalmente fundamentada.

¹²⁸ Confira a matéria jornalística “Em favela com pior saneamento básico do país, limpador de fossa é essencial”. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-03-11/em-favela-com-pior-saneamento-basico-do-pais-limpador-de-fossa-e-essencial.html>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

¹²⁹ Note-se que, como já mencionado, não há espaço para discutir o problema da judicialização da política no presente trabalho, mas é importante mencioná-lo, mesmo que *en passant*.

4.2.3 O caso João

João é um paciente de 41 anos, portador de câncer de fígado em estágio avançado. Formulou pedido para que lhe fosse assegurado o fornecimento do medicamento Sorafenibe 400 mg. O fármaco não é padronizado e é de alto custo.

O argumento central do autor é o de que a negativa do medicamento viola a Constituição Federal, pois a dignidade e a saúde são bens jurídicos tutelados em primeiro plano.

O Distrito Federal fundamentou a negativa do custeio do tratamento médico na Lei nº 8.080/90. Aduziu, para tanto, que o medicamento não consta das listas oficiais de medicamentos nem dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde. Mas além de usar argumentos de interpretação, sustentou sua pretensão com argumentos dogmáticos. É que, segundo o ente federativo, a doutrina, de modo geral, vem chamando atenção para o fenômeno do ativismo judicial, caracterizado, de forma bem simplificada, pela intervenção do Poder Judiciário em matérias tipicamente adstritas ao âmbito de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. E vem, cada vez mais, destacando a necessidade de a atividade judicial respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas instituídas pelos órgãos competentes. Nessa toada, e respaldando a sua pretensão no princípio da reserva do financeiramente possível, o Distrito Federal reforçou o pedido de observância à lei federal que veda a dispensação de medicamentos não padronizados.

O pedido foi julgado procedente, nos seguintes termos:

- a) Nos termos do artigo 1º, inciso III, da CF, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é zelar pela dignidade da pessoa humana, que compreende o direito à saúde.
- b) O artigo 196, da CF, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado. “Trata-se de direito individual indisponível, sendo que o Estado deve garantir e zelar para que todos tenham acesso pleno e efetivo à saúde e a tratamento eficaz e adequado mediante a realização de políticas públicas e de mecanismos e sistemas destinados [...] à população”.
- c) O Distrito Federal tem o dever de fornecer ao autor o tratamento médico de que necessita.

- d) A alegação de que o medicamento postulado pelo autor não integra a lista de medicamentos essenciais da Secretaria de Saúde, não sendo assim um medicamento padronizado, não pode eximir o Estado de fornecê-lo, sob pena de ofensa à Constituição Federal.
- e) Há receituário de médico da própria Secretária da Saúde indicando o medicamento pleiteado, que é o único que mostrou benefício na sobrevida do paciente.
- f) Por essas razões, julgo procedente o pedido.

Do mesmo modo que o juiz que decidiu o caso Joaquim, o julgador ora em questão analisou os argumentos centrais das partes e chegou a uma conclusão lógica a partir de suas premissas. Levou em conta os dois caminhos possíveis, quais sejam: (1) a saúde é um direito absoluto e o Estado tem o dever de fornecer medicamento a todos que comprovarem que dele necessitam; (2) o Estado não tem o dever de fornecer medicamentos não padronizados pelos órgãos oficiais.

Optou pela primeira opção e justificou a sua decisão com base no ordenamento jurídico vigente.

Mas também cabe uma ressalva.

Divergências teóricas sobre o direito sempre existiram e sempre existirão. Apenas idealmente é que se pode imaginar um consenso universal ou uma única solução correta. Ainda mais quando estão envolvidas questões tão sensíveis como o direito à vida e à saúde. Portanto, e para que não parem quaisquer dúvidas, quando se afirma aqui que uma sentença foi justificada com base no ordenamento jurídico vigente, o que se está querendo dizer é que a decisão foi fundamentada de forma coerente e consistente de acordo com a interpretação que o julgador fez de uma norma válida extraída do ordenamento jurídico.

Entretanto, isso não quer dizer que as decisões judiciais não devam ser transparentes. É certo que a decisão ora analisada foi fundamentada. Mas também é certo que não foi suficientemente fundamentada. Do mesmo modo que o julgador do caso Joaquim, o juiz não explicou o motivo de ter afastado a aplicação da lei federal que rege a matéria. Nem mesmo a mencionou. Apenas se limitou a dizer que o Estado não pode negar a fornecer o medicamento “sob pena de ofensa à Constituição”. Sem mais. O argumento não foi explicitado pelo julgador. O motivo não ficou claro.

4.2.4 O caso Maria

O caso de Maria – idosa de 76 anos portadora de câncer de cólon – também foi julgado de forma desfavorável ao Distrito Federal.

Contudo, o caso de Maria é diferente dos demais casos apresentados, pois o fármaco pleiteado é padronizado e fornecido regularmente pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Maria só não o recebeu em razão do desabastecimento da rede pública de saúde. Tanto é assim que, em sede de contestação, o próprio Distrito Federal reconheceu a procedência do pedido, não apresentando qualquer argumento de resistência à pretensão autoral.

No entanto, e apesar de tudo isso constar do relatório da sentença, o juiz, ao invés de resolver o processo com base no artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil, como manda a melhor técnica, extinguiu o feito com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

É claro que houve um erro. Mas o erro aqui constatado não ficou limitado à parte dispositiva da sentença. Foi muito mais do que isso, conforme pode ser verificado da fundamentação da sentença, a seguir reproduzida:

Pretende o(a) autor(a), alicerçado no direito fundamental de acesso à saúde, compelir o réu a lhe garantir a assistência à saúde, providenciando **realização de cirurgia em hospital da rede pública ou, na sua falta, em hospital da rede privada.**

A Constituição Federal assegura a todos a proteção a saúde de modo universal, igualitário e integral, cabendo ao Estado garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas que atendam as necessidades da população e visem à redução do risco de doenças e outros agravos (artigo 196, CF).

Aliás, trata a espécie de garantia de direito subjetivo assegurado a todos, erigido à categoria de direito social, conforme disposto no artigo 6º, da Constituição Federal.

A Lei Orgânica do Distrito Federal, por seu turno, garante a todos, assistência farmacêutica e acesso aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde, nos termos do art. 207, inciso XXIV, *in verbis*:

[...]

Diante destes dispositivos legais, não se mostra razoável a **resistência do réu em providenciar a internação do(a) autor(a) em unidade de terapia intensiva**, haja vista que se obrigou no seu estatuto fundamental a garantir a higidez física aos necessitados.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal caminha no mesmo sentido, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. INTERNAÇÃO EM UTI. RISCO DE MORTE.

INDISPONIBILIDADE DE LEITOS NA REDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR A EXPENSAS DO DISTRITO FEDERAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LIMITAÇÃO DAS DESPESAS À TABELA DO SUS. PRETENSÃO ESTRANHA À LIDE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - As garantias à vida e à saúde encontram-se alçadas na Constituição Federal (art. 196) e na Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 207) à categoria de direitos fundamentais, portanto, de aplicabilidade e eficácia imediatas, cabendo ao Estado velar por sua promoção e proteção.

2 - Conforme posicionamento pacífico deste egrégio Tribunal de Justiça, diante da impossibilidade de prestação do serviço médico-hospitalar em unidade da rede pública de saúde, deve o Distrito Federal suportar as despesas decorrentes da internação e tratamento do paciente em hospital da rede particular.

3 - A pretensão recursal que consubstancia o intento de que terceiro, que não integrou a lide, seja compelido a calcular, por meio da tabela do SUS, os custos da internação do Autor de Cominatória de internação em leito de UTI, refoge aos limites do pedido, representando perspectiva de violação ao princípio da congruência, o qual orienta que a prestação jurisdicional deve conformar-se com o pedido formulado, nos termos do artigo 128 do Código de Processo Civil. A sentença em tela consubstancia o asseguramento dos direitos constitucionais à vida e à saúde ao jurisdicionado que os postulou em Juízo, restringindo-se a coisa julgada que dela emana, nos termos do artigo 472 do Código de Processo Civil, às partes entre as quais foi dada, sendo descabida, portanto, a análise do quantum a ser ressarcido a terceiro que nem mesmo compareceu a Juízo. Apelação Cível e Remessa Oficial desprovidas (Acórdão n. 605346, 20100110296155APO, Relator ANGELO PASSARELI, 5ª Turma Cível, julgado em 25/07/2012, DJ 01/08/2012 p. 111).

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. INTERNAÇÃO EM LEITO DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. RISCO DE MORTE. PERDA DO OBJETO. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 557 DO CPC. PODERES DO RELATOR. INAPLICABILIDADE.

1. Diante da impossibilidade de prestação do serviço médico-hospitalar em unidade da rede pública de saúde, deve o Distrito Federal suportar as despesas decorrentes da internação e tratamento do paciente em hospital da rede particular.

2. Nos termos do que dispõe a Constituição Federal (art. 196), a saúde é direito de todos e dever do Estado, obrigando-se a garanti-la mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros transtornos. A decisão judicial que determina a imediata observância de preceito constitucional não viola o princípio da isonomia.

3. Não há perda do objeto da ação cominatória na hipótese de a internação ocorrer em virtude de decisão que antecipou os efeitos da tutela vindicada.

4. Considerando que a garantia do direito à saúde é matéria ainda bastante controvertida e diante da ausência de uma orientação jurisprudencial sedimentada nos tribunais pátrios, necessária se faz a apreciação do mérito pelo Colegiado, não se mostrando recomendável a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil para negativa de seguimento ao recurso.

Remessa oficial desprovida (Acórdão n. 601806, 20090111444600RMO, Relator MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 06/06/2012, DJ 09/07/2012 p. 213).

Assim, merece ser acolhido o pedido do(a) autor(a), para que se lhe assegure a garantia constitucional do acesso à saúde.

DISPOSITIVO (ART. 458, III, CPC)

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para, confirmando a antecipação de tutela anteriormente deferida, CONDENAR o réu a fornecer à autora o medicamento

Xeloda (Capecitabina) 500 mg, na quantidade e na forma indicadas em prescrição médica, até finalizar o tratamento – (grifo nosso).¹³⁰

Ora, o caso de Maria é de fornecimento de medicamento. Não é de realização de cirurgia, muito menos de internação em leito de UTI. A fundamentação expendida nada tem a ver com o caso relatado. A sentença não tem sequer coerência narrativa por parte do juiz.

O que, inicialmente, era um caso simples, silogístico, revelou um fato conhecido nos bastidores dos tribunais brasileiros e testemunhado de perto por esta pesquisadora: muitas vezes, os juízes, cada vez mais pressionados pela produtividade, só analisam um caso a fundo quando não o identificam com algum outro já decidido. Com isso, “detalhes” que fazem toda a diferença passam despercebidos.

4.2.5 O caso Sônia

Sônia foi a única paciente que, durante o período pesquisado, pediu que o Distrito Federal lhe fornecesse medicamento não registrado pela Agência Nacional de Segurança Sanitária – ANVISA.

Na petição inicial, Sônia – patrocinada pela Defensoria Pública do Distrito Federal – informou que apresenta quadro de distonia facial e que precisa ser tratada com o medicamento Xenazine 25 mg (tetrabenazina), devidamente prescrito por médico do SUS. Contudo, disse não possuir condições de adquirir o medicamento, que está constantemente em falta e sem previsão de entrega na rede pública de saúde. Sônia não mencionou se o medicamento era padronizado, fazia parte das relações de medicamentos oficiais ou possuía registro na ANVISA. Pediu a antecipação de tutela.

O juiz solicitou informações sobre o medicamento à Secretaria de Estado de Saúde do DF, por meio do Núcleo de Judicialização, que informou que o medicamento não tem registro na ANVISA¹³¹ e não é comercializado no Brasil. Por conseguinte, não pode constar das listas oficiais de medicamentos nem dos protocolos clínicos do Ministério da Saúde e, tampouco, pode ser fornecido pelo SUS, por vedação expressa da Lei nº 8.080/90.

¹³⁰ Processo nº 2013.01.1.178818-8.

¹³¹ Em consulta ao sítio eletrônico da ANVISA, o medicamento Xenazine e a substância tetrabenazina/tetrabenazine não foram encontrados. Disponível em: <http://www7.anvisa.gov.br/datavisa/Consulta_Produto/rconsulta_produto_internet.asp>. Acesso: 29 jun. 2015.

A tutela antecipada foi deferida sem fazer qualquer menção às informações prestadas pela Secretaria de Estado de Saúde. Irresignado, o Distrito Federal interpôs agravo de instrumento, mas a decisão agravada foi mantida pelo órgão colegiado do Tribunal de Justiça.

O processo prosseguiu regularmente e o juiz assim decidiu:

- a) O art. 196, da CF, consagrou o direito universal à saúde e, “pela primeira vez na história brasileira, a saúde passou a ser explicitamente direito de todos os cidadãos e dever do Estado”.
- b) “O conceito de saúde construído nesse momento histórico tem sido reconstruído ao longo das duas últimas décadas e abriu espaço para novas interpretações e, principalmente, para novas demandas pela realização do direito à saúde”.
- c) O Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado para resolver as demandas judiciais e tem dado uma resposta uniforme: “os magistrados fixaram o entendimento de que os direitos à saúde e à vida devem ser garantidos”. Assim, “normas administrativas, políticas públicas ou questões de orçamento não podem ser óbice à realização desses direitos”, de modo que o Poder Judiciário tem legitimidade para determinar que o Poder Público forneça os tratamentos e medicamentos de alto custo àqueles que buscam a tutela jurisdicional.
- d) O Distrito Federal obrigou-se a assegurar o cumprimento do dever previsto na Constituição Federal por meio de sua Lei Orgânica.
- e) “O fornecimento do medicamento destinado a amenizar o sofrimento causado pela moléstia que aflige o autor, antes de caracterizar um gesto solidário, torna efetiva a reza constitucional de valorização da dignidade humana”.
- f) A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é nesse sentido.
- g) Pelo exposto, julgo procedente o pedido.

É certo que se pode chegar à conclusão de que o resultado do julgamento decorreu logicamente das premissas formuladas pelo juiz. Também não é menos certo que alguns podem dizer que a sentença está racionalmente fundamentada e, portanto, não houve qualquer

arbitrariedade. De fato, o juiz deixou claro que, segundo a sua interpretação, o artigo 196, da CF, prevalece sobre qualquer norma que restrinja o direito à saúde, que deve ser tido como absoluto.

Contudo, e apesar de esta posição ser a que prevalece no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o presente caso é um caso diferente. O medicamento sequer é comercializado no Brasil. O caso é tão diferente que foi o único encontrado durante todo o período pesquisado. Não obstante, o juiz conferiu o mesmo tratamento conferido aos demais casos e não mencionou uma única linha na sentença sobre o fato de o medicamento não ser registrado na ANVISA.

E mais, apesar de não ter havido recurso, o caso foi reexaminado pelo órgão colegiado do Tribunal de Justiça, em sede de remessa de ofício¹³², e o Desembargador Relator também não fez menção ao fato de se tratar de medicação importada sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.¹³³

Reforça-se, assim, a hipótese de que, no afã de julgar os processos, os juízes, rotineiramente, não se dão conta de informações relevantes para o caso. Ou, se se dão conta, não conferem a relevância necessária a determinados dados, que trazem consigo o dever de uma maior carga argumentativa.

4.3 O caso da sentença “padrão”

Há outro caso que merece ser destacado, não pelo caso concreto em si, mas, apenas e tão somente, pela sua sentença. Aliás, não se trata apenas de um caso, mas de diversos casos solucionados por um único juízo. Ou seja, trata-se de diversas sentenças.

Conforme descrito na tabela 2, a 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal julgou, no período de janeiro a junho de 2014, 23 sentenças de mérito.

Todas as sentenças, sem exceção, apresentaram a seguinte estrutura¹³⁴:

Cuida-se de ação de conhecimento em que foi determinada a entrega de medicamentos, tendo sido cumprida a decisão judicial (fl.).

¹³² Nos termos do art. 475, do Código de Processo Civil: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público”.

¹³³ Acórdão nº 802366, da 4ª Turma Cível.

¹³⁴ O termo estrutura foi usado de modo proposital, já que a boa técnica não permite que, aqui, se fale em fundamentação.

Ante o exposto julgo procedente o pedido para condenar o réu a fornecer a parte autora o medicamento _____, na quantidade indicada em relatório médico. Resolvo o mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Sem custas e honorários (Súmula 421 do STJ)¹³⁵.

Decorridos os prazos legais, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Como se pode observar, cuida-se de uma sentença “padrão”. Todo e qualquer caso pode ser “enquadrado” na decisão, desde que a intenção seja condenar o Poder Público a fornecer o medicamento indicado pelo médico. Não foram formuladas premissas, a fim de se averiguar a lógica interna da sentença. Não houve justificção externa ou de segunda ordem. Os requisitos essenciais da sentença impostos pela atual legislação processual civil¹³⁶, que, diga-se de passagem, foram ampliados no novo Código de Processo Civil – na medida em que a novel legislação esclareceu, textualmente, quando uma sentença não será considerada fundamentada¹³⁷ – não foram observados. O principal fundamento das demandas dessa natureza – art. 196, da CF – não foi mencionado. A Lei nº 8.080/90, que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e da organização do SUS, também não. A

¹³⁵ A determinação a respeito das custas e honorários foi diferente em apenas uma das sentenças, em razão de a parte não ter sido patrocinada pela Defensoria Pública: “Condeno o Distrito Federal ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R\$ 200,00 (duzentos reais). Custas ‘ex lege’”.

¹³⁶ De acordo com o art. 458, do Código de Processo Civil, são requisitos essenciais da sentença: “I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das demais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

¹³⁷ A Lei nº 13.105/15, que institui o novo Código de Processo Civil, dispõe que:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

legitimidade da decisão está fundada apenas na autoridade do juiz que a proferiu, que, ao que tudo indica, só se preocupou com o resultado do julgamento.

Com efeito, as ideias de justificação e justiça estão intrinsecamente relacionadas. Um juiz não faz justiça apenas por ser um cidadão investido de poderes de julgar. Um juiz faz justiça por julgar de acordo com o ordenamento jurídico. E o ordenamento jurídico de qualquer Estado democrático de direito estabelece o dever de o Poder Judiciário fundamentar as suas decisões. O caráter controvertido de uma demanda – como é o caso do fornecimento de medicamentos pelo Estado – não pode desobrigar o juiz, de forma alguma, do seu dever de fundamentar a decisão e justificar, de modo racional, para as partes e para a comunidade, o motivo da sua decisão. Em um Estado democrático de direito, um juiz não pode se limitar a dizer algo do tipo: “o tribunal deve condenar João a trinta anos de prisão e, por isso, condeno, João, a trinta anos de prisão”. Deve expressar com base em qual filigrama processual ou com base em qual fundamento jurídico isso seria possível¹³⁸.

Além disso, o tratamento conferido é, no mínimo, paradoxal.

Como já foi mencionado, um dos incentivos para a presente pesquisa foi exatamente a percepção de que os processos que tratam do direito à saúde são processados e julgados de forma diferente se comparados aos outros processos que tramitam no tribunal, mesmo quando comparados com processos que cuidam de outros direitos fundamentais, como a educação, por exemplo. Explicando melhor: a autora sempre teve a percepção de que os processos que cuidam de questões afetas à saúde tramitam de forma extremamente célere – pelo menos até que a pretensão seja satisfeita, ainda que liminarmente –, e têm um desfecho quase sempre favorável ao demandante.

No que diz respeito ao desfecho, pelo menos no período pesquisado, e por tudo que foi visto até aqui, a hipótese inicial foi confirmada. E note-se que, para tanto, nem foi preciso fazer um estudo comparativo. Bastou um estudo sobre os processos de medicamentos. De fato, o óbvio não precisa ser demonstrado. Na presente pesquisa, por exemplo, ficou constatado que um juiz julgou procedente o pedido de fornecimento de uma medicação de alto custo, importada, e sem registro na ANVISA. Mas alguém consegue imaginar um juiz julgando procedente um pedido para determinar que o Estado custeie os estudos de uma

¹³⁸ O exemplo foi inspirado por Neil MacCormick. Cf. MACCORMICK, 2008, p. 74.

criança no Colégio Olimpo de Brasília¹³⁹? Mesmo que seus pais sejam hipossuficientes e se parta do pressuposto de que a educação – direito fundamental assegurado constitucionalmente – é direito de todos e dever do Estado? Mesmo que se tenha um laudo de um psicólogo do SUS atestando que a permanência daquela criança na rede pública de ensino lhe trará prejuízos incalculáveis? É certo que não. Não é preciso pesquisa empírica para demonstrar que os juízes não julgam assim.

No que diz respeito à celeridade de tramitação, e a fim de tornar claro o que a autora quer dizer, veja-se o curto intervalo de tempo que se deu entre a distribuição da petição inicial e a prolação da primeira decisão do juiz nos 23 processos que foram sentenciados de forma padronizada:

Tabela 3 – Aferição da data e hora da distribuição do feito e da primeira decisão judicial proferida no processo

Processo nº	Data e hora da distribuição	Data e hora da primeira decisão	Natureza da decisão
1) 2012.01.1.092213-6	19/06/12, às 15h26min	19/06/12, às 16h49min	Requisição de informações
2) 2012.01.1.162899-7	18/10/12, às 16h10min	18/10/12, às 17h03min	Requisição de informações
3) 2012.01.1.179791-8	16/11/12, às 15h12min	19/11/12, às 18h22min	Determinação de emenda à inicial
4) 2012.01.1.190797-3	06/12/12, às 16h58min	06/12/12, às 17h31min	Requisição de informações
5) 2013.01.1.070747-8	21/05/13, às 15h52min	21/05/13, às 16h57min	Requisição de informações
6) 2013.01.1.126695-6	28/08/13, às 16h11min	28/08/13, às 17h59min	Deferimento da tutela antecipada
7) 2013.01.1.128307-4	30/08/13, às 15h42min	30/08/13, às 18h08min	Deferimento da tutela antecipada
8) 2013.01.1.182075-4	03/12/13, às 15h28min	03/12/13, às 17h35min	Deferimento da tutela antecipada
9) 2013.01.1.133247-6	09/09/13, às 15h15min	09/09/13, às 18h24min	Deferimento da tutela antecipada
10) 2013.01.1.134998-6	11/09/13, às 15h50min	12/09/13, às 18h37min	Deferimento da tutela antecipada
11) 2013.01.1.135703-2	12/09/13, às 15h16min	12/09/13, às 17h36min	Deferimento da tutela antecipada
12) 2013.01.1.138282-5	17/09/13, às 15h24min	17/09/13, às 17h44min	Deferimento da tutela antecipada
13) 2013.01.1.163965-2	30/10/13, às 15h05min	30/10/13, às 18h11min	Deferimento da tutela antecipada
14) 2013.01.1.174606-6	20/11/13, às 15h10min	20/11/13, às 17h15min	Deferimento da tutela antecipada

¹³⁹ De acordo com uma reportagem do Correio Braziliense, em 2012, o Colégio Olimpo havia sido considerado como o melhor da rede particular de Brasília por três anos consecutivos, segundo o ranking do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio e cobrava a mensalidade de R\$ 1.897,00. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/11/24/interna_cidadesdf,335568/colegios-de-brasilia-em-melhor-posicao-no-ranking-sao-caros-mas-compensam.shtml>. Acesso em: 10 jun. 2015.

15) 2013.01.1.176267-6	22/11/13, às 15h35min	22/11/13, às 17h19min	Deferimento da tutela antecipada
16) 2013.01.1.176274-8	22/11/13, às 15h38min	22/11/13, às 17h29min	Deferimento da tutela antecipada
17) 2013.01.1.177247-6	25/11/13, às 16h34min	25/11/13, às 18h01min	Deferimento da tutela antecipada
18) 2013.01.1.187222-5	12/12/13, às 14h27min	12/12/13, às 17h03min	Deferimento da tutela antecipada
19) 2014.01.1.004563-2	14/01/14, às 12h10min	14/01/14, às 14h31min	Deferimento da tutela antecipada
20) 2014.01.1006112-5	16/01/14, às 15h09min	16/01/14, às 16h37min	Deferimento da tutela antecipada
21) 2014.01.1.006976-6	17/01/14, às 17h44min	20/01/14, às 16h14min	Deferimento da tutela antecipada
22) 2014.01.1.016446-2	06/02/14, às 15h57min	06/02/14, às 18h05min	Deferimento da tutela antecipada
23) 2014.01.1.047077-0	31/03/14, às 14h28min	31/03/14, às 17h38min	Deferimento da tutela antecipada

Fonte: Sistema de consulta processual de 1ª Instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Acesso em: 28 de jun. 2015.

A Tabela 3 demonstra que apenas 3 processos dos 23 processos não foram examinados pelos juízes no mesmo dia em que foram distribuídos, sendo que, na maior parte dos casos, o exame se deu em poucas horas depois e resultou no deferimento do pedido de antecipação de tutela de concessão do medicamento. Ou seja, os processos tramitaram em condições prioritárias.

E é por isso que se afirmou, acima, que a prolação de sentenças padronizadas, além de estar em desacordo com o que se espera de uma decisão judicial justa, também é um paradoxo. Se o direito à saúde é interpretado pela maior parte dos julgadores de forma absoluta, a ponto de ser tratado de modo prioritário se comparado com outros direitos (mesmo outros direitos fundamentais), como pode ser concedido sem qualquer justificação racional? Como um direito tão importante pode ser tratado de forma tão “padrão” no momento mais importante de um processo, que é o momento da prolação da sentença, em que o juiz decide se a parte tem ou não o direito pretendido?

4.4 Sentenças de improcedência

Conforme constatado nos processos analisados, o direito do paciente de obter o medicamento prescrito pelo médico que o acompanha prevaleceu em 123 dos 125 processos selecionados. Daí a importância de se investigar o que ocorreu nos 2 processos que tiveram os pedidos julgados improcedentes, mais especificamente, quais foram as razões expendidas pelos julgadores para que proferissem sentenças diversas das usuais.

4.4.1 Caso 1

A pretensão da parte autora, patrocinada por advogado particular, e à época com onze anos de idade, consistia no fornecimento do fármaco Somatropina Recombinante (Hormônio de Crescimento) conjugado com o uso mensal de medicação para bloqueio puberal, por pelo menos seis meses, com estimativa de custo mensal de R\$ 3.856,00¹⁴⁰. Os fatos narrados lembram muito aqueles do “Caso Amanda”.

O argumento utilizado foi o de que o médico que a acompanhava diagnosticou “quadro clínico compatível com baixa estatura relativa ao potencial genético, de origem idiopática”, “com previsão de estatura final de 152,5 cm, isto é, 2,5 cm abaixo da menor altura do canal familiar”, apesar de ter “potencial para atingir a estatura final de 164 cm”. E, “como a saúde é direito fundamental social de todos e dever do Estado, a quem incumbe garanti-lo de forma universal e igualitária”, assim como a criança e o adolescente “gozam de proteção diferenciada à vida, sendo-lhes assegurado o atendimento integral à saúde por meio do Sistema Único de Saúde”, deveria ser-lhe garantido o direito de receber o medicamento prescrito. O pedido foi instruído com relatório e prescrição subscritos por médico particular e com a negativa da Gerência de Medicamentos Especiais da SES/DF.

O pedido liminar foi negado em primeira instância, mas concedido por força da interposição de agravo de instrumento¹⁴¹, que, ao final, restou provido.¹⁴²

Em contestação, o Distrito Federal alegou que a moléstia da autora não se enquadra nos requisitos do protocolo do Ministério da Saúde para deficiência de hormônio de crescimento, razão pela qual, apesar de padronizados, os medicamentos pleiteados não poderiam ter sido fornecidos pela SES-DF (prescrição *off-label*). Teceu, ainda, considerações sobre o ativismo judicial no âmbito das políticas públicas e sobre o princípio da reserva do possível.

O juiz julgou improcedentes os pedidos, sob os seguintes fundamentos:

- a) Entre os juristas, o entendimento de que o Estado tem o dever constitucional de assegurar o direito fundamental à vida e à saúde é dominante.

¹⁴⁰ Processo nº 2012.01.1.048138-5.

¹⁴¹ Processo nº 2012.00.2.014451-3.

¹⁴² Acórdão nº 651.344.

- b) Desse modo, “quando um indivíduo, portador de determinada enfermidade, e carente de recursos financeiros, não obtém, pelas vias administrativas, a medicação ou demais produtos [...] necessários à sua sobrevivência”, o Poder Judiciário deve intervir para garantir o seu direito fundamental.
- c) A autora comprovou, por meio de relatório médico pormenorizado, que a utilização do medicamento prescrito poderia aumentar a sua previsão de estatura final. No entanto, não demonstrou qualquer enfermidade ou risco de grave saúde.
- d) O não fornecimento dos fármacos requeridos pela autora não viola o dever constitucional imposto ao Distrito Federal.
- e) Julgo improcedentes os pedidos.

A requerente interpôs recurso de apelação, que ainda não foi julgado.¹⁴³

De fato, o juiz adotou um raciocínio que partiu da mesma premissa que os juízes da maior parte dos casos analisados até então¹⁴⁴, qual seja o direito à saúde é um direito fundamental e deve ser assegurado a todos de forma absoluta.

A sua conclusão – lógica do ponto de vista interno – só foi diferente porque argumentou que os fatos narrados não configuram uma enfermidade.

Mas será que foi apenas isso? No presente caso, a parte não é patrocinada pela Defensoria Pública do Distrito Federal e não goza dos benefícios da gratuidade judiciária. Além disso, o relatório e a prescrição médica foram subscritos por médico da rede particular. Será que tais elementos não foram decisivos para a sorte da autora? Como saber? Conforme dito linhas acima, os fatos em si não diferem, em substância, dos fatos narrados no “Caso Amanda”, que teve um desfecho completamente diverso. Ora, uma decisão judicial que não explicita o porquê de ter tratado de modo diferente um caso com circunstâncias situacionais idênticas a outro não é coerente sob o aspecto do discurso jurídico¹⁴⁵. Até porque uma cláusula de exceção também tem que ser válida universalmente. Tal postulado é básico sob o aspecto da justiça formal.

¹⁴³ Em 26/06/2015, os autos foram devolvidos com relatório à Turma, com determinação de remessa para o Desembargador Revisor (andamento consultado no sítio eletrônico do TJDF em 29/06/2015).

¹⁴⁴ A expressão “maior parte” justifica-se em razão de o juiz que julgou o “caso Joaquim” ter afirmado textualmente que o direito à saúde não é absoluto, muito embora tenha julgado procedente o pedido.

¹⁴⁵ Esse é o conteúdo central do princípio da universalizabilidade de Hare, que já foi abordado anteriormente.

Se por um lado é certo que o juiz singular não está vinculado às decisões de seus pares nem às decisões do tribunal que não possuem efeito vinculante, de outro, também é certo que deve existir uma coerência institucional. A partir do momento em que o juiz decide excepcionar um entendimento, deve trazer para si uma maior carga argumentativa. Essa é uma das regras basilares da teoria padrão da argumentação jurídica.

4.4.2 Caso 2

A requerente, por meio da Defensoria Pública, formulou pedido de fornecimento do medicamento Fingolimode 0,5 mg/dia (Gilenya), para tratamento de esclerose múltipla, doença inflamatória autoimune que acomete o sistema nervoso central e leva a incapacidades funcionais e cognitivas, reduzindo a expectativa de vida do paciente. Os sintomas mais comuns são neurite óptica, paresia ou parestesia de membros, disfunções da coordenação e equilíbrio, mielites, disfunções esfíncterianas e disfunções cógico-comportamentais, de forma isolada ou em combinação. O medicamento de alto custo¹⁴⁶, aprovado pela ANVISA, não consta das listas de medicamentos oficiais nem do protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde. Foi prescrito por médico neurologista da rede pública de saúde, que apontou falha terapêutica dos tratamentos disponíveis pelo SUS (ineficácia no controle da doença e efeitos colaterais intensos). O pedido também foi instruído com a negativa do requerimento administrativo.¹⁴⁷

O fundamento central utilizado pela parte autora para justificar o seu pedido foi o de que o protocolo clínico e a diretriz terapêutica para o tratamento da doença grave que lhe acomete é ineficaz, necessitando, portanto, de atualização. Invocou, a fim de subsidiar suas alegações, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, de 17 de março de 2010, transcrito a seguir, no que importa:

[...] A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento de políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

¹⁴⁶ Valor médio de R\$ 5.900,00 (cinco mil e novecentos reais), a caixa com 28 comprimidos.

¹⁴⁷ Processo nº 2013.01.1.105935-4.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. [...] Dessa forma, **podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.**

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial¹⁴⁸.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo juiz, sob o argumento de que, em consulta formulada à Central de Judicialização da Secretaria de Estado de Saúde, foi informado da existência de recomendação contra a incorporação do medicamento prescrito nos tratamentos padronizados do SUS, em razão de alertas publicados pelas agências sanitárias norte-americana, canadense e europeia sobre possível relação entre óbitos e a administração do medicamento no final de 2011 e início de 2012.

Foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento por ausência de documentos essenciais.¹⁴⁹

Em contestação, o Distrito Federal reiterou o argumento já expendido por ocasião da negativa administrativa, no sentido de que o medicamento não é padronizado e que o Ministério da Saúde decidiu expressamente pela não incorporação do medicamento ao SUS, por falta de segurança. Assim, e nos exatos termos da Lei nº 8.080/90, não pode ser compelido a fornecer o fármaco em questão.

Em réplica, a autora argumentou que o medicamento possui registro na ANVISA, o que esvazia a alegação de falta de segurança.

A sentença – que julgou improcedente o pedido – foi estruturada da seguinte forma:

- a) O artigo 196, da Constituição Federal de 1988, assegura a todos a proteção à saúde de modo universal, igualitário e integral, cabendo ao Estado garanti-la por meio de

¹⁴⁸ Trecho do voto proferido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, acompanhado unanimemente pelos demais Ministros (grifos no original).

¹⁴⁹ Processo nº 2013.00.2.021906-4 julgado pela 6ª Turma Cível do TJDF.

políticas sociais e econômicas que atendam as necessidades da população e visem à redução do risco de doenças e outros agravos.

- b) O Supremo Tribunal Federal, em razão da grande quantidade de ações ajuizadas com o objetivo de obrigar o Estado a prestar todo e qualquer tipo de assistência à saúde, achou por bem realizar uma audiência pública e chegou à conclusão de que as petições iniciais, contestações e sentenças em demandas dessa natureza não podem ocorrer de forma padronizada, sem contemplar as especificidades do caso concreto.¹⁵⁰
- c) O Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, foram adotados os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que consistem num conjunto de critérios que permitem o diagnóstico de doenças e a determinação de seu respectivo tratamento.
- d) Um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo previsto pelo SUS deve ser encarado com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.
- e) O tratamento para esclerose múltipla com o medicamento Fingolimode não é previsto pelo protocolo clínico e diretriz terapêutica do SUS.
- f) A ciência médica não é exata, razão pela qual nem sempre se pode agir de forma cartesiana e desprezar a condição médica de cada doente.
- g) Há, desse modo, dois aspectos conflitantes no presente caso: “seguir o protocolo disciplinar de generalidades ou endossar a prescrição médica, com presunção de idoneidade técnica e veracidade sobre a necessidade do medicamento”. De um lado, o órgão de assessoramento do Ministério da Saúde – CONITEC e as agências sanitárias alienígenas que veicularam alertas sobre possível relação entre óbitos e a administração do medicamento. De outro, o receituário médico firmado por profissional de saúde, cuja conduta é pautada pelo Código de Ética Médica.

¹⁵⁰ O juiz está se referindo à Audiência Pública nº 4, realizada entre maio e abril de 2009, cujos resultados levaram o Conselho Nacional de Justiça – CNJ a constituir um grupo de trabalho (Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009), que culminou na aprovação da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que traça diretrizes aos magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Cf. <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2014.

h) Ponderando os dois valores em jogo, “consideradas as peculiaridades do caso concreto, [...] deixo de endossar o receituário médico, e concludo pela não obrigação do Réu em fornecer tal medicamento”.

i) Julgo improcedente o pedido.

O processo foi definitivamente arquivado em 11/06/2014, pois não houve interposição de recurso.

De fato, a sentença não seguiu o padrão observado nas varas fazendárias do Distrito Federal, no sentido de condenar o ente distrital a fornecer o fármaco prescrito pelo médico assistente. Tal constatação, inclusive, pode ser confirmada pela análise de outras cinco sentenças que foram proferidas no período de 01/01/2014 a 30/06/2014, e que julgaram procedente o pedido de fornecimento do Fingolimode 0,5 mg (Gilenya).¹⁵¹

Mas, diversamente do que ocorreu no “Caso 1”, o juiz expôs os dois argumentos conflitantes e justificou exatamente o porquê de ter excepcionado a regra. Adentrou, inclusive, na análise de uma questão que poucos juízes mencionam quando julgam as demandas sobre medicamentos, que é a questão do saber médico¹⁵². Fundamentou racionalmente a sua decisão e, de modo coerente e consistente com os seus argumentos, fez prevalecer a Lei nº 8.080/90, que veda a dispensação de medicamentos que não estejam previstos nos protocolos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde. Nesse caso, e independentemente da “correção” substancial da decisão, pode-se dizer que a decisão judicial foi racionalmente fundamentada.

4.5 Como julgam os desembargadores do TJDF?

Como constatado no período pesquisado, a tendência majoritária dos juízes de primeiro grau de jurisdição do TJDF é julgar procedentes os pedidos de fornecimento de medicamentos formulados em face do Distrito Federal.

No segundo grau de jurisdição, a situação não é diferente, conforme será demonstrado a seguir.

¹⁵¹ Processos nº 2013.01.1.119524-0 e 2013.01.1.089485-4 (2ª Vara da Fazenda Pública do DF), 2013.01.1.102248-6 (4ª Vara da Fazenda Pública do DF), 2014.01.1.003701-8 (5ª Vara da Fazenda Pública do DF) e 2013.01.1.065531-6 (7ª Vara da Fazenda Pública do DF).

¹⁵² Sobre o papel do perito nas demandas sanitárias, confira TRUILHÉ-MARENGO, 2011.

Dos 125 processos pesquisados, 53 processos transitaram em julgado no primeiro grau de jurisdição. Isso porque, além de as partes não terem interposto recurso, muitos juízes compartilham do entendimento de que a hipótese não se enquadra nos casos de reexame obrigatório (remessa oficial), por força do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil.¹⁵³

Nesse passo, apenas 72 processos foram submetidos à análise das turmas cíveis do TJDF, que têm competência para julgar os recursos de apelação interpostos contra as decisões proferidas pelos julgadores de primeiro grau e os casos de reexame necessário.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui seis Turmas Cíveis, cada qual composta por quatro desembargadores¹⁵⁴. O julgamento é proferido por três desembargadores. A tabela a seguir mostra como os processos em questão foram julgados.

Tabela 4 – Resultados dos julgamentos das remessas oficiais e/ou apelações interpostas pelo Distrito Federal

Órgão julgador	Remessa oficial e/ou apelação do DF improvida(s) pelo colegiado	Remessa oficial e/ou apelação do DF com seguimento negado ou improvida(s) pelo relator (art. 557, <i>caput</i> , do CPC)	Remessa oficial e/ou apelação do DF ainda pendente(s) de julgamento	Remessa oficial e/ou apelação do DF provida(s)
1ª Turma Cível	7	2	2	0
2ª Turma Cível	4	8	1	0
3ª Turma Cível	6	1	0	0
4ª Turma Cível	8	3	1	0
5ª Turma Cível	10	2	0	0
6ª Turma Cível	10	5	0	0
Total	45	21	4	0

Fonte: Sistema de Consulta Processual de 2ª Instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (dados extraídos pela própria pesquisadora).

Obs₁: As informações constantes do gráfico foram atualizadas em 30 de maio de 2015.

Obs₂: Há dois processos pendentes de distribuição ao órgão julgador, razão pela qual não constaram da tabela (2013.01.1.075001-2 e 2013.01.1.007604-5), que, traz, por conseguinte, o total de 70 processos.

Conclui-se, portanto, que, à exceção de 2 processos que ainda não foram distribuídos e de 4 processos que ainda estão pendentes de julgamento, os desembargadores foram unânimes no sentido de manter a determinação de fornecimento de medicamento pelo Distrito Federal.

¹⁵³ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

¹⁵⁴ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é composto por um total de 40 desembargadores.

Muitos, inclusive, sequer reputaram necessário levar a remessa oficial e/ou recurso de apelação à apreciação do colegiado, resolvendo a questão monocraticamente.¹⁵⁵

Prosseguindo a pesquisa na segunda instância do TJDFT, agora deixando de lado os 125 processos pesquisados, a fim de buscar o registro de demandas originárias do Tribunal, mas sempre levando em conta o recorte temporal proposto no trabalho – decisões proferidas de janeiro a junho de 2014 – foram encontrados 8 processos julgados no período.

Os processos originários são mandados de segurança impetrados contra ato do Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal, consistente na omissão de fornecimento de medicamento. A competência para o processamento e julgamento dos referidos processos é do Conselho Especial do Tribunal de Justiça, composto por dezessete desembargadores. A tabela a seguir demonstra o mesmo padrão de julgamento observado na primeira instância e nas seis turmas cíveis do TJDFT.

Tabela 5 – Mandados de segurança sobre pedidos de medicamentos julgados pelo Conselho Especial do TJDFT (janeiro a junho de 2014)

Processo nº	Resultado do julgamento	Data do julgamento
1) MSG 2013.00.2.023588-3	Segurança concedida. Unânime.	07/01/2014
2) MSG 2013.00.2.011013-7	Segurança concedida Unânime.	07/01/2014
3) MSG 2013.00.2.028577-5	Segurança concedida. Unânime.	11/02/2014
4) MSG 2013.00.2.023072-4	Segurança concedida. Unânime.	11/02/2014
5) MSG 2013.00.2.022641-8	Segurança concedida. Unânime.	08/04/2014
6) MSG 2014.00.2.001799-0	Segurança concedida. Unânime.	15/04/2014
7) MSG 2013.00.2.030858-2	Segurança concedida. Unânime.	29/04/2014
8) MSG 2013.00.2.029558-3	Segurança concedida. Unânime.	03/06/2014
Total		8 processos = 8 seguranças concedidas

4.6 A racionalidade dos juízes nas demandas por medicamentos no TJDFT

Os julgadores reais que decidiram as demandas por medicamentos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT não se parecem com nenhum dos juízes

¹⁵⁵ Como demonstrado na tabela, 21 desembargadores decidiram a questão monocraticamente, com base no art. 557, *caput*, do CPC.

descritos por Dworkin. Possuem uma racionalidade própria, um modo de julgar que lhes é peculiar.

Não podem ser considerados convencionais, pois, se assim o fossem, teriam decidido levando em conta a legislação infraconstitucional que regula a matéria atinente à questão dos medicamentos. Também não podem ser considerados pragmáticos, pois suas decisões não trazem considerações do tipo custo-benefício. Não há argumentos indicativos de que estavam preocupados com as consequências jurídicas de suas decisões. Muito menos, juízes Hércules, dotados de poderes sobre-humanos, e que argumentam quase que de forma infinita, a fim de buscar a solução correta que se encontra oculta no ordenamento jurídico. Pelo contrário, as sentenças pesquisadas podem ser caracterizadas pela baixa qualidade da fundamentação.

De modo geral, também não se pode afirmar que os juízes que decidiram as demandas por medicamentos seguiram as regras do discurso jurídico, nos moldes preconizados pelas modernas teorias da argumentação jurídica: faltaram argumentos racionais em suas sentenças.

De fato, os juízes das varas da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT se preocuparam muito mais com o resultado do julgamento do que com a construção argumentativa racional de seus fundamentos. Em muitos casos, não houve sequer a preocupação de se trazer uma falsa argumentação, como fazem os juízes pragmáticos de Dworkin, com o objetivo de conferir uma aparência de racionalidade às decisões. Tanto é assim, que foram encontradas sentenças totalmente desprovidas de fundamentação, como se o direito fosse soberano e autossuficiente.

É verdade que tais sentenças são válidas, estão produzindo efeitos e, de certo modo, foram aceitas pela comunidade. Grande parte, inclusive, já transitou em julgado. Mas são sentenças defeituosas em um aspecto relevante, na medida em que a ausência de apresentação de critérios e de explicitação dos fatos conduz ao reconhecimento da irracionalidade da decisão.

Várias decisões não levaram em conta, também, outra função da fundamentação da decisão judicial, que é a de tratar o litigante – na condição de ser racional que é – racionalmente. Não foi dito ao ente federativo – de modo racional e transparente – o motivo de ele ser obrigado a fornecer o medicamento. Desse modo, como o Distrito Federal pode se irressignar contra a decisão? Como pode apresentar argumentos substancialmente favoráveis ao seu pleito perante a instância recursal?

Mas o que pode ter levado os juízes a decidir dessa forma? O que está por trás dessas sentenças? O que fez com que processos judiciais que versam sobre um direito respeitado de forma indeclinável fossem decididos de forma “tão simplificada”, quase padronizada?

Concretamente, em todos os processos analisados, desde a petição inicial, foram identificados poderosos argumentos emocionais da parte hipossuficiente, tais como dor, compaixão e medo da morte. A questão social também não passou despercebida. Afinal de contas, quase a totalidade dos processos veicularam pedidos formulados por doentes hipossuficientes que, efetivamente, não têm condições de arcar com o tratamento médico prescrito.

Desse modo, o que os processos pesquisados têm em comum é que veicularam argumentos capazes de colocar o julgador perante um dilema moral (a escolha trágica de Atienza). É quase como se as partes tivessem dito o seguinte: - Senhor juiz, caso o senhor não determine o fornecimento do medicamento, eu – hipossuficiente, desassistido pelo Estado – posso vir a óbito ou posso ter meu estado de saúde agravado e comprometido para todo o sempre. São os argumentos de piedade, capazes de deixar os argumentos racionais, como a observância às políticas públicas implementadas pelo Estado e à previsão orçamentária, relegados a um segundo plano.

Em outras palavras: em processos dessa natureza, normalmente, de um lado da balança se coloca a pessoa e o seu direito à vida e à saúde e, de outro, a Administração e suas normas administrativas e orçamentárias, que, se forem seguidas, poderão acarretar danos imprevisíveis ao paciente (SANT’ANA, Acesso em: 1 jun. 2014). E a pesquisa realizada demonstrou que, em regra, o argumento emocional prevalece sobre o argumento racional.

Efetivamente, do cotejo dos dados objetivos constantes dos processos com as sentenças proferidas, só se pode chegar a uma única conclusão: os juízes do tribunal de justiça local, longe de ser convencionais, pragmáticos, Hércules, ou racionais – pelo menos no que diz respeito às demandas de medicamentos – foram juízes emocionais. Julgaram movidos pelo ímpeto de “fazer justiça” a partir de suas convicções pessoais. Movidos pelo sentimento apaixonado de que é justo que se assegure aos menos favorecidos um serviço de saúde nacional completo.

A questão é que “juízos jurídicos não podem ser produzidos com base nas paixões, devendo ser racionais, o que interdita argumentos pietativos” (FREITAS FILHO, 2015, p.

10). Os juízes não podem ser apaixonados na atividade judicante. A ideia de que o Estado deve oferecer um serviço de saúde integral a todos que dele necessitem pode até ser atraente. Mas, se de um lado, existe um consenso de que “é justo” que o Poder Público assegure aos hipossuficientes um patamar mínimo de assistência à saúde, de outro, também não se pode exigir que lhes seja assegurada a mesma assistência que o rico pode comprar. O juiz não pode construir uma esfera ideal, reputá-la como esfera de necessidade e fazer disso um argumento (DWORKIN, 2001, p. 325). Ele tem que proferir uma sentença convincente por suas próprias razões, que represente a melhor solução possível para aquele caso, desde que presente no texto da lei ou tenha sido obtida por intermédio de algum outro modelo de racionalidade judicial (RODRIGUEZ, 2013, p. 77). Os juízes devem fazer justiça de acordo com o ordenamento jurídico e não de acordo com suas próprias convicções.

Além disso, e conforme já foi mencionado, no contexto do Estado democrático de direito, o dever de justificar as decisões judiciais contribui não apenas para torná-las aceitáveis, mas também para que o direito possa cumprir a sua função de guia da conduta humana (ATIENZA, 2014, p. 8). A sentença – mesmo que verse sobre o direito à vida e à saúde – não pode ser vista como um fim último. A proposição normativa tem caráter universal:

As decisões não são justificadas apenas em termos de seus efeitos diretos e imediatos apenas (e é por isso que os casos difíceis produzem um mau Direito), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (satisfazendo-se assim a exigência de justiça de que os casos iguais sejam tratados de forma igual). (MACCORMICK, 2008, p. 115)

O juiz deve estar atento a isso e, também, para o fato de que a matéria em questão envolve uma política pública. Eventualmente, uma única sentença pode não interferir na política pública do Estado, mas, somadas, as sentenças de procedência proferidas pelos juízes fazendários do Distrito Federal, indubitavelmente, interferem na política pública distrital.

É certo que o julgador pode interpretar o direito à saúde como um direito amplo e irrestrito e determinar o fornecimento de medicamentos a toda e qualquer pessoa que formule tal pretensão ao Poder Judiciário. Mas, para fazê-lo, o juiz não pode simplesmente ignorar as normas que regulam a dispensação de medicamentos pelo Estado, como se as mesmas simplesmente não existissem no ordenamento jurídico. Deve interpretá-las e, se o caso – e desde que tal solução seja contemplada pela ordem jurídica vigente –, e de forma fundamentada, afastar a sua aplicação. Apesar de não existirem respostas substancialmente

corretas para casos difíceis ou trágicos, existem respostas formalmente corretas, que exigem, necessariamente, uma justificação racional.

Mencionar um dispositivo constitucional sem interpretá-lo e invocar precedentes jurisprudenciais sem debater o caso concreto nada mais é do que empregar um argumento de autoridade, na tentativa de conferir um aspecto de racionalidade a uma decisão pietativa e ausente de fundamentação racional. Sentenciar, no Estado democrático de direito, deve ser mais do que isso: decidir um caso e justificar a decisão encontrada exige que essa decisão possa ser universalizada e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival. (MACCORMICK, 2008, p. 137)

4.7 Breves reflexões além dos marcos da pesquisa

Entre as 125 sentenças analisadas, excepcionando-se, por óbvio, as 23 sentenças padronizadas, apenas 14 sentenças não mencionaram expressamente, nas razões de decidir, o artigo 196, da Constituição Federal. Em 3, das 14 sentenças que não fizeram essa expressa menção, o juiz resolveu o processo com base no artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil, diante do reconhecimento do pedido pelo Distrito Federal¹⁵⁶. Dito de outra forma: não houve pretensão resistida.

E o que ocorreu nas outras 11 sentenças que não mencionaram, nas razões de decidir, o artigo 196, da Constituição Federal?

Com efeito, as referidas sentenças foram proferidas pelo mesmo juízo¹⁵⁷, cujo juiz titular – o mesmo que decidiu o “Caso Amanda”, ao menos no período pesquisado, já havia manifestado em algumas decisões que, diversamente de outros juízes titulares¹⁵⁸ das varas da Fazenda Pública do Distrito Federal, não compartilha do entendimento de que o direito à saúde é um direito absoluto.

Os 8 acórdãos proferidos nos mandados de segurança originários impetrados perante o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Tabela 5), por sua

¹⁵⁶ Processos n^{os} 2013.01.1.170064-9, 2013.01.1.178811-4 e 2014.01.1.031314-8.

¹⁵⁷ Processos n^{os} 2013.01.1.007604-5, 2013.01.1.024447-8, 2013.01.1.025815-0, 2013.01.1.051969-5, 2013.01.1.073252-2, 2013.01.1.075001-2, 2013.01.1.117986-0, 2013.01.1.119524-0, 2013.01.1.128981-2, 2013.01.1.114916-8, 2013.01.1.159565-6.

¹⁵⁸ Cada uma das oito Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal possui um juiz titular que, de acordo com as normas internas do TJDF, são substituídos em seus afastamentos por juízes substitutos. Em alguns casos, de acordo com critérios de necessidade e oportunidade, pode haver designação de um juiz substituto para auxílio do juiz titular. De todo modo, a rotatividade dos juízes substitutos é grande, razão pela qual é muito difícil se verificar um padrão decisório de um juiz que não seja o titular da Vara.

vez, mencionaram, textualmente, como razões de decidir, o artigo 196, da Constituição Federal.

Nessa toada, já que a maior parte dos julgados do TJDFT, a fim de imprimir uma aparência racional às suas decisões emocionais, invocou o referido dispositivo legal (e não o interpretou), mostra-se de especial relevância investigar o sentido que o Supremo Tribunal Federal – que dá a última palavra em matéria de interpretação constitucional – confere ao artigo 196, da CF. É que, na prática, a Constituição Federal vale tal como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal.

Thalita Moraes Lima, pesquisadora que integrou o Grupo de Estudo e Pesquisa em Hermenêutica e Políticas Públicas do UniCEUB, liderado por Roberto Freitas Filho, do qual a autora fez parte no período de agosto de 2013 a agosto de 2014, divulgou um estudo detalhado sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas demandas de saúde.¹⁵⁹

O objetivo de Thalita era investigar como a Corte entendia e aplicava o artigo 196, da CF. A hipótese é que “haveria uma recorrente incoerência e inconsistência nos argumentos que tratam da rede conceitual do direito à saúde pelo STF, o que implicaria em simplificação teórica no que se refere às relações entre norma e políticas públicas de saúde”. (FREITAS FILHO, 2015, p. 37)

Apesar de o marco teórico adotado por Thalita – teoria da linguagem de Richard Hare – diferir substancialmente do marco teórico adotado nesta dissertação – teoria da argumentação jurídica – nada impede que os resultados das pesquisas sejam interpretados de forma integrativa.

Segundo Thalita, uma característica comum aos julgados do Supremo Tribunal Federal, de forma geral, é a utilização da argumentação predominantemente dogmática, com remissão à doutrina, à jurisprudência da própria Corte e a normas infraconstitucionais.

A maior parte dos julgados trata o direito à saúde, textualmente, “como uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, um imperativo de solidariedade

¹⁵⁹ O artigo **Direito à saúde em análise: MAD no STF** foi publicado em 2015, na forma de um capítulo do livro **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**, organizado por Roberto Freitas Filho. Refere-se a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2009 e 2010.

social, um direito subjetivo, social, programático, e fundamental inalienável e inviolável, que assiste a todas as pessoas”. (FREITAS FILHO, 2015, p. 63)

No entanto, Thalita destaca que as decisões não explicitam, de modo transparente, qual é o conteúdo desse direito. Nas palavras da pesquisadora:

Ao privilegiar a concessão de um pleito individual por algum medicamento ou tratamento, sobre “um interesse financeiro e secundário do Estado” (RE 232335/2000, rel. min. Celso de Mello), afirmam os referidos precedentes que se estaria, em verdade, “por razões de ordem ético-jurídica”, privilegiando “o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes” (idem), isto é, daqueles “que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial desigualdade” (RE 241630/2001, rel. min. Celso de Mello). Desta maneira, uma conclusão é que os ministros do STF em questão, de modo majoritário, posicionaram-se no sentido de serem suficientes, para configurar a plausibilidade da fundamentação jurídica: as alegações em torno de uma compreensão axiológica do direito à saúde, como um preceito maior que vinculado ao direito à vida e a dignidade das pessoas deve ser o máximo possível respeitado, ou a argumentação dogmática de que tal direito deve ser interpretado como um direito fundamental que demanda ação positiva do Estado, conforme a Constituição Federal. (FREITAS FILHO, 2015, p. 63 - grifos no original)

Mesmo que possam ser extraídos alguns indícios de que o Supremo Tribunal Federal vincula o conceito do direito à saúde a uma política pública específica, Thalita ressalva que tais colocações foram raras nas decisões, que, a bem da verdade, consideraram outros fatores como relevantes:

Variáveis como a hipossuficiência econômica daquele que demanda determinado recurso ou serviço, a urgência na utilização do medicamento (como risco do perigo da demora ser inverso), ante a ineficácia de outros tratamentos, o fato de os insumos estarem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mesmo que não fornecidos pelo SUS, ou previstos na listagem de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde (relacionados na Portaria nº 1318/02, do Ministério), eram os fatores que, por fim, determinavam a concessão do pleito.

Outra constatação a ser anotada é que a maioria absoluta dos acórdãos analisados manteve a liminar deferida em instância inferior, e, muito embora em algumas vezes tenha tocado no tema orçamento, não o considerou como fator limitante à concessão da demanda individual. (FREITAS FILHO, 2015, p. 64)

Com efeito, o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal é que o fornecimento de medicamento excepcional deve ser custeado pelo Estado. Eventual lesão aos cofres públicos perde importância quando o que está em jogo é um bem maior como a vida e a saúde. O alto custo, a ausência nas listas oficiais ou a não inclusão nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde não configuram, por si sós, motivos para o não fornecimento do medicamento. “Disso se extrai uma tendência de favorecer a posição daquele

jurisdicionado enfermo que demanda individualmente, tendência esta fundada no risco de grave comprometimento do estado de saúde”. (FREITAS FILHO, 2015, p. 59 - 65)

A conclusão de Thalita foi que o Supremo Tribunal Federal, na maior parte de suas decisões, não aprofundou o conceito do direito à saúde. Não adentrou no conceito de políticas públicas, tampouco explicitou o que seria integralidade e universalidade e quais critérios de distribuição norteiam as prestações de saúde. Os ministros, de modo geral, não justificaram nem deixaram transparecer as razões de decidir (FREITAS FILHO, 2015, p. 67-69). Substancialmente, portanto, o problema encontrado por Thalita coincide com o enfrentado por esta pesquisadora: ausência de motivação racional nas decisões judiciais que decidem demandas sanitárias.

É certo, assim, que a deficiência (e, em certos casos, a ausência) de fundamentação das decisões judiciais demonstrada no decorrer da pesquisa não é apenas um problema institucional, restrito ao âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ocorre em outros Estados e, inclusive, na mais alta Corte de justiça do país.

CONCLUSÃO

O dever de fundamentação das decisões judiciais é inerente aos Estados democráticos de direito. Mas, além do dever de fundamentação, o Estado democrático de direito fez emergir a exigência da fundamentação racional, que é o ponto central da tese retratada pela teoria padrão da argumentação jurídica.

A teoria padrão da argumentação jurídica é uma teoria procedimental, que parte da assertiva de que a lógica formal dedutiva é insuficiente para justificar o raciocínio jurídico, na medida em que há casos que exigem mais do que a mera subsunção lógica da norma aos fatos. Há casos mais complexos, que exigem – além da justificação lógica interna – um raciocínio mais elaborado do julgador. Nesse contexto, o juiz também deve justificar a sua decisão externamente, de modo a permitir o cotejo das premissas e da conclusão constantes do julgado com o ordenamento jurídico.

Por ser procedimental, a teoria da argumentação jurídica impõe uma série de limitações ao discurso jurídico. Inclusive, é aqui que reside o seu grande mérito. Mesmo que a previsão de formas e regras não seja capaz de livrar completamente o processo decisório de intuições subjetivas, reduzem-nas consideravelmente, permitindo que a decisão judicial seja analisada à luz de limites conhecidos.

Os problemas encontrados pelo julgador devem ser abordados e enfrentados por meio da justificação externa, que deve se dar sempre de acordo com o ordenamento jurídico. Desse modo, mesmo diante de um caso de resolução problemática, não é dado ao juiz decidir além do que permite o sistema jurídico como um todo. Ele não pode decidir arbitrariamente, de acordo com suas próprias convicções e sentimentos pessoais. Deve julgar de forma coerente e consistente. Coerente, na medida em que a sentença deve ser justificável valorativamente. Consistente, na medida em que a sentença não pode ser contraditória à ordem jurídica válida e vigente.

A proposta de análise crítica do raciocínio jurídico levada a efeito por Ronald Dworkin – muito embora formulada em termos diversos – também conduz à conclusão de que os juízes não podem decidir discricionariamente. O direito é um sistema íntegro e coerente, composto de regras, princípios e diretrizes políticas e, como tal, não pode ser desprezado pelo

julgador. As metáforas dworkinianas do mítico juiz Hércules e do romance em cadeia (*chaim novel*) se prestam muito bem para ilustrar a tese central do direito como integridade.

Com efeito, segundo Dworkin, o Estado democrático de direito exige uma postura judicial diversa da convencional e da pragmática, na medida em que o juiz não deve criar o direito, mas encontrá-lo, mediante o exercício de uma tarefa interpretativa racionalmente justificada.

Contudo, a pesquisa exploratória realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFTT demonstrou que, pelo menos no que diz respeito às demandas que versam sobre o direito fundamental à saúde, especificamente, às demandas que objetivam a concessão de medicamentos pelo Distrito Federal, os juízes não têm cumprido satisfatoriamente o dever de fundamentar racionalmente as suas decisões.

O que, de certo modo, não deixa de ser um paradoxo, na medida em que os juízes compartilham do entendimento de que o direito à saúde deve ser respeitado de forma indeclinável.

Explica-se.

Inegavelmente, os direitos fundamentais devem ser tratados com prioridade absoluta, principalmente pelo Poder Judiciário, que tem o dever institucional de assegurar, quando instado a fazê-lo, a sua concretização.

Nessa toada, conferir celeridade a um processo em que um paciente hipossuficiente pleiteia o fornecimento de um medicamento pelo Estado não escapa do que se espera de um juiz. A pesquisa demonstrou que os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios agem dessa forma e, até aqui, não se vê nenhum problema.

Contudo, o direito à saúde, nos moldes em que figura no texto constitucional, apresenta-se como um ideal a ser alcançado. Não pode ser aplicado mediante um processo lógico de simples subsunção da norma ao fato concreto. Só pode ser compreendido, portanto, se interpretado dentro de um contexto normativo, tarefa da qual as decisões judiciais pesquisadas não se desincumbiram, pois se limitaram a fazer referência à Constituição Federal, como se não houvesse uma legislação específica sobre a matéria.

Ora, também seria natural que os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tivessem priorizado as sentenças proferidas nos processos dessa natureza. Não no sentido de decidir de forma padronizada e julgar procedente praticamente todos os pedidos, mas no sentido de considerar os argumentos das partes, interpretar o direito e proferir uma sentença racionalmente fundamentada. Entretanto, como visto, não foi isso que a pesquisa demonstrou.

Com efeito, o que restou demonstrado foi que, por trás da “padronização” das sentenças e, por conseguinte, da baixa qualidade da fundamentação, os juízes decidiram motivados por questões de cunho emocional.

As diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS e a política pública de assistência farmacêutica sequer foram abordadas pela maior parte dos julgados, que, fundamentalmente, consideraram como relevantes para impor a obrigação de fornecer o medicamento pleiteado ao Distrito Federal, apenas e tão somente, a hipossuficiência da parte demandante e a recomendação do fármaco pelo profissional médico.

Conclui-se, portanto, que o raciocínio empreendido pelos julgadores nas decisões pesquisadas foi demasiadamente emocional e simplista, diante da complexidade da matéria que envolve a questão da dispensação de medicamentos pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/8149/Aarnio,%20Aulis>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Marco Antônio de Sousa. **A nova retórica de Chaim Perelman: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o estado democrático de direito**. Disponível em: <http://www.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_e_Estado_Democratico_de_direito>. Acesso em: 20 de jun. 2015.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>>. Acesso em: 4 de jun. 2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomía: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. n. 6. Abril 1997. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-lmites-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0/>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. *Para una teoría de la argumentación jurídica*. **Doxa**. n. 8, 1990. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141785.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A assistência farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2011.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: história de deuses de heróis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Prefácio à obra tópica e jurisprudência, de Theodor Viehweg**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/95>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF**. Organizador Roberto Freitas Filho – Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de análise de decisões - MAD**. Disponível em: <www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/1206>. Acesso em 09 ago. 2013.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. *The burden of argumentation in legal disputes*. **Ratio Juris**. vol. 3. n. 1 bis. 1990, p. 118-129. Disponível em: <https://www.academia.edu/3363735/The_Burden_of_Argumentation_in_Legal_Disputes>. Acesso em: 22 jun. 2015.

GÜNTHER, Klaus; PESSOA, Leonel. Cesarino. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, BRASIL, n. 6, p. 85-102, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/69481>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

HARE, R. M. **A linguagem da moral**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**. a. 40. n. 160, p. 49-64. out-/dez. 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o estado de direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Felipe Daniel Amarin. **(Re)construindo as decisões judiciais, a partir de Ronald Dworkin:** pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política? Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2771.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** n. 54. ano. 2009. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/235>>. Acesso em: 04 jul. 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica:** nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação:** a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Dworkin e o pragmatismo jurídico.** Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2015.

_____. **O que é pragmatismo jurídico?** Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 15.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para um crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A saúde aos cuidados do judiciário:** a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. Disponível em: <<http://www.repositorio.unb.br/handle/10482/4153>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras:** mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003). Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da argumentação jurídica.** Veredas do Direito, Belo Horizonte. v. 2. n. 3, 2005. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/116/97>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An introduction to reasoning.* 2. ed. Nova York: Macmillan, 1984.

TRUILHÉ-MARENGO, Eve. *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux.* Paris: CEIRIC, 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Universidade de Brasília, 1979.