

**A RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM
POLÍTICAS DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS GRATUITOS PELO PODER
PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA
DE ROBERT ALEXY**

**LA RACIONALIDAD DEL MÉRITO DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LAS
POLÍTICAS DE OTORGAMIENTO DE MEDICAMENTOS GRATIS POR EL
PODER PÚBLICO DEL ESTADO DEL ESPIRITO SANTO: UN ANÁLISIS A LA LUZ
DE LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY**

Tainá Aguiar Junquihó¹

Leonardo Zehuri Tovar²

RESUMO

A partir do neoconstitucionalismo, observou-se o reconhecimento da Constituição como norma superior capaz de traduzir imperativos de observância inarredável e permeada não só de regras, mas também de princípios. Nesse contexto, tem-se que a positivação de amplos direitos sociais pelas Cartas Constitucionais no segundo pós-guerra possibilitou maior intervenção do Poder Judiciário em esferas como a do Poder Executivo. Diante desse novo paradigma de compreensão do documento constitucional, e à luz do mandamento da ponderação desenvolvido por Robert Alexy, que intentou conferir racionalidade à fundamentação das decisões judiciais, a pesquisa teve como objetivo examinar decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) que envolviam o direito à concessão de medicamentos gratuitos pelo Poder Público. O escopo da pesquisa foi, portanto, avaliar a influência do método racional criado por Alexy em 03 decisões encontradas no site do TJES que citavam seu uso na fundamentação. Concluiu-se que, em duas decisões analisadas a máxima da ponderação foi citada, mas não foi desenvolvida, o que tornou a citação vazia de conteúdo. A terceira decisão avaliada pormenorizou o método de Alexy sem, todavia, ter tangenciado o mérito da causa, o que comprometeu sua efetivação prática.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Palavras-chave: neoconstitucionalismo - ponderação de princípios – concessão de medicamentos gratuitos pelo Poder Público

RESUMEN

Desde el neoconstitucionalismo, hubo el reconocimiento de la Constitución como norma superior capaz de traducir imperativos de observancia inquebrantable y permeada no solo de reglas, sino también de principios. En este contexto, se tiene que la positivación de amplios derechos sociales por las Constituciones en el segundo posguerra permitió una mayor intervención por parte del poder judicial en ámbitos tales como el Poder Ejecutivo. En este nuevo paradigma de comprensión del texto constitucional, y a la luz de la ponderación desarrollada por Robert Alexy que intentó conferir racionalidad a la motivación de las decisiones judiciales, la investigación tuvo como objetivo examinar las decisiones del Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo (TJES) que implicaban el derecho a medicamentos gratuitos por el Gobierno. Por tanto, el alcance de la investigación fue evaluar la influencia del método racional creado por Alexy en 03 decisiones que se encuentran en el sitio TJES citando el uso del razonamiento. Se concluyó que, en dos decisiones analizadas la máxima de la ponderación fue citada, pero no se ha desarrollado, lo que hizo el contenido de la citación vacío. La tercera decisión evaluada ha detallado el método de Alexy sin, todavía, tener tangenciado la sustancia, lo que ha comprometido su realización práctica.

Palabras-clave: neoconstitucionalismo – ponderación de principios - concesión de medicamentos gratuitos por parte del Gobierno

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi criada sob o manto do paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual preza pela consagração dos direitos individuais e coletivos pelos entes políticos e sedimenta as conquistas logradas pelos paradigmas dos Estados Liberal e Social.

Nesse sentido, conforme afirma Bastos (2013, p. 125), o Estado Social tem como atributo mais relevante deixar de ser “*government by law* e pretender transformar-se no complexo *government by policies*, na medida em que se pretende preocupar com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas econômicas”.

Ora, o direito fundamental à saúde, enquanto direito social previsto inicialmente no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, exige do Estado que realize prestações aos cidadãos (estado promocional). Essas prestações, “qualificam-se como positivas porque revelam um **fazer** por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais” (BULOS, 2009, p. 673, grifo nosso).

Ocorre que quando a administração deixa de cumprir deveres sociais, o Poder Judiciário é acionado pelo cidadão particular não atendido, provocando o que se chama de *judicial review* (revisão judicial). Diante deste cenário desafiador, surge a figura da Fazenda Pública em juízo, cada vez mais frequente na medida em que o Estado-gestor não realiza determinados deveres sociais constitucionalmente assegurados, o que faz com que a população busque a implementação de políticas públicas pelo Judiciário.

A partir desse panorama surge o problema que ensejou a pesquisa, a saber: como se deu a aplicação da Teoria da Ponderação de Robert Alexy na fundamentação de decisões judiciais que envolveram políticas públicas de concessão de medicamentos gratuitos pelo Poder Público na realidade do Estado do Espírito Santo?

Diante de tal questionamento, inicialmente realizou-se a descrição do contexto neoconstitucionalista em que se situa a Carta Constitucional de 1988, questão tangencial de suma importância para a compreensão do trabalho. Posteriormente, descreveu-se a Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy, que deu base ao trabalho para, por fim, eleger três decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) que envolvessem o requerimento de concessão de medicamentos pelo Poder Público e, a partir delas, confrontar a teoria de Robert Alexy com a fundamentação expendida pelos Desembargadores.

Desse modo, a pesquisa realizou o necessário recorte metodológico para análise de algumas decisões à luz da teoria eleita. A iniciativa da pesquisa, portanto, a despeito de restringir-se à análise de apenas três decisões, em notório enfoque qualitativo, insere-se no contexto da intervenção judicial em políticas públicas de saúde, tema de extrema relevância diante da conjuntura neoconstitucionalista.

1 O CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA DA CARTA MAGNA DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 representou uma radical transformação e (re)afirmação do Direito Constitucional e da própria Teoria da Constituição, que resultou na construção de sólidos pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito.

De fato, a Carta de 1988 acompanhou traços comuns e característicos a inúmeras constituições de diversos países do mundo que surgem posteriormente ao segundo pós-guerra³, as quais, nesse contexto, “assumem um viés mais político, ou seja, ‘englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização’. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado” (MOREIRA, 2010, p. 85).

A Segunda Guerra Mundial deixou como ‘legado’, a consciência e a compreensão de que “as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie” (SARMENTO, 2009, p.97), o que, sob essa perspectiva, provocou a criação de documentos constitucionais de cunho intencionalmente diretivos e limitadores do poder estatal e o fortalecimento da jurisdição constitucional, instituindo-se “mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador” (SARMENTO, 2009, p.97).

Essa nova percepção constitucional refletiu no paulatino esvaziamento da crença na concepção puramente positivista do Direito e traduziu-se em uma nova perspectiva acerca do papel da Constituição no sistema jurídico. Nesse sentido, como bem analisa Streck (2002) parece inevitável que a conjuntura de crise estatal gere como consequência a reflexão sobre a função que cabe àquele instrumento do mundo moderno cujo papel foi servir de palco para instituição das matérias políticas socialmente determinadas.

³ Nesse sentido, aduz Rossi (2006, p. 3805) que “as Constituições da Itália(1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988) são exemplos desta mudança que tem demarcado o espaço do constitucionalismo contemporâneo, com a abertura das Constituições aos valores, por meio dos princípios constitucionais , e por conseguinte, a necessária abertura de todo o sistema jurídico. A introdução destes elementos ocorre, como se sabe, num contexto de reação aos regimes políticos marcados pela opressão, pelo autoritarismo e pela barbárie e marcados ,singularmente, pelo não reconhecimento do outro, da alteridade, a ausência da solidariedade”.

A conjuntura do segundo pós-guerra, portanto, criou as circunstâncias ideais para que o documento constitucional ganhasse força suficiente e a intenção precípua de manifestar em seu texto os ensejos das complexas mudanças esperadas pelas sociedades globais. Este cenário contemporâneo foi descrito por Riccardo Guastini⁴ (2005, p. 49, tradução nossa) como a “constitucionalização do ordenamento jurídico”, segundo a qual, por meio de um processo de mutação radical do ordenamento jurídico, o mesmo “resulta totalmente impregnado pelas normas constitucionais”.

Com efeito, reunindo as características do constitucionalismo moderno, Canotilho cunha a expressão Constituição Dirigente, cujo predicado, segundo Bercovici (2008, p. 151) é “racionalizar a política, incorporando uma dimensão de legitimidade material pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. A constituição, assim, não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro”.

A expressão proposta por Canotilho (2001, p. 175) é descrita por ele como a “inserção, no complexo normativo-constitucional, de tarefas estaduais, de fins sócio-económicos, de diretivas materiais”. A proposta da Constituição Dirigente é, portanto, de “dimensão emancipatória” (BERCOVICI, 2008) no sentido de que visa a estabelecer promessas para o porvir, cujo intuito é a transformação social.

Diante desse conjunto de diversas transformações vividas pelo Direito Constitucional, cria-se na doutrina o termo “neoconstitucionalismo”, com o qual se pretende condensar as vicissitudes atinentes a este momento. O fenômeno neoconstitucionalista teve seus principais atributos assim sintetizados por Sarmiento (2009, p. 95)

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d)

⁴ O autor lista e descreve sete condições de constitucionalização a serem satisfeitas para que um ordenamento seja considerado como impregnado pelas normas constitucionais, a saber: constituição rígida, garantia jurisdicional da Constituição, força vinculante da Constituição, sobreinterpretação da Constituição, aplicação direta das normas constitucionais, interpretação conforme das leis e, por fim, influencia da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, 2005).

reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Também expondo os principais aspectos do ‘neoconstitucionalismo’ Barcellos (2006) os divide em dois grupos, que agregam respectivamente elementos metodológico-formais e materiais.

No que tange ao aspecto metodológico-formal, segundo a autora, modernamente evidencia-se a posição suprema da Constituição no ordenamento jurídico que, por sua rigidez, torna-se fundamento de validade de todas as produções legislativas que pretendam ingressar no sistema e efetivamente tornarem-se normas jurídicas, ficando obrigatoriamente subordinadas aos comandos constitucionais.

Por derradeiro, para a autora, o ‘neoconstitucionalismo’ apresenta também elementos materiais que podem ser traduzidos como a inserção no sistema, de normas impregnadas de alta carga valorativa ou princípios.

Dentre as pretensões e mudanças deste novo paradigma Lênio Streck (2011, p. 107, grifo nosso) sintetiza e destaca que

[...] o legado do constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito (aqui entendido como o *plus* normativo representado por essa terceira fase do constitucionalismo fundamentado no binômio democracia e respeito aos direitos fundamentais) trouxe a lume a ideia de **força normativa da Constituição**, o **constitucionalismo dirigente**, da superação da ideia de Constituição (meramente) programática, da **importância dos princípios** e da materialidade da Constituição, além de um **novo paradigma de interpretação dos textos das constituições**, questões essas que implica(ram) uma espécie de **ativismo judicial ou intervencionismo dos tribunais constitucionais**, enfim, aquilo que muitos vão denominar de judicialização da política.

Como se percebe pelas considerações acima, a Constituição torna-se documento compromissário, que, permeada de comandos e mandamentos, passam a exigir nova postura do Poder Judiciário no aspecto da aplicação e interpretação dos direitos prestacionais descumpridos pelos demais Poderes. Essa politização das decisões judiciais, por sua vez,

necessita de amplo debate acadêmico que vise a elucidar seus limites e até mesmo a pretensão de legitimidade da atuação judicial contemporânea.

2 O MODELO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY: PREMISSAS DE APLICAÇÃO

As constituições modernas, permeadas de extenso catálogo de direitos fundamentais, provocaram o rearranjo do arcabouço teórico acerca da jurisdição constitucional, de seu papel e de seus deveres/compromissos diante da nova ordem. De fato, conforme salienta Coura (2009), nesse contexto, determinadas construções teóricas elaboradas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na realização de sua atividade jurisdicional, serviram de base para a elaboração da teoria de Robert Alexy, a qual vem sendo, inclusive, rotineiramente utilizada nos tribunais do Brasil.

Os direitos fundamentais, segundo a construção teórica de Alexy (2005), estão organizados em duas concepções estruturalmente diversas. Tais construções seriam designadas respectivamente de “construção de regras” (estreita e exata) e “construção de princípios” (larga e ampla).

A partir dessas construções Robert Alexy descreve e diferencia dois modelos normativos (regras e princípios), distinção essa cuja importância torna-se fundamental para a compreensão da teoria da ponderação, por ele formulada.

Dentre as diversas características de regras e princípios, Alexy (2002, p. 101, tradução nossa) aponta que “as regras e os princípios são razões de tipo diferente. Os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras são razões definitivas”. Pelo critério da generalidade, o autor estabelece que “os princípios tendem a ser relativamente gerais porque não estão referidos aos limites do mundo real e normativo” (ALEXY, 2002, p. 103, tradução nossa).

Todavia o ponto crucial que diferencia princípios de regras está na compreensão daqueles como “mandados de otimização”, ou seja, como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes” (ALEXY, 2002, p. 86, tradução nossa). Desse modo, não há que se falar em princípios absolutos, mas na relativização de seu peso diante da análise do caso concreto.

É essencial observar, portanto, que para a teoria construída pelo doutrinador alemão, os princípios diferem das regras por poderem ser efetivados em diversos graus e intensidades, eis que têm a aplicação submissa ao limite do possível (COURA, 2009). As construções de regras e princípios são importantes vetores metodológicos quando se busca compreender os direitos fundamentais. Isso porque, quando de sua aplicação, percebe-se de pronto a insuficiência dos tradicionais métodos interpretativos, tendo em vista o fenômeno da colisão de direitos fundamentais.

Segundo Alexy (1991, p. 68)

[...] o conceito de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direito fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

Sob essa perspectiva e, entendendo os princípios como determinados por medida/peso à luz do caso concreto, tem-se que o modo de solução dos casos de conflito entre regras é diverso do meio de resolução empregado quando da colisão de princípios.

Daí a importância teórica de Robert Alexy, para quem, segundo Sarmiento (2003), no conflito de regras que igualmente incidem sobre certo caso fático, a solução impõe-se por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, o que promove a supressão de determinada regra e a escolha por outra.

Já na hipótese de colisão de princípios, a resolução leva em conta a dimensão de peso atinente a cada princípio diante dos atributos e particularidades do caso concreto, para que se possa definir o grau de renúncia de um em relação ao outro (SARMENTO, 2003). Dessa forma, a despeito do conflito em determinada hipótese concreta, não há exclusão de um princípio em detrimento do outro, mas coexistência de realização, em diferentes e determinadas medidas, de ambos os princípios colidentes.

É nesse ponto crucial de colisão de princípios que ganha relevo na teoria desenvolvida por Robert Alexy a ponderação de interesses, a qual se torna exigência, sob a perspectiva analisada, para a solução das “colisões” que abrangem direitos fundamentais (COURA, 2009). Segundo conhecido conceito de Barcellos (2005, p.23), consiste a ponderação na “técnica jurídica de solução de conflitos normativos” principiológicos, cuja resolução não é satisfeita pelas técnicas hermenêuticas tradicionais para dissolução de antinomias.

Inicialmente, para descrição da ponderação de interesses, deve-se notar que esta envolve a exigência da realização de três máximas parciais (subprincípios), a saber, “necessidade”, “adequação” e “proporcionalidade em sentido estrito”.

A avaliação do subprincípio da “adequação” é descrita por Gilmar Mendes (2012, p. 75) como a exigência de que “as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos”. Pode ser compreendida, portanto, como a análise da relação de conformidade entre meios empregados para restrição de determinado princípio e os fins atingidos.

No que tange à observância do subprincípio da “necessidade”, Alexy (2005, p. 339) explica que

[...] esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2. Se existe meio menos intensivamente e igualmente idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custas para a outra.

Dessa forma, a “necessidade” revela que, dentre as várias possibilidades de satisfação do caso, deve-se eleger sempre o meio de menor onerosidade possível e cuja eficácia seja maior.

É, por fim, na exigência da proporcionalidade em sentido estrito que, de fato, se realiza a ponderação dos interesses em jogo no caso concreto. Trata-se, no dizer de Sarmiento (2003, p. 89) de “uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade”.

Nesse sentido, faz-se necessário que, como em uma balança, os encargos exigidos pela aplicação de determinada norma, sejam menores que as vantagens obtidas por sua utilização. Ou ainda, no dizer do próprio Alexy (1991, p. 78) a proporcionalidade em sentido estrito pode ser resumida no postulado segundo o qual, “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”.

Tem-se, então, que a aplicação do princípio da ponderação visa à otimização dos princípios considerados para o caso concreto, à luz da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que norteiam a averiguação das possibilidades fáticas e jurídicas de realização de cada princípio colidente e em jogo.

Em síntese, na teoria de Alexy uma decisão que faz uso da ponderação, será legítima apenas se sua valoração possa ser racionalmente fundamentada, é dizer, tiver seus argumentos expostos de modo racional por meio da demonstração das estruturas que permeiam as premissas e justificações da decisão (MORAIS, 2013).

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO EM DECISÕES JUDICIAIS

No contexto neoconstitucionalista brasileiro em que a Constituição é perpassada por inúmeros princípios, a teoria desenvolvida por Robert Alexy ganha importância na prática judiciária brasileira (MENDES, 2012). De fato, a Constituição dirigente a traduzir mandamentos que se

espraíam por toda a ordem jurídica, produz o movimento de trazer para o Poder Judiciário a força concretizadora de fins e objetivos, bem como dos diversos direitos fundamentais presentes no sistema normativo vigente (MORAIS, 2013).

Nesse sentido é característica essencial do direito constitucional pátrio a proeminência ostentada pelo Poder Judiciário, que tende a assumir para si demandas sociais antes notadamente políticas no fenômeno caracterizado como “judicialização da política”. Entretanto, esse aumento da atividade jurisdicional, acabou por permitir a interpretação do Poder Judiciário como irrestrita (TASSINARI, 2012). Aliás, a ausência de limites na ação judicante trouxe o repudiado ativismo judicial o qual, segundo Streck (2011), diferencia-se da judicialização por representar o fenômeno da atuação discricionária dos magistrados.

Ora, a necessária argumentação que deve ser expendida nas decisões tomadas sob a égide do Estado Democrático de Direito, deve ser racional e respeitar as premissas utilizadas, sob pena de cair no vazio argumentativo. A ponderação, portanto, quando empregada, deve servir para racionalizar a fundamentação das decisões judiciais (SARMENTO, 2009).

As premissas trazidas pelo constitucionalismo dirigente de abertura semântica nos textos das constituições mundo afora, fizeram com que no desenvolver de sua teoria argumentativa, Alexy (2005) notasse a paulatina importância das valorações na Ciência do Direito e na jurisprudência. Entretanto, diante de tal constatação, o próprio autor se questiona

[...] onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser **racionalmente fundamentadas** ou justificadas essas valorações (ALEXY, 2005, p. 38) (grifo nosso)

A preocupação do autor com a necessidade de realização racional das valorações propiciou a criação da ‘máxima da proporcionalidade’, a qual foi importada pelo Brasil “de modo muito particular, que merece exame exclusivo”, como anota Barcellos (2005, p. 2).

Há que se questionar, desse modo, como tem se dado a aplicabilidade de tal máxima. Como nota Humberto Ávila (2007, p. 143),

[...] a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam [...] a ponderação, **sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito.** É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. (grifo nosso)

Com efeito, se o objetivo precípua da teoria é servir de norte para racionalizar a fundamentação expendida em decisões que requerem argumentações cada vez mais complexas, seu emprego não pode dar-se de modo irresponsável e irrefletido, sem a devida explanação das premissas que a compõe a demonstrar notável postura judicial ativista.

Além disso, no que tange, sobretudo, àquelas decisões que envolvem o direito à saúde e em que o conflito de sua prestação positiva pelo Estado-Gestor é levado ao Judiciário, a necessidade de uma rigorosa argumentação emerge como imperiosa. Afinal, como coloca Caldeira (2013, p. 15, grifo nosso)

É preciso, pois, o debate acerca da viabilidade de se incorporar no Brasil um método suficientemente seguro para estabelecer critérios a guiar o juiz (e intérpretes da lei de um modo geral) na sua atividade, sobretudo para deliberar sobre questões atinentes à saúde, tais como a **concessão de remédios** e tratamentos médicos. A ideia é evitar **que, sob o manto da Teoria da Argumentação e da ponderação de interesses, se esconda o livre discurso do juiz, o que pode se traduzir em incoerência, falta de integridade dentro do próprio sistema e gere descontrole de efeitos futuros.**

Enfim, a discussão acerca das premissas teórico-metodológicas que devem nortear a atividade decisória tem o intuito de iluminar a prática judicial que não pode se utilizar de teorias como a da ponderação para escamotear a atividade interpretativa desprendida de quaisquer fundamentações racionais.

3 O USO DA PONDERAÇÃO EM DECISÕES AFETAS AO DIREITO À SAÚDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Diante da concisa explanação no capítulo anterior, da teoria da ponderação criada por Robert Alexy e da constatação do uso reiterado dessa técnica argumentativa nos Tribunais brasileiros a partir da Constituição dirigente de 1988⁵, a pesquisa se propôs a analisar decisões que tenham pretendido aplicar tal fundamentação.

Para cumprir tal desiderato e, tendo em vista a impossibilidade fática de análise de todas as decisões que em nossa prática judicial brasileira já se utilizaram da ponderação, foi necessário restringir e circunscrever os critérios da pesquisa a determinado Tribunal, precisar o lapso temporal, definir a temática das lides a serem pesquisadas, bem como a quantidade de material a ser analisado.

Com esse objetivo, portanto, foi usado como critério espacial o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Para concretizar a pesquisa, realizou-se busca por meio do site do TJES⁶, utilizando-se do instrumento de busca de jurisprudência oferecido nesse endereço virtual. Buscou-se também restringir o objeto de estudo somente a decisões colegiais (acórdãos) afetas ao direito fundamental à saúde, em especial a lides cujo objeto discutido envolvia a concessão de medicamentos gratuitamente pelo Poder Público.

A escolha específica do objeto das decisões deu-se pela importância de, no contexto atual, realizarem-se investigações acerca do tema dos limites da intervenção Judicial no controle de Políticas Públicas que envolvam o direito fundamental à saúde. Ademais, no intuito de reduzir o campo da pesquisa, tendo em vista seu caráter qualitativo, adotou-se como marco temporal o período de 01.01.2007 a 01.05.2014.

⁵ Nesse sentido Mendes (2012, p. 101) observa que “[...] também entre nós coloca-se não raras vezes, a discussão sobre determinados direitos em contraposição a certos valores constitucionalmente protegidos”.

⁶ http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm

Assim, foram isoladamente empregadas as palavras-chave “fornecimento de medicamento” “ponderação” e “direito à saúde” como parâmetro, com o intuito de obtenção de decisões que tangenciassem a temática abordada pelo trabalho. Para cada palavra-chave foi encontrado determinado número de decisões⁷, das quais, após leitura dinâmica elegeu-se uma para ser apresentada na pesquisa.

Desse modo, a partir do resultado da busca no *site*, foram selecionadas três decisões em que se percebeu a explícita referência do princípio da ponderação pelo Desembargador Relator, para nelas apreciar se o modo como se deu sua aplicação respeitava a teoria desenvolvida por Robert Alexy.

3.1 REMESSA NECESSÁRIA Nº 12100107593

O primeiro caso avaliado concretizou-se no julgamento da Remessa Necessária nº 12100107593, por meio da qual foi avaliada sentença proferida pelo Magistrado da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, Registros Públicos e Meio Ambiente da Comarca de Cariacica-ES, a qual deu procedência ao pedido autoral de fornecimento dos fármacos CILOSTOZOL 100 mg e BUFEDIL 300 (Cloridrato de Buflomedil), pelo tempo necessário ao tratamento do paciente.

O autor alegava ser portador de doença rara, cujo tratamento somente poderia se dar por meio dos medicamentos requeridos, os quais não lhe foram fornecidos pela Farmácia Cidadã, o que afirmava ser um desrespeito à dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à saúde (Arts. 6º, 196 e 197 da CF/88).

O Estado do Espírito Santo, réu da ação, aduzia por sua vez, a existência de medicamentos diversos do requerido pelo autor e com efeitos terapêuticos idênticos que poderiam ser fornecidos pelo Poder Público.

⁷ Ao digitar a palavra-chave “ponderação”, obteve-se um número de 312 acórdãos, de variadas matérias. Ao digitar as palavras-chave “fornecimento de medicamento” e “direito a saúde”, obteve-se um número total de 298 acórdãos.

No julgamento, o Desembargador Relator entendeu tratar-se de decisão que envolvia necessário juízo de ponderação, como se observa no trecho a seguir: “[...] a controvérsia cinge-se, portanto, em **ponderar** se é razoável o direito do autor em receber, sem quaisquer ônus, os remédios de que necessita, receitado por médico da Secretaria Municipal da Saúde (SUS)” (grifo nosso).

Nota-se, portanto, diante do excerto, a menção expressa ao uso da ponderação. Todavia, da leitura da íntegra do voto, que foi acompanhado em iguais termos pelos demais Desembargadores integrantes da Câmara julgadora, percebe-se que seu uso foi feito de modo aleatório, sem compromisso teórico.

De fato, Ana Paula de Barcellos (2005) identifica como primeira etapa da ponderação a necessária caracterização, pelo julgador, dos princípios em conflito que justifiquem a necessidade do uso de tal argumentação. Todavia, durante toda a fundamentação expressada no voto, inexistiu qualquer alusão que explicitasse princípios em colisão a demandar o uso da ponderação.

A ideia de ponderação, para Alexy (1991), traz a vantagem de lidar com princípios de forma a maximizá-los, aproveitando seu maior potencial, para que não se esvaziem em conteúdo. Entretanto, observa-se que tampouco apareceram no voto maiores argumentações em que se realizassem as etapas, ou subprincípios da máxima criada por aquele autor.

A decisão do órgão julgador foi pela manutenção da sentença proferida pelo Juízo *a quo*, determinando a concessão do medicamento pelo Estado sem, contudo, a realização de detido exame da máxima da ponderação. O uso do termo ‘ponderação’ no julgado sob análise deu-se, portanto, de forma contingente e sem a fundamentação requerida por Alexy para sua concretização lógica.

3.2 APELAÇÃO Nº 011110178776

O segundo caso avaliado, originou-se de decisão proferida no julgamento do recurso de apelação nº 011110178776 à sentença proferida pelo Magistrado da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim.

Por meio da interposição da apelação, a recorrente tentou questionar a decisão que denegou a segurança a um mandado, por meio do qual requeria o fornecimento de fármacos necessários ao controle de sua enfermidade. Dentre suas alegações, a apelante afirmou ser dever do Poder Público o fornecimento de medicamentos, com base no direito à saúde e no princípio da dignidade humana.

O Juiz *a quo* denegou a segurança por entender ausente o direito líquido certo, tendo em vista a carência de comprovação da indispensabilidade do uso do medicamento, argumentando ser imprescindível a realização de prova pericial, impossível em sede de mandando de segurança.

Todavia, na apreciação da apelação, a Câmara julgadora deu provimento ao recurso, entendendo assistir razão à apelante. O voto do Desembargador Relator, que também foi seguido pelos demais Desembargadores componentes da Câmara, destacou a importância da ‘ponderação’ para a solução do caso concreto, como se observa no seguinte trecho:

[...] Não se olvida que as questões atinentes à judicialização da saúde merecem uma **análise minuciosa no caso concreto**, para que seja **ponderada a relação entre o direito individual e o coletivo**, a fim de evitar que a intervenção do Judiciário ultrapasse a fiscalização de violações da garantia constitucional à saúde e inviabilize a característica de universalidade do Sistema Único de Saúde, por onerar demasiadamente o orçamento público. (grifo nosso)

Nota-se, dessa forma, o reconhecimento, pelo Desembargador Relator, da essencialidade da avaliação pormenorizada do caso julgado à luz da concretização do princípio da ponderação de interesses. A estrutura da ponderação, nos termos da teoria descrita por Alexy (2005) exige o juízo de proporcionalidade consistente no encadeamento argumentativo dos três princípios parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Porém, no decorrer da fundamentação do julgado sob análise, não se verifica a realização do sopesamento entre princípios colidentes, a despeito da promessa inicial do julgador nesse sentido.

Além disso, da leitura do inteiro teor da argumentação empregada, verifica-se o descompromisso teórico e argumentativo no emprego da ponderação, na medida em que sequer são citados princípios em choque. Cumpre ressaltar nesse sentido, que a explicitação dos princípios constitucionais que permeiam as circunstâncias do caso concreto e proporcionam decisões divergentes, deve obrigatoriamente ser feita para assimilação e resolução do problema à luz da ponderação (SARMENTO, 2003).

Ao final da decisão, invocando a afirmação da suficiência da prescrição médica do fármaco para prova da concessão do mandado de segurança à apelante, a Câmara decidiu no sentido de dar provimento ao apelo, citando a ponderação como imperiosa, sem, entretanto, realizá-la de fato.

3.3 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100060007620

A discussão que permeou o mandado de segurança nº 100060007620 dizia respeito à concessão gratuita do medicamento Humira 45 mg pelo Poder Público. Segundo a impetrante o uso daquele remédio seria o único meio adequado para o tratamento de sua enfermidade.

Desde o início de sua fundamentação, o Desembargador Relator tomou por base do julgamento a premissa da ponderação, como se percebe a seguir

[...] a aplicação de todo princípio constitucional – e a garantia à saúde não constitui exceção – exige a verificação dos **critério** de adequação (Grundsatz der Geeignetheit), de necessidade (Grundsatz der Erforderlichkeit) e de proporcionalidade em sentido estrito (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne), componentes do **postulado da proporcionalidade**. (grifo nosso)

Assim restou consignada a linha argumentativa da proporcionalidade, a ser usada para balizar o caso que envolvia a garantia do direito à saúde.

No desenvolver de seu voto, o Desembargador Relator utilizou a proporcionalidade para justificar que o fornecimento de fármacos pelo Poder Público deve-se dar de forma cautelosa, de modo a respeitar simultaneamente os subprincípios da adequação (eficácia do tratamento requerido), necessidade (menor custo do medicamento) e da proporcionalidade em sentido estrito (prevalência do bem jurídico protegido sobre os demais).

Destarte, argumentou o julgador ser inadequada a via do mandado de segurança, diante da necessidade do recurso a informações técnicas (laudos médicos e de especialistas) fundamentais para realização do juízo de ponderação, as quais não poderiam se concretizar no *writ* impetrado. Desse modo, julgou extinto o mandado de segurança, sem resolução do mérito, declarando a impetrante carecedora de ação por ausência de interesse-adequação.

Assim, percebe-se que o juízo da ponderação em si não foi utilizado, eis que o julgador entendeu que tal argumentação dependia de maior subsídio probatório ausente no mandado impetrado.

Entretanto, tem-se que a decisão avaliada, a despeito de não ter de fato realizado a ponderação, pois não atingiu a questão de mérito da causa, foi a que apresentou maior coerência – dentre as demais analisadas – com a teoria de Robert Alexy (2002), que apresenta relação entre meios e fins colimados por princípios em colisão.

Isso porque o Desembargador, ainda que sem tangenciar o mérito, deixou consignada a necessidade do juízo da ponderação, como nos demais casos avaliados, mas ilustrou o modo como deve se desenvolver tal método, evidenciando, neste ponto, consonância com a teoria que visa atribuir pesos aos princípios envolvidos em cada caso concreto.

CONCLUSÃO

À luz da teoria de Robert Alexy, a pesquisa dispôs-se, então, à análise particular de casos em que magistrados expressamente mencionaram o juízo de proporcionalidade na fundamentação de decisões proferidas que envolviam a concessão de medicamentos pelo Poder Público a particulares administrados.

O contexto da pesquisa teve como pano de fundo a “efetivação do direito à saúde” e a “possibilidade de o juiz alocar recursos públicos para atender a determinados grupos”, como também observou Caldeira (2013, p. 82) em recente trabalho sobre o tema⁸.

Sabendo-se que proposta teórica de Alexy vem sendo reiteradamente invocada pelos Tribunais brasileiros, a confrontação da proposta metodológica da ponderação com decisões que de alguma forma ressaltaram sua importância, permitiu algumas observações que foram aqui levantadas.

Primeiramente, percebeu-se que nas duas primeiras decisões avaliadas⁹ houve o reconhecimento da necessidade do uso da ponderação para a resolução argumentativa do conflito que envolvia a concessão de medicamentos pelo Poder Público. Entretanto, também se pôde observar a imprecisão na utilização do termo ‘ponderação’, tendo em vista que a partir dele, não se seguiu o sopesamento, nem tampouco a pormenorização dos subprincípios da “lei da ponderação” Alexyana (2002).

Ora, se a ponderação de princípios cumpre a função de “método que permita um controle racional” (ALEXY, 2002, p. 157), tal intuito não foi alcançado nas primeiras decisões

⁸ Tese apresentada Ana Paula Canoza Caldeira no ano de 2013 para obtenção do título de doutora pela UNISINOS, sob o título “O Direito à saúde e sua curiosa efetivação em *terrae brasilis*: do desafio da efetivação da boa governança à excessiva judicialização”.

⁹ Proferidas respectivamente Apelação Nº 011110178776 e na Remessa Necessária Nº 12100107593 julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

avaliadas, tendo em vista que essas não se preocuparam em fundamentar a máxima de modo a possibilitar a observância da racionalidade argumentativa.

No que tange à última decisão analisada¹⁰, pôde-se verificar que essa, assim como as anteriores, também reconheceu a necessidade da realização da ‘lei da ponderação’ no conflito que trazia como questão central a concessão de medicamentos pela Administração. Entretanto, diferentemente das demais decisões avaliadas, percebeu-se o nítido respeito de sua fundamentação à teoria de Robert Alexy, eis que ilustrou a máxima e descreveu o ‘passo a passo’ da metodologia argumentativa criada pelo autor alemão.

A despeito de não ter realizado de fato o juízo ponderativo, tendo em vista que não atingiu o mérito da causa, a decisão, ainda assim, preocupou-se em denotar como se daria a análise dos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito caso os elementos probatórios necessários a cumprir tal desiderato estivessem presentes.

Em suma, faltou às duas primeiras decisões respeito ao marco racional-argumentativo eleito. Tal falha evidencia a importância do tema aqui avaliado que não se esgota nessa pesquisa, mas deve ampliar-se para discussões e provocar outros estudos que visem a fazer um juízo crítico acerca dos limites argumentativos em decisões que envolvam direito fundamental à saúde.

É de suma relevância, portanto, que no contexto atual se discuta o tema das balizas teóricas capazes de racionalizar a argumentação judicial, principalmente no que tange a decisões tomadas pelo Poder Judiciário que intervenham de qualquer forma na atuação dos Poderes Executivo e Judicial.

¹⁰ Proferida no julgamento do Mandado de Segurança Nº 100060007620

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, jan. 1991, p. 67-79.

_____. **Direitos fundamentais: ponderação e racionalidade**. Revista de Direito Privado, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2005, p. 334-344.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas**. In: Dias, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Org.), Direito, políticas públicas e desenvolvimento. São Paulo: Método, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org). Direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente de 1988**. Disponível em <<http://www.unesp.br/aci/jornal/238/supled.php>>. Acesso em: 09.04.2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O Direito à saúde e sua “curiosa” efetividade em *terrae brasilis***: Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização. 2013. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Unisinos, São Leopoldo, 2013.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In. Neoconstitucionalismo (s), Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 49-73.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 344 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Unisinos, São Leopoldo, 2013.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ROSSI, Amelia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Introdução. Constitucionalismo Contemporâneo x Positivismo Jurídico. A realização dos Direitos Fundamentais sob a Perspectiva Neoconstitucionalista. Conclusão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Manaus, 2006, p. 3802-3822.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 3, n. 9. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2009, p. 95-133.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo**: uma crítica ao ativismo judicial. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, jul./dez. 2012, p. 31-46.