PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DOS DISCURSOS JURISDICIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À SAUDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REVIRAVOLTA HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

Belo Horizonte
2011

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DOS DISCURSOS JURISDICIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À SAUDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REVIRAVOLTA HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Duarte, Bernardo Augusto Ferreira
D812e Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao direito à saude: uma análise a partir da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática / Bernardo Augusto Ferreira Duarte. Belo Horizonte, 2011.
519f. : il.

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Legitimidade (Direito). 2. Direito à saude. 3. Direitos fundamentais. 4. Hermenêutica. I. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.1

Bernardo Augusto Ferreira Duarte

EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DOS DISCURSOS JURISDICIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À SAUDE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA REVIRAVOLTA HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

_____

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orientador) - PUC Minas

_____

José Alfredo de Oliveira Baracho Junior - PUC Minas

_____

Daniel Sarmento - UERJ

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Ao fim de uma pesquisa tão árdua, existem aqueles a quem eu não poderia deixar de agradecer.

Agradeço primeiramente a Deus, que em sua infinita soberania, permitiu que mais esse sonho pudesse se concretizar em minha vida, e que, além disso, me concedeu saúde, força e disposição para concluir esta pesquisa. A Ele seja dada toda a honra e glória!

Agradeço ao meu pai, por ter acreditado e investido nesse sonho. Sem você querido pai, nada disso seria possível.

À minha mãe, que sempre presente, acompanha, apoia e incentiva os meus estudos desde a minha infância. Sem você mamãe, jamais teria chegado até aqui.

À minha noiva Tina, que soube estar ao meu lado durante esses dois longos anos, sempre demonstrando paciência e amor, mesmo tendo sido muitas vezes preterida por horas à frente dos livros e do computador. Minha linda, essa vitória também é sua. Eu te amo!

À minha irmã, pelas lições que me deu sobre questões técnicas da medicina curativa e preventiva. Ao amigo Alexandre Alkmim Teixeira, pelas lições de direito financeiro e orçamentário, que me foram de muita valia. À minha professora Lúcia Volpe e ao amigo Charles Bacon, pelo auxílio que me deram quando as dúvidas em relação à língua inglesa me bateram à porta. Aos meus colegas de pós-graduação, pela constante e enriquecedora interlocução.

E, finalmente, ao meu orientador e amigo Álvaro Ricardo de Souza Cruz, cujos ensinamentos estão em cada linha deste trabalho. Sem suas lições e correções, professor, essa pesquisa jamais teria chegado aonde chegou. Muito obrigado!

“O coração do homem planeja o seu caminho, mas o Senhor lhe dirige os passos” (Provérbios, 16:9).

“Um marco teórico não pode jamais ser compreendido como uma amarra, eis que o respeito acrítico a dogmas contraria a liberdade de pensamento. Ao contrário, deve permitir a todo aquele que pretende ‘pensar o Direito’ instrumentos para ultrapassá-lo” (Álvaro Ricardo de Souza Cruz, 2007, p. 323)

RESUMO

O presente trabalho pretende lançar luzes sobre a complexidade que envolve a questão da 'judicialização' de políticas públicas relativas ao Direito à saúde, a fim de auxiliar futuras análises e tentativas de solução legítima dos óbices pragmáticos ao seu exercício e à sua efetividade. A fim de afastar essa análise dos pressupostos inerentes aos mais diferentes viéses de positivismo jurídico e das conjecturas próprias às inúmeras concepções axiologizantes acerca do tema, almejamos investigar essa problemática a partir do marco teórico da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. No entanto, como explicaremos durante essa pesquisa, em vários momentos tentaremos seguir 'com Habermas para além de Habermas'. Com esse intuito em mente, primeiramente tentaremos reconstruir o pano de fundo inerente à reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática, a fim de desvelar os diversos ganhos dela decorrentes, para a compreensão e aplicação do Direito Fundamental à saúde em padrões distintos daqueles anteriormente descritos. Num segundo momento, trataremos de perquirir em que medida esses ganhos podem contribuir, no âmbito dos discursos jurisdicionais de aplicação, para o enfrentamento legítimo dos inúmeros óbices que, se não impossibilitam, dificultam o exercício efetivo desse importante Direito Humano Fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à saúde; discursos jurisdicionais de aplicação; reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática;

ABSTRACT

This work intends to clarify the complexity involved in the issue of *jurisdicionalization* of public policies related to health rights, in order to inform future studies and attempts at legitimate solutions of pragmatic obstacles to its practice and effectiveness. In order to avoid the assumptions inherent to the most varied biases of legal positivism and the conjectures to the endless axiological conceptions about the theme, we intend to investigate this issue using the theoretical framework of Discourse Theory of Law and Democracy. However, as explained at various moments in the research, an attempt is made to follow "with Habermas beyond Habermas". With this in mind, an initial attempt is made to rebuild the background of the hermeneutic-linguistic-pragmatic turnaround in order to find the various gains resulting from it, to understand and apply basic health rights based on standards different from those previously described. Then there is a review of how much these gains can contribute, in the sphere of jurisdictional application discourse, to the legitimate confrontation of the many obstacles that hinder the attainment of this important basic human right, and, sometimes, make it impossible.

KEYWORDS: basic health rights; jurisdictional application speeches; hermeneutic-linguistic-pragmatic turnaround

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 PREPARATÓRIOS PARA UMA ANÁLLSE *CRÍTICO-DELIBERATIVA* E PÓS-POSITIVISTA DOS DISCURSOS JURISDICIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À SAÚDE 15

2.1 Preliminares de uma *narrativa* da reviravolta *hermenêutico-lingüístico-pragmática* ..15

2.1.1 Da Linguística humboldtiana à Teoria da Ação Comunicativa habermasiana: a reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática como um 'romance conflituoso' em seus capítulos *19*

2.1.2 A Teoria da Argumentação de Robert Alexy: a tentativa de construção de uma teoria do discurso racional *44*

2.1.3 A Teoria da Argumentação de Klaus Günther: a dualidade discursiva *53*

2.1.4 A Teoria crítico-deliberativa de Habermas: uma leitura da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia coerente com a distinção entre verdade e justificação 67

2.1.4.1 A permanente tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito 70

2.1.4.2 A relação de complementaridade entre a Moral e o Direito 76

2.1.4.3 A concepção *crítico-deliberativa* dos Direitos Humanos Fundamentais 81

3 UMA ABORDAGEM *PÓS-POSITIVISTA* DO DIREITO A PARTIR DOS GANHOS DECORRENTES DA REVIRAVOLTA HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA 95

3.1 Algumas considerações acerca do Positivismo: um conceito e muitas concepções 95

3.1.1 Algumas concepções de positivismo jurídico contemporâneo ou tardio: de Kelsen a Dimoulis 101

3.2 Uma concepção de pós-positivismo assentada na complementaridade entre filosofia e ciência 121

4 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA ALTERNATIVA À APLICAÇÃO AXIOLOGIXANTE DO DIREITO PAUTADA NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 141

4.1 O ineditismo da abordagem de Ronald Dworkin: uma proposta de distinção entre princípios e regras, sua revisão tardia e algumas críticas à tese do poder discricionário em sentido forte 141

4.1.1 Os argumentos de princípio e de policy, a exigência de igual consideração e respeito e a tese da integridade do Direito: aprofundando as críticas ao poder discricionário em sentido forte 146

4.1.2 Os casos constitucionais: os Direitos Fundamentais (Ground or Political Rights) e o combate ao ativismo e ao passivismo judiciais na concepção dworkiana..... 151

4.1.3 Alguns pontos problemáticos das concepções de Dworkin 154

4.2 A proposta de Robert Alexy: a argumentação atinente aos Direitos Fundamentais.158

4.2.1 A estrutura das normas de Direitos Fundamentais: a distinção entre princípios e regras 158

4.2.1.1 A Teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade..... 162

4.2.1.2 A aproximação entre a Teoria dos princípios e a Teoria dos valores 171
4.2.3 Os Direitos Fundamentais sociais: direitos a prestação em sentido estrito 180
4.2.4 Algumas críticas às concepções de Alexy 182
4.3 Uma proposta alternativa: a argumentação de adequação de Klaus Günther 188
4.3.1 Argumentações de adequação na Moral 189
4.3.2 Argumentações de adequação no Direito 197
4.4 Os discursos jurisdicionais de aplicação à luz da teoria crítico-deliberativa de Habermas 205
4.4.1 Encontros e desencontros: uma explicação preliminar necessária 205
4.4.2 A distinção entre as competências legislativa e jurisdicional e a argumentação de adequação no âmbito dos discursos judiciais de aplicação 207
4.5 Com Habermas para além de Habermas: por uma concepção pós-positivista dos Discursos jurisdicionais de aplicação 214
4.5.1 A desnecessidade de distinção entre regras e princípios: a contribuição de Cruz para uma concepção pós-positivista da aplicação 218
4.5.2.1 Intróito: porque 'novo' paradigma? 230
4.5.2.2 Teoria Estruturante do Direito: estrutura normativa estática, processo de concretização dinâmico 231
4.5.2.3 Concepção estruturante dos Direitos Fundamentais, a alternativa à ponderação de bens e a sociedade fechada de intérpretes 235
4.5.2.4 A Teoria Estruturante no Brasil: o caso dos Direitos sociais 237
4.5.2.5 Algumas objeções necessárias 238
4.5.3 O custo dos Direitos: é legítimo desconsiderar esse tema na aplicação do Direito? . 241
4.5.4 Encontros e desencontros: por uma concepção pós-positivista dos discursos de aplicação atinentes aos Direitos Fundamentais 254

5 UM DISCURSO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS DIVERSOS CONCEITOS AFETOS AO TEMA E ÀS INÚMERAS CONCEPÇÕES EXISTENTES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE 261
5.1 Intróito transitivo: o porquê de uma narrativa acerca dos Direitos sociais 261
5.2 As inúmeras concepções relativas aos Direitos Sociais 262
5.2.1 As concepções que negam qualquer caráter jurídico-vinculante aos Direitos Sociais 262
5.2.2 As concepções que reconhecem uma faceta objetiva aos Direitos Sociais 269
5.2.3 As concepções intermediárias: o 'conservadorismo moderado' 274
5.2.4 As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva aos Direitos Sociais 280
5.2.4.1 As concepções que reconhecem uma *faceta subjetiva* restrita aos Direitos Sociais 281
5.2.4.2 As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva ampliada aos Direitos Sociais 289
5.2.4.2.1. A concepção segundo a qual os Direitos Sociais seriam absolutos 293
5.2.4.2.2 As concepções que entendem os Direitos Sociais como obrigações prima facie 302
5.2.4.2.3 Outras concepções acerca dos Direitos Sociais 329
5.3 Agregando conteúdo à concepção pós-positivista e crítico-deliberativa dos Direitos Sociais 364

6 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A COMPLEXA TENSÃO ENTRE *FATICIDADE E VALIDADE* QUE PERMEIA A DELIMITAÇÃO DE SEU ÂMBITO NORMATIVO 385
6.1 A permanente densificação de conteúdo do Direito Fundamental à saúde 385
6.2 Uma análise pós-positivista do programa normativo do Direito Fundamental à saúde no sistema jurídico brasileiro 386
6.2.1 O Sistema Único de Saúde, as políticas públicas e a questão orçamentária 388
6.2.3 Horizontalização do Direito Fundamental à saúde: algumas considerações 429
6.3 Objeções e justificações ao controle jurisdicional do Direito Fundamental à saúde . 441
6.4 Em busca da delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde: uma perspectiva pragmática 450
6.4.1 Por um controle de validade dos argumentos delineados nos discursos jurisdicionais de aplicação afetos ao Direito Fundamental à saúde: uma análise de casos 453

7 CONCLUSÃO 499

REFERÊNCIAS 502

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, principalmente após a publicação da decisão monocrática proferida na ADPF 45 MC/DF, a *judicialização dos Direitos Fundamentais sociais* passou a ser tema de predileção dos mais diversos pensadores e operadores do Direito Constitucional.

Inicialmente rasteira e incipiente, a discussão atinente ao tema rapidamente adquiriu densidade e complexidade, sobretudo a partir do momento em que começaram a ser vislumbrados os primeiros abusos efetivamente perpetrados pelo Judiciário, seja pela total desconsideração dos *discursos de fundamentação* legislativos e executivos existentes, seja pelas repercussões de suas decisões sobre a gestão administrativa de recursos escassos[1].

Muito embora a maior parte daqueles que passaram a inserir-se nesse debate reconhecesse a impossibilidade de continuar a operar os aludidos Direitos como se eles constituíssem meras promessas políticas, não se chegou a um consenso acerca dos limites impostos ao Judiciário no trato da questão.

Em linhas muito gerais[2], enquanto uns se apegaram a versões diferenciadas de positivismo jurídico[3], outros enveredaram por concepções 'axiologizantes' do Direito, a fim de defender a aplicação do *princípio da proporcionalidade* como meio mais eficaz ao controle da discricionariedade judicial em casos desse tipo. Alguns pensadores, entretanto, preferiram assumir uma postura crítica em relação a essas duas alternativas, para noticiar os riscos, em ambos os casos, de uma desvirtuação do Direito em atividade política. Parte desses autores, notadamente os adeptos da *teoria crítico-deliberativa*, passou a insistir que uma argumentação depurada e consistente em termos *deontológicos*, pautada em discursos de fundamentação, seria a saída legítima para o trato jurisdicional de demandas afetas a Direitos Fundamentais Sociais. Com o passar do tempo, entre críticas e respostas, outros *standards argumentativos* começaram a ser agregados ao discurso, sempre na tentativa de nortear a busca pela resposta correta.

No presente trabalho, nosso objetivo é lançar luzes sobre a complexidade que envolve a questão da *judicialização de políticas públicas* relativas ao *Direito à saúde*, a fim de auxiliar futuras análises e tentativas de solução legítima dos óbices pragmáticos ao seu exercício e à

[1] Não nos referimos apenas à escassez orçamentária. Voltaremos a essa questão em diversos momentos de nosso trabalho.

[2] Estamos completamente conscientes do reducionismo inerente a essa exposição. Em todo caso, ao menos em nossa ótica, ela atende os objetivos ínsitos a uma introdução.

[3] Como veremos no capítulo terceiro, esse é um conceito que compor inúmeras concepções.

sua efetividade. Almejamos desenvolver uma análise dessa problemática a partir do marco teórico da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, a fim de afastarmo-nos dos pressupostos inerentes aos mais diferentes viéses de positivismo jurídico e das conjecturas próprias às inúmeras concepções axiologizantes acerca do tema. No entanto, como explicaremos no curso deste trabalho, em vários momentos tentaremos seguir 'com Habermas para além de Habermas'[4].

Com esse intuito em mente, primeiramente tentaremos reconstruir o *pano de fundo* inerente à *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, a fim de demonstrar quais são os ganhos por ela trazidos para uma compreensão pós-metafísica do Direito. Para tanto, perpassaremos por teorias que possibilitaram a transição do paradigma epistemológico da Filosofia da Consciência para o paradigma da Filosofia da Linguagem. Em seguida, apontaremos algumas repercussões dessa revolução copernicana no âmbito da Teoria do Conhecimento para, então, apresentar os pressupostos iniciais de nossa abordagem discursiva dos Direitos Humanos Fundamentais, pautada principalmente nos ensinamentos de Jürgen Habermas (Capítulo 2).

Feito isso, tentaremos combater o paradigma epistemológico ainda predominante no Brasil, notadamente, 'o' positivismo jurídico, cujos pressupostos mostram-se ainda tributários da Filosofia da Consciência. Na tentativa de nos precavermos contra algumas críticas que já se fazem ouvir por essas bandas, principalmente através do trabalho de Dimitri Dimoulis, investigamos algumas das mais variadas vertentes do positivismo jurídico para, só então, tentar delinear em que medida nossa abordagem pretende superar suas aporias (Capítulo 3).

Na sequência, perpassaremos por diversas teorias do Direito e da argumentação jurídica, com os olhos voltados claramente para o discurso sobre os Direitos Fundamentais sociais. Faremos incursões críticas nas teorias de Ronald Dworkin[5], Robert Alexy, Klaus Günther, Jürgen Habermas, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Friedrich Müller, Stephen Holmes/ Cass R. Sunstein e Marcelo Neves, sem, entretanto, desconsiderar os pontos de encontro e desencontro entre essas variadas concepções. Só então tentaremos complementar a nossa concepção pós-positivista no tocante aos discursos jurisdicionais de aplicação (Capítulo 4).

Esses três capítulos iniciais integram a primeira parte de nossa pesquisa, a qual é absolutamente conexa com os objetivos finais aqui almejados. Ela pretende assentar os pressupostos com os quais trabalhamos, que são imprescindíveis para a intelecção da

[4] Até onde sabemos, essa expressão foi cunhada por Oliveira (2009).

[5] Para quem, como tentaremos demonstrar, os Direitos sociais não devem ser entendidos como 'Direitos Constitucionais' – questões de princípio –, mas como 'Direitos legais' – questões de policy.

abordagem crítica que pretendemos empreender em relação à dogmática do Direito Fundamental à saúde.

Já os capítulos quinto e sexto compõem uma segunda parte de nosso empreendimento. Neles, aprofundaremos nossa pesquisa em torno de concepções, conceitos e opiniões advindas tanto da ciência jurídica, quanto do discurso de especialistas – manifestos em diversos momentos de nossa história –, elementos estes que consideramos imprescindíveis para o trato da problemática relativa ao Direito Fundamental à saúde.

Em síntese, no capítulo quinto, pretendemos analisar a fundo a argumentação atinente aos Direitos Fundamentais sociais, a fim de agregar ainda mais conteúdo à nossa abordagem. Em linhas gerais, trataremos das concepções que negam absolutamente o caráter jurídico-vinculante e a fundamentalidade dos Direitos Sociais (Grupo A); daquelas que reconhecem certa vinculabilidade a esses Direitos, na forma de uma faceta objetiva (Grupo B); das posições intermediárias entre (A) e (B), que chamamos de *conservadoras moderadas* (Grupo C); até chegar a inúmeras propostas que pretendem transcender as concepções anteriormente delineadas, na direção do reconhecimento de uma faceta subjetiva aos Direitos Sociais (Grupo D). Durante essa exposição, perpassamos por inúmeras concepções acerca de conceitos como proibição de retrocesso (i), mínimo existencial (ii), reserva do possível (iii), micro e macrojustiça (iv), escassez de recursos (v), limite dos limites (vi), núcleo essencial dos Direitos Fundamentais (vii), entre vários outros. Apenas ao final desse empreendimento, delinearemos qual é a nossa concepção acerca do assunto (Capítulo V).

Tendo em conta todos esses pressupostos, no capítulo sexto, pretendemos investigar o que é preciso considerar, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, na busca pela delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Neste capítulo, com os olhos voltados para o sistema jurídico brasileiro, perquerir-se-á a relação entre o Sistema Único de Saúde, as políticas públicas e a questão orçamentária. Em seguida, investigaremos as características centrais da Assistência Privada à saúde para, em seguida, tecer algumas considerações em relação às possibilidades de horizontalização do Direito Fundamental à saúde. O passo seguinte será enfrentar as objeções e justificações ao controle judicial das omissões e políticas públicas legislativas e executivas no tocante à saúde. Por fim, tentaremos demonstrar, a partir de uma análise de casos concretos, porque a resposta correta em relação ao conteúdo do Direito à saúde perpassa, fundamentalmente, pelos pontos de partida captados do mundo da vida, filtrados e traduzidos para o Direito por meio de discursos de fundamentação, bem como pela análise pragmática desses influxos, à luz de discursos de aplicação. Em tudo, pretendemos desvelar a imprescindibilidade de uma fundamentação mais

consistente das decisões judiciais voltadas para a concessão ou negativa de prestações atinentes ao Direito Fundamental à saúde, na incessante busca pela construção de um Estado Democrático[6] de Direito no Brasil (Capítulo VI).

Convém apenas alertar, antes de iniciar nossa empreitada, que as considerações críticas que fazemos a inúmeros trabalhos produzidos no Brasil e no exterior, de modo algum, caracterizam um desrespeito de nossa parte para com seus autores. Tanto é verdade que desfiamos críticas inclusive a ideias defendidas por nosso orientador, o qual, sem sombra de dúvida, merece de nossa parte a mais alta estima. Talvez esse alerta não fosse necessário em outros lugares do globo, mas, infelizmente, ele ainda deve habitar os trabalhos escritos em nosso país, sobretudo porque, por aqui, críticas e discordâncias ainda são vistas como ofensas pessoais e, não poucas vezes, como sinal de arrogância. A fim de superar essa triste tendência, esperamos sinceramente pelas objeções que virão daqueles que, verdadeiramente, se enveredarem pelas concepções que, a partir de agora, passamos a defender.

---

[6] Como bem alerta Sampaio (2003b, p. 750), "*Democracia é um conceito de muitas concepções"*, isto é, *um padrão* que pode receber inúmeras leituras e que não pode ser encarado como auto-evidente. Essa também é a posição de Pereira(2008, p. 108-109), para quem "*todo discurso sobre a democracia enfrenta, de imediato, um pujante percalço epistemológico. Poucos objetos de análise político-jurídica são dotados de tamanha dispersão semântica e de tantas e tão variadas tonalidades conceituais. Qualquer intento analítico que com ela se depara começa, assim, por se colocar diante de um curioso labirinto metodológico, aonde a existência de múltiplas saídas é correlata à variedade de vias de acesso"*. Tendo em vista esse *percalço epistemológico*, concorda-se aqui com a afirmação de Sampaio (2003b, p. 749 – grifo nosso), no sentido de que "*mostra-se hoje contraditório reputar democrático um regime total, porque a memória relembra a tragédia do racismo e da prepotência stalinista, e traz à tona a idéia de democracia como regime do equilíbrio entre liberdade e igualdade, sob o medium da linguagem constitucional.* ***A democracia requer, portanto, a base racional e uma busca de validade intersubjetiva, ao contrário do totalitarismo, que desvirtua propósitos racionais com mentiras panfletárias em nome de projetos coletivos desenvolvimentistas e igualitários. Mas essas frases, sob o ângulo da modernidade tardia, parecem esconder o 'ser do ente' heideggeriano. O pensamento político moderno, embora laico e antimetafísico, criou uma ontologia que apenas substituiu outra***". A crítica final de Sampaio é sutil o suficiente para escancarar a necessidade de uma melhor explicação, no decorrer deste trabalho, da *concepção* de Democracia aqui adotada, isto é, do sentido que se atribui à palavra Democracia, obviamente com o cuidado de não recair em noções tributárias da filosofia do ser (que busca a essência dos objetos) ou da filosofia da consciência (marcada pelo mentalismo), levando ainda em consideração a realidade de que a Democracia é sempre um projeto inacabado, tal como o Constitucionalismo (OLIVEIRA, 2009, p. 391-393). Acerca da distinção entre conceitos e concepções, ver (DWORKIN, 2007, p. 210-213).

2 PREPARATÓRIOS PARA UMA ANÁLISE *CRÍTICO-DELIBERATIVA* E PÓS-POSITIVISTA DOS DISCURSOS JURISDICIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À SAÚDE

2.1 Preliminares de uma *narrativa* da reviravolta *hermenêutico-lingüístico-pragmática*

Realizar uma reconstrução histórico-filosófica nunca é tarefa das mais simples. Esse desafio, além de demandar esforço bibliográfico, muita pesquisa e constantes desencontros, ainda exige humildade por parte do pesquisador, sobretudo para reconhecer as limitações inerentes ao seu próprio *mundo da vida*[7].

Qualquer reconstrução histórica nada mais representa que uma leitura efetuada por intérpretes, e uma *leitura possível*, mas nunca definitiva de acontecimentos, teorias e/ou pensamentos desenvolvidos no curso do 'tempo'. Nesse percurso, *equívocos* são 'inevitáveis', representando mesmo uma condição *quase-inerente* ao conhecimento, o qual, exatamente por isso, está supostamente fadado a se pautar em *pretensões de verdade*, ao menos em termos filosóficos.

A consciência dessa realidade, por si só, já demonstra a dimensão hercúlea e inglória de uma reconstrução *histórico-filosófica* como a que se pretende desenvolver na primeira parte deste capítulo, concernente basicamente na análise do pensamento de alguns dos autores que contribuíram para configuração da *reviravolta linguístico-pragmática* – ou *hermenêutico-linguístico-pragmática*[8].

Certamente, a despeito de amparada em um referencial teórico, uma análise desse tipo, principalmente em um trabalho desenvolvido na área do Direito, está sempre sujeita a incorrer em reducionismos ou a repetir equívocos consensual e historicamente avalizados. Somado a isso, ela ainda pode soar a muitos como pura perda de tempo, sobretudo por estar pretensamente desconexa aos objetivos centrais dessa complexa ciência social aplicada, ou, para os menos céticos, aos objetivos almejados especificamente por esta pesquisa.

---

[7] O conceito de *mundo da vida*, no sentido habermasiano, engloba tanto o horizonte de consciência individual quanto o horizonte da coletividade na qual o indivíduo se insere. Nesse sentido, o *mundo da vida* consiste em um *pano de fundo intersubjetivamente compartilhado*, que constitui os indivíduos e os situa na história. Acerca do tema vide tópico 2.1.1.

[8] Em nossa ótica, a terminologia *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* é mais esclarecedora (ou, como alguns hão de preferir, menos ocultadora) dos diversos ganhos por ela trazidos no campo da Filosofia e da Teoria do Conhecimento.

No entanto, se estivermos corretos, os objetivos críticos aqui perseguidos jamais serão alcançados em sua completude se, antes de uma análise mais aprofundada do drama atinente à legitimidade dos discursos jurisdicionais referentes ao Direito à saúde, não empreendermos um esforço reconstrutivo no estilo deste que se está a propor. Sua finalidade, nesse primeiro momento, é lançar as bases para uma abordagem mais aprofundada do Direito à saúde em termos interdisciplinares, na incessante busca pela concepção de padrões argumentativos *pós-positivistas* para o seu estudo e aplicação. Nesse intento, seguimos de perto, apenas para ficar em dois exemplos, a Cruz (2006)[9] e a Pereira, no sentido de que:

> [...] a análise sobre a compreensão, interpretação e aplicação do Direito não pode ser isolada do estudo dessas teses [concernentes à *reviravolta* ocorrida no pensamento filosófico ou, em outras palavras, relativas à forma de se fazer Filosofia após a reviravolta linguística] que, como dito, renovam e tornam mais complexas as responsabilidades dos operadores jurídicos. Em última instância significa reiterar não ser possível compreensão do Direito sem se tentar compreender a própria estrutura do acontecimento compreensivo (PEREIRA 2007, p. 175-176).

Apenas para fins didáticos, empregaremos aqui uma exposição *lógico-argumentativa*, o que não significa que a apresentação esteja pautada em uma ordem cronológica (no sentido de uma simples sucessão histórica), mesmo porque algumas das teorias a serem abordadas 'datam' da mesma época, além de, evidentemente, comportarem leituras com um enfoque diverso daquele que se está a propor[10]. Esclarecidas essas premissas, podemos iniciar nossa exposição.

A *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* foi uma revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, com repercussões em toda a Teoria do Conhecimento. Ela possibilitou a transição do paradigma da *Filosofia da consciência*[11] para o da *Filosofia da linguagem*, representando uma guinada na busca pela intelecção de novas condições de *possibilidade e validade* para o conhecimento.

---

[9] Segundo Cruz (2006, p. 47) *"o giro da Hermenêutica foi de tal magnitude que a maior parte da dogmática jurídica necessita ser urgentemente revista"*.

[10] Não restam dúvidas, portanto, de que este trabalho percebe que a história não é uma simples sequência de acontecimentos, como um dado objetivo a ser reproduzido pelo leitor/interprete. A história vivenciada, exatamente por ser vivenciada, pode receber diversas leituras, as quais, inexoravelmente, irão variar de acordo com os enfoques, com as perspectivas assumidas, ou com as pré-compreensões intersubjetivamente partilhadas que permeiam a *abertura* do intérprete.

[11] O Paradigma da *Filosofia da Consciência* caracteriza-se pelo exame das condições subjetivas do pensar ou do refletir e do conhecer. Ao invés da busca pela essência objetiva do ser (a partir da análise do objeto), passa-se a estudar o *processo intelectivo-subjetivo* da compreensão. Entre os maiores expoentes desse paradigma estão Descartes, Kant, Hegel e Husserl. Acerca do tema, vide (CRUZ, 2007, p. 77-78).

Se seguirmos de perto os ensinamentos de Apel e Habermas, poderemos afirmar que as bases dessa *reviravolta* foram lançadas por W. v. Humboldt (1767-1835)[12], cujos trabalhos já exploravam, a seu modo, a importância da *língua pátria* para o acesso do sujeito ao conhecimento verdadeiro[13]. Nesse sentido, já em Humboldt identificar-se-iam os '*elementos fundantes'* do discurso acerca do *a priori* de sentido sobre a constatação dos fatos, marca registrada do paradigma da *Filosofia da Linguagem.*

A antecedência da tese de Humboldt, no entanto, não invalida a assertiva de que também os trabalhos eminentemente analíticos de Edmund G. A. Husserl (1859-1938), Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848-1925), Rudolf Carnap (1891-1970), e do primeiro Ludwig Wittgenstein (1889-1951), entre outros[14], contribuíram para a guinada do interesse da Filosofia para o *estudo da linguagem.* Os estudos desses pensadores, que marcaram aquilo que ficou conhecido como a primeira *virada* ou *reviravolta linguística,* não foram, contudo, capazes de *transformar* – em termos apelianos – o paradigma da Filosofia até então operante, sendo, aliás, em muitos aspectos, mais restritos que a analítica lingüística de Humboldt. Em vista disso, ao menos o adjetivo '*primeira'* é, no mínimo, questionável.

Em verdade, portanto, a *reviravolta hermenêutico-liguístico-pragmática* representa, para usar as palavras de Habermas (2004, p. 63), um *"eco tardio"* dos estudos inicialmente desenvolvidos por Humboldt. Comumente identificada como *segunda virada* ou *reviravolta* linguística (por conta exatamente da primeira reviravolta), ela contou com as contribuições de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer (Hermenêutica Existencial e Filosófica), do

---

[12] Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand, também conhecido como Barão von Humboldt, nasceu em Potsdam em 22 de junho de 1767 e morreu em Berlim, em 8 de abril de 1835. Humboldt era funcionário do governo, diplomata e filósofo. Fundador da Universidade de Berlim é conhecido como **um lingüista alemão que fez importantes contribuições à filosofia da linguagem**, à teoria e prática pedagógicas, tendo exercido grande influencia para o desenvolvimento da filologia comparativa. (ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA, 2009).

[13] Nas palavras de Apel (2000, p. 124 – grifo nosso), *"Humboltd resume toda sua metafísica da linguagem e do conhecimento; segundo ela, as línguas são caminhos subjetivos do conhecimento e ao mesmo tempo – diante da subjetividade do ser humano individual – instâncias objetivas ('espelhos', poderíamos dizer) da verdade válida em geral, que sempre se almeja. Em uma frase – essencial, muito rica em referências e repleta de indicações: 'A concordância original entre o mundo e o ser humano, sobre a qual repousa a possibilidade de todo conhecimento da* ***verdade*** [...]*, é reconquistada também a caminho do fenômeno, de maneira fragmentária e progressiva'. Também aqui o conceito de verdade ocupa um ponto central na problemática da filosofia da linguagem"*.

[14] Entre esses outros, poderiam ser considerados, com fundamento em Manfredo A. de Oliveira (1996), F. v. Kutschera, com sua a semântica realista. Cruz (2009), por sua vez, reconhece a importância da teoria atomista de Russell e das críticas de Karl Raimund Popper ao Círculo de Viena nesse contexto da primeira virada lingüística. Em suas palavras *"[...] é possível afirmar que o Círculo de Viena representa aquilo que se designa por primeiro giro lingüístico, giro esse iniciado pela fenomenologia de* ***Edmund*** (sic) ***Husserl*** *e pela Filosofia Analítica de Frege. Contudo, a contribuição do Círculo somada às teorias atomistas de Russell e figuracionista de Wittgenstein representa uma verdadeira guinada no interesse filosófico pela linguagem de uma forma geral. Entretanto, o apogeu neopositivista não durou muito e seu declínio se sucedeu de forma bastante rápida. E, de forma curiosa, seus principais críticos são justamente autores que guardavam notável proximidade com os trabalhos vienenses. Dentre os críticos encontramos* ***Ludwig Wittgenstein*** *e* ***Karl Raimund Popper"*** (CRUZ, 2009a, p. 24 –).

segundo[15] Wittgenstein, de John Austin e John Searle (Escola de Oxford), de Charles Peirce e John Dewey (Pragmatismo norteamericano), além de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas (representantes da segunda geração da Escola de Frankfurt)[16]. Michel Foucault[17], Jacques Derrida[18] e Richard Rorty também podem ser identificados como contribuintes desse projeto, sobretudo se seus trabalhos forem lidos a partir de um enfoque 'desvelador' dos potenciais paradoxais[19] da linguagem e do discurso – elementos esses que permeiam diretamente a *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*[20].

---

[15] O Wittgenstein da segunda fase, isto é, o crítico de sua própria *Teoria da Figuração*.

[16] Segundo Moreira, o século XX vivenciará uma mudança de paradigma filosófico. Em suas palavras, a *"**Filosofia da Consciência própria à subjetividade** será confrontada com três grandes perspectivas, ou seja, a **reviravolta hermenêutica** de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, a **semiótica-pragmática** de Charles Sander Peirce e a **pragmática**, seja a **transcendental** de Karl-Otto Apel ou a **universal** de Jurgen Habermas. Como mudança de paradigma, a reviravolta lingüística (**linguistic turn**) se constituirá através da tese de que a linguagem é o **médium** irrecusável de **sentido** e **validade** de todo e qualquer saber humano, de tal modo que passa a ser a sede das **soluções consensuais** de toda e qualquer pretensão de validade"* (MOREIRA, 2003, p. 149 – destaques no original) Neste capítulo, intenta-se analisar como essas vertentes de pensamento, se complementam e, ao mesmo tempo, se distanciam. O que Moreira designa por *linguistic turn* é o que chamamos, aqui, de *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática.* Essa diferença terminológica, como já dissemos, só se justifica pela opinião de que o termo *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* esclarece mais acerca dos caminhos e ganhos decorrentes dos pensamentos que possibilitaram o surgimento do paradigma da *Filosofia da Linguagem.*

[17] Na Microfísica do Poder, Foucault dirá, entre outras coisas (seu pensamento é marcado pela descontinuidade) que tudo (saber, discurso, verdade, indivíduo etc.) é produto de microrrelações de poder que se inserem no interior da sociedade. A principal preocupação de Foucault a partir da década de sessenta foi, em última análise, explicar o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas dos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles os situavam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégico. Em suas palavras, *"o poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles. Efetivamente, aquilo que faz com que um corpo, gestos, discursos e desejos sejam identificados e constituídos enquanto indivíduos é um dos primeiros efeitos do poder. Ou seja, o indivíduo não é o outro do poder: ele é um de seus primeiros efeitos. O indivíduo é um efeito do poder, e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constitui.*" (FOUCAULT, 2004, p. 183-184)

[18] *Jacques Derrida* desenvolve as suas idéias a partir dos ganhos desvelados pela *Filosofia da Linguagem.* Contudo, sua abordagem explora exatamente a permanente possibilidade de incomunicabilidade inerente à linguagem e ao discurso, no intuito de desvelar o fracasso do intento logocêntrico. Nas palavras de Cruz, "*discípulo de Foucault, Derrida sustenta que a opção da virada lingüística seria falsa. Para ele, o logocentrismo – esforço de centrar a atividade humana no discurso racional -, tal como empreende Habermas, seria incapaz de superar a crítica heideggeriana de separar o Ser do ente. Em seu* Da Gramatologia, *Derrida se esforça para destruir os elementos binários da linguagem como significado-significante, palavra-escrita, com o objetivo de desconstruir a ilusão metafísica da racionalidade"* (CRUZ, 2008a, p. 129).

[19] Por potenciais paradoxais entendem-se as dialéticas comunicabilidade-incomunicabilidade, comunicação-manipulação, verdade-ausência de verdade etc.

[20] Nesse sentido, concordamos com Cruz quando ele afirma que *"o debate filosófico contemporâneo, que, em nossa visão, se estabelece, de um lado, entre irracionalistas, dentre os quais Foucault, Derrida, Lyotard e Rorty, e de outro, racionalistas, como Apel, Habermas, Alexy, Dworkin, Rawls e Günther, já leva, ab initio, em consideração os pressupostos da viragem lingüística desde o segundo Wittgenstein e passando por Heidegger, Gadamer, Austin e Searle"* (CRUZ, 2007, p. 171). Apenas discordamos de Cruz quanto à sua classificação de Foucault, Derrida e Rorty como irracionalistas (para ficar nos três autores que conhecemos). Por certo, nenhum deles trabalha com uma racionalidade tal qual a explorada pelos assim identificados 'racionalistas'. Mas, de forma alguma, abdicam à racionalidade ao explorarem relações paradoxais como comunicação-manipulação, comunicabilidade-incomunicabilidade e verdade-ausência de verdade, para ficar em apenas três exemplos.

Por outro lado, se entendida como um projeto inacabado, ela ainda conta com os ensinamentos de Paul Ricoer (*Hermenêutica do Distanciamento*), Robert Brandom (*Pragmática Linguística*) e Emmanuel Lévinas (*Fenomenologia da alteridade*), para ficar apenas em três exemplos. Em seus respectivos trabalhos, Paul Ricoer, assim como Robert Brandom e Emmanuel Lévinas, levam em consideração muitos dos pressupostos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. No entanto, sob perspectivas diferenciadas, cada um apresenta um projeto que se propõe a lidar de forma *nova* com os dilemas desvelados pelo paradigma da *Filosofia da Linguagem*[21].

A despeito disso, a este trabalho interessa mais de perto a descrição dos caminhos trilhados desde Humboldt até Habermas, o que, acredita-se, permitirá a visualização da grandeza dos ganhos decorrentes dessa revolução hermenêutico-filosófica para a teoria do conhecimento[22] e para o Direito. É o que perseguiremos nos tópicos seguintes.

2.1.1 Da Linguística humboldtiana à Teoria da Ação Comunicativa habermasiana: a reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática como um 'romance conflituoso' em seus capítulos

Metaforicamente, poder-se-ia dizer que a *reviravolta hermenêutico-liguístico-pragmática* afigura-se como um '*romance* conflituoso em seus capítulos'[23]. Na esteira dessa

---

Deixamos claro, no entanto, que o próprio Álvaro Ricardo de Souza Cruz concorda com essa objeção, como deixou claro em uma aula da disciplina de doutorado que tivemos a oportunidade de assistir na qualidade de ouvinte. Prova disso é a abordagem que tivemos a oportunidade de, conjuntamente, formular acerca do Terrorismo com base nos ensinamentos de Habermas e Derrida (DUARTE; CRUZ: 2009c, p. 37-78). Mais recentemente, Álvaro nos confidenciou que, atualmente, trocaria a dualidade irracionalistas/racionalistas por não logocentristas/logocentristas, a despeito de estar ciente de que também essa opção geraria muitas controvérsias.

[21] Não se desconsideram, portanto, outros tantos autores que desenvolvem trabalhos sob o viés da *Filosofia da Linguagem* e que propõem caminhos diferenciados para a solução de seus dilemas. A despeito de sua importância, o pensamento desses autores não será pormenorizado neste trabalho, sobretudo em vista do corte epistemológico escolhido. Para uma noção acerca da *Hermenêutica do Distanciamento* do francês Paul Ricoer (1913-2005), vide (SAMPAIO, 2009b: 69-74). Para uma noção da nova *Pragmática Linguística* de Robert Brandom, vide (HABERMAS, 2004, p. 135-182). Com relação à *Fenomenologia da Alteridade*, de Emmanuel Lévinas, sugere-se a leitura de sua obra *Ensaio sobre a alteridade*, com a qual, confessamos, tivemos apenas um primeiro contato em disciplina de doutorado, assistida na qualidade de ouvinte.

[22] Ainda que essa narrativa seja, em parte, reducionista, ela já basta para atingir os objetivos inicialmente propostos na introdução deste trabalho.

[23] Fazemos aqui uma clara alusão à figura de linguagem idealizada por Ronald Dworkin em *O império do Direito*. No entanto, sua adequação para a ilustração da abordagem que nos dispomos a realizar neste segundo capítulo depende, em parte, da subversão da ideia originalmente defendida por Dworkin. Isso porque, a despeito de considerarmos a *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* como um projeto de múltiplas mãos (e, portanto, de autoria coletiva), este 'romance imperfeito' só guarda uma coerência entre os seus capítulos naquilo que os autores assumem como uma 'herança' digna de ser mantida. Nesse sentido, não há uma obrigação contínua de manutenção da coerência entre 'os capítulos' que integram essa revolução hermenêutico-filosófica operada na teoria do conhecimento. Para detalhes acerca da metáfora original do 'romance em cadeia' vide (DWORKIN, 2001, p. 279-287).

metáfora imperfeita, há autores, como Apel (2000) e Habermas (1994, p. 507; 2004), como já dissemos, que identificam a *linguística* de Humboltd como um dos '*elementos fundantes'* do discurso acerca do *a priori* de sentido sobre a constatação dos fatos[24]. Esse *a priori* de sentido, reiteramos, é tônica do paradigma da Filosofia da Linguagem.

Segundo Habermas (2004), a despeito de proposta ainda no século XIX e, em muitos aspectos, ligada aos pressupostos da *Filosofia da Consciência,* a *lingüística* humboldtiana já investigava as funções *cognitiva* (de formar pensamentos e representar fatos), *expressiva* (de exprimir sentimentos e suscitar sensações) e *comunicativa* da língua (de comunicar algo, levantar objeções e produzir acordos). Ela explorava essas funções tanto *semanticamente,* numa analítica relativa à organização de conteúdos e sentidos linguísticos, quanto *pragmaticamente*, numa analítica centrada na conversação. Enquanto no primeiro caso, a preocupação de Humboldt se voltava para a função cognitiva da linguagem falada, conexa aos traços expressivos da mentalidade e da vivência de um povo, no segundo caso, ele já voltava os olhos para a tematização dessa análise em discursos protagonizados por participantes capazes de oferecer respostas e contradizer-se reciprocamente. Daí porque, com Habermas, enxergamos já em Humboldt *"os contornos de uma arquitetônica da filosofia da linguagem que até hoje* [permanece] *decisiva para uma transformação pragmática da filosofia kantiana"* (HABERMAS, 2004, p. 73).

Exatamente por trabalhar com o *a priori* de sentido decorrente da *língua pátria*, a *linguística humboldtiana* influencia, ainda que de forma distinta, tanto a *analítica hermenêutica existencial do Dasein* (o *ser-no-mundo*), posteriormente desenvolvida por Martin Heidegger, quanto a *Teoria dos Jogos* desenvolvida pelo Ludwig Wittgenstein da segunda fase, esta proposta em obra publicada postumamente, a saber, as *Investigações Filosóficas*. Reconhecer essa ligação não implica, no entanto, um fechar de olhos para os pontos de desencontro entre a linguística humboldtiana e as teorias heideggeriana e wittgensteiniana, as quais, de forma mais aprofundada, primeiramente criticaram as premissas[25] cognitivas da Filosofia da Consciência[26].

---

[24] A intenção dos representantes da segunda geração da Escola de Frankfurt, ao que parece, é apenas fazer uma justa referência ao pensamento humboldtiano, inserindo-o entre os pensadores que provocaram o *complexo desencadeamento* de teorias que acarretaram a modificação do paradigma filosófico até então operante.

[25] Desde Descartes (1596-1650) e, sobretudo, após o desenvolvimento do pensamento de Kant (1724-1804), a Filosofia deixou de se preocupar com a explicação do *numeno* (ser em si), característica do Paradigma da Filosofia do ser, para centrar os seus esforços na explicação do *processo intelectivo-subjetivo* de compreensão dos *fenômenos* (objetos para o observador). Autor de *Discurso do Método* (1637), Descartes defendeu a unificação do saber, na tentativa de separar de uma vez por todas a ciência da religião. Centrou as suas preocupações na metodologia científica, julgando ser capaz de demonstrar qualquer hipótese racionalmente, inclusive a existência de Deus (2003: 27-42). Partindo do suporte das demonstrações matemáticas, construiu um raciocínio dedutivo que começava por suposições, indo até a demonstração de sua hipótese, via

Inspirado em Humboldt, mas não apenas neste, Heidegger (1927[27]) enxergou na hermenêutica[28] a *condição ontológica de existência do Dasein* (o ser-no-mundo)[29], percebendo que a *significação* advinha não de uma atribuição de *sentido* por uma consciência encapsulada (em clara resposta a Husserl), mas da própria vivência do ser-no-mundo:

> Ao dirigir-se para...e aprender, a pre-sença [Dasein] não sai de uma esfera interna em que antes estava encapsulada. Em seu modo de ser originário, a pre-sença já está sempre 'fora', junto a um ente que lhe vem ao encontro no mundo já descoberto. E o deter-se determinante junto ao ente a ser conhecido não é uma espécie de abandono da esfera interna. De forma alguma. Nesse 'estar fora' junto ao objeto, a pre-sença está dentro, num sentido que deve ser entendido corretamente, ou seja, é ela mesma que, como ser-no-mundo, conhece. (HEIDEGGER, 1988, p. 101)

Segundo Heidegger, a compreensão seria em verdade uma permanente abertura, a qual constituiria mesmo uma *"constituição existencial da pre-sença, o ser-no-mundo"*, porquanto *"condição ôntica da possibilidade de se descobrir uma totalidade conjuntural"* (1988, p. 133). Em contraposição a uma noção pautada na relação sujeito-objeto, ele sustentou que a compreensão das coisas-no-mundo só seria possível porque, desde sempre, o ser-no-mundo

---

experimentação. Nesse sentido, ele descreveu um método *a priori* que seria comum às ciências naturais e sociais, a saber, o método demonstrativo. Essencialmente racionalista, ele estabeleceu uma única fé: **a fé na razão**. Em sua ótica, uma vez que os sentidos podiam enganar (afastar da verdade), também a ciência sensorial seria enganosa (pensamento racionalista). Para ele, o homem deveria duvidar de tudo, menos que ele duvidava (pensava), porquanto ao duvidar do pensamento ele já estaria a pensar. Essa constatação inverteu a preocupação da Filosofia, que deixou de ser o mundo e passou a ser o pensamento humano – *"Mas, logo depois, observei que, enquanto eu desejava considerar assim tudo como sendo falso, era obrigatório que eu, ao pensar, fosse alguma coisa. Percebi então, que a verdade* ***'penso logo existo'*** *era tão sólida e tão exata que sequer as mais extravagantes suposições dos cépticos conseguiriam a abalá-la* (sic)*.E, assim crendo, concluí que não deveria ter escrúpulo em aceitá-la como sendo o primeiro princípio da filosofia que eu procurava"* (DESCARTES, 2010, p.27 – grifo nosso). Daí porque identificar-se, a partir de Descartes, o surgimento da *Filosofia da Consciência*. (CRUZ, 2004, p. 60-62). A despeito disso, Karl-Otto Apel prefere identificar no pensamento de Kant o marco inicial do paradigma da Filosofia transcendental (ou, nos termos deste trabalho, *Filosofia da Consciência*).

[26] Antes, sua finalidade é apenas enfatizar que ambas tiveram em Humboldt uma *raiz comum*, uma influência que, a despeito de tímida em alguns aspectos, é 'digna' de ser lembrada. Para mais detalhes nesse sentido, vide (HABERMAS, 2004, p. 63-97).

[27] A primeira edição de *Ser e Tempo* foi publicada em 1927 (DUBOIS, 2004, p. 11).

[28] Nas palavras de Pereira, *"**a Hermenêutica passa, pois, a significar uma fenomenologia da existência**, ou melhor, **a análise das possibilidades que o ser tem de existir e de se manifestar através dos fenômenos que se dão no horizonte do tempo**. Desse modo, em Heidegger, **a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência, um elemento constitutivo do Dasein (do ser-aí)**; algo, portanto, anterior e mais profundo que qualquer preocupação com a "atividade interpretativa tal como concebida até então."* (PEREIRA, 2007, p. 17 – grifo nosso). Nas palavras de Gadamer, em Heidegger *"compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey, mas tampouco, como em Husserl, um ideal metódico último da filosofia frente à ingenuidade do ir-vivendo, mas ao contrário, é **a forma originária de realização da pré-sença**, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pré-sença, na medida em que é poder-ser e possibilidade."* (GADAMER, 1999, p. 392 – grifo nosso)

[29] Nas palavras de Heidegger *"a pre-sença* [Dasein] *é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta"* (1988, p. 90). Segundo ele, *"se o ser-no-mundo é uma constituição fundamental da presença em que ela se move não apenas em geral mas, sobretudo, no modo da cotidianidade, então a presença já deve ter sido sempre experimentada onticamente"* (HEIDEGGER, 1988, p. 98).

constituir-lhes-ia o sentido, não na forma de uma atribuição 'externa' de significado, como se o objeto já antes existisse e viesse ao sujeito solipsista como *fenômeno a ser depurado*[30], mas no modo de vivência (sempre intersubjetiva), de participação, de manuseio.

Isso significa que a pergunta pelo significado das coisas-no-mundo só faria sentido se direcionadas ao Dasein, porquanto as coisas, enquanto[31] *entes*, só desvelariam seu "*ser*" na medida em que "manuseadas", ou melhor, na medida em que o ser-no-mundo com elas se relacionasse, atribuindo-lhes sentido a partir de dentro, isto é, pelo uso. Assim, as coisas-no-mundo jamais seriam *objetos simplesmente dados*[32], mas *"frutos da circunvisão"* do Dasein, *"que necessita da possibilidade manual de, a cada passo, fazer anunciar o mundo circundante para a circunvisão, mediante o que está à-mão"* (HEIDEGGER, 1988, p. 124).

Nas palavras de Dubois (2004, p. 26), a grande 'descoberta' de Heidegger foi exatamente o Dasein, o ser-no-mundo. Ao contrário de Hegel, que o concebera como a *síntese* de uma relação dialética[33] entre o ser e a sua negação[34], decorrente da significância advinda da estrutura do pensar[35], Heidegger partiu para uma concepção bastante diferente, fundada não na mera significância, mas na existência, isto é, no modo de ser em permanente descoberta (vivência), em constante *des-velamento*.

A revolução decorrente dessa nova concepção acerca do conceito de Dasein estava exatamente na genial configuração do ser-no-mundo como um modo-de-ser do ser humano. Para Heidegger, o Dasein não era mais uma significância fluida decorrente do pensar dialético, nem a expressão de um ser individual, encapsulado nos limites de sua consciência,

---

[30] Temos ciência de que a relação sujeito-objeto e o processo intelectivo-subjetivo de compreensão são tratados de forma diferente por vários autores que integram o paradigma da *Filosofia da Consciência*. Contudo, nessa pesquisa, a ênfase crítica atinente à relação *sujeito-objeto e ao processo de compreensão intelectivo-subjetivo* terá em mente a *Filosofia Transcendental Kantiana*. Como fonte para a compreensão da teoria kantiana, utilizou-se a versão eletrônica da obra "*Crítica da Razão Pura*", Tradução: J. Rodrigues de Merege. Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) ACROPOLIS. Disponível em <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: 22 mar. 2010. Foram consultadas, ainda, as obras *Critica da Razão Prática* (KANT, 2006) e *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT, 1997). Como bibliografia indireta recorreu-se a (SALGADO, 1995) e (SALGADO, 1996, p. 104-118); (GOMES, 2007, p. 153-178) e (GOMES, 2009, p.195-218); e (BITTAR; ALMEIDA, 2006, p. 267-282).

[31] Considerado em seu *aspecto temporal* e de *ser* que se desvela pela atribuição de sentido, a partir do manuseio, do lidar-com-a-coisa, próprio do modo-de-ser do ser-no-mundo.

[32] O objeto, ao invés de um 'elemento externo' simplesmente dado, passava então a ser um 'um-para' o Dasein. Nesse sentido, vide (DUBOIS, 2004, p.36-37).

[33] Nas palavras de Cruz, *"quanto à dialética, é preciso ter em mente que ela pode ser tomada como uma teoria descritiva dos desenvolvimentos espirituais quanto como uma teoria renovadora da lógica formal. O elemento essencial da dialética hegeliana é a percepção de que qualquer evento deva ser compreendido a partir de sua negação, ou seja, de que ele não é percebido estaticamente e sim em um permanente movimento de negação de si mesmo e em seguida de negação dessa mesma negação. É, pois, a negação, a chave para a compreensão do movimento dialético e que pode ser capturado pela tríade tese-antítese-síntese"* (CRUZ, 2009, p. 102).

[34] E, portanto, nunca (e sempre) estacionada, fluida no sentido de uma permanente passagem (mediatização), movimento incessante do ser ao não ser. Acerca do conceito de mediatização em Hegel, vide (SALGADO, 1996, p. 100).

[35] Nesse sentido, vide (SALGADO, 1996, p.52-66; 72-73; 77-78).

mas um ser de 'linguagem' que estava no homem e, ao mesmo tempo, ia além da concretude do próprio ser humano.

No intuito de facilitar a explicação da expressão heideggeriana 'ser-no-mundo (Dasein)', Dubois a decompôs em três 'partes', deduzindo delas três questões essenciais, a saber: (1) o que significa 'mundo'?; (2) quem seria este ente que existe sob o modo de ser-no-mundo?; (3) o que significa, afinal, ser-em na expressão ser-no(em+o)-mundo? Tendo em mente essas três perguntas, em parte já respondidas, Dubois esclarece que o modo-de-ser do Dasein, isto é, o modo de seu ser existir-no-mundo, não deveria ser entendido como um estar dentro, tal como um garfo que está dentro de uma gaveta. Ao contrário, como um *eksistencial*, um modo-de-ser, *no-mundo* não devia ser compreendido como um mero indicativo do lugar habitado pelo Dasein, como um estar circunstancial dentro do mundo. Antes, ser-no-mundo devia ser entendido como *"uma estrutura **a priori** do Dasein existente"*, no sentido de que *"todo modo do existir é ipso facto no-mundo, ser-no-mundo"* (DUBOIS, 2004, p. 27).

Em palavras mais simples, ser-no-mundo representaria a própria *condição de possibilidade* de ser humano. O Dasein que permanentemente se descobriria a partir de suas aberturas (*ser-em; ser-aí*[36], *ser-com*[37]*; ser-para-a-morte*[38] *etc*[39]), *sendo*[40] sempre *por-vir*[41] até

---

[36] O próprio *aí*, como abertura existencial do Dasein (o ser-no-mundo), é constituído por outros três existenciais, a saber: **a disposição**, a **compreensão**, o **discurso**. Na versão traduzida de Ser e Tempo por Maria de Sá Cavalcanti, esses existenciais são descritos como constituintes do *pre*, sobretudo porque, nessa versão, utilizada aqui, Dasein é traduzido como pre-sença. Acerca do tema, vide (HEIDEGGER, 1988, p. 188-226) e (DUBOIS, 2004, p. 34-40).

[37] Nas palavras de Heidegger, *"O mundo da pre-sença [Dasein] libera, portanto, entes que não apenas se distinguem dos instrumentos e das coisas mas que, de acordo com seu modo de ser de **pre-sença,** são e estão 'no' mundo em que vêm ao encontro segundo o modo de ser-no-mundo. Não são algo simplesmente dado e nem algo à mão. São **como** a própria pre-sença libertadora – são também co-**presenças**"* (HEIDEGGER, 1988, p. 169 – grifo nosso).

[38] A mortalidade é o modo de ser no qual o Dasein-é-para-a-morte. Nas palavras de Dubois, *"essa possibilidade é extrema, insuperável, e enquanto tal desde sempre ultrapassou toda possibilidade de fato. Como ser-lançado, o Dasein é portanto, enquanto ser-no-mundo, lançado no ser-para-a-morte: ele o experimenta na angustia, da qual, cotidianamente, decadente, foge. Como? Tranqüilizando-se, Morre-se, certamente, mas por enquanto, tudo bem, ainda tenho tempo"* (DEBOIS, 2004, p. 50).

[39] Evidentemente, poder-se-ia objetar Heidegger perguntando-o se as aberturas pensadas para o Dasein não seriam, em verdade suas aberturas. Em outros termos, poder-se-ia questioná-lo se os seres humanos, contingentes e intersubjetivos, não poderiam possuir aberturas para além ou aquém daquelas elencadas em *Ser e Tempo*. Esse é basicamente o sentido da crítica de Cruz (2007, p. 65).

[40] O sentido aqui é propositalmente indicativo de movimento, isto é, indicativo de um *vir-a-ser*, de um *ser* cujo sentido advém de uma relação temporal entendida como *por-vir*. Em outros termos, um ser cuja vivência é o modo-de-ser-no-mundo, numa permanente relação passado-presente-futuro. Acerca do tema, vide (DUBOIS, 2004, p. 58-59).

[41] O Dasein é um ser temporal. Mas a noção de tempo, aqui, não é a cronológica. A temporalidade é um existencial do Dasein. Isso significa que *"O Dasein, ao antecipar, vem assim a ser ele mesmo, sustentando como possibilidade a impossibilidade da existência. Esta vinda a si – de onde provém? **Do por-vir – não do ainda-não-presente, mas essa vinda ela mesma o porvir. Por-vir (Zu-kunft) não é projeção imaginária de um futuro imaginado, mas a modalidade de uma possível realização de mim mesmo.** Decidido o Dasein assume seu ser-lançado. O ser-lançado é um sempre-já ter sido lançado, um encontrar facticamente tal qual eu já estava. Ora, isso não faz sentido senão na medida em que o Dasein possa ser o seu passado (no sentido onde, justamente, ele não é decorrido), ou melhor, ser em assumido seu ter-sido. **O 'passado', aqui, não é o***

a sua morte (morte essa cuja consciência dava ensejo a uma existência autêntica) era, segundo Heidegger – ao menos na obra *Ser e Tempo*[42] – o 'objeto' cuja análise interessaria à Filosofia.

A compreensão desse modo de ser temporal[43], dessa existência *necessariamente fluida*, que só é na medida em que se abre para o outro (ser-com) e para si mesma, que não é individual, mas intersubjetiva, desvela a falácia da investigação descartiana: o ser humano não é uma *constante individual* que compreende o mundo através de uma relação interno-intelectiva (pensar) dos objetos, já desde sempre simplesmente dados nesse mundo. Ela revela ainda, de modo sutil, a ingrata tarefa decorrente da Estética[44] e da Analítica Transcendentais[45] concebidas por Kant: não há condição de compreender o que quer que seja sem antes ser-no-mundo, sem antes ser-em e ser-com; não há o que depurar em busca de uma pretensa pureza *a*

---

que deixo para trás, ou o que se apresenta a princípio na lembrança, mas uma possibilidade de ser que assume tal passado (se verá de que modo). Agindo em sua situação, o Dasein se apropria do ente intramundano percebido na ocasião propícia. Isso quer dizer: ele torna presente para si o ente intramundano percebido na ocasião propícia. O presente, aqui, não é o agora fechado sobre si mesmo, ponto, mas a saída em direção ao ente intramundano, o Kairos" (DUBOIS, 2004, p. 58 – grifo nosso).

[42] Essa consideração demonstra a ciência de que o trabalho de Heidegger não se encerra em *Ser e Tempo.* Apenas como exemplo, em *A caminho da linguagem,* Heidegger voltará suas atenções para a poesia, a fim de demonstrar como a linguagem (em sua forma de expressão manifesta pela língua falada) já seria ela própria a morada do homem. Nas palavras de Heidegger, nessa alegação **não havia nenhuma pretensão *"de apresentar uma nova concepção da linguagem.*** *Em jogo está aprender a morar na fala da linguagem. Nesse sentido, urge comprovar sempre e de novo se e em que medida somos capazes do que, na correspondência, é o mais próprio: antecipar o reservado. Pois: O homem fala à medida que compreende à linguagem. A linguagem fala. Sua fala nos fala no que assim se diz* [...]*"* (HEIDEGGER, 2003, p. 26 – grifo nosso). Não há aqui, no entanto, nem uma *linguística* nem tampouco uma *Filosofia da Linguagem* como bem salienta Dubois (2004, p. 144).

[43] Nas palavras de Heidegger, *"o ser-no-mundo sempre já se pronunciou e, enquanto ser junto ais entes que vêm ao encontro dentro do mundo, ele se anuncia, continuamente, na interpretação e discussão daquilo de que se ocupa. A ocupação, comumente compreendida a partir de uma circunvisão, funda-se na temporalidade e no modo de uma atualização que atende e retém. Nas ocupações em que desconta, planeja providencia ou não: 'então' isso deve acontecer, 'antes' disso se concluir, 'agora' vai se recuparer o que 'outrora' malogrou e fracassou. É atendendo que a ocupação se pronuncia no 'então' é retendo que ela se pronuncia no 'outrora' e é atualizando que o faz no 'agora'"*(HEIDEGGER, 2002, p. 216).

[44] A Estética Transcendental é a primeira **condição de possibilidade** para o conhecimento correto segundo Kant (SALGADO, 1995, p.: 104). Em suas palavras, a Estética transcendental seria a "*ciência de todos os princípios 'a priori' da sensibilidade* [...]. *Na Estética transcendental, nós começaremos por isolar a sensibilidade, fazendo abstração de tudo quanto o entendimento aí acrescenta e pensa por seus conceitos, de tal sorte que só fique a intuição empírica. Em segundo lugar, separaremos, também, da intuição tudo o que pertence à sensação, com o fim de ficarmos só com a intuição pura e com a forma do fenômeno, que é a única coisa que a sensibilidade nos pode dar 'a priori'. Resultará desta pesquisa que existem duas formas puras da intuição sensível, como princípios do conhecimento "a priori", a saber: o espaço e o tempo, de cujo exame vamos agora ocupar-nos* [...] *Assim, quando na representação de um corpo eu me abstraio daquilo que a inteligência pensa, como substância, força, divisibilidade etc., bem como daquilo que pertence à sensação, como a impenetrabilidade, a dureza, a cor etc., ainda me resta alguma coisa desta intuição empírica, a saber: a extensão e a figura. Estas pertencem à intuição pura, que tem lugar "a priori" no espírito, como uma forma pura da sensibilidade e sem um objeto real do sentido ou sensação"* (KANT, versão eletrônica, p.15-16).

[45] Após discorrer acerca do processo intelectivo-subjetivo de *depuração da sensibilidade,* Kant escreveu acerca de uma Lógica que ele denominou *Lógica Transcendental.* Esta Lógica se dividiria em *Analítica* (1) e *Dialética Transcendental* (2). Buscar-se-ia nessa fase uma *depuração do entendimento.* A Analítica transcendental consistiria na **segunda condição de possibilidade** para o conhecimento correto dos objetos. Em síntese, a Analítica transcendental corresponderia à decomposição de todo o conhecimento sensível nos elementos do *conhecimento puro do entendimento*. Visaria, assim, a decomposição *do próprio poder de entendimento* para encontrar a possibilidade de conceitos *a priori.* Para mais detalhes, vide (KANT, versão eletrônica, p. 36) e (SALGADO, 1995, p. 110).

priori; os juízos, seja como pretende Kant, analíticos ou sintéticos[46], já desde sempre são *a posteriori,* porquanto dependem da prévia existência intersubjetiva no mundo, isto é, do modo-de-ser do Dasein:

> Caso se prefira, o mundo é a própria condição de possibilidade da relação sujeito–objeto, ou melhor, o ser-no-mundo é a condição de possibilidade da intencionalidade da 'consciência'. Em todo caso, o mundo não é nada, nada de ente – para além do ente, aberto, ele é no entanto sua condição de possibilidade, a condição fenomenalizante. Este para além possibilitador pode ser nomeado: transcendência. E o transcendente por excelência é o Dasein como o que abre o mundo em projeto, transcendente na medida em que se atém e sustem essa abertura [...]. O ser-no-mundo é a própria estrutura da transcendência (do Dasein). Por ser junto às coisas, o Dasein deve estar 'para além' delas, na abertura do mundo. **O 'problema do mundo' não é portanto como 'o mundo' transcendendo (como ser em si) a imanência da consciência e nela no entanto se anunciando, pode ser capturado adequadamente por esta mesma consciência tal como ele é 'em si', mas sim: como compreender propriamente esta 'saída de si' para além do ente na própria compreensão do ente que o Dasein é** [...](DUBOIS, 2004, p. 31 – grifo nosso)

É exatamente em vista disso que a *analítica existencial do Dasein* pode ser caracterizada como uma *revolução copernicana*[47] em relação ao enfoque até então desenvolvido pela Filosofia na busca pela compreensão do mundo. A compreensão, a partir de Heidegger, passava a ser um modo-de-ser-no-mundo. O Dasein, que *permanentemente* se descobriria a partir de suas aberturas existenciais, e cuja existência autêntica adviria da consciência de sua mortalidade, conheceria a verdade (aletheia) no seu próprio movimento de

---

[46] Na *Crítica da Razão Pura,* Kant destacou que juízos seriam "*sentenças em que se concebe uma relação entre o sujeito (A) e o predicado (B)*". **Os juízos analíticos** seriam aqueles em que a ligação entre o sujeito e o predicado seria de identidade. Neles, o predicado em nada acrescentaria ao sujeito, meramente o decomporia em conceitos parciais já nele compreendidos, ainda que implicitamente. Ex: "Todos os corpos são extensos" (no sentido de que possuem uma extensão). Sua finalidade seria unicamente manter a coerência das afirmações (não-contradição). Os **juízos sintéticos**, por sua vez, seriam aqueles que acrescentariam ao conceito do sujeito, um predicado que nele não estava contido, nem poderia ser obtido por uma mera decomposição. Ex: "Todos os corpos são pesados". Para chegar a esse juízo, o observador necessitaria partir de alguns pressupostos (juízos sintéticos *a priori*). Eles dependeriam de uma análise comprovativa, por exemplo, a experiência, seguida de sua demonstração. Para Kant, os juízos sintéticos se dividiriam em ***a priori* e a *posteriori.* Os juízos sintéticos *a priori*** decorreriam da *razão pura,* sendo certos e universais, capazes de expandir o saber. Em sua ótica, a ciência se pautaria justamente nos juízos sintéticos *a priori* e o papel da filosofia, como tribunal da razão, deveria ser justamente o de questionar o fundamento desses juízos. Em sua ótica, a lei da gravidade, os juízos matemáticos (1+1=2) seriam dois exemplos desse tipo de juízo. Já **os juízos sintéticos *a posteriori*** decorreriam dos sintéticos *a priori.* Kant dá como exemplo desse tipo de juízo a sentença "Todos os corpos são pesados", que derivariam dos juízos sintéticos *a priori* relativos à lei da gravidade. Para mais detalhes, vide (KANT, versão eletrônica, p. 7).

[47] Em termos filosóficos, *revolução copernicana* é uma mudança drástica. A *revolução copernicana,* que posteriormente deu origem à analogia ora descrita (de autoria de Kant), consistiu na mudança de perspectiva em relação ao Universo operada por Nicolau Copérnico (1473-1543). Basicamente, Copérnico viu que não era o Sol que girava em torno da Terra, mas a Terra em redor do Sol. Nesse sentido, vide (GIBSON, 2008, p. 29-30).

des-velamento. A verdade estaria nesse des-velar, característica do Dasein, estando nele e, ao mesmo tempo, dele se afastando permanentemente[48].

O Problema é que a despeito de explicar como a *compreensão* já seria ínsita ao modo de ser-no-mundo, isto é, uma *condição ontológica de existência do Dasein*, faltou a Heidegger aprofundar a explicação de como esse momento de abertura, de fato, operar-se-ia. Gadamer, aprofundando a análise de Heidegger, procurou dar aí a sua contribuição[49].

Gadamer desenvolveu um trabalho que pretendeu mostrar como a hermenêutica só se daria na *linguagem*, em vista da *linguagem* e apenas pela *linguagem*. Em suas palavras, a linguagem seria o *medium* da experiência hermenêutica, o meio universal que daria azo à própria compreensão (1999: 566). Todo o processo de compreensão seria já um processo linguístico (1999: 559), porquanto, na medida em que o fenômeno hermenêutico se revelaria *"em seu próprio caráter lingüístico"*, possuiria por si mesmo *"um significado universal absoluto"*, ligado e subordinado, de maneira específica, à tradição lingüística.

Ele inaugurou aquilo que passou a ser conhecido como *Hermenêutica Filosófica,* rompendo de uma vez por todas com a tradição *epistemológica clássica* pautada na crença de acesso aos objetos a partir de métodos *a priori.* Seu projeto buscou responder a basicamente a duas perguntas: a) o que possibilitaria a compreensão; e b) como essa compreensão se daria? Para tanto, Gadamer aprofundou a análise heideggeriana do *a priori* de sentido sobre a constatação dos fatos e objetos, procurando demonstrar como o processo de compreensão

---

[48] Para Heidegger, a verdade é des-velamento, des-ocultação, aletheia. Essa verdade está no Dasein, numa relação dialética extremamente complexa. Nas palavras de Dubois, *"O Dasein está originalmente na verdade, na medida em que é a sua própria abertura, abertura do mundo, descoberta das coisas e dos outros [...] O Dasein está aberto para si mesmo, o Dasein está fechado para si mesmo. Dito de outro modo: o Dasein está na não-verdade. Ao mesmo tempo, e sem que se possa conciliar dialeticamente essas posições, o Dasein está na verdade, o Dasein está na não verdade. Toda verdade deve assim ser reconquistada, arrancada de múltiplas possibilidades de 'encobrimento' e de 'fechamento'. A verdade é* ***Unverborgenheit****, desvelamento. Este termo traduz o grego* ***aletheia****"* (DUDOIS, 2004, p. 47 – grifo nosso).

[49] *"Nesse sentido, também nós nos reportamos ao sentido 'transcendental' do questionamento heideggeriano. Através da interpretação transcendental da compreensão de Heidegger o problema da hermenêutica ganha uma feição universal, e até, o surgimento de uma dimensão nova. A presença do intérprete ao seu objeto, que não conseguia encontrar uma legitimação correta na reflexão da escola histórica, obtém agora, por fim, um sentido concretamente demonstrável e é tarefa da hermenêutica demonstrar esse sentido. Também para a realização da compreensão que se dá nas ciências do espírito, vale a idéia de que a estrutura da pre-sença é um projeto lançado, e de que a pre-sença é, segundo a realização de seu próprio ser, compreender. A estrutura geral da compreensão atinge a sua concreção na compreensão histórica, na medida em que na própria compreensão tornam-se operantes as vinculações concretas de costume e tradição e as correspondentes possibilidades de seu próprio futuro. A pre-sença, que se projeta para seu poder-ser é já sempre 'sido'. Este é o sentido do existencial do estar-lançado. O fato de que todo comportar-se livremente com respeito ao ser careça da possibilidade de retroceder para trás da facticidade deste ser, constitui a 'finesse' da hermenêutica da facticidade e de sua oposição à investigação transcendental da constituição na fenomenologia de Husserl. A pre-sença já encontra como uma premissa insuperável, o que torna possível e limita todo seu projetar. Essa estrutura existencial da pre-sença tem de encontrar cunhagem também na compreensão da tradição histórica,* ***e por isso seguimos em primeiro lugar a Heidegger****"* (GADAMER, 1999, p. 399 – grifo nosso).

pautado na tradição lingüística já compreenderia desde sempre uma relação espiralada entre um sujeito intersubjetivamente constituído e o objeto (caracterizando um projeto de idas e vindas). Nesse sentido, em resposta à primeira pergunta, asseverou que a *linguagem* seria *medium* a partir do qual o homem teria acesso aos objetos no-mundo, isto é, a ***condição sem a qual*** o ser humano não poderia, de maneira nenhuma, compreender o que quer que fosse[50].

No tocante à segunda pergunta, destacou que a *linguagem* possibilitaria que em seu interior se processasse aquilo que ele designou por *círculo hermenêutico*, um espiral[51] na busca pela compreensão. A compreensão dependeria dessa circularidade, decorrente de uma fusão entre dois horizontes distintos: o horizonte daquele que buscaria a compreensão (intérprete) e o horizonte que adviria daquilo cuja compreensão se buscaria (objeto). Para Gadamer, os preconceitos (pré-compreensões) do intérprete, construídos pela tradição[52] desvelada pela *linguagem*[53], representariam um papel importante nesse processo, porquanto eles próprios seriam condição para a compreensão, a qual operar-se-ia no momento fluido da *fusão de horizontes*[54] acima noticiada.

Assim, o processo de compreensão[55] seria um 'ir e vir', uma 'construção de sentido da parte para o todo e vice-versa'[56], um projeto de 'antecipação de significados' a partir das pré-

---

[50] Pereira resume bem a compreensão gadameriana acerca da linguagem. Em suas palavras, *"o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados lingüisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior. [...] além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação -, a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos."* (PEREIRA, 2007, p. 50-51) Mais à frente, Pereira assevera que *"Gadamer transforma [a linguagem] no elemento de universalidade da Hermenêutica, que, nesse aspecto, jamais tinha sido ressaltado antes. Sendo a linguagem o lócus privilegiado em que se realiza o evento da compreensão, todo fenômeno é, por derivação, linguisticamente delineado:* ***tudo o que pode ser compreendido pelo homem é também linguagem****"* (2007, p. 53 – grifo nosso).

[51] A expressão *espiral* desvela bem a realidade de que no *círculo hermenêutico* a compreensão está em constante movimento de idas e vindas, as quais, no entanto, não terminam sempre no mesmo local.

[52] Nas palavras de Gadamer, *"a tradição lingüística é a tradição no sentido autêntico da palavra, o que quer dizer que não é simplesmente um resíduo que se tenha tornado necessário investigar e interpretar na sua qualidade de relíquia do passado. O que chega a nós pelo caminho da tradição lingüística não é o que ficou, mas algo que se transmite, isto é, ele nos diz – seja sob a forma da tradição oral, onde vivem o mito, a lenda, os usos e costumes, seja sob a forma da tradição escrita, cujos signos estão destinados a qualquer leitor que esteja em condições de os ler"* (GADAMER, 1999, p. 567-578).

[53] Nas palavras de Gadamer, *"a relação essencial entre lingüisticidade e compreensão se mostra, para começar, no fato de que a essência da tradição consiste em existir no medium da linguagem, de maneira que o objeto preferencial da interpretação é de natureza lingüística"* (GADAMER, p. 1999: 567).

[54] Nas palavras de Gadamer, *"o próprio horizonte do intérprete é, desse modo, determinante, mas ele também, não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas antes, como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se de verdade do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como fusão de horizontes*" (1999: 566). Acerca do tema, vide também (PEREIRA, 2007, p. 35-36).

[55] Nas palavras de Gadamer, a tarefa hermenêutica *"não deve, porém, ser compreendida psicologicamente como fez Schleiermacher, como o espaço que abriga o mistério da individualidade. Deve ser compreendida de modo verdadeiramente hermenêutico, isto é, na perspectiva de algo dito: a linguagem com que a tradição nos interpela, a saga que ela nos conta."* (GADAMER, 2002, p. 79)

compreensões do intérprete e de uma constante abertura para as possíveis alterações desses conceitos prévios (preconceitos) por meio do horizonte advindo do objeto (GADAMER, 2002, p. 75-76).

A compreensão, como um caminho que iria da inconsciência à desvalorização linguísticas, passando pela consciência, subordinar-se-ia de uma maneira específica à tradição lingüística. Mas, ao mesmo tempo, transcenderia essa amarra não somente porque todas as criações culturais da humanidade pretenderiam ser entendidas desse modo – linguisticamente –, mas pela razão simplista consistente em que tudo o que seria passível de compreensão, já desde sempre, teria de ser acessível à compreensão e à interpretação. Reconhecia-se, assim, uma relação intrínseca entre linguisticidade e compreensão, isto é, entre a tradição desvelada linguísticamente e o processo lingüístico de compreensão, a ponto de se sustentar ser impossível percebê-los de forma apartada:

> Para a compreensão vale o mesmo que para a linguagem. Não se pode tomar, nem a uma nem a outra, somente como um fato que se pudesse investigar empiricamente. Nenhuma das duas pode ser jamais um simples objeto, mas ambas abrangem tudo o que, de um modo ou de outro, pode chegar a ser objeto (GADAMER, 1999, p. 589).

Apesar de toda essa explicação, ao menos para os críticos da segunda geração da Escola de Frankfurt (Apel e Habermas), nem os trabalhos de Heidegger, nem os de Gadamer, foram capazes de responder a contento à seguinte pergunta: como seria possível aferir a validade de uma compreensão? Pereira (2008, p. 59) até chegou a observar, em vista dessa crítica, que inicialmente Gadamer estaria mais preocupado com questões ontológicas, não com epistemologia. Essa consideração, levantada em defesa da tese gadameriana, serve como uma luva também para a *analítica ontológica da existência* heideggeriana.

Em todo caso, se é verdade que o trabalho de Heidegger passou ao largo de uma questão epistemológica do conhecimento, centrando-se em uma *fenomenologia da existência*, ou seja, em uma analítica ontológica do *Dasein*, não menos certo é que Gadamer, ainda que de forma secundária, chegou a demonstrar sua preocupação por esta questão. Essa também é a opinião de Pereira (2008), cuja coerência pode ser aferida pela análise das considerações gadamerianas sobre a importância da *distância temporal* para a depuração da compreensão.

Na ótica de Gadamer, a decantação do sentido verdadeiro de um texto ou de uma obra de arte seria um processo infinito, operado justamente pela *distância temporal*. Essa *distância temporal* estaria em constante movimento e ampliação, e este seria exatamente o lado produtivo que ela ofereceria à compreensão. Ela deixaria morrer os preconceitos de natureza

[56] Nesse sentido, vide (GADAMER, 2002, p. 77).

particular e permitiria o surgimento daqueles que possibilitariam uma verdadeira compreensão (2002, p. 80).

Nesse sentido, a *distância temporal* poderia resolver a tarefa propriamente crítica da hermenêutica, a saber, a distinção/separação dos verdadeiros preconceitos daqueles que seriam falsos. Em vista disso, a consciência formada hermeneuticamente incluiria mesmo uma consciência histórica. Essa consciência hermeneuticamente construída deveria levar em conta os preconceitos regedores da compreensão, a fim de que a tradição fosse destacada e, consequentemente, se impusesse como opinião diversa (GADAMER, 2002, p. 81).

Gadamer (2002, p. 81) ainda defendeu que o verdadeiro objeto histórico não seria exatamente um objeto, mas a unidade de um e outro, uma relação que compreenderia tanto a realidade da história quanto a realidade da compreensão histórica. E, em seguida, salientou que uma hermenêutica adequada e correta teria de demonstrar na compreensão essa realidade própria da história. A essa exigência ele deu o nome de *história efeitual*, destacando que o 'compreender seria um processo *histórico-efeitual'*, cujo caminho seria a *linguagem* própria a toda compreensão, a qual possibilitaria o próprio acontecimento hermenêutico.

Caberia, no entanto, perguntar a Gadamer se realmente a *distância temporal* seria suficiente para depurar a *validade* de uma compreensão; e mais: se o aspecto crítico das idéias de *antecipação do todo*, *diálogo* e *situação de aplicação e retórica*, realçadas após as críticas de Apel e Habermas, de fato permitiriam ao intérprete se livrar dos preconceitos (pré-compreensões) falaciosos, eventualmente trazidos pela tradição. Em outras palavras, caberia perguntar a ele, tal como o fez Habermas, se uma hermenêutica assim, apenas internamente auto-reflexiva, teria condições de ultrapassar a força da tradição[57]. Se de um lado as considerações de Gadamer parecem apontar para uma resposta positiva, certamente a opinião de Apel e Habermas, à qual se adere neste trabalho, aponta numa direção oposta[58].

Ora, a distância de eventuais interpretações de um texto em relação à sua origem não necessariamente permite a conclusão de que as últimas compreensões construídas acerca desse texto sejam as mais corretas. Assim como o diálogo de perguntas e respostas ao texto, a despeito de importante, se não se abrir aos argumentos de um terceiro, ou seja, se não der azo a que esse terceiro também faça perguntas que devam ser levadas em conta na busca pela compreensão correta acerca do texto, afigura-se como um 'método' claramente insuficiente para depurar a validade da compreensão.

[57] Acerca das críticas de Habermas à Hermenêutica Filosófica, e das respostas de Gadamer a essas críticas, vide (PEREIRA, 2007, p. 53-80).
[58] Nesse sentido, vide (CRUZ, 2007, p. 94-97).

Nesse particular, no entanto, é necessário destacar a existência de leituras que apontam para a possibilidade de aproximação da noção de racionalidade dialógica em Gadamer (1) com a *ética do discurso*, projeto que inicialmente teria unido Apel e Habermas num mesmo propósito (2). De acordo com essa concepção, já em Gadamer haveria mais que um diálogo auto-reflexivo como meio de aferir e separar preconceitos legítimos (válidos) daqueles que dificultariam a compreensão (PEREIRA, 2007: 170).

Essa é uma leitura possível, coerente com a própria ideia de *compreensão* gadameriana, que, como processo linguístico com suporte na tradição, já é desde sempre intersubjetivo. Ainda assim, ela não nega, nem afasta por completo, a racionalidade da tentativa de buscar uma maior depuração das *condições de validade* do conhecimento (CRUZ, 2007: 85).

Dito isso, resta apenas dizer que, ao menos para esse trabalho, também a situação da aplicação e a retórica consistem em ‘métodos’ insuficientes para a depuração da validade da compreensão. A primeira reitera a questão de que a hermenêutica seria uma atividade de permanente interação entre passado e presente, sem, no entanto, ir além da questão ressaltada na análise da *distância temporal*, limitando-se a destacar a fluidez da formação da compreensão. A segunda, a despeito de se abrir à possibilidade da melhor argumentação, não explica como esse diálogo poderia se operar, ou melhor, em que medida prevaleceria de fato a melhor argumentação e não a argumentação do mais forte, ou aquela mais aceita pela tradição corrente.

É precisamente nesse contexto que Apel e Habermas buscam dar suas respectivas contribuições. Servindo-se dos ensinamentos de Wittgenstein, aquele da segunda fase, ambos conseguiram superá-lo ao trabalharem com elementos de validade universal, inerentes à comunicação humana, capazes de superar o *contextualismo* dos *jogos de linguagem.* Isso permitiu que as noções de *pragmática discursiva* por eles desenvolvidas ultrapassassem eventuais barreiras culturais.

Dizer isso, ao contrário do que possa parecer, não significa negar a importância de Wittgenstein para a superação da *Filosofia da Consciência*. Esse autor, ainda que sob um viés completamente diferente, chegou a conclusões compatíveis com as de Heidegger e Gadamer no tocante à primazia do *sentido* sobre a constatação dos fatos.

Em obra intitulada *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein revolucionou a epistemologia, passando a criticar a teoria objetivista da linguagem, segundo a qual existiria um mundo em si, cuja estrutura poderia ser compreendida pela razão e depois comunicada aos

outros através da linguagem. Essa concepção, incorporada à sua *Teoria da figuração*[59] – obra que marca a primeira fase de seu pensamento – foi revista por Wittgenstein. Ele percebeu, contra suas próprias convicções iniciais[60], que a *linguagem* era muito mais que um mero instrumento de designação das coisas previamente existentes no mundo (WITTGENSTEIN, 1975: 110, §300[61]).

Exatamente por perceber que o papel da *linguagem* ia muito além da mera função designativa, e por vislumbrar-lhe uma dimensão *performativa*, Wittgenstein passou a concebê-la como uma ação[62]. Nesse sentido, a linguagem passou a ser entendida como uma atividade humana equiparável ao andar, colher, passear etc.

Nas palavras de Wittgenstein, as expressões lingüísticas adquiririam sentido em vista dos hábitos intersubjetivamente válidos em torno dos quais elas seriam manejadas[63]. Esses hábitos sancionariam uma determinada significação e constituiriam um *jogo de linguagem* que, basicamente, representaria uma forma de atividade humana[64]: *"[...] o termo 'jogo de linguagem' deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida"* (WITTGENSTEIN, 1975: 22).

Segundo nosso autor, a linguagem pertenceria naturalmente ao homem, não sendo, no entanto, algo de antemão acabado, mas produto de sua capacidade de criação e invenção. Em vista disso, seria vã toda e qualquer pretensão de fechar *a priori* os sentidos das palavras, em desconsideração do contexto em que essas eram empregadas. (OLIVEIRA, 1996, p. 137-147).

Como foi possível a Apel e Habermas conceberem teorias capazes de dar um passo adiante em relação à pretensão heideggeriana de abertura linguística ao mundo (1), à força da

---

[59] Em explicação sobre a *Teoria da Figuração de Wittgenstein*, Gibson destaca o seguinte: *"a Teoria da Figuração Proposicional, representada pelo aforismo 2.1: 'Fazemo-nos figurações dos fatos' é a pedra de toque de toda a ideologia do Círculo de Viena, pois concentra seus esforços na análise lógica da linguagem. Tal teoria basicamente apregoa que a verificabilidade empírica de uma proposição seria o seu atributo apto a dar o predicado de verdadeira a uma proposição"* (GIBSON, 2008, p. 64).

[60] Nesse sentido, vide (WITTGENSTEIN, 1975, p. 12).

[61] *"Ao jogo de linguagem com as palavras 'ele tem dores' pertence – diríamos – não apenas a imagem do comportamento, mas também a imagem da dor. Ou: não apenas o paradigma do comportamento, mas também o da dor. – Dizer 'a imagem da dor entra no jogo de linguagem com a palavra 'dor' é um mal-entendido.* ***A representação da dor não é nenhuma imagem e esta representação não é substituível, no jogo de linguagem, por algo que chamaríamos de imagem. – Certamente, a representação da dor entra, em certo sentido, no jogo de linguagem; apenas não como imagem"*** (WITTGENSTEIN, 1975, p. 110, § 300 – grifo nosso). Para mais uma consideração que demonstra o erro dos pressupostos da *Teoria da Figuração*, vide, ainda, Wittgenstein (1975, p. 138,§ 446).

[62] Nesse sentido, vide (OLIVEIRA, 1996, p. 126-133).

[63] *"A significação de uma palavra é seu uso na linguagem"* (WITTGENSTEIN, 1975, p. 32, § 43).

[64] *"Somos talvez precipitados ao supor que o sorriso do bebê não é simulação? – E em que experiência se baseia nossa suposição? (Mentir é um jogo de linguagem que deve ser aprendido como qualquer outro)* (WITTGENSTEIN, 1975, p. 99,§ 249).

tradição gadameriana (2) e ao contextualismo[65] dos jogos de linguagem wittgensteinianos (3), é ainda uma resposta que precisa ser dada. A busca por essa resposta não prescinde do esclarecimento de que, se por um lado o intento de buscar uma *condição de validade* para o conhecimento uniu os dois representantes da segunda geração da escola de Frankfurt, não menos certo é que os seus projetos acabaram por se afastar sobremaneira em seus fundamentos. Nesse sentido, a própria *reviravolta pragmática* iniciada por Wittgenstein e desenvolvida, entre outros, por Apel e Habermas, já se mostra nesse particular, para voltar à metáfora imperfeita utilizada no início deste trabalho, como um capítulo ao mesmo tempo contraditório e complementar[66].

Em síntese, Apel (1973[67]) uniu a compreensão *hermenêutica* de Heidegger e Gadamer com a *semiótica científica* de Charles Peirce, na tentativa de acoplar a dimensão *constitutivo/hermenêutica* da *linguagem* à sua dimensão *pragmática*. Nesse sentido, apropriou-se do conceito peirceano de uma comunidade científica ilimitada de experimentação – que impulsionara o conceito habermasiano de *verdade como consenso* decorrente de um discurso racional[68] – bem como do legado do *a priori* de sentido ante a constatação dos fatos, advinda, entre outros, dos estudos de Heidegger e Gadamer. Com isso, buscou renovar a *transcendentalidade* da filosofia kantiana ao sustentar que a *condição de validade* do conhecimento adviria exatamente de um acordo intersubjetivamente alcançável, através do discurso, por uma comunidade ilimitada de comunicação. Contudo, para ele, era ainda necessária uma fundamentação última desse conhecimento, a qual possuiria a dupla função de garantir a racionalidade do mesmo e, concomitantemente, nortear o discurso a partir de uma *ética da co-responsabilidade*[69].

À bem da verdade, Apel sempre esteve preocupado em justificar a ideia de que a filosofia pudesse ser concebida como uma espécie de tribunal da razão[70], de onde pudessem

---

[65] *"[...] Pois poderiam objetar-me: ' Você simplifica tudo! Você fala de todas as espécies de jogos de linguagem possíveis, mas em nenhum momento disse o que é o essencial do jogo de linguagem, e portanto, da própria linguagem. [...] E isso é verdade. –* ***Em vez de indicar algo que é comum a tudo aquilo que chamamos de linguagem, digo que não há uma coisa comum a esses fenômenos, em virtude da qual empregamos para todos a mesma palavra, mas sim que estão aparentados uns com os outros de muitos modos diferentes. E por causa desse parentesco ou desses parentescos, chamamo-los todos de 'linguagem' "*** (WITTGENSTEIN, 1974, p. 42, §65 – grifo nosso).

[66] Empreendemos aqui um raciocínio claramente dialético.

[67] A primeira edição de *Transformação da Filosofia* foi publicada em 1973.

[68] Nesse sentido, vide (HABERMAS, 2004, p. 90).

[69] Nesse sentido, vide (CRUZ, 2007, p. 95- 110).

[70] Nas palavras de Moreira, *"Para aqueles que conhecem mais de perto a Filosofia de Karl-Otto Apel, uma nota é perseguida incessantemente em seus escritos: a fundamentação última. Mediante a demonstração do método reflexivo como próprio à estrutura racional da Filosofia, ele explica a distinção entre os tipos de racionalidade próprios à Filosofia e à ciência. A Filosofia diz respeito não à dedução de proposições, mas à demonstração do modo pelo qual o esquema lógico-dedutivo torna-se possível e válido; por sua vez, a ciência articula-se com um sistema lógico-dedutivo no qual proposições são deduzidas em proposições. É*

advir orientações morais deontológicas para o mundo e para o próprio filósofo, a partir da *ética discursiva, ou ética da co-responsabilidade*[71]. No tocante à 'primeira parte' de sua Pragmática Transcendental (Parte A), seu objetivo central foi justamente resolver o problema da *fundamentação última* como elemento de racionalidade mínima para o *logos* (razão) reconstruído a partir das dimensões da linguagem humana. E o caminho por ele trilhado foi pautado na noção de impossibilidade de *autocontradição performativa proposicional.*

Em palavras mais simples, Apel defendeu que o *discurso filosófico*, condicionado por uma *ética da co-responsabilidade planetária*, fruto da 'segunda parte' (Parte B) de sua Pragmática Transcendental, seria capaz de servir de fundamentação última para a razão, porquanto asseguraria o desenvolvimento de discursos racionais no campo da ciência. Quem intentasse negar essa fundamentação última, já incorreria em uma contradição – a performativa – porquanto, na tentativa de negar o discurso, acabaria por confirmar a existência de "U", o princípio da universalização, bem como as *condições ideais de fala*. Acerca dessa questão, é esclarecedora a explicação de Ferraz Junior:

> [...] Quem argumenta sempre pressupõe que pode chegar, no discurso, a resultados verdadeiros, ou seja, que a verdade existe. Mas quem argumenta também pressupõe que seu parceiro comunicativo é capaz de alcançar, em princípio, o conhecimento da verdade. E esta situação é incontornável. Trata-se do *a priori da argumentação:* quem quer que se disponha a filosofar não pode abrir mão desta pretensão à verdade, pois fazê-lo significaria abrir mão de sua própria competência para argumentar. Mesmo alguém que, em nome de uma dúvida existencial, pretenda quebrar esse pressuposto, acaba por confirmá-lo, já que ainda estará argumentando.
> Com isso, Apel propõe uma saída para o *trilema de Münchhausen*, uma vez que o trilema afirma ser impossível uma última fundamentação, pois ou a proposição fundamental há de ser, ela própria, fundamentada, o que conduz à irracionalidade do regresso ao infinito, percebida por Aristóteles desde a antiguidade, ou então há de se desistir de sua fundamentação, do que resulta seu caráter dogmático e arbitrário (FERRAZ JUNIOR, 2004, p. 13).

A *Pragmática Transcendental apeliana* estava, pois, fundada na noção de fundamentação última do discurso científico e cotidiano pelo discurso filosófico, estando este, por sua vez, condicionado pela *ética da co-responsabilidade,* assentada em um *principio moral fundamental*[72]. Daí Cruz identificar a *ética discursiva* apeliana como uma espécie de

---

absolutamente imprescindível à compreensão de Apel a distinção entre Filosofia e ciência, entre método reflexivo e método lógico-dedutivo" (MOREIRA, 2004, p. 19).

[71] É importante ressaltar aqui, com apoio em Moreira, que para *"fazer justiça à Pragmática Transcendental, há de se fazer referência à distinção operada por Apel entre a Parte A e a Parte B da Ética do Discurso. Com a primeira, pretende-se estabelecer uma fundamentação última: com a segunda, constituir uma ética da co-responsabilidade planetária"* (MOREIRA, 2004, p. 20).

[72] Nesse sentido, vide (OLIVEIRA, 2004, p. 158).

Metamoral fundamentadora[73] de todo e qualquer procedimento dialógico-discursivo e dizer, com apoio em Habermas, que *"Apel permaneceu ainda vinculado à noção kantiana de uma separação qualitativa entre o saber filosófico e o saber científico, de modo a erigir o primeiro em tribunal da razão do segundo"* (CRUZ, 2007, p. 114).

Habermas, por sua vez, trilha também a tentativa de superar as insuficiências epistemológicas das vertentes heideggeriana, gadameriana e wittgensteiniana, preferindo apostar em uma *Pragmática Universal*, posteriormente aprofundada e ampliada na *Teoria da Ação Comunicativa*. Na busca pela construção desse projeto, nosso autor aprofundou os trabalhos desenvolvidos pelos representantes da Escola de Oxford (Austin e Searle, sobretudo), a partir de uma analítica das unidades pragmáticas do discurso (os universais pragmáticos), notadamente, os atos de fala comunicativos, constatativos, representativos e regulativos. Esses atos de fala foram identificados como sentenças situadas, isto é, como sentenças transformadas em proferimentos (HABERMAS, 1994, p. 114-115).

Uma vez identificados esses elementos de validade universal, inerentes à comunicação humana, Habermas buscou explicar como falantes e ouvintes poderiam transformar sentenças em atos de fala (proferimentos) racionais[74]. Nesse sentido, intentou formular uma teoria que, a partir do funcionamento do complexo processo da comunicação humana, fosse capaz de controlar-lhe a racionalidade, e uma racionalidade que fosse comunicativa, não meramente funcional[75].

Nesse intento, inicialmente Habermas importou de Austin a concepção aprofundada da dimensão *performativa* da linguagem, a saber, a concepção de que um ato de linguagem, mais que simplesmente comunicar uma ideia (ato locucionário), também realizaria uma ação diferente da própria comunicação (ato ilocucionário). Nesse sentido, uma proposição expressa por alguém, além de comunicar alguma coisa (dimensão locucionária), poderia ainda expressar uma ameaça, uma intenção, um apelo, um aviso ou mesmo um compromisso (dimensão ilocucionária). Além dessas duas dimensões (locucionária e ilocucionária), existiria

---

[73] Na Pragmática Transcendental de Apel, *"o princípio moral primordial é então sempre pressuposto em qualquer procedimento dialógico-discursivo argumentativo enquanto tal"* (OLIVEIRA, 2004, p. 158).

[74] Para mais detalhes, vide (OLIVEIRA, 1996, p. 293-308).

[75] Nas palavras de Habermas, *"La pragmática universal tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento possible. En otros contextos, se habla también de 'presupuestos universales de la comunicacion'; pero prefiero hablar de presupuestos universales de la acción orientada al entendimiento. [...] entendiendo por acciones comunicativas actos de habla explícitos; passaré por alto las acciones no verbalizadas y las manifestaciones expressivas ligadas al cuerpo"* (HABERMAS, 1994, p. 299).

ainda uma terceira, a saber, a perlocucionária, referente às consequências e aos resultados particulares gerados no ouvinte quando da recepção de um ato de linguagem[76].

Para além de Austin, contudo, que voltara suas atenções apenas para o conteúdo proposicional expresso, Habermas afirmou que em todas as situações de fala estariam envolvidas tanto uma dimensão intersubjetiva atinente às relações de diálogo, quanto uma dimensão objetiva. Na primeira, criar-se-ia um laço entre falante e ouvinte, marcada por frases performativas do tipo 'aceito me casar com você'. Na segunda, a realidade se impregnaria nas sentenças declarativas possibilitando a compreensão de afirmações como 'amanhã será diferente'. Isso permitiria às pessoas, ao falar, exprimirem intenções, assumirem obrigações sociais e ainda transmitirem informações sobre o mundo (SAMPAIO, 2009a, p. 302-303).

A tudo isso, Habermas (1994, p. 116) acoplou as investigações de Searle, que aprofundara a concepção dos *jogos de linguagem* wittgensteinianos e percebera, para além das regras constitutivas da linguagem, regras reguladoras de comportamentos linguísticos já desde sempre existentes. A partir daí, nosso autor concebeu os elementos da *situação ideal de fala*[77], imprescindíveis para a configuração da razão comunicativa, capaz de dar ensejo tanto à ação comunicativa originária quanto ao discurso[78]. A passagem do primeiro ao segundo nível da comunicação operar-se-ia no exato momento em que pretensões ingenuamente aceitas, ou consensualmente aceitas no contexto de uma ação comunicativa, passassem a ser

---

[76] Para exemplificar esta última dimensão, poder-se-ia dizer que, diante de uma afirmativa de um falante, um ouvinte, dependendo do contexto, poderia encará-la como um aviso e ficar com medo, ou simplesmente entendê-la como uma simples ironia e dar de ombros. Assim, num contexto em que uma pessoa espera ansiosamente por uma doação de sangue do tipo AB, por exemplo, a proposição o 'sangue acabou' geraria nela, talvez, um sentimento de apreensão. Por outro lado, a mesma frase, no contexto de um jogo do Atlético/MG contra o América/RJ pela Copa do Brasil, poderia gerar nos torcedores do alvinegro mineiro um sentimento de alívio. Para mais exemplos, sugere-se a leitura de (CRUZ, 2008a, p. 87-88).

[77] Nas palavras de Habermas, *"La situación ideal de abla excluye las distorciones sistemáticas de la comunicación. y la estrutura de comunicacion deja de generar coacciones sólo si para todos los participantes en el discurso está dada uma distribuición simétrica de las oportunidades de eligir e ejecutar actos de habla. [...] La estructura de la comunicación, por la que se caracteriza la situación ideal de habla, excluye distorciones sistemáticas y garantiza en especial el libre paso entre los niveles del discurso. Por eso, todo consenso que haya sido generado argumentativamente en las condiciones de una situación ideal de habla, puede considerarse criterio de desempeño de la pretensión de validez tematizada en cada caso. Un consenso racional sólo puede distinguirse, en última instancia, de un consenso engañoso por referencia a una situación ideal de habla"* (HABERMAS, 1994, p. 153-154).

[78] Nas palavras de Habernas, *"a comunicação com vistas ao entendimento mútuo, que tem por natureza um caráter discursivo, é diferenciada segundo os níveis do discurso e do agir. Tão logo as pretensões de verdade – ingenuamente levantadas no agir comunicativo, e mais ou menos auto-evidentes no contexto de um mundo da vida comum – são problematizadas e se tornam objeto de uma controvérsia com base em argumentos, os envolvidos passam (mesmo que de modo rudimentar) do agir comunicativo para outra forma de comunicação, a saber, a práxis argumentativa em que eles desejam se convencer mutuamente, mas também aprender uns com os outros"* (HABERMAS, 2004, p. 92).

problematizadas e transformadas em objeto de controvérsia entre os integrantes da argumentação.

Nesse instante, o grande mérito de Habermas foi vincular as unidades pragmáticas do discurso (os atos de fala) à *situação ideal de fala*[79], o que lhe permitiu vislumbrar e conceber sua *teoria consensual da verdade.* Basicamente, a *situação ideal de fala*, contrafaticamente concebida, excluiria as distorções comunicativas e sistêmicas e abriria as portas para a *possibilidade* de um acordo discursivamente alcançável pelos participantes da argumentação, acerca daquilo que, então, tivessem por verdade, e isso num contexto em que a única coação seria exercida pela força do melhor argumento (HABERMAS, 1994, p. 121/150).

Já nessa época, nosso autor tentou se esquivar de críticas que vinculassem a *situação ideal de fala* a princípios ou ideais reguladores, ou mesmo, a uma síntese proveniente do pensar. Segundo ele, essa situação ideal não seria nenhum fenômeno empírico nem uma simples construção, mas uma suposição inevitável[80] que, reciprocamente, os participantes de uma argumentação haveriam de fazer caso estivessem interessados em agir discursivamente (HABERMAS, 1994, p.155).

Contudo, ele reconheceu que essa suposição poderia ser tida como uma condição contrafática do agir comunicativo, como um elemento qualitativo de legitimação de toda e qualquer proposição linguística. Com isso, deixou abertas as portas para que a *situação ideal de fala* fosse entendida como pressuposto da comunicação voltada para o entendimento, mas passível de faltar (sem, contudo, deixar de existir), ocasião em que o discurso desnaturar-se-ia em 'imposição de vontade', exatamente em vista do 'abandono' da *razão comunicativa* (HABERMAS, 1994, p. 155).

A despeito disso, faltava ainda uma explicação mais contundente acerca de como a racionalidade comunicativa poderia superar a racionalidade meramente funcional ou

---

[79] Nas palavras de Cruz, *"a 'situação ideal de fala', na qual se constrói o 'discurso' é, pois, entendida como um conjunto de pressupostos universais e inevitáveis da racionalidade e podem ser enumerados: a) a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; b) a ideia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo); c) o medium lingüístico [...]; d) ilimitação de tempo para se obter o acordo; e) a ausência de coação física e moral no processo argumentativo; f) a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna e externa na execução do discurso"* (CRUZ, 2007, p. 98). Esses pressupostos pragmáticos contrafáticos, no fim das contas, são pressupostos intramundanos da comunicação, atrelados aos quatro tipos de atos de fala (comunicativos, constatativos, representativos e regulativos). Em outras palavras, são uma exigência de simetria de oportunidades entre os participantes do discurso, a fim de que pudessem igualmente empreender atos de fala comunicativos, fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e problematizar pretensões de validade, assim como apresentar razões ou refutar essas pretensões, bem como empregar atos de fala representativos e regulativos (HABERMAS, 1994, p. 153-154).

[80] Nas palavras de Oliveira, *"essa construção tem a intenção de provar que cada falante, comunicativamente competente, que pretende participar de um discurso tem, inevitavelmente, de fazer essa antecipação e só o pode fazer com o auxílio dos quatro tipos de atos de fala"* (OLIVEIRA, 1996, p. 319).

instrumental, tão em voga desde os trabalhos de Weber e abraçada, entre outros[81], por Horkheimer, Marcuse, Adorno e Walter Benjamin (estes últimos, representantes da primeira geração da Escola de Frankfurt e extremamente desiludidos com as atrocidades desveladas no pós-guerra de 1945).

Por certo, a valorização de um agir voltado para o entendimento, com base no qual uma razão comunicativa pudesse ser intersubjetivamente configurada, já representava um esforço nesse sentido. Mas a *Pragmática universal* ainda carecia de um maior aprofundamento, o qual a transformasse em uma teoria da sociedade e da modernidade, para além da sua configuração como teoria da racionalidade. Faltava a ela, sobretudo, explorar a *linguagem* (no sentido pragmático da comunicação humana) como elemento capaz de contribuir para a integração social. Esse projeto começou a ser esboçado em 1977, ocasião em que, ao voltar os olhos para a tese de racionalidade desenvolvida por Weber, Habermas argumentou:

> que conceito de ação social resulta mais adequado quando intentamos explicar a evolução das sociedades modernas, não apenas com base nos termos da teoria sistêmica, é dizer, do ponto de vista funcionalista de uma crescente capacidade de autorregulação, mas também com base nos termos da teoria da ação, a saber: do ponto de vista cognitivista de uma crescente racionalidade dos âmbitos da vida ou esfera da existência? (HABERMAS, 1994, p. 372 –tradução nossa)[82]

A essa pergunta, apresentada como forma de abertura para a argumentação, nosso autor procurou dar a seguinte resposta: *a ação comunicativa*, em que os atores sociais não se orientam por cálculos egocêntricos, voltados para o próprio êxito, mas para o entendimento mútuo, é o conceito de ação social mais adequado para a tentativa de explicação da evolução das sociedades modernas, sobretudo tendo em vista a crescente racionalidade dos âmbitos da vida. Em sua ótica, essa forma de ação linguisticamente mediada privilegiaria a busca cooperativa pelo entendimento, o qual, aliás, constituía o *telos* imanente da linguagem humana (HABERMAS, 1994, p. 385).

A despeito disso, Habermas foi claro ao esclarecer que nem toda relação social estabelecida a partir de meios lingüísticos poderia ser caracterizada como um exemplo típico de ação comunicativa. Agires estratégicos, que não se desvinculavam por completo da busca

---

[81] Para mais detalhes acerca dos representantes dessa primeira fase do pensamento da Escola de Frankfurt, sugere-se a leitura de (FRANKENBERG, 2009, p. 2-6)

[82] "?qué concepto de acción social resulta más adecuado cuando tratamos de explicar la evolucion de las sociedades modernas, no sólo en términos de teoría de sistemas, es dicir, desde el ponto de vista funcionalista de uma creciente capacidad de autorregulación, sino también em términos de teoría de acción, a saber: desde el punto de vista cognitivista de uma creciente racionalidad de âmbitos de la vida o esfera de la existencia?" (HABERMAS, 1994, p. 372)

pelo entendimento, a despeito de configurarem um tipo de ação social estabelecida linguisticamente, são operados racionalmente com vistas a influenciar outras pessoas, seja para o êxito pessoal de uma das partes, seja para induzir a um comportamento 'desejável' (não necessariamente maléfico). Esta forma de ação social podia ser manejada abertamente, mas também ser encoberta, situação em que ao menos um dos participantes se comportaria estrategicamente, enganando ao outro através da simulação de um comportamento supostamente voltado ao entendimento mútuo. Neste caso ocorreria uma manipulação (HABERMAS, 1994, p. 386).

Além da ação estratégica, era ainda possível agir instrumentalmente por meio da linguagem. Neste caso, a ação era fundada na busca pelo melhor aproveitamento da situação, sempre tendo em vista o êxito de uma determinada prática (1994, p. 385). O agir instrumental, ao menos em princípio, não era considerado um tipo de ação social[83], mas uma forma de escolher entre as técnicas mais eficientes de ação, em vista do objetivo de intervenção em dado estado físico[84].

Esse tipo de análise dos tipos 'puros' de ação por meio da linguagem já antecipava, em alguns aspectos, o projeto de uma *Teoria da Ação Comunicativa*. A vantagem dessa *Pragmática Universal ampliada*, na visão de Habermas (1994, p. 395), consistia em que, ao empreender a análise mais aprofundada dos tipos de ação, ela tornaria mais claro em que medida esses agires linguisticamente manejados poderiam ser submetidos a críticas e corrigir-se, a fim de tornar-se mais racionais.

O intento de apreender esses processos de racionalização foi, portanto, o primeiro objetivo da *Teoria da Ação Comunicativa* (1981). Seu ponto chave, no entanto, para usar as palavras de Sampaio, estava localizado no esforço explicativo que tentava superar a desilusão e o desencanto com o mundo, que se abateu entre outros sobre Weber, Adorno e Horkheimer, crentes no domínio absoluto da razão instrumental, decorrente, segundo eles, da própria dialética ou lógica interna da racionalização moderna (SAMPAIO, 2009a, p. 306).

---

[83] Nas palavras de Neves (2008, p. 75) *"a ação instrumental diz respeito à utilização de objetos para a satisfação de interesses e necessidades humanas. Ela baseia-se em regras técnicas, sendo definida como um tipo de comportamento dirigido a alcançar determinados fins por meio do uso de objetos. Em princípio, não é uma ação social, mas pode estar vinculada a interações sociais"*.

[84] Nas palavras de Cruz (2008, p. 92) *"o segundo modo de agir racional, o agir racional teleológico absorve mas não se confunde com a noção de racionalidade instrumental da Escola de Frankfurt. O agir instrumental de um indivíduo que levanta/aciona o interruptor para iluminar a sala de uma casa claramente se distingue do agir estratégico do subordinado que elogia seu superior tão somente para obter uma promoção. Enquanto o agir instrumental se vale de utensílios para alcançar um controle mais eficiente do meio circundante, o outro – o agir estratégico – pauta-se pela escolha racional de preferências em um processo de adequação de meios a fins"*.

Como uma teoria da sociedade, da racionalidade e da modernidade, a Pragmática Universal ampliada ou *Teoria da Ação Comunicativa* uniu o projeto analítico da Escola de Oxford à visão constitutiva da filosofia hermenêutica[85]. Com isso, privilegiou a dimensão constitutiva e pragmática da linguagem humana, vinculando a teoria dos atos de fala a uma nova concepção acerca do conceito de *mundo da vida*[86], um pano de fundo linguisticamente configurado[87] que englobava a cultura, as instituições sociais e o mundo subjetivo[88]. A partir daí, o projeto de integração social por meio da linguagem tornou-se mais palpável.

O *mundo da vida* constituía-se como um contexto formador do horizonte dos processos de entendimento. Mas ele também fornecia aos participantes da argumentação um conjunto de provisões/convicções comuns, passíveis de cobrir a necessidade de entendimento exigida cotidianamente. Esse conjunto de convicções intersubjetivamente compartilhadas dava sustento a interpretações passíveis de contar com o consenso daqueles que se inseriam no contexto comunicativo (constituído no interior do próprio mundo da vida). Assim, como *recurso,* o mundo da vida cumpriria um papel *constitutivo* dos processos de entendimento (HABERMAS, 1994, p. 495).

Conforme ensina Oliveira (1996, p. 335), para Habermas, o *mundo da vida* se constituía como *"o horizonte de possibilitação"* no qual já desde sempre se situariam os que agiam comunicativamente. Nesse sentido, ele nada mais era que "*o pano de fundo não*

---

[85] A despeito de Habermas haver rompido com Heidegger desde 1953. O rompimento, manifesto em artigo de jornal publicado com o título de "Pensar Heidegger contra Heidegger", deveu-se à publicação, por parte de Heidegger, já em 1953, de aulas provenientes do ano de 1935 que faziam clara alusão ao nazismo. O problema indicado por Habermas era a ausência de qualquer tipo de comentário ou revisão por parte de Heidegger, o que indicara que ele menosprezara *"seu erro político, repleto de conseqüências, como puro reflexo de um 'erro' inimputável à pessoa"* (HABERMAS, 2009, p. 337)

[86] Como nos explica Cruz (2007, p. 67) *"Ao contrário de Husserl, Habermas concebe o mundo da vida como um conceito complementar ao de ação comunicativa. Nesse sentido, esse horizonte de autoevidências culturais e lingüísticas é um pano de fundo que possibilita a racionalidade comunicativa. No entanto, é preciso que fique claro que este conceito não é concebido a partir de uma consciência humana individual e isolada, tal como supunha Husserl. Muito ao contrário, a estratégia de Habermas foge inteiramente do viés husserliano, o que seguramente nos permite dizer que qualquer aproximação dos conceitos em termos de identidade não tem qualquer rigor científico"*

[87] Nas palavras de Habermas (2004, p. 93), o *"mundo da vida linguisticamente estruturado e que forma, por assim dizer pelas costas dos participantes, o contexto das conversações e a fonte de conteúdos comunicativos deve ser distinguido da suposição formal de um mundo objetivo e de um mundo social, suposição que os interlocutores e os atores fazem ao se referir linguisticamente a – ou de modo geral ao estabelecer relações com – alguma coisa no próprio mundo"*

[88] *"O mundo da vida constitui* ***o horizonte de uma práxis do entendimento mútuo****, em que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a bom termo com seus problemas cotidianos.* ***Os mundos da vida modernos diferenciam-se nos domínios da cultura, da sociedade e da pessoa.*** *A cultura articula-se – segundo os aspectos de validade das questões sobre verdade, justiça e gosto – nas esferas da ciência e da técnica, do direito e da moral, da arte e da crítica da arte. As instituições básicas da sociedade (como a família, a igreja e a ordem jurídica) geraram sistemas funcionais que, como a economia moderna e a administração do Estado) desenvolvem uma vida própria por meios de comunicação próprios (dinheiro e poder administrativo). As estruturas da personalidade, por fim, nascem de processos de socialização que equiparam as jovens gerações com a faculdade de orientar-se de maneira autônoma num mundo tão complexo."* (HABERMAS, 2004, p. 320 – grifo nosso)

explicitado do agir comunicativo" e, enquanto tal, *"o depósito cultural de convicções de uma comunidade humana, o lugar onde se movimentam os que agem comunicativamente"*. Contudo, o conceito habermasiano de *mundo da vida* era contingencial, isto é, fluido, porquanto permanentemente suscetível de ampliação e modificação:

> o mundo da vida não pode ser compreendido como algo estático, eis que, na medida em que caminhamos esse horizonte, que compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e de se comunicar, avança simultaneamente. O mundo da vida no qual se inserem as pessoas, de certo produz diferentes horizontes, eis que se torna tal como a linguagem em Heidegger, na medida do homem. Assim, o horizonte de alguém incapaz de ler ou escrever é bastante diferente daquele versado nas letras. Por conseguinte, se o mundo da vida é algo que permite a comunicação e o entendimento, características antropológicas da espécie humana, o mesmo se transforma em uma esfera da qual o homem não pode transcender. **Contudo isso não implica impossibilidade de mudança/progresso sob o ângulo individual ou social** (CRUZ, 2007, p. 69-70 – grifo nosso).

Todos os tipos de ações sociais e não sociais operavam-se exatamente no entorno desse pano de fundo intersubjetivamente compartilhado que era o mundo da vida. Ele aliviaria as possibilidades de dissenso, *"funcionando como peso conservador contra o dissenso"* (OLIVEIRA, 1996, p. 335).

O discurso, como nível aprofundado da ação comunicativa, desenvolver-se-ia exatamente quando as presunções de validade do mundo da vida fossem problematizadas. Aliás, segundo Habermas, o mundo da vida tornar-se-ia tanto mais racional quanto mais os consensos que lhe integram fossem fundados em argumentos racionais, isto é, decorressem de um entendimento mútuo pautado no melhor argumento. A configuração desses consensos discursivamente alcançáveis, no entanto, podia ser dificultada por falhas passíveis de acometer o mundo da vida, causando distúrbios no próprio projeto de integração social.

Daí porque a *Teoria da Ação Comunicativa* pretendeu dar suporte à superação de ações instrumentais e estratégicas deterioradoras da integração social, privilegiando a razão comunicativa (aquela fundada no entendimento mútuo), decorrente de uma ação comunicativa genérica ou do discurso. Isso não significa que Habermas apostasse em um mundo 'ideal', sem excessos de desigualdade e integrado por 'anjos encarnados' [89]. Ao contrário, ele vislumbrava bem todo o processo de colonização do mundo da vida decorrente de ações instrumentais e meramente funcionais[90], ou de agires estratégicos voltados apenas e tão

[89] Entendemos que essa crítica de Sampaio a Habermas é infundada, mesmo em relação à *Teoria da Ação Comunicativa.*

[90] Para a compreensão da relação entre o conceito restrito de sistema em Habermas, que englobaria apenas a economia e o poder administrativo, e o conceito de *colonização do mundo da vida*, relativo à invasão

somente para o êxito individual egoístico. A possibilidade de colonização do mundo da vida pela lógica do mercado[91], por exemplo, era plenamente considerada por Habermas, sendo fruto, aliás, de sua própria herança marxista nessa época.

Contudo, cônscio de que a falha do processo de integração social poderia gerar, entre outros, um estado de anemia cívica (alienação pessoal), uma crescente insegurança em relação à identidade coletiva, uma proliferação de patologias psíquicas e de crises correspondentes de ruptura com a tradição e da perda de motivação, Habermas apegou-se ao potencial integrador da linguagem humana, o entendimento, para tentar construir uma razão pautada em argumentos, capaz de contribuir para a racionalização mesmo do mundo da vida. Esse processo de racionalização era permeado, ainda, por um crescente nível de diferenciação estrutural[92] no interior da sociedade, do qual resultava a necessidade permanente de revisão

---

destrutiva dos mesmos sobre o mundo da vida *"perturbando-lhe os processos de reprodução e, assim, ameaçando a manutenção de seus componentes"*, sugere-se a leitura de (NEVES, 2008a, p. 74-75). Para uma abordagem diferenciada acerca do tema, sugere-se a leitura de (FOUCAULT, 2004, p. 149/183-184) e (BORRADORI, 2004, p. 47-48/110-113) e, ainda, de (DUARTE; CRUZ, 2009a, p. 55-76).

[91] O interessante é que, a despeito de se afastar sobremaneira de seus pressupostos marxistas a partir da publicação de Direito e Democracia, em 1992, Habermas mantém ainda hoje a visão de que o sistema econômico e o poder administrativo agem sobre o mundo da vida como simples instâncias de manipulação e colonização (HABERMAS, 2004, p. 97). Nesse sentido, é bastante interessante a crítica de Cruz (2009, p. 201) a Habermas, no sentido de que a sua racionalidade sistêmica pós-weberiana possuiria um fundo marcadamente unilateral, porquanto *"o sistema econômico é compreendido quase que como um vilão que trama cotidianamente contra o interesse emancipatório da sociedade"*. Nas palavras de Cruz (2009, p. 201-202) *"a despeito de Habermas ter caminhado para uma posição 'social-democrata', parte de sua análise continua marcada pela perspectiva marxista. Assim, há que se indagar: o empresariado é por definição um vilão? Uma vez bandido, sempre bandido? Ora, a análise dialética permite agora que seus conceitos sejam estáticos? Ou isso só vale para os frankfurtianos? Será que o modo de produção capitalista não contribuiu em nada para a melhoria das condições de vida universais? Será que ele pode ainda ser tratado nos termos de exploração do homem pelo homem, de superestrutura social, de exploração permanente do capital sobre o proletariado e o exército industrial de reserva? Será que a contribuição de Popper, dentre outros, já não teria demonstrado que a visão marxista se mostra adequada tão-somente ao século XIX? Será que não existem empresários com consciência social? Por outra banda, também o sistema burocrático é compreendido como um elemento tradutor de um puro corporativismo. A burocracia cria formas de pensar próprias e desconectadas do poder político e se reproduz de modo a dificultar a ação política. A visão de funcionários públicos ociosos, a perspectiva de intermináveis formulários e procedimentos inúteis, que servem antes para justificar a existência da própria função, que achaca e prejudica a sociedade, traduzem também a colonização do mundo da vida por este sistema. Contudo, será que a análise habermasiana não está aqui também se caracterizando por um maniqueísmo inaceitável? Será que não existem funcionários públicos dedicados? Será que não se pode afirmar que muitas vezes essa burocracia se ergue contra devaneios e absurdos perpetrados pelo poder político em favor da própria sociedade? Em outras palavras, porque o único papel que Habermas vê (ou pelo menos coloca em destaque) é justamente o negativo? Por que a 'infalível dialética' permitiu uma visão tão míope e desfocada das coisas?"* Apenas para evitar mal entendidos que já se fazem ouvir na Escola Mineira do Direito, especificamente nas salas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sobretudo da boca de alguns de nossos colegas de Mestrado vinculados à linha de pesquisa desenvolvida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, Cruz não quis, com essas críticas, defender uma suposta superioridade da teoria de Popper sobre as contribuições de Habermas, o que a leitura integral da obra acima citada demonstra perfeitamente. Sua intenção foi apenas chamar a atenção para aquilo que ele enxerga como uma falha na concepção de Habermas acerca dos influxos causados pelo sistema econômico e pelo poder administrativo (movidos pela lógica do dinheiro e do poder) sobre o interesse emancipatório da sociedade.

[92] Nas palavras de Oliveira, *"À diferenciação estrutural do mundo vivido corresponde uma especificação funcional dos processos correspondentes de reprodução. As sociedades modernas se caracterizam pela formação de sistemas de ação, nos quais as tarefas especializadas da tradição cultural, da integração social e*

reflexiva das tradições, bem como a exigência de maior legitimação das normas de conduta que intentavam regular o convívio social[93].

Nesse sentido, os ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguística* foram de muita valia para a *Teoria da Ação Comunicativa*[94], sobretudo no tocante à superação da relação sujeito-objeto e à configuração de uma relação intersubjetiva, já desde sempre mediada linguisticamente. Foi a partir disso que Habermas pode conceber uma racionalidade comunicativa candidata a 'superar' a razão prática kantiana, ou melhor, capaz de possibilitar, como condição de possibilidade e validade, o próprio operar de uma razão prática[95]. Apenas assim é possível entender a assertiva de que, na medida em que se voltava para o modo de agir comunicativo, empiricamente constitutivo e constituído pelo mundo da vida, a razão comunicativa tornava-se capaz de superar a subjetividade inicial de uma razão solipsista, em prol de convicções intersubjetiva e racionalmente motivadas no melhor argumento (HABERMAS, 1994, p. 506-507).

A despeito disso, essa teoria pragmática universal ampliada ainda padecia de dois problemas específicos: em primeiro lugar, ela ainda não conseguia desvencilhar-se por completo da presunção de um discurso moral fundamentador do próprio discurso (o que ainda a aproximava dos pressupostos da razão prática kantiana[96]); em segundo lugar, ela carecia de elementos que garantissem a operacionalização pragmática[97] do *discurso.*

---

da educação são trabalhadas profissionalmente, como é o caso, em nível da cultura da ciência, do direito e da arte, em nível da sociedade da democratização, que significa o estabelecimento de formas de formação discursiva da vontade, e em nível de personalidade, da formação da educação" (OLIVEIRA, 1996, p. 338).

[93] Nas palavras de Neves (2008, p. 70-71) *"a racionalização do mundo da vida relaciona-se com sua diferenciação estrutural, ou seja, com a diferenciação dos seus três elementos estruturais. Na relação entre cultura e sociedade, a diferenciação estrutural manifesta-se no crescente desacoplamento entre sistema institucional e imagens de mundo; na relação entre personalidade e sociedade, na ampliação do espaço de contingência para o estabelecimento de relacionamentos interpessoais; e na relação entre cultura e personalidade, no fato de que a inovação cultural torna-se cada vez mais dependente da postura crítica e capacidade de inovação dos indivíduos. [...] A racionalização do mundo da vida, além de relacionar-se com a diferenciação de cultura, sociedade e personalidade como seus três componentes estruturais, importa o descentramento da compreensão do mundo e a distinção entre as respectivas pretensões de validade"*

[94] *"La teoria de la acción comunicativa hace suyo determinados impulsos críticos que desde Humboldt (hasta Austin y Rorty) se han venido produciendo em el seno de la filosofia del lenguaje"* (HABERMAS, 1994, p. 507).

[95] Para mais detalhes, sugere-se a leitura de (CRUZ, 2007, p. 154-159), bem como de (OLIVEIRA, 2002, p. 182-183).

[96] Nas palavras de Cruz (2008, p. 124), na Teoria do Agir Comunicativo, *"[...] a moral continuava a ser o elemento condicionante do Direito e, por conseguinte, o peso da integração social sobre a solidariedade social permanecia ligado à exigências morais, pois a legitimidade da legalidade só se daria por sua abertura à dimensão da moralidade"*. Essa também é a opinião de Gomes (2009, p. 195).

[97] Nas palavras de Cruz, os discursos práticos, voltados para a regulamentação das formas de agir em sociedade (Direito), demandariam *"o surgimento de outros elementos além do cognitivo, tais como o motivacional e o operacional. O primeiro reduz o risco de dissenso, pois facilita a estabilização de expectativas de comportamento ao incluir questões concretas da existência, tais como problemas ético-políticos e pragmáticos. Quanto ao segundo, o critério da 'situação ideal de fala', como medida de verificação da legitimidade dos discursos, sem limitação de tempo, transformaria as relações humanas em 'um seminário*

O interessante, no entanto, é que o projeto habermasiano sempre negou a ideia de fundamentação última, tal como concebida por Apel, preferindo se pautar em uma suposta complementaridade entre a filosofia e a ciência. Não que Habermas desconsiderasse, com isso, a importância do saber filosófico. Contudo, para ele, este caminharia 'lado a lado' com o saber científico, *numa relação de cooperação*, de modo que nenhum dos dois poderia arrogar a si próprio a ascendência sobre o outro (HABERMAS, 2004, p. 319/321)[98].

Essa noção de cooperação entre filosofia e ciência, por si só, já justificaria a tentativa de construir, a partir dos ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, padrões renovados que auxiliassem uma aplicação *pós-positivista* do Direito, em especial, no tocante aos Direitos Fundamentais (ou mais especificamente, no tocante ao Direito Fundamental à saúde).

Contudo, antes de dar um primeiro passo nessa direção, suspenderemos momentaneamente a exposição do projeto habermasiano para, sucessivamente, explicar as *Teorias argumentativas* desenvolvidas, respectivamente, por Robert Alexy e Klaus Günther, as quais foram intimamente influenciadas pela *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, no estágio em que esta se encontrava antes do desenvolvimento, por Habermas, da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia* (1992[99]).

Em nosso entender, a compreensão dessas duas concepções contribuirá para a intelecção dos ganhos decorrentes da *Teoria Discursiva habermasina* para a consolidação do paradigma da *Filosofia da Linguagem*[100]. A partir daí, será possível delinear algumas das insuficiências provenientes das mais diversas propostas positivistas de pensar e aplicar o Direito. Passemos, pois, primeiramente, à análise da *Teoria da argumentação* alexyana.

---

universal de discussão ininterrupta', longe, portanto, de qualquer possibilidade prática, eis que não operacionalizável" (CRUZ, 2008, p. 125).

[98] *Verdade e Justificação*, até então, a última obra de Habermas traduzida para o português, atesta e exemplifica de forma cabal sua concepção de cooperação entre filosofia e ciência. Nessa obra, Habermas se apropriou de elementos da teoria científica para construir o seu novo *conceito filosófico de verdade como aprendizado*.

[99] A publicação da primeira edição da obra *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, por meio da qual Habermas apresentou ao mundo a sua *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, se deu em 1992. Neste trabalho, utilizaremos a versão publicada para o português em 2003.

[100] Não é muito comum, sobretudo pelas controvérsias de opinião existentes entre e Alexy e Habermas, vislumbrar aproximações entre a *Teoria da Argumentação* de autoria do primeiro e a *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, de autoria do último. A despeito disso, seguindo de perto os ensinamentos de Cruz, não há como negar, em certa medida, a influência da *Teoria da Argumentação* alexyana sobre o projeto habermasiano de uma *Teoria Discursiva*, principalmente no que se refere à luta pela tentativa de superação da discricionariedade judicial, tão propagada pelos (neo)positivistas. Nas palavras do jurista mineiro: *"[...] da mesma maneira que a Teoria da Constituição Contemporânea iniciou seu trabalho no exato ponto em que Kelsen [...] afirmou a inexorabilidade da discricionariedade judicial, a Teoria Discursiva de Habermas [...] procura construir uma fundamentação do Direito que sustente a correção decisional por meio da ampliação de horizontes procedida pela Teoria da Argumentação construída por Alexy [...]"* (CRUZ, 2004, p. 216). Essa assertiva é confirmada pelo próprio Habermas: *"a tese de doutoramento de Alexy, por sua vez, encorajou-me a estender ao direito e ao Estado constitucional a teoria do discurso que desenvolvi para a moral"* (HABERMAS, 2007, p. 366).

2.1.2 A Teoria da Argumentação de Robert Alexy: a tentativa de construção de uma teoria do discurso racional

A *Teoria da Argumentação alexyana* foi publicada pela primeira vez na Alemanha em 1978. Extremamente influenciada não apenas pela filosofia do segundo Wittgenstein, mas também pelo projeto em torno da elaboração de uma *ética do discurso*[101], ela buscou dar a sua contribuição para a construção de uma *Teoria do Discurso* que garantisse a racionalidade e a justificação dos argumentos desenvolvidos tanto no campo da moral, quanto no campo do discurso jurídico.

Desenvolvida num contexto marcado pela incerteza e pela contingência[102], ela escancarou as influências da *reviravolta* operada na Filosofia sobre a forma de conceber e pensar os problemas relativos à argumentação moral e jurídica.

Segundo Alexy, sua *Teoria da Argumentação* nada mais representava que uma versão de *Teoria do Discurso* capaz ao menos de possibilitar a busca por pretensões de correção/validade normativa no campo da argumentação moral, afigurando-se, ainda, como um empreendimento promissor para a depuração dos argumentos válidos e racionais no campo da argumentação jurídica[103].

Estruturalmente, a obra foi iniciada por uma minuciosa análise das inúmeras teorias acerca das mais diversas regras e argumentos que deviam permear o discurso racional no campo da argumentação moral (a). Na sequência, foi subdividida em duas partes: um esboço de uma Teoria Geral do Discurso Racional Prático (b) e uma Teoria da Argumentação Jurídica, para Alexy, um caso especial de discurso prático geral (c).

---

[101] Alexy faz menção tanto à vertente transcendental apeliana, quanto à versão universal habermasiana. Nesse sentido, vide (ALEXY, 2001, p. 107). Acerca do tema, vide tópico 2.1.1 deste trabalho.

[102] Essas são consequências próprias da transição do paradigma científico e societário moderno para o paradigma científico e societário contemporâneo. Dos diversos fatores que possibilitaram essa transição, destacamos neste capítulo a *reviravolta* no campo filosófico, que, sobretudo a partir das contribuições de Heidegger, Gadamer e Wittgenstein, passou a ver a contingência como inerente ao próprio processo da compreensão. Para mais detalhes, remetemos o leitor ao tópico 2.1.1 deste trabalho. Vide, ainda, (CRUZ, 2004, p. 135-147; 2007, p. 75-95) e (PEREIRA, 2007, p. 8-80).

[103] Nas palavras de Alexy, a tarefa da Teoria do Discurso poderia ser entendida *"precisamente como a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, o que permite que indivíduos com opiniões normativas muito diferentes, possam concordar com elas – e que, por outro lado, sejam tão fortes, que qualquer discussão feita com base nela seja considerada como "racional". [...]* [As regras do discurso] *são de considerável importância ao explicar a reivindicação de correção como critério para julgar a correção de afirmações normativas, como um instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional numa justificação objetiva, e/ou por tornar mais visível um ideal pelo qual valha a pena lutar. Isso indica a teoria do discurso como um empreendimento promissor para a teoria jurídica"* (ALEXY, 2001, p. 28-29).

No tocante à primeira parte[104], Alexy recorreu à versão do Emotivismo desenvolvida por Stevenson, sobretudo por entender, com este, que a linguagem moral exercia uma função muito mais que meramente descritiva[105]. Em seguida, observou a coerência da assertiva da Teoria dos *jogos de linguagem* desenvolvida pelo segundo Wittgenstein, fazendo uso, ainda, da Teoria dos atos de fala de Austin, sobretudo no tocante aos aspectos performativos (locucionário, ilocucionário e perlocucionário) da linguagem[106]. Nosso autor recorreu também à Teoria de Hare, concordando com os relatórios deste sobre a universalidade dos julgamentos morais e sobre a possibilidade de teste dos aludidos julgamentos. Anuiu, ainda, à tese de que o discurso moral seria uma atividade racional de *status* idêntico ao das ciências empíricas.

Por sua vez, com base na Filosofia Psicológica de Toulmin, Alexy reconheceu a existência de regras inerentes ao discurso moral que permitiriam o seu exame racional[107]. Recorreu também à Teoria de Baier, anuindo à tese da existência de regras morais distintas a determinarem as razões ou motivos de argumentação (e a estabelecerem uma hierarquia entre essas regras). Além disso, Alexy sustentou que a análise de Baier, do ponto de vista moral, revelava muitos aspectos acerca do conceito de generalidade[108].

O passo seguinte foi o recurso à Teoria da Verdade como consenso, desenvolvida por Habermas em *Teorias da Verdade*[109]. Nesse ponto, ele concordou com a tese inicial de Habermas, defendida até a publicação de *Verdade e Justificação*, que dizia que num discurso pautado em *situações contrafáticas de fala*, seria possível filtrar os argumentos verdadeiros a partir de um consenso alcançado discursivamente (aceitabilidade racional)[110]. No entanto, Alexy sustentou que as *condições ideais* seriam, em verdade, *ideais reguladores*[111] do discurso moral, estipulando, em vista disso, o critério da universalização de Hare como condição mínima para sua Teoria[112]. Segundo ele, esse critério dizia que todo orador

---

[104] A narrativa aqui desenvolvida segue os moldes daquela desenvolvida por Cruz (2004, p. 165-166), sem, no entanto, deixar de se apoiar no próprio Alexy (2001).
[105] Nesse sentido, vide (ALEXY, 2001, p. 49-54).
[106] Nesse sentido, vide (ALEXY, 2001, p. 55-61).
[107] Nesse sentido, vide (ALEXY, 2001, p. 61-84).
[108] Ao que parece, esse conceito se aproxima do princípio da universalização de Hare. Para mais detalhes, vide (ALEXY, 2001, p. 85-90).
[109] Para mais detalhes, vide tópico anterior deste trabalho.
[110] Nesse sentido, vide (ALEXY, 2001, p.91-117).
[111] O interessante é que Alexy, a despeito de discordar da tese habermasiana da *contrafaticidade* das condições ideais do discurso, a saber, aquela que dizia que qualquer um que **se abrisse ao discurso** já desde sempre pressuporia essas condições, as quais, a despeito disso, podiam faltar (sem, no entanto deixar de existir), ocasião em que o discurso desnaturar-se-ia em imposição de vontade, não deixou de fazer referência às argumentações de Habermas que tentavam afastar a crítica de que estas seriam, em verdade, irrealizáveis. Alexy adotou a tese de que as condições ideais seriam como que *ideais reguladores*, alcançáveis apenas por via aproximativa. Acerca do tema, vide (ALEXY, 2001, p. 105-107). Conforme Cruz nos explicou, nessa época o projeto alexyano amoldava-se mais à concepção de Apel acerca das condições ideais de fala.
[112] Nesse sentido, vide (CRUZ, 2004, p. 166).

precisaria afirmar num discurso *"precisamente aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso que [estivesse] disposto a afirmar nos mesmos termos para todo caso que se assemelhasse ao caso dado em todos os aspectos relevantes"* (ALEXY, 2001, p. 188).

Feito isso, nosso autor recorreu à Teoria da Deliberação Prática da Escola de Erlanger para dizer que, a despeito de criticável, não seria por completo vã uma tentativa de padronização da linguagem (2001: 117-129). Por fim, assumiu a Teoria da Argumentação de Perelman (a Nova Retórica) para justificar a impossibilidade de se sustentar um único resultado como correto e impassível a mudanças[113]. Ele ainda reconheceu a procedência do princípio da inércia de Perelman[114] no tocante à argumentação (ALEXY, 2001, p. 129-141).

Encerrada essa filtragem das regras e argumentos necessários para a construção de um discurso moral racional, Alexy apresentou seu esboço de uma Teoria Geral do Discurso Racional Prático (b). Para ele, os discursos racionais práticos caracterizar-se-iam pela busca de correção de afirmações normativas, razão pela qual a teoria do discurso racional consistiria, em verdade, em uma teoria normativa do discurso (ALEXY, 2001, p. 181-182)[115].

Essa teoria normativa do discurso abordaria o problema de como as regras da argumentação racional poderiam ser justificadas, regras essas que poderiam ser entendidas como normas para a justificação de normas. Essas regras do discurso racional prático foram divididas por nosso autor em *regras básicas (1), regras de racionalidade (2), regras para partilhar a carga da argumentação (3), regras de justificação (4)* e *regras de transição (5).*

Alexy estabeleceu quatro *regras básicas (1).* A primeira dizia que o orador não podia contradizer-se na argumentação (proibição da não autocontradição). A segunda postulava que ele deveria acreditar naquilo que afirmava (sinceridade). A terceira, por sua vez, incitava o orador a apenas se utilizar, em um discurso, daqueles julgamentos de valor ou de obrigação que estivesse disposto a reafirmar em casos semelhantes àquele em que argumentava (princípio da universalização de Hare)[116]. Finalmente, a última regra básica do discurso geral

---

[113] No mesmo sentido, vide (CRUZ, 2004, p. 166)

[114] Nas palavras de Alexy, o princípio da inércia de Perelman define que *"[...] quando um orador afirma algo, seu parceiro de discussão ou interlocutor tem o direito de pedir uma justificativa. Ao contrario, uma afirmação ou norma que seja pressuposta como verdadeira ou válida dentro da comunidade do orador, embora não seja expressamente afirmada ou discutida, pode, segundo este princípio, apenas ser duvidada ou questionada ao se dar alguma razão para fazer isso"* (ALEXY, 2001, p. 193).

[115] Como a dúvida acerca do que distinguia a argumentação geral prática em relação à argumentação jurídica, segundo ele, deveria ser respondida pela *Teoria do Discurso*, passou a esboçar essa resposta exatamente a partir dessa compilação das regras e argumentos que deveriam prevalecer no discurso prático geral. Nesse sentido, vide (ALEXY, 2001, p. 212).

[116] Nas palavras de Cruz, *"da mesma maneira, as consequências dessa regra devem ser aceitas por todos, de tal maneira que aquele que imputar a outrem uma consequência A, em razão desse encontrar-se numa situação hipotética descrita por uma regra, deve saber que, caso no futuro ocupe a mesma situação hipotética, igualmente sofrerá as mesmas conseqüências. É a ideia habermasiana de reciprocidade"* (CRUZ, 2004, p.167).

prático proibia os oradores de empregarem a expressões idênticas significados diferentes (ALEXY, 2001, p. 187):

> [...] a última regra do discurso prático geral sustenta que [o orador] deve sujeitar-se a uma "ortolinguagem", ou seja, ao emprego de palavras, gestos, expressões com significação conhecida/dominada pela comunidade participante do discurso (CRUZ, 2004, p. 167).

Essas *regras básicas* do discurso geral prático ainda deveriam ser complementadas pelas *regras da racionalidade* (2). Estas eram divididas em duas: a primeira dizia que aquele que afirmasse algo em um discurso, implicitamente, estava obrigado a justificar sua afirmação, isto é, a sustentar a sua validade/correção; a segunda, por sua vez, regia a liberdade da discussão determinando que qualquer pessoa que fosse capaz de se expressar por meio da fala podia participar de um discurso, *"fosse introduzindo novas afirmações, contestando a afirmação inicial ou expressando desejos/necessidades inseridos no debate"* (CRUZ, 2004, p. 168).

Para além dessas regras, ainda existiam, como já se disse, as *regras para partilhar a carga da argumentação* (3). Entre elas, Alexy destacou quatro normas que diziam respectivamente o seguinte: quem se propusesse a tratar uma pessoa A diferentemente de outra pessoa B seria obrigado a dar uma justificação para fazer isso (3.1); quem contestasse a validade de uma afirmação aceita como verdadeira na comunidade deveria apresentar sua justificativa para tanto (3.2); quem apresentasse um argumento aceito por seus ouvintes a partir do discurso só seria obrigado a apresentar novas justificações para tal assertiva se novos contra-argumentos fossem apostos a ela (3.3) (princípio da inércia de Perelman); quem afirmasse ou se manifestasse com atitudes, desejos ou necessidades que não valessem como argumentos em relação a uma manifestação anterior, precisaria justificar essa interjeição quando alguém lhe pedisse para fazê-lo (3.4) (ALEXY, 2001, p. 192-194).

Nesse ponto, nosso autor vislumbrou a possibilidade de que diferentes tipos de argumento pudessem ser manejados em um discurso geral prático, os quais, por sua vez, podiam dar ensejo a resultados diversificados e contraditórios[117]. Em vista disso, estabeleceu as *regras de justificação* (4). Na opinião de Cruz, algumas dessas regras inserir-se-iam dentro do princípio da universalização de Hare, enquanto outras integrariam o princípio da reciprocidade habermasiano. Para além dessas, existiam ainda outras duas, que *"ligavam-se a uma abertura crítica que as regras morais deviam suportar, de tal maneira que reduzissem a*

[117] Nesse ponto, Alexy faz uma série de análises lógicas sobre as formas de argumentos característicos do discurso prático. Para detalhes, vide (ALEXY, 2001, p. 194-197).

possibilidade de preconceitos e prejuízos virem, com exclusividade, guiar a afirmação (decisão) tomada" (CRUZ, 2004, p. 168).

As últimas normas do discurso geral prático eram as *regras de transição* (5), que previam a possibilidade, em vista do surgimento de problemas insolúveis pela argumentação prática (moral), de transição da argumentação para um discurso teórico (empírico) (5.1), ou para um discurso linguístico analítico (5.2) ou, finalmente, para um discurso-teórico (discursivo) (5.3) (ALEXY, 2001, p. 200). Nesse ponto, são esclarecedoras as considerações de Cruz:

> Dúvidas de entendimento lingüístico, por exemplo, exigiam a maleabilidade do orador em desenvolver um discurso que fosse de bases teóricas a bases empíricas ou que ampliasse o rol de argumentos admitidos inicialmente, por meio da adoção de um discurso lingüístico-analítico (CRUZ, 2004, p. 169).

Estabelecidas essas regras, Alexy passou a expor a sua Teoria da Argumentação Jurídica. Nela, apresentou a tese central de sua obra, a saber, a assertiva de que o discurso jurídico consistia em um caso especial de discurso prático geral (c). Para nosso autor, o ponto comum entre o discurso jurídico e o discurso geral prático consistia em que essas duas formas de argumentação racional se preocupariam com a correção das afirmações normativas. Em vista disso, tanto em um quanto em outro se reivindicaria a correção das afirmações nele manejadas. O discurso jurídico afigurava-se como *um caso especial* de discurso geral prático, porquanto a argumentação nessa seara comportava limites específicos (ALEXY, 2001, p. 27/212-215):

> Por exemplo, a discussão jurídico-científica não admitia transição a qualquer tempo para uma argumentação geral que contivesse, por exemplo, argumentos políticos. Isso, contudo, seria possível nos Tribunais e no Parlamento. Por outro lado, as discussões judiciais e legislativas conheciam limitações processuais, tais como a limitação de tempo para pronunciamento, as presunções de veracidade e a não obrigatoriedade do réu em dizer a verdade, que o discurso jurídico científico não conhecia.
> Além disso, o discurso jurídico não se limitava à busca de uma justificativa racional adequada para uma afirmação/decisão, como se propõe o discurso geral prático (CRUZ, 2004, p. 169).

Os traços básicos da argumentação jurídica estavam relacionados exatamente com as suas duas formas específicas de justificação: a *justificação interna* e a *justificação externa*. Os problemas atinentes à *justificação interna* eram quase que uma questão de silogismo jurídico. Por meio dela, examinava-se se uma decisão defluia logicamente das premissas estabelecidas para sua justificação. Em outras palavras, verificava-se a coerência interna da argumentação,

no sentido de verificar se as premissas da decisão eram compatíveis com a conclusão. Já a *justificação externa* examinava a correção dessas premissas (ALEXY, 2001, p. 218).

Na esteira da argumentação jurídica, mais precisamente, na seara da justificação interna, Alexy sustentou que toda decisão devia estar fundada ao menos em uma norma universal, mas não necessariamente uma norma de Direito positivo[118]. Apesar dessa ressalva, a abordagem de fato suscitava a dúvida quanto a um possível retorno de nosso autor ao silogismo próprio do positivismo clássico. Essa dúvida, no entanto, foi logo afastada pelo esclarecimento de que tanto a *justificação interna* quanto a *justificação externa* não prescindiriam de um olhar *"para trás e para frente"*, uma metáfora do processo de análise da correção das normas e argumentos manejados no discurso jurídico[119]. Com isso, nosso autor esclareceu a dependência do exame das premissas que balizariam a decisão jurídica em relação às cambiantes peculiaridades fáticas de cada caso e às características de cada norma, descrevendo esse exame como *jogo recíproco* entre fato e norma (ALEXY, 2001, p. 223).

Especificamente no seio da *justificação externa*, segundo Alexy, deveria ser analisada a correção das premissas utilizadas na *justificação interna* da decisão jurídica. Entre essas premissas encontrar-se-iam as regras derivadas do Direito positivo (1), as afirmações empíricas (2) e as premissas que não seriam nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva (3).

Esclarecidas as principais premissas usadas no âmbito da *justificação interna*, nosso autor então enumerou, numa classificação até certo ponto rudimentar, as formas de argumento e as regras da *justificação externa*, divididas em: regras e formas de interpretação (1), argumentação dogmática (2), uso dos precedentes (3), argumentação geral prática (4), argumentação empírica (5) e formas especiais de argumentos jurídicos (6). Feito isso, explicou que a primeira tarefa de uma teoria da justificação externa consistia em analisar as formas de argumento descritas acima. Aqui são esclarecedoras as explicações de Sampaio:

> Objetiva-se com a justificação externa, a fundamentação das premissas usadas na justificação interna, a partir da consideração dos princípios da interpretação (I) e integração (II), de enunciados empíricos (III), dogmáticos (IV), jurisprudenciais (V)

---

[118] Assegurar a correção dessas premissas (normas) utilizadas como justificação interna da decisão, no entanto, era exatamente o aspecto mais importante da justificação externa (ALEXY, 2001, p. 223).

[119] Em nosso sentir, é clara, nesse ponto, a influência de Gadamer sobre o pensamento de Alexy. Entendemos, nesse ponto, ser esclarecedor o ensinamento de Sampaio, no sentido de que a *"análise subsuntiva, sob a forma de mero silogismo, tem seus limites, sobretudo se for adotado o modelo de premissa maior que incorpore apenas a norma jurídica e se desenvolva de forma linear: (F –N) – Q – C. A operação, antes, envolve 'idas e vindas', como num círculo hermenêutico, até se chegar a uma conclusão. O ponto de partida é importantíssimo, mas poderá ser substituído por outras premissas que se mostrem mais decisivas para a obtenção do resultado"* (SAMPAIO, 2002, p.777).

> e de argumentos práticos gerais (VI), além de pautas de elaboração pragmática (VII) (SAMPAIO, 2002, p. 777-778).

Nesse intento, começando pela argumentação empírica, destacou que a ela o jurista poderia recorrer a partir de uma regra de transição para o discurso teórico (empírico). E isso em perfeita semelhança ao que argumentara outrora para os casos em que os discursos práticos gerais não pudessem ser resolvidos meramente pela argumentação moral (ALEXY, 2001, p. 226).

No tocante aos cânones da interpretação, notadamente aqueles desenvolvidos desde a época da Escola Histórica com Savigny, analisou algumas características dos métodos semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e de interpretação teleológica, destacando que eles possibilitavam diferentes formas de argumento. Após analisar detidamente cada um deles, passou a examinar o papel desses cânones no discurso jurídico. Nesse ponto, destacou que uma *Teoria do Discurso* como a que ele estava a apresentar não poderia oferecer uma solução para os conflitos existentes entre os diferentes tipos de argumentos possibilitados pelos diversos cânones, nem constituir um catálogo de estágios para o emprego dos mesmos. Em todo caso, a posição final de Alexy acerca dos cânones de interpretação era a de que, embora eles não oferecessem uma garantia para o descobrimento da decisão certa, ainda assim, seriam mais que meros instrumentos de legitimação de uma decisão[120]. Assim reconheceu-lhes a importância no âmbito da argumentação jurídica (ALEXY, 2001, p. 240).

O próximo passo foi analisar a argumentação dogmática. Segundo Alexy, ela cumpria diferentes funções dentro do discurso jurídico, a principal delas, a de promover uma espécie de estabilização desse discurso[121], mediante a discussão de novos argumentos surgidos como uma crítica àqueles comumente aceitos na comunidade. Por certo que essa análise reduzia o encargo dos Tribunais Superiores e das Cortes Constitucionais no tocante à análise desses argumentos, sobretudo em casos repetitivos. Mas essa redução era limitada, sobretudo porque a *Teoria Discursiva* de Alexy estendia a faculdade de questionamento da correção de argumentos comumente aceitos, inclusive pelos Tribunais e Cortes, a todos aqueles que, fundados em pretensões levadas a juízo, intentassem convencer os Tribunais e Cortes da

---

[120] Para mais detalhes acerca da concepção alexyana sobre a força relativa da argumentação semântica e genética no âmbito dos Direitos Fundamentais, vide (ALEXY, 2008, p. 552-554). Voltaremos ao tema no capítulo seguinte.

[121] Além da função de estabilização, Alexy ainda destacou outras cinco funções da dogmática jurídica, a saber, a função de desenvolvimento, intimamente relacionada com a da estabilização, a função redutora de encargo, a função técnica, a função controladora e função heurística. Nesse sentido, confira-se (ALEXY, 2001, p. 253-257).

validade dos argumentos fundantes de suas pretensões. Isso evitava um retorno da *Teoria Discursiva* de Alexy à vertente positivista da Jurisprudência dos Conceitos.

Alexy ainda examinou, antes do fim, a racionalidade do uso de precedentes no âmbito da argumentação jurídica. Ele ressaltou que entre as razões básicas justificadoras do emprego dos precedentes encontrava-se o princípio da universalização, a saber, a exigência de que os casos semelhantes fossem tratados de modo semelhante. O problema era saber quais as diferenças podiam ser tidas como relevantes o suficiente para afastar a aplicabilidade do precedente ao caso.

Mais uma vez, nosso autor chamou a atenção para a serventia do '**princípio da inércia**' de Perelman, agora para justificar a manutenção de decisões, salvo quando novos argumentos aparecessem com a devida força para questionarem-lhes a correção. Nesse contexto, ressaltou duas regras gerais para a utilização do precedente: a que dizia que se um precedente podia ser citado a favor de uma decisão, ele o deveria ser; e a que dizia que quem desejasse partir de um precedente ficaria com o encargo de justificar a procedência de seu uso no caso alegado. Por fim, fez menção à técnica do distinguir e do prevalecer. No caso da técnica do distinguir, um precedente deveria ser aplicado ao caso por existirem mais razões consistentes e a favor de seu uso que razões contrárias. O caso seria, portanto, diferente daquilo que propunha a parte, justificando a manutenção do precedente. No caso da técnica do prevalecer, o uso do precedente devia ser afastado pelo fato de as razões contrárias à sua utilização serem mais consistentes que aquelas que advogassem pelo seu emprego. Nesse sentido, a tese defendida pela parte deveria prevalecer sobre o entendimento exarado no precedente (ALEXY, 2001, p. 258-262).

Quanto às formas especiais de argumentos jurídicos, mais uma vez empregou fórmulas lógicas para demonstrar as possibilidades e limites da racionalidade dos argumentos analógicos, a argumentação *a contrario*, *a fortiori* e *ad absurdam*[122].

Finalmente, ressaltou que seriam cinco as situações em que a argumentação prática geral poderia ser requerida no discurso jurídico, a saber: na justificação de premissas normativas necessárias para satisfazer diferentes formas de argumentação (1), na justificação de uma escolha entre diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados (2), na justificação e exame de proposições da dogmática jurídica (3), na justificação de quaisquer casos de distinguir ou prevalecer (4) e diretamente na justificação de afirmações usadas na argumentação interna (5).

[122] Para mais detalhes, confira-se (ALEXY, 2001, p. 262-265).

De tudo isso, podemos concluir que a posição alexyana caminhava no sentido de que a aplicabilidade da norma adequada para a solução do caso concreto dependeria sempre do suporte e da força dos argumentos morais. Isso explica a sua tese de que as formas de argumentação prática geral seriam a base da argumentação jurídica, bem como a assertiva de que existiria um vínculo inextrincável entre o discurso jurídico e o discurso moral (ALEXY, 2001, p. 267).

É bem verdade que, após as críticas de Habermas, sobretudo aquelas dispostas nas obras *Direito e Democracia* (2003) e *A inclusão do Outro* (2007), Alexy *reinterpretou* a sua tese de que o discurso jurídico fosse um caso especial de discurso prático universal. Em suas palavras, a tese do caso excepcional só podia ser acertada se o 'discurso prático universal' fosse compreendido como um discurso prático, no qual estivessem interligados fundamentos e questões de ordem moral, ética e pragmática:

> Habermas volta-se contra a tese de que o discurso jurídico seja um caso especial do discurso prático universal. **Para a tese do caso excepcional ser correta, vai depender do que se entende por 'discurso prático universal'.** A crítica de Habermas dirige-se contra o fato de 'que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais', ou seja, contra a tese de que o discurso jurídico seja um caso especial do **discurso moral.** Esta tese é, na realidade, errônea, pois o discurso jurídico está aberto não apenas para fundamentos morais, mas também para éticos e pragmáticos. **Por isso a tese do caso excepcional só pode ser acertada se compreendermos por 'discurso prático universal' um discurso prático, no qual estejam interligados fundamentos e questões de ordem moral, ética e pragmática.** A construção de semelhante conceito do discurso prático é razoável e necessária, pois, entre os três tipos de fundamentos, existem não só uma relação de complementação, mas também uma relação de compenetração. Se for pressuposto esse conceito do discurso prático universal, a tese do caso excepcional será acertada (ALEXY, 2009a, p. 126-127 – grifo nosso).

Convém esclarecer que essa 'adequação' olvidou (propositalmente)[123]a distinção guintheriana entre discursos de fundamentação e aplicação. Em vista disso, a 'teoria do caso especial' continuou a não fazer frente ao cerne da crítica habermasiana, direcionada principalmente ao 'livre trânsito' de formas argumentativas de um discurso prático universal para um discurso de aplicação[124].

[123] Como ainda explicaremos mais detalhadamente no capítulo quarto, Alexy não concorda com a dicotomia entre discursos de fundamentação e aplicação.

[124] Convém dizer que essa é uma questão essencial em nossa pesquisa. Em nossa ótica, o controle da validade (legitimidade) das decisões judiciais perpassa pelo controle dos argumentos carreados para sua fundamentação. Nos capítulos quarto, quinto e sexto, procuraremos deixar isso bem claro.

Como Alexy deslocou seu projeto[125] para o âmbito da discussão atinente aos Direitos Fundamentais é ainda um tema a ser discutido[126]. Por ora, no entanto, o esboço de sua *Teoria da Argumentação* atende aos desígnios anteriormente estabelecidos.

Passemos, pois, em respeito à ordem previamente estabelecida, à exposição da *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral* desenvolvida por Klaus Günther.

2.1.3 A Teoria da Argumentação de Klaus Günther: a dualidade discursiva

Não há dúvidas quanto à influência exercida pela *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, de Klaus Günther, sobre o projeto habermasiano de uma *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*. Publicada pela primeira vez na Alemanha em 1988, ela foi a tese de doutoramento de Günther, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt no verão de 1987[127].

Estruturalmente dividida em quatro partes[128], inicialmente ela pretendeu demonstrar a plausibilidade da distinção entre *discursos de fundamentação* e *aplicação* desenvolvidos no campo da Moral (primeira e segunda partes) (1). Na sequência, intentou explicar as características de uma *argumentação de adequação* desenvolvida no curso de um discurso de aplicação de normas morais (terceira parte) (2). Finalmente, estendeu a aplicabilidade dos resultados até então alcançados para o campo do Direito, o qual continuaria, contudo, subordinado a uma moral pós-convencional[129] (mesmo porque a tese central do livro consistia em que seria impossível abdicar da razão prática[130]) (quarta parte) (3).

No que tange ao primeiro desafio (1), Günther recorreu à *ética do discurso* no intuito de, a uma só vez, fugir do *solipsismo metódico* kantiano[131] e adequar a sua tese à exigência de intersubjetividade linguisticamente mediada, proveniente do paradigma da *Filosofia da*

---

[125] Projeto que, como se viu, consistia em pressupor a correção do resultado de uma discussão, desde que fossem respeitadas as formas de argumentos e as regras próprias da argumentação racional. (ALEXY, 2001, p.273).

[126] Esse intento será perseguido no quarto capítulo deste trabalho.

[127] Essa informação encontra-se tanto na Introdução à Edição Brasileira, formulada por Luiz Moreira, quanto no prefácio da própria obra. Nesse sentido, vide (MOREIRA, 2004b, p. 9); (GÜNTHER, 2004, p. 19).

[128] Nesse sentido, vide (GÜNTHER, 2004, p. 32).

[129] Ainda tentaremos demonstrar, no capítulo quarto, como o próprio Günther acabou por recair nos padrões da moralidade convencional, ao menos no tocante à aplicação das normas jurídicas.

[130] Nesse sentido, vide (GÜNTHER, 2004, p. 19).

[131] Essa foi a saída por ele encontrada para dar um passo além dos imperativos categóricos como testes de máximas individuais. Nas palavras de Moreira, a ética do discurso parte do pressuposto de que "*não é o sujeito que, por meio de uma hipótese de universalização de suas possíveis condutas, determinará o que é devido ou não devido em termos morais. Com o princípio moral "U", a ética do discurso soluciona as objeções contra o solipsismo de faculdade prática de julgar, isto é, a determinação de agir moral deixa de ser determinado por uma escolha racional do sujeito, mediante a acatabilidade de generalização da conduta individual, para transformar-se em regra de argumentação em discursos práticos*" (MOREIRA, 2004b, p. 12).

Linguagem. Essa foi uma medida providencial para o desenvolvimento de sua tese da dualidade discursiva, sobretudo por propiciar-lhe condições para a concepção de *um princípio da fundamentação*, especificamente, o princípio da universalização "U" na versão sugerida por Habermas[132] (GÜNTHER, 2004, p. 35).

No caminho para tanto, Günther se propôs a investigar se seria possível fundamentar a validade de uma norma independentemente de suas situações de aplicação. Com esse intento em mente, tomou como pano de fundo uma versão um pouco mais simples do princípio da universalização "U", nomeadamente, aquela sugerida por Hare, segundo a qual a *validade* de uma determinada norma de conduta adviria da possibilidade de aceitação de sua aplicabilidade a outras situações suficientemente semelhantes à situação original:

> Para Hare [...] podemos fundamentar uma norma moral, mostrando que também a seguiremos e a recomendaremos em qualquer outra situação suficientemente semelhante à situação dada, e que faríamos isso, também e justamente se nos encontrássemos, respectivamente, no lugar do outro. [...]
> Se já considerarmos adequada a nossa proposta normativa, depois de concluir a fundamentação, não mais precisamos iniciar uma reflexão a respeito de aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 42/47).

Se o raciocínio de Hare fosse seguido à risca, a distinção entre fundamentação e aplicação transmudar-se-ia de questão central para meramente marginal. O problema desse raciocínio, no entanto, era subentender que as características situacionais, apontadas para a avaliação da potencial universalização de uma norma de conduta, sempre coincidissem perfeitamente com aquelas presentes na situação originalmente advinda da semântica normativa. O fato de, casualmente, isso acontecer, não autorizava a conclusão de que em toda e qualquer hipótese isso viesse a se repetir. Ademais, a diferença lógica que a indicação das 'características situacionais' desempenharia em discursos de fundamentação e de aplicação, por si só, já tornaria *"imperioso o isolamento do problema da aplicação"* (GÜNTHER, 2004, p. 48).

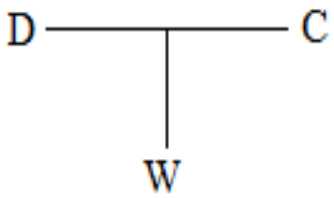
Por certo, Günther percebia claramente que toda e qualquer norma moral já desde sempre se caracterizava *"por ser 'impregnada de caso'"*[133], mesmo porque considerava completamente acertadas as considerações hermenêuticas, advindas de Gadamer, segundo as quais as normas dependiam da situação de aplicação. No entanto, ele não concordava com

[132] Em síntese, o princípio da universalização na versão habermasiana dizia que normas de conduta só poderiam ser consideradas válidas se as conseqüências e efeitos colaterais que *previsivelmente* resultassem de sua observância geral, pudessem ser aceitos por todos os potenciais participantes de um discurso racional.

[133] Nas palavras de Günther, "o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível" (GÜNTHER, 2004, p. 40).

Hare em relação à assertiva de que, com a fundamentação, estivesse igualmente resolvido o problema da aplicação (GÜNTHER, 2004: 40).

Em sua ótica, o apontamento de situações características do caso, por si só, não seria suficiente para a justificação de uma ação. Apontamentos casuísticos só passariam a justificar uma conduta quando esta pudesse fundamentar-se em uma norma, para cuja configuração, aí sim, aqueles dados e características advindas do caso fossem relevantes[134]. Nosso autor tenta elucidar essa questão partindo, primeiramente, da explicação do esquema argumentativo proposto por Toulmin, para quem o âmbito da ação comunicativa se referiria à relação entre um conjunto de dados (D), uma justificativa (W) e uma conclusão/ação carente de justificativa (C):



Nessa relação, W funcionaria como uma regra conclusiva que permitiria a passagem dos dados característicos de uma situação (D) para uma determinada conclusão (C). Dessa forma, a justificação de uma ação (C) dependeria da possibilidade de aplicação de uma justificativa (W) a um conjunto de características casuísticas (D). Em palavras mais simples, a validade de uma ação dependeria da possibilidade de justificação das características situacionais de aplicação[135] (GÜNTHER, 2004, p. 53-54).

A justificação de uma ação (C) referir-se-ia à situação de aplicação apenas enquanto fosse relevante para uma norma (universal), da qual resultaria a própria conduta (C), juntamente com os dados característicos da situação (D). Por outro lado, a seleção de justificativas (W) também já contaria com a seleção de dados situacionais relevantes (D). Daí porque a justificação de (C) abrangeria apenas um problema de aplicação mais estrito: *"C não só será considerado justificado, se houver uma regra conclusiva W permitindo a passagem de*

[134] Apenas para clarear esse raciocínio, poderíamos utilizar o exemplo da mentira. Qualquer um que tentasse justificar a adequabilidade de uma conduta moral como, por exemplo, 'não ser devido mentir para os amigos', precisaria subentender a existência de uma norma válida que dissesse que 'não era devido mentir'. Ou ainda, qualquer um que quisesse justificar a adequação da conduta como 'às vezes é preciso mentir para salvar vidas', já na sua argumentação pressuporia a validade da norma moral que dissesse que 'nem sempre seria errado mentir'. Como Günther adéqua essa questão às premissas da *Filosofia da Linguagem* é ainda uma questão que será melhor explicada mais abaixo.

[135] Conforme ressaltamos anteriormente, Alexy (2001) levou em consideração esse esquema para a construção de uma versão bem complexa de argumentação. Nesse sentido, vide tópico 2.1.2.

D para C, mas também W terá de ser ***aplicável*** *a D e ser* ***aplicado corretamente*** *a D* (GÜNTHER, 2004, p. 54-55 –).

Entretanto, esse problema estrito de aplicação deveria ser distinguido de outro, mais amplo, que englobaria basicamente duas questões: a relativa a se, em vista de uma pluralidade de especificidades situacionais, poder-se-ia considerar adequada a passagem de D para C (1); e a se, acaso não haveria ainda outras regras conclusivas que pudessem ser aplicadas a outras características situacionais (ou às mesmas, contudo, de forma distinta) e que, por isso levariam nessa situação a outra conclusão, eventualmente, passível de ser preferida em relação à conclusão original (2). A proposta de Toulmin, segundo Günther, falharia justamente por não contribuir a contento para o problema da aplicação em seu sentido mais amplo, *"que se referia não à aplicação correta de uma norma, mas à aplicação da norma correta (apropriada)"* (GÜNTHER, 2004, p. 55).

Para além dessa questão, no nível discursivo (e não mais da mera ação comunicativa), o problema se alteraria. Aqui, o princípio da universalização "U" desempenharia o papel de uma regra de argumentação, segundo a qual uma determinada regra de conduta só poderia ser considerada válida se, e apenas se, as conseqüências e efeitos colaterais que *previsivelmente* resultassem de sua observância geral, pudessem ser aceitos por todos os potenciais participantes de um discurso racional. Significa dizer que "U" proporcionaria a passagem de evidências empíricas, a respeito das consequências e efeitos colaterais da aplicação geral de uma norma, segundo as necessidades de cada um dos envolvidos no discurso, tomados individualmente, para a norma que representasse, em si, um interesse geral (GÜNTHER, 2004, p. 55).

Nesse contexto, o esquema de Toulmin interpretaria a aplicação de "U" à hipótese da norma (W) como uma espécie de artifício, o qual serviria para estabelecer uma ponte entre a norma e os interesses de todos os implicados, de modo que a validade da norma pudesse ser condicionada à concordância de todos os implicados. Nas palavras de Günther, esses interesses relevantes para o apoio à proposta normativa poderiam ser *"relacionados pela aplicação de "U" em vista das conseqüências e dos efeitos colaterais provenientes de uma observância geral da norma"*. As conseqüências e os efeitos colaterais passíveis de ocorrer só poderiam ser identificados a partir da antecipação de possíveis situações de aplicação, ao passo que a relevância dos resultados da aplicação da norma dependeria dos interesses dos implicados (GÜNTHER, 2004, p. 56).

O problema, nesse caso, estaria em que, a despeito de "U" sempre remeter às especificidades situacionais, contingências como as limitações cognitivas e temporais,

inerentes a qualquer discurso prático, impediriam a previsibilidade de todas as possíveis situações de aplicação. Ademais, a contingência e complexidade das sociedades plurais impediriam mesmo que as normas pudessem prever todos os casos de sua aplicação. Em vista disso, a justificação de uma aplicação imparcial das normas só poderia ser completamente alcançada se "U", compreendido num sentido fraco, fosse complementado por discursos de aplicação, relativos à aplicação adequada da norma (GÜNTHER, 2004, p. 57).

A diferença entre o sentido forte e fraco de "U", segundo Günther, estaria exatamente na necessidade, ou não, de sua complementação por discursos de aplicação. No primeiro caso, *"a ponderação de uma norma diante de todas as outras em uma situação já seria antecipada pela aplicação de "U" àquela norma"*. Nesse caso, decidida estaria não apenas a questão relativa à validade da norma, ou seja, a possibilidade de aceitação da mesma por todos os possíveis afetados, como a representação do interesse comum, mas, ainda, a questão relativa à sua adequação em cada situação individual passível de sua aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 64):

> Uma norma é valida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral dessa norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente (GÜNTHER, 2004, p. 65).

O sentido forte de "U", no entanto, poderia ser facilmente criticável em vista da constatação de impossibilidade de antecipação, em discursos de fundamentação, de todas as possíveis situações de aplicação de uma norma. Segundo Günther, apenas se o ser humano possuísse um saber ilimitado, capaz de abranger *"todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas obviamente, nunca disporemos de tal saber"* (GÜNTHER, 2004, p. 65).

Exatamente por perceber a dependência dos discursos de fundamentação em relação às situações contingentes inerentes ao próprio mundo da vida, é que Habermas já teria chamado a atenção para uma versão mais fraca de "U": no sentido de que só seriam consideradas nesse momento do discurso as conseqüências e efeitos colaterais que *previsivelmente* resultassem da observância geral da norma, os quais, exatamente por isso, pudessem ser aceitos por todos os potenciais participantes de um discurso racional. Foi por concordar com Habermas, que Günther asseverou ser o critério de validade advindo de "U" apenas relativo, no sentido de que ele não se referia *"a todas as situações de aplicação de um ponto de vista absoluto, mas sim às conseqüências e aos efeitos colaterais previsíveis no momento atual"*, conforme se

tornassem relevantes para os interesses atuais de cada indivíduo e pudessem ser aceitas por todos eles em conjunto (GÜNTHER, 2004, p. 67).

Foi a partir disso que ele sugeriu uma segunda versão de "U", desta feita, em sentido fraco. Apenas nesse sentido é que "U" poderia ser considerado um princípio de fundamentação: *"Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente"* (GUNTHER, 2004, p. 67).

Com o princípio da universalização "U" no sentido fraco, tido como princípio da fundamentação/justificação, poder-se-ia perguntar apenas se as consequências decorrentes da aplicação de uma norma poderiam ser tidas como válidas por remeterem ao resultado de um discurso. Nesse sentido, a fundamentação/justificação vincular-se-ia à validade da norma[136], uma vez que, aqui, relevante seria apenas e tão somente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Em outras palavras, os discursos de fundamentação remeteriam à pergunta pela validade da norma, pautada no fato de ela poder se apoiar no interesse geral discursivamente alcançado por todos os seus possíveis afetados (GÜNTHER, 2004, p. 70).

Por sua vez, na aplicação *"o tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses,* ***mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação****"*. Nessa fase, a análise de todas as situações relativas ao caso tornar-se-ia imprescindível, sobretudo porque, nos discursos de aplicação, a pergunta a ser respondida seria outra, a saber: que norma poderia ser considerada adequada para a solução do caso? A resposta para essa pergunta seria construída com/a partir do processo argumentativo, o qual não deveria seguir um traçado pré-ordenado (GÜNTHER, 2004, p. 70-71 – grifo nosso).

Demonstrada a pertinência da dualidade discursiva, faltava ainda uma melhor explicação acerca da validade de se conceber o momento da aplicação das normas como um discurso. Em vista disso, nosso autor buscou explicitar de que forma, mais especificamente, os discursos de aplicação complementariam os de fundamentação.

Em suas palavras, a versão fraca de "U" deveria ser compreendida como uma regra de argumentação em discursos de fundamentação. Estes discursos de fundamentação pretenderiam resgatar a pretensão de validade de uma norma, tendo em vista o interesse comum de todos aqueles que pudessem ser por ela afetados, *"sob as condições de um conhecimento restrito acerca de possíveis contextos de aplicação"* (GÜNTHER, 2004, p. 78).

---

[136] Nesse sentido, (MOREIRA, 2004b, p. 16) e (OLIVEIRA, 2002, p. 85).

Por outro lado, e complementarmente aos discursos de fundamentação, seria possível conceber discursos de aplicação que transformassem em procedimento o sentido aplicativo de imparcialidade e que tivessem como tema a adequação de uma norma a uma circunstância, tendo em vista as especificidades de uma determinada situação de aplicação. Nesse sentido, aplicações também poderiam fazer parte da razão prática, mesmo porque os discursos de aplicação combinariam a pretensão de validade de uma norma com contextos determinados, os quais justificariam a adequação de uma norma para a solução de um caso (GÜNTHER, 2004, p. 79).

Explicada essa questão, passou a combater as articulações wellmerianas de que, por se tratar de um problema periférico de discursos, a fundamentação de normas pudesse ser substituída pela simples análise de sua adequação no tocante à solução do caso. Ele tentou, nesse sentido, combater a tese de Wellmer, que tal como Hare, entendia "U" como um princípio moral que só em situações concretas diria aquilo que o sujeito devia fazer (GÜNTHER, 2004, p. 84)

Em síntese, Wellmer defendia a inexistência de diferença entre discursos de aplicação e de fundamentação, ao menos no campo da Moral. Sob sua ótica, a concepção de uma dualidade discursiva decorria de uma indevida juridicização da Moral. Nesse sentido, somente nos casos (como no Direito) em que constatar-se-ia a irresistibilidade das normas pressupostas, faria sentido distinguir fundamentação de aplicação[137] (GÜNTHER, 2004, p 89).

Em sua réplica, primeiramente Günther combateu a errônea concepção de Wellmer acerca da dualidade discursiva no âmbito do Direito. Ele esclareceu que também no Direito havia problemas de aplicação, os quais não poderiam ser simplesmente reduzidos à problemática de normas gerais advindas da legislação (fundamentadas pelo legislador), a serem aplicadas subsuntivamente pelo Judiciário a casos concretos[138]. Nesse sentido, foi

[137] Para mais detalhes, vide (GÜNTHER, 2004, p. 81-89).

[138] É interessante notar que, até 2008, Streck acusava Günther e os adeptos da teoria do discurso habermasiana de nutrirem justamente essa crença. Sua crítica à dualidade discursiva, ao que parece, decorria dessa leitura equivocada da tese de Günther. Em suas palavras, "*até mesmo algumas teorias discursivas, a pretexto de superar as diversas formas assumidas pelo positivismo jurídico e buscar resolver os problemas da impossibilidade de antevisão de todas as hipóteses de aplicação próprias de um direito que assumia um caráter inexoravelmente hermenêutico, apostaram na construção de discursos (prévios) de justificação/fundamentação (Begründungsdiskurs), com o que acabaram por incorrer na própria problemática que pretendiam criticar no positivismo. Dito de outro modo: as posturas positivistas, ao desindexarem do discurso jurídico o mundo prático, não encontraram adversário à altura em teses como a teoria do discurso habermasiana, que deslocou o problema da atribuição de sentido para uma contrafática situação ideal de fala, cuja função é a de servir de justificação prévia ao procedimento de adequação entre faticidade e validade (e, portanto, superar a tensão entre fato e norma). No fundo, não houve grandes alterações em relação ao âmago das teorias jurídicas arraigadas ao esquema sujeito-objeto, embora o cerne das teses habermasianas, por exemplo, esteja localizado exatamente na busca de superação do paradigma*

enfático ao afirmar que *"sem uma interpretação adequada do contexto da aplicação à luz de princípios, que, por sua vez, seriam carecedores de fundamentação, já não seria mais admissível aplicar o Direito"*, ao menos não em sociedades complexas, marcadas pela contingência e por uma validade jurídica pós-convencional e fragmentada (GÜNTHER, 2004, p. 90).

Em seguida, passou a defender, sem com isso negar as indiscutíveis evidências levantadas por Wellmer no tocante à separação entre Direito e Moral[139], que não apenas no primeiro as normas possuíssem *"um **status** primário diante dos modos de ação e diante de interpretações de circunstâncias"*, razão pela qual seria indevido pensar que apenas nele fosse possível defender uma distinção entre fundamentação e aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 90 – grifo nosso).

Na esteira desse pensamento, rechaçou a tese wellmeriana de que na Moral a questão primária fosse afeta a modos de ação contextualizada, e só secundariamente, relativa a uma justificação de normas. Segundo nosso autor, esse argumento, que em tese inviabilizaria a distinção entre fundamentação e aplicação no âmbito da Moral, partia de um pressuposto problemático, a saber, a distinção entre normas e modos de agir. Para Günther (2004, p. 91), essa não seria mais uma distinção plausível, principalmente porque as normas poderiam ser perfeitamente identificadas como *"razões para ações"*.

---

representacional. Com efeito, discursos de fundamentação prévia[...] – construção teórica das teorias discursivas (especialmente Günther e Habermas) – procura ultrapassar a decisão de origem, para atingir todas as 'situações semelhantes futuras'. Ocorre que, ao mesmo tempo, para evitar decisionismos decorrentes 'de ativismos judiciais', tais teorias buscam 'aliviar' o juiz da carga representada pelos problemas da fundamentação da norma que aplica, isto é, a racionalidade da decisão (discurso de aplicação – [...]) do juiz já não depende dessa norma, porque este 'problema' já vem resolvido por um discurso de fundamentação (anterior)" (STRECK, 2008, p. 279-280). Para uma resposta específica às críticas de Streck, sugerimos a leitura de (CRUZ, 2007, p. 163-194). É bem verdade que, em 2009, talvez por refletir melhor acerca das considerações advindas de Cruz, Streck publicaria um artigo em que já passaria a admitir, ainda que com certa resistência (isto é, *ad argumentandum*), uma relativa racionalidade na divisão entre discursos de justificação/fundamentação e aplicação: *"O princípio do due processo of Law, sob o seu viés substantivo, garante ao cidadão a procura do Poder Judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual. Esse âmbito de proteção individual necessita da apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, aquilo alegado e provado em juízo, não podendo se tomar como base um esquema de representação fraca do fenômeno individual, muito menos do contexto histórico-factual que tal processo envolve. A grande evolução do neoconstitucionalismo em garantir a repercussão do ideal de justiça ao dotar normativamente os princípios (e a inclusão da faticidade do mundo no direito) sofre, assim, um retrocesso pelo qual se procura estabelecer uma regra, geral e universalizante, que permita um julgamento massivo de todos os processos pressupostos como iguais. É a plenitude do princípio universalizante, **ignorando a (im)própria dicotomia dos discursos de fundamentação e aplicação, transformando os segundos em primeiros. Dizendo de uma maneira mais clara: a súmula (STF) ou a 'decisão vinculante'(STJ)tornam os discursos que deveriam ser de aplicação (em razão da injustiça criada no caso concreto) em discursos de fundamentação (admitindo-se, ad argumentandum tantum a cisão entre eles), desvirtuando a própria matriz procedimental argumentativa"*** (STRECK, 2009, p. 9 – grifo nosso).

[139] Günther fez questão de reproduzir algumas dessas evidências levantadas por Wellmer, a saber, *"a existência do princípio normativo, a precedência da função cognitiva do direito sobre a função reguladora, além da sanção como caráter do direito"* (GÜNTHER, 2004, p. 91).

Mais adiante, Günther ressaltou que uma ação poderia ser considerada correta apenas se fosse o *"resultado da aplicação **correta** (adequada) de uma norma **correta** (válida)"*. Nesse sentido, ressaltou que *"ao ser aplicada nos sinais característicos da situação, a validade fática da norma* [seria] *relativizada, ao ser fundamentada nos interesses de todos os implicados"*. Assim, salientou que para a ética do discurso, diferentemente do que aconteceria, por exemplo, no dogmatismo[140], a validade da norma vincular-se-ia à discursos de justificação contextualizados, conexos a discursos de aplicação que, ao relativizarem essa validade diante das especificidades situacionais renovadas, renovariam a pergunta pela correção da norma, dessa feita, contudo, no tocante à sua adequação para a solução do caso (GÜNTHER, 2004, p. 93).

A plausibilidade dessa conexão, mas não confusão, entre discursos de fundamentação e de aplicação, decorreria da adoção de uma versão fraca de "U", o princípio da universalização que, assim, passava a ser entendido como princípio da fundamentação (GÜNTHER, 2004, p. 96-97).

Daí porque a identificação do caráter *prima facie* das normas morais não implicaria nenhuma desvantagem. Essas seriam normas válidas em contextos inalterados. Uma vez que se manifestassem alterações circunstanciais, a correção dessas normas *prima facie* poderia ser questionada, não no tocante à sua validade, mas à sua adequação para a solução do caso. A sua identificação, nesse sentido, resultaria *"de uma diferenciação e recombinação de discursos de fundamentação e de aplicação"* (GÜNTHER, 2004, p. 99).

Nosso autor encerrou a primeira parte de sua obra, reiterando a tese da aplicabilidade do princípio moral "U" em sua versão fraca[141]. Nesse particular, renovou a tese de que alguns problemas de aplicação do princípio moral poderiam ser melhor entendidos como problemas de aplicação de normas moralmente fundamentadas. Assim, sustentou que o critério da aplicação adequada das normas, pautado na inteira consideração de todos os sinais característicos de uma circunstância, acoplaria sentido à ideia de imparcialidade, proveniente de "U", ao relacioná-la com o respectivo contexto de aplicação (GÜNTHER 2004, p. 114).

Para Günther, a relação de uma norma com todos os sinais característicos trazidos por uma circunstância precisaria ser definida, novamente, a cada situação de aplicação, tendo em

---

[140] *"O dogmatismo não consiste na existência de normas que sejam aplicadas, mas em uma determinada postura autoritária diante do pleito de validade de normas e em sensibilidade deficiente diante de sinais característicos de um contexto de aplicação"* (GÜNTHER, 2004, p. 93).

[141] Nesse sentido, mais uma vez fez incursões nas duas vertentes da ética do discurso (a apeliana e a habermasiana). Acerca do tema, vide (GÜNTHER, 2004, p. 103-115).

vista não ser possível prever com certeza[142] a infinidade e a frequência de alteração possível desses sinais. Por essa razão, discursos de aplicação seriam necessariamente pluralistas. Eles referir-se-iam sempre a normas válidas *prima facie*, na busca pela aferição de sua adequação para a solução do caso específico de aplicação. Essa relativização, segundo nosso autor, viabilizar-se-ia apenas num contexto de moral pós-convencional, no qual seria possível separar validade e adequação (GÜNTHER, 2004, p. 115).

O problema da aplicação de normas com base no desenvolvimento da consciência moral, no entanto, foi objeto não da primeira parte da obra, mas da segunda[143]. Nesse contexto, Günther fez menção aos trabalhos de Piaget e de Kohlberg, na intenção de obter, a partir da exposição dessas teorias, uma maior clareza a respeito da relação entre fundamentação e aplicação[144].

Da teoria psicopedagógica de Piaget, que estudava basicamente os processos de aprendizagem da criança no desenvolvimento de sua consciência moral[145], Günther absorveu apenas alguns poucos delineamentos para sua teoria. Em suas palavras, no estágio da moral

---

[142] Como bem nos alertou Cruz, Günther não estava se referindo à certeza e à segurança preconizadas pelas mais diversas concepções de positivismo. Ciente dos ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, ele percebia que a certeza e a segurança traduzir-se-iam não mais como simples previsibilidade de condutas, mas como coerência/racionalidade argumentativa. No terceiro capítulo, trataremos das diversas concepções de positivismo, bem como dos pressupostos trabalhados e compartilhados pelas mesmas.

[143] Desde já esclarecemos que a abordagem dessa segunda parte far-se-á com menor grau de detalhamento, centrando-se, especialmente, naquilo que mais de perto interessar à análise da teoria da dualidade discursiva de Günther.

[144] Em verdade, quem originalmente 'transportou' o modelo psicológico de desenvolvimento cognitivo para sua teoria da sociedade e sua 'ética do discurso' foi Habermas. Seguindo Habermas, Günther intentou obter, a partir da exposição dessas teorias, uma maior clareza a respeito da relação entre fundamentação e aplicação. O problema é que, assim, ele também se sujeitou à crítica de Neves, no sentido de que *"o problema da recepção do modelo psicológico de desenvolvimento cognitivo pela teoria da ação comunicativa e pela ética do discurso complica-se quando se pretende transportar os níveis da consciência moral do indivíduo para a sociedade. Assim sendo, tal como na dimensão ontogenética [do indivíduo], o desenvolvimento filogenético [da sociedade] apontaria para três níveis de consciência moral das sociedades: pré-convencional, convencional e pós-convencional. Evidentemente, não se confunde o desenvolvimento ontogenético com o filogenético: 'a consciência individual e a tradição cultural podem coincidir em seu conteúdo sem que expressem as mesmas estruturas da consciência [...]' Nem todos os indivíduos são, da mesma maneira, representativos do nível de desenvolvimento de sua sociedade: assim, em sociedades modernas, o direito tem uma estrutura universalista, embora muitos membros não estejam em condições de julgar com base em princípios. Ao contrário, em sociedades arcaicas, houve indivíduos que dominavam as operações formais de pensamento, apesar de que as visões míticas de mundo, coletivamente partilhadas, correspondessem a um nível inferior de desenvolvimento'. Além do mais, adverte-se que a consciência moral coletiva só tem validade para os adultos, de tal maneira que os níveis ontogeneticamente inferiores de 'interação incompleta' não encontram correspondência em sociedades mais antigas: nas relações com a família, há desde o início a combinação complementar de expectativas generalizadas de comportamento, isto é, 'interação completa'. Apesar dessas e de outras ressalvas, Habermas sustenta a existência de homologias e traça um paralelo entre os dois modelos de desenvolvimento, estabelecendo analogias nas 'seqüências de conceitos básicos e de estruturas lógicas'"* (2008, p. 39).

[145] Nesse sentido, confira-se (GÜNTHER, 2004, p.177-184).

autônoma[146], seria possível vislumbrar uma diferenciação entre a aplicação e a fundamentação de normas (GÜNTHER, 2004, p. 182).

Por sua vez, da teoria de Kohlberg, que distinguia os três estágios principais[147] do desenvolvimento da consciência moral, a saber, o pré-convencional, o convencional e pós-convencional, Günther pinçou algumas características do subestágio 6, integrante do último estágio moral (pós-convencional)[148], que em sua visão dariam guarita, ainda que implícita, à sua tese da dualidade discursiva. Nesse sentido, identificou ali a existência de princípios gerais que precisariam ser aceitos por todos, como condições procedimentais normativas, o que caracterizaria o momento da validade advinda de discursos de fundamentação, bem como a necessidade de consideração dos sinais característicos de uma situação, quando da busca pela norma adequada para a solução de casos específicos, o que caracterizaria os discursos de aplicação. No entanto, como bem ressaltou, provavelmente por utilizar os critérios de justiça advindos da *Ética a Nicômaco*, Kohlberg não chegou a utilizar os resultados de sua investigação para diferenciar fundamentação de aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 204).

Algumas páginas adiante, Günther distinguiu três estágios nos quais, de formas distintas, validade e adequação se relacionariam. Em sua ótica, no *primeiro estágio*, *ego*(eu) e *alter*(outro) poderiam adotar a perspectiva um do outro, assim como proceder uma observação do próprio comportamento a partir dessa posição cambiante. Significa dizer, para usar outras palavras, que *ego* conseguiria analisar a si mesmo com base na perspectiva de *alter*, da mesma forma que *alter* poderia fazê-lo, contudo, tendo como base a perspectiva de *ego*. Nesse estágio, ou seriam possíveis *"apenas expectativas de comportamento situacionais, atuais e orientadas ao outro concretamente pessoal"* (a), ou *"modelos de papéis fracamente generalizados"*, que permaneceriam dependentes de contextos concretos de referência, com base nos quais pudessem se atualizar (b) (GÜNTHER, 2004, p. 247).

---

[146] Nesse estágio da consciência moral infantil, a criança já percebe a necessidade de se afirmar como indivíduo, bem como a importância do respeito recíproco e do reconhecimento mútuo no trato com os outros. Ela aprende a considerar todas as diferenças individuais e todas as circunstancias especiais em uma situação. Nessa fase, a criança é capaz, inclusive, de manejar as regras de brincadeiras para privilegiar os diferentes (como, por exemplo, a regra da carta branca, que privilegia as crianças menores). Para mais detalhes, vide (GÜNTHER, 2004, p.181-182).

[147] Esses três estágios de desenvolvimento da consciência moral, na visão de Kohlberg, possuíam cada um, dois subestágios. Daí porque, para Kohlberg, a passagem do nível pré-convencional para o convencional, e em seguida, deste para o pós-convencional, podia ser descrita em verdade, em seis estágios evolutivos. Para mais detalhes, sugere-se a leitura de Neves (2008, p. 25-44), bem como do próprio Günther (2004, p. 191-205).

[148] Nas palavras de Cruz, na psicogenética de Kohlberg a evolução do homem é estudada *"como forma de aprendizagem, indo de uma sociedade primitiva na qual as ações humanas eram avaliadas estritamente do ângulo de sua conseqüência (moralidade pré-convencional), passando por uma sociedade antiga/medieval, na qual essas ações tinham por balizamento sua conformidade com um sistema de regras previamente instituído pela autoridade da tradição (moralidade convencional) e chegando finalmente em uma sociedade moderna, em que não só as ações mas, principalmente, as normas de conduta precisavam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais (moralidade pós-convencional"*(CRUZ, 2008a, p.82).

No primeiro caso (a), seria impossível distinguir fundamentação e aplicação, porquanto *ego* e *alter* tomariam decisões conjuntas para situações sempre atualizadas. Em vista disso, *"no mesmo contexto, no qual essa decisão* '[tivesse] *validade', também* [seria] *'aplicada';* [sendo], *portanto, desde logo adequada"*. No segundo caso (b), por sua vez, já existiria uma perspectiva social conjunta, generalizada temporal e objetivamente. A despeito disso, *"essa perspectiva social ainda* [permaneceria] *vinculada a contextos concretos de referência, nos quais se* [constituiriam] *compromissos de lealdade entre os participantes",* compromissos esses que buscariam a sua validade justamente do *"respectivo contexto particular de referência"*. Isso significa que os sinais característicos a serem levados em conta na aplicação permaneceriam sempre fixos, permitindo uma antecipação quase que absoluta, já nos discursos acerca da validade da conduta. Com isso, tudo que eventualmente fugisse à regra poderia ser considerado como uma exceção ou como uma ameaça ao sistema. Neste segundo caso, que nesta explicação chamamos de (b) apenas para fins didáticos, iniciada estaria a transição para o *segundo estágio* social. (GÜNTHER, 2004, p. 248).

No *segundo estágio,* já haveria uma perspectiva conjunta tão altamente generalizada e compartilhada entre *ego* e *alter* que cada um deles seria capaz de abandonar o seu contexto de referência para analisar a situação a partir de uma perspectiva neutra. Aqui, a previsibilidade de comportamento de *ego* em relação a *alter,* e vice versa, adquiriria ares de certeza, o que traria a cada um, respectivamente, uma noção de segurança, porquanto os modelos comportamentais reguladores de condutas individuais já estariam completamente desvinculados de interações concretas, tornando-se, exatamente por isso, neutros. Nesse estágio, operar-se-ia com uma versão forte de "U". Daí porque o sistema de normas já estaria explicitamente formulado, podendo sua aplicação restringir-se à verificação da existência dos sinais característicos previstos *a priori*. Casos eventualmente não previstos pelas normas seriam, nesse estágio, tratados como espécies de exceção. O transtorno social só adviria, eventualmente, do rompimento da moldura normativa. (GÜNTHER, 2004, p. 249).

Já no *terceiro estágio*, a universalidade das normas de conduta adviria de um contexto discursivo, no qual não apenas a perspectiva majoritária de um grupo particular pudesse ser levada em conta, mas a perspectiva de todos, no sentido de que cada potencial participante desse discurso pudesse levantar argumentos em favor e contra a validade de uma determinada norma. Sob esse pano de fundo pluralista, o pleito de validade das normas de conduta não poderia mais ser ancorado meramente em sinais característicos *a priori,* da mesma forma que a sua adequação não poderia ser garantida apenas e tão somente pela referência a essas situações pré-ordenadas:

> Ao contrário, nesse ponto, cada um poderá adotar a perspectiva de cada um dos outros, sem que objetiva e socialmente essa mudança universal-recíproca de perspectiva seja restritiva por uma particular consciência coletiva. Para que a validade de uma norma moral possa satisfazer essa condição, requer-se uma instituição especial, contextualmente independente, que possibilite uma participação universal de todos os afetados no estabelecimento de uma perspectiva comum. Isso poderá ocorrer de modo virtualizado em forma de princípios que representam um interesse comum a todos, e diante dos quais normas morais devam ser justificadas, ou em forma de procedimentos, nos quais seja garantida a universalidade em virtude de todos os afetados participarem com iguais direitos. **Em ambos os casos, a validade de uma norma se orienta por razões que já não serão legítimas por serem originárias em um determinado contexto, mas por poderem ser aceitas por todos. Com isso, fundamentação e aplicação se dissociam** (GÜNTHER, 2004, p. 249-250 – grifo nosso)[149].

Nesse contexto, a validade das normas, alcançada por meio de discursos de fundamentação, já não garantiria automaticamente a adequação dessas normas para a solução de casos. Essa adequação não prescindiria da análise de todos os elementos característicos de uma situação. Em vista disso, a adequação de uma norma dependeria de discursos de aplicação, pelo que não afluiria automaticamente da validade advinda dos discursos de fundamentação. Assim, haveria uma correlação necessária entre fundamentação e aplicação para a construção *"de um juízo moralmente correto (válido e adequado)"* (GÜNTHER, 2004, p. 250-251).

Com isso, seria possível distinguir uma aplicação vinculada contextualmente a sinais característicos pré-ordenados, própria do primeiro estágio social, de uma aplicação livre e imparcial, contextualmente sensibilizada, própria do terceiro estágio. Para Günther, um exemplo da primeira hipótese poderia ser encontrado na tradição que remonta a Aristóteles. Segundo nosso autor, à época, as características circunstanciais relevantes para uma escolha prudente da ação eram subordinadas (definidas) por um conceito de vida boa. Nesse contexto, a faculdade de julgar era compreendida como utilização da *phrónesis* (prudência), uma virtude passível de ser aprendida:

> *Phrónesis*, portanto, tem uma posição orientada para essa estrutura de ação. Por um lado, ela se refere ao *telos* da vida boa como finalidade de todas as metas, a qual não opta ela mesma, mas é, sim, predeterminada pela constituição ontológica do ser humano e pela orientação, que se tornou habitual, no sentido das concretizações setorialmente específicas das virtudes.
> Uma vez que a "predeterminação" não significa que a finalidade esteja clara, de modo situacionalmente independente, *phrónesis* concretiza o *telos* final da vida boa, no sentido de uma meta situacionalmente adequada de ação (GÜNTHER, 2004, p. 259).

[149] Como a *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, desenvolvida por Habermas, amplia esse raciocínio para o campo do Direito, é uma questão que poderá ser vislumbrada nos tópicos seguintes.

A percepção daquilo que seria correto dependeria da análise da situação. Contudo, a própria análise das características situacionais, uma vez direcionada pela virtude da prudência (*phrónesis*), já pendia para um conceito ontológico de bom, especificamente, aquilo que se aproximava do ideal comunitário de vida boa. Exatamente em vista disso, a objeção de Günther caminhava no sentido de que essa versão aristotélica da faculdade de julgar não levaria suficientemente a sério a necessidade de distinguir entre fundamentação e aplicação de normas morais (GÜNTHER, 2004, p. 264/266)[150].

Nosso autor terminou a segunda parte de sua obra debatendo a vertente hermenêutica proveniente de Gadamer[151]. Ele percebeu que a *Hermenêutica Filosófica* gadameriana tinha como enfoque principal não a análise de uma ação moralmente correta, mas *"a determinação ontológica do ser humano finito e moderno, que se* [interpretaria] *a si mesmo no horizonte da consciência histórica dos efeitos"*. A despeito disso, para Günther, Gadamer teria retirado exatamente daí conseqüências para a filosofia moral, que buscaria na tradição o pleito de validade das condutas, porquanto *"a compreensão* [precisaria] *submeter-se ao pleito normativo do tradicional em um esclarecimento e em uma interpretação situacionalmente adequada"*. Em vista disso, o contexto transmitido pela tradição tornar-se-ia não apenas ponto de vista interpretativo das (e nas) situações, adquirindo, ao contrário *"um característico pleito de validade"* (GÜNTHER, 2004, p. 282).

Para Günther, *"a assimilação ontologicamente fundamentada, de adequação e validade"*, em Gadamer, estaria baseada *"em uma mistura característica do aspecto recíproco de um entendimento a respeito de algo e do aspecto aplicativo de uma utilização de algo"*, cuja expressão encontrar-se-ia no conceito de fusão de horizontes. Para nosso autor, apenas por seguir essa proposta "ontológica" é que Gadamer teria conseguido *"identificar a compreensão e a aplicação e conferir ao conceito aristotélico da* ***phrónesis*** *o grau de paradigma hermenêutico"* (GÜNTHER, 2004, p. 290 – grifo nosso).

Enganar-se-iam, contudo, aqueles que pensassem que, em vista dessas críticas, Günther desconsiderasse os ganhos decorrentes da *Hermenêutica Filosófica*. Em suas palavras, o círculo hermenêutico seria mesmo um paradigma para argumentações de adequação:

---

[150] Essa crítica já é adiantada por nosso autor no prefácio de sua obra. Nesse sentido, confira-se (GÜNTHER, 2004, p. 24-25).

[151] Para mais detalhes acerca da Hermenêutica Filosófica gadameriana, vide considerações do tópico 2.1.1.

> Tematizaremos, em discursos de aplicação, o que nos parece exigência concreta da situação, sob consideração de todos os sinais característicos relevantes, enquanto o que for "exigência", no discurso de fundamentação, carecerá de uma fundamentação universalista (GÜNTHER, 2004, p. 283).

Em sua ótica, quando Gadamer constatou que a abertura do outro incluiria o reconhecimento de um dever de aceitação interna, por parte de *ego*, de algo que valeria contra ele próprio (mesmo não existindo um outro que lhe pudesse impor esse dever), estaria deduzindo justamente a diferença de condutas próprias a discursos de fundamentação e aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 291-292).

Nesse sentido, sua crítica a Gadamer devia-se apenas e tão-somente à concepção, arraigada pela Hermenêutica Filosófica, de que as condições de validade da compreensão (especificamente, das ações morais) estivessem tão fortemente ligadas à tradição, ainda que depurada pela distância temporal, no próprio processo *histórico-efeitual* de compreensão.

Com esse esclarecimento, encerramos momentaneamente a exposição da *Teoria da Argumentação* proposta por Günther. No quarto capítulo, abordaremos em detalhes toda a complexa questão relativa aos *argumentos de adequação* na Moral e no Direito, na tentativa de aprofundar a distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação. Por ora, atentar-nos-emos a alguns aspectos provenientes da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia* que, ao menos em nossa ótica, atestam a sua relevância para a consolidação do paradigma da *Filosofia da Linguagem.* Passemos, pois, a esse intento.

2.1.4 A Teoria crítico-deliberativa de Habermas: uma leitura da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia coerente com a distinção entre verdade e justificação

Conforme explicamos no final do tópico 2.1.1, em nosso entender, a exposição das teorias da argumentação alexyana e güntheriana, nos moldes acima desenvolvidos, visava cumprir uma dupla função. Em primeiro lugar, pretendíamos demonstrar como as influências da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmático* já se faziam sentir para além dos limites da Filosofia, invadindo a área da teoria do conhecimento. Em segundo lugar, intentávamos investigar duas teorias que inegavelmente, contudo de modos diversos, exerceram influência sobre o projeto habermasiano de uma *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*.

Certamente, não serão poucos os que criticarão nossa opção metodológico-expositiva, sobretudo pelo seu alto grau de reducionismo. Provavelmente, dirão que tanto o primeiro quanto o segundo intento, acima descritos, comportariam uma exposição infinitamente mais ampla do que a que acabamos por fazer. E ainda poderão nos jogar contra a parede,

demonstrando elevado grau de conhecimento acerca da teoria discursiva habermasiana, se nos perguntarem por que não fizemos incursões, por exemplo, nos pensamentos de Talcot Parsons, John Ralws, Ronald Dworkin e tantos outros autores que integrariam a bibliografia da obra *Direito e Democracia*. Possuímos, no entanto, três respostas para essas supostas perguntas/objeções.

Em primeiro lugar, e talvez essa seja a consideração menos 'simpática', a despeito de eficaz, somos da opinião de que toda e qualquer opção expositiva já seria, desde sempre, reducionista. Em segundo lugar, e talvez essa seja a resposta mais convincente, entendemos que as teses descritas nos tópicos 2.1.2 e 2.1.3 guardam íntima relação com o nosso objetivo final, a saber, a investigação da legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao Direito Fundamental à saúde - isso porque, à luz da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, como tentaremos demonstrar com mais detalhes ainda neste capítulo, bem como no capítulo seguinte, essa legitimidade há de ser buscada nos *argumentos* que permeiam a fundamentação da decisão. Em terceiro lugar, alguns dos autores que poderiam ser investigados, como Parsons e Ronald Dworkin, por exemplo, ainda terão seus pensamentos analisados, no que nos interessar, neste e no capítulo quarto.

Explicitados os motivos da escolha anterior, podemos sustentar que Habermas, claramente encorajado pela teoria argumentativa alexyana, estendeu para o Direito e para o Estado Constitucional, sua teoria do discurso anteriormente pensada para a Moral (HABERMAS, 2007, p. 366).

Ele buscou demonstrar, em *Direito e Democracia*, como a *Teoria Discursiva* poderia contribuir para a construção de um Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que o Direito e o discurso fossem interligados, a ponto de afigurarem como condição recíproca da existência legítima um do outro. Em outras palavras, ele intentou explicar que os Direitos Humanos, *crítico-deliberativamente* concebidos, deveriam ser entendidos como aquelas normas que, por serem suficientemente fracas em termos de conteúdo, ao menos num primeiro momento, eram passíveis de ser aceitas por diversos indivíduos com opiniões normativas diferentes, ao passo que, por serem extremamente fortes, garantiriam a racionalidade de discussões que neles se pautassem. Essa assertiva, por si só, já demonstra que a tese habermasiana, após 1992, galgou caminhos que, até então, eram tratados de forma até certo ponto incipiente por nosso autor.

Em verdade, por meio da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, Habermas se afastou da idéia de que a Moral continuasse a ser um elemento condicionante (legitimador) do

Direito[152], além de ter dado margens à operacionalização pragmática do *discurso*, o que representava um avanço em relação à *Teoria da Ação Comunicativa*, anteriormente delineada. Exatamente por isso, aliás, autores como Cruz sustentam que, mediante a *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, Habermas intentou ajustar definitivamente a sua proposta aos pressupostos da *Filosofia da Linguagem*, desacoplando-a de uma amarra (a subordinação da Moral) que podia ainda ser vista como uma vinculação ao pensamento kantiano, um dos marcos do paradigma da *Filosofia da Consciência* (CRUZ, 2008a, p. 132).

A seguir, optamos por uma abordagem da *Teoria Discursiva habermasiana* que busca compatibilizá-la com as inovações decorrentes da obra *Verdade e Justificação*, na tentativa de atender ao desafio lançado por Cruz desde a publicação da primeira edição de *Habermas e o Direito Brasileiro*[153]. Nesse sentido, procuramos enfatizar que a busca pela correção normativa, inerente tanto à Moral quanto ao Direito, estaria pautada em uma pretensão de validade (aceitabilidade racional), aquilo que *se-tem-consensualmente-por-mais-correto* em um sentido habermasiano, mas que não se confunde com a verdade[154]. Procuramos, ainda, restringir a abordagem deste capítulo às análises da tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito (1), da relação de complementaridade entre Moral e Direito (2) e da leitura crítico-deliberativa dos Direitos Humanos Fundamentais (3). É o que perseguiremos nos próximos três tópicos.

---

[152] Na *Teoria do Agir Comunicativo* Habermas ainda mantinha-se fiel à compreensão de que, para não colonizar o *mundo da vida*, o Direito deveria fundamentar-se na Moral. Isso o deixava muito próximo da visão ética kantiana, a despeito de Habermas já trabalhar com uma razão comunicativa, e, portanto, intersubjetivamente configurada, e com uma moral pós-convencional. Essa realidade já demonstra que a *razão comunicativa* diferia da *razão pura prática* nos moldes de Kant, que estava atrelada à subjetividade e pautada no **imperativo categórico** (o imperativo da moralidade). Esse imperativo consistia exatamente em um teste de máximas, um juízo sintético *a priori da razão pura prática* que dizia o seguinte: *"age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal"* (KANT, 2006, p. 47). Princípio ordenador do comportamento humano, que *"não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deva resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva"* (KANT, 1997, p. 52), ele foi identificado como incondicionado em relação a qualquer fim, representado um fim excelente em si mesmo (GOMES, 2009, p. 196-197). A particularidade da subjetividade da *razão pura prática*, no entanto, não ofusca a assertiva kantiana de que a lei externa coercitiva (Direito) vai buscar fundamento exatamente no imperativo categórico (Moral), ao menos no que tange à justificação da aplicação da sanção (GOMES, 2009, p.205). Portanto, a despeito das diferenças, concordamos em parte com Gomes no sentido de que, até antes da obra *Direito e Democracia*, de fato existia uma proximidade, e não identidade, de Habermas com o pressuposto kantiano de fundamentação moral do Direito (GOMES, 2009, p. 195).

[153] Nesse sentido, confira-se (CRUZ, 2008a, p. 132-133).

[154] O conceito *habermasiano* de *verdade*, que era idêntico ao conceito de *validade consensual* até *Direito e Democracia*, foi alterado em sua obra *Verdade e Justificação*. A partir, portanto, de *Verdade e Justificação*, Habermas passou a enxergar uma diferença entre a *pretensão de validade* (ter-por-verdadeiro) e a *verdade*, *condição antropológica de existência*, quase-transcendental, assentada em uma visão que aproxima *dialeticamente* as noções advindas do *mundo da vida* linguisticamente estruturado e de uma versão de *naturalismo-fraco*, que justifica o apoio da *verdade empírica* no mundo objetivo. Para mais detalhes acerca do assunto sugerimos a leitura de (HABERMAS, 2004, p. 46-48/53-54/282-284/290-291), bem como de (CRUZ, 2009a, p.: 216-218). Uma abordagem mais aprofundada acerca desse tema fatalmente nos afastaria dos objetivos centrais deste trabalho.

2.1.4.1 A permanente tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito

A tensão entre faticidade e validade, que aparece já no título da obra de Habermas (2003), não é, necessariamente, um tema novo. Kant já explorara, ao seu modo, a face interna dessa importante relação inerente ao Direito.

Para Kant, o Direito comportaria uma tensão entre coerção e liberdade, estabilizada, segundo ele, na validade jurídica. De si mesmo, o Direito estaria vinculado à autorização para o uso da sanção[155]. Esse uso, no entanto, só se justificaria quando, por meio da sanção, fossem eliminados eventuais abusos contra a liberdade dos indivíduos. Por outro lado, embora pretensões jurídicas estivessem já desde sempre ligadas à autorização para a coerção, poderiam também, a qualquer momento, ser seguidas pelo respeito à lei. Haveria mesmo uma univocidade entre o dever jurídico e o moral, ao passo que a diferença estaria na motivação da ação. A heteronomia jurídica[156], portanto, não impedia uma ação conforme o dever, o que demonstrava que as normas do Direito seriam ao mesmo tempo, normas de coerção e de liberdade (SALGADO, 1995, p. 243-253)[157].

A lembrança das considerações antecedentes, de início, chama a atenção para uma das inovações trazidas pela abordagem habermasiana: o tratamento da questão sob a perspectiva de sua teoria da ação comunicativa[158]. As diferenças, no entanto, não se encerram apenas no enfoque, uma vez que, em Habermas, a tensão interna entre faticidade e validade reproduz-se em vários níveis, não se limitando aos termos kantianos do relacionamento entre coerção e liberdade (NEVES, 2008a, p. 112).

Sob essa perspectiva da teoria da ação comunicativa, a tensão entre faticidade e validade proveniente do *mundo da vida*, a saber, a tensão entre exclusão e inclusão, imposição e legitimidade, incomunicado e comunicado, simulação/ocultação e desvelamento, dissenso e consenso, falsidade e validade, para ficar em apenas alguns exemplos, transportar-se-ia para o interior da abordagem do Direito. Em decorrência, a tensão entre impositividade (faticidade ou validade social) e validade (legitimidade), inerente ao Direito e revelada desde os estudos de Kant, assumiria um sentido performativo (de ação), passando a ser tratada a partir da perspectiva cambiante dos participantes de discursos manejados com vistas ao entendimento mútuo (e, por isso, dotados de racionalidade) (HABERMAS, 2003, p. 55-60).

---

[155] Nesse sentido, confira-se (SALGADO, 1995, p. 258).
[156] Para detalhes acerca da distinção kantiana entre autonomia e heteronomia, vide (SALGADO, 1995, p. 258-260).
[157] No mesmo sentido, vide (HABERMAS, 2003, p. 49).
[158] Nesse sentido, confira-se (HABERMAS, 2003, p. 50).

Dizemos cambiante porque, como forma de ação por meio da linguagem, o discurso desnaturar-se-ia em imposição de vontade sempre que os participantes abandonassem o *telos* do entendimento mútuo e passassem a agir puramente orientados pelo êxito pessoal. Nesse contexto, o Direito permitiria aos membros da comunidade jurídica a possibilidade de escolher entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma, a saber, o performativo, no primeiro caso, e o objetivador, no segundo (HABERMAS, 2003, p. 51).

Sob o enfoque performativo dos participantes de discursos racionais, enquanto a faticidade ou validade social das normas jurídicas determinar-se-ia pelo seu grau de impositividade no círculo de seus destinatários, isto é, pela sua possível aceitação fática nesse contexto, a validade dessas normas, no sentido de legitimidade, medir-se-ia não pelo fato de ela conseguir impor-se, mas pela possibilidade de resgate discursivo da pretensão de correção normativa dela advinda. Nesse sentido, a tensão interna ao Direito, entre faticidade e validade, passava a ser tratada a partir dos três aspectos da *linguagem*[159], a saber, o semântico, o sintático e o pragmático (HABERMAS, 2003, p. 50).

Isso significa que a legitimidade das normas remontaria ao fato de elas terem sido fruto de um processo legislativo racional, dependente da participação ativa, ainda que indireta da sociedade civil, no interior de uma *esfera pública*[160] intersubjetivamente configurada. A possibilidade de aceitabilidade racional do produto das negociações depuradas pelo procedimento legislativo, ou do produto de discursos racionais pautados em argumentos pragmáticos, éticos e morais, é que asseguraria essa legitimidade às normas jurídicas (HABERMAS, 2003, p. 50).

Como essa aceitabilidade poderia decorrer de uma política crítico-deliberativa, assentada em uma concepção de democracia radical que subentenderia a co-originalidade entre Direitos Humanos e soberania popular, e, assim, a complementaridade entre constitucionalismo e democracia, é ainda uma questão que carece de explicação[161]. Por ora,

---

[159] Como já tivemos a oportunidade de explicar, Habermas incorpora totalmente os ganhos trazidos pela reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática, *"concebendo a linguagem como **ação comunicativa** e, nesse sentido, como condição sem a qual não seria possível compreender o que quer que fosse"* (DUARTE; CRUZ: 2009c, p. 59). Para mais detalhes, vide tópico 2.1.1.

[160] O conceito de esfera pública desenvolvido por Habermas engloba toda uma gama de canais de comunicação, tais como os conselhos comunicativos, populares, fóruns civis não governamentais, podendo se estender para dentro das faculdades e no espaço mais amplo da universidade, ou se expressar através da produção acadêmica, ou, ainda, *"em sindicatos e partidos políticos, Igrejas, instituições pias e assistenciais, "public interest groups" formadoras do chamado terceiro setor, tais como as organizações não governamentais, no trabalho da imprensa livre, nas diversas formas de expressão literária, artística ou estética difundidas pelos diversos mecanismos de comunicação de massa e até mesmo na comunicação difusa propiciada pela internet"* (CRUZ, 2008a, p. 119-120)

[161] Nas palavras de Rainer Forst, a função primordial da obra de Habermas é *"superar o tradicional antagonismo entre concepções liberais e republicanas da ordem política legítima ao indicar, com meios teórico-discursivos, o nexo indissolúvel entre 'direitos humanos' e 'soberania popular'"* (FORST, 2009, p. 180)

no entanto, basta dizer que a positividade do direito, segundo Habermas, viria já *"acompanha da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamentasse a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas"* (2003, p. 54)[162].

Todo esse arcabouço teórico, exatamente por estar voltado para a prática[163], não impossibilitava a leitura das normas jurídicas como completos limitadores externos do espaço de opções, por parte principalmente daqueles que pautassem sua conduta, única e exclusivamente, na busca pelo êxito pessoal. Para aquele que optasse por agir comunicativamente, contudo, essas normas jurídicas situar-se-iam *"no nível de expectativas obrigatórias de comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos"* (HABERMAS, 2003, p. 52).

Por certo, não haveria como fugir completamente dessa perspectiva comunicativa, porquanto, para Habermas, mesmo aqueles que agissem cotidianamente com vistas ao êxito pessoal, não poderiam abrir mão de, por vezes, agir comunicativamente, mesmo porque até a ação estratégica pressuporia, em certa medida, o *telos* do entendimento (como já tivemos a oportunidade de explicar). Ainda assim, em ambientes onde a ação comunicativa fosse manifesta apenas em parcos momentos, comprometida estaria a possibilidade de integração social a partir do Direito, sobretudo pelo déficit de solidariedade social entre os co-cidadãos.

Essa última assertiva, inequivocamente, torna claras as dificuldades enfrentadas pela pretensão de legitimidade do Direito com base na teoria da ação comunicativa, sobretudo por desvelar o peso da solidariedade social que recairia, sob essa perspectiva, sobre os ombros dos cidadãos. Contudo, Habermas não ignorava essa limitação, tanto que chegou a afirmar que essa circunstância sobrecarregaria a tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito, impondo-lhe, desta feita a partir de fora, uma sobrecarga de faticidade social:

> Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora. Aqui a facticidade e validade encontram-se numa relação externa, pois ambos os momentos, o das implicações de sentido do direito vigente e o das limitações sociais, às quais as decisões jurídicas estão submetidas de fato, podem ser descritos isoladamente (HABERMAS, 2003, p. 55)

Aqui entrou em jogo uma nova relação entre faticidade social e validade normativa, externa ao Direito. Essa tensão externa não se limitava à simples relação entre norma e realidade, referindo-se, para além desta correlação, à situação do Direito perante os

[162] Para mais detalhes, vide (NEVES, 2008a, p.112).
[163] Para mais detalhes, vide (HABERMAS, 2003, p. 55).

imperativos funcionais de uma sociedade pluralista e profana, portanto, supercomplexa, tais como as sociedades modernas (NEVES, 2008a, p. 112).

A intenção de Habermas era unir uma perspectiva sociológico-científica a uma abordagem normativo-filosófica, tornando-as imanentes à relação entre Direito, democracia e Estado social (FORST, 2009, p. 180). Para tanto, ele criticou as abordagens puramente sociológicas, como por exemplo, as marxistas e as teórico-sistêmicas – em especial na vertente desenvolvida por Niklas Luhmann –, entendendo que as primeiras pecariam por limitarem o conceito de Direito a uma superestrutura de poder incapaz de promover inclusão social, ao passo que as segundas, apegadas à noção de autopoiese, duvidariam da importância de uma fundamentação do Direito nos termos de uma teoria da justiça, limitando-se a enxergar a sua função de gerar segurança jurídica, através da previsibilidade das expectativas de conduta. Criticou, ainda, as teorias filosóficas da justiça, tomando como exemplo a vertente desenvolvida por John Rawls, por desconsiderarem a dimensão fático-social do Direito (HABERMAS, 2003, p. 66-94).

Sob a ótica de Habermas, o Direito seria um *sistema empírico de ação* capaz promover, para além da simples segurança jurídica, a integração social no interior de uma sociedade complexa como a nossa. Ele teria capacidade de promover a mediação entre um *mundo da vida*, reproduzido através do agir comunicativo, e os sistemas sociais funcionais, estranhos e circundantes uns aos outros. Nesse sentido, o Direito poderia cumprir a função de dobradiça entre *mundo da vida* e sistemas sociais funcionais (como a economia e a burocracia administrativa), na medida em que tornasse compreensíveis, para os últimos, os influxos provenientes da esfera pública, ou que exigisse a manutenção interna de um código binário, 'como' nos sistemas sociais funcionais, no trato das matérias reguladas juridicamente, após a sua fundamentação discursiva:

> O direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral de comunicação, socialmente integradora, se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular **em toda a amplidão da sociedade** através da linguagem do direito; sem a tradução para o direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, esses não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios (HABERMAS, 2003, p. 82 – grifo nosso)

Eis, pois, uma peculiaridade da abordagem habermasiana em relação à de Luhmann: a capacidade de o Direito cumprir a função de promotor da integração social, além da simples função de gerar segurança jurídica, através da previsibilidade das expectativas de conduta[164].

[164] Para mais detalhes acerca da concepção de Luhmann acerca da função típica do sistema jurídico, vide (SILVA, 2010, p. 65-69).

Aqui há uma clara adesão de nosso autor à vertente sistêmica defendida por Talcot Parsons (HABERMAS, 2003, p. 102-105).

Em síntese, todas as vezes em que Direito levasse em conta os influxos provenientes da sociedade civil, produzidos de forma mais ou menos organizada na esfera pública – a tal ponto que os afetados pelas normas jurídicas pudessem assentir com seus conteúdos, por terem participado, ainda que indiretamente, da sua configuração – afloraria um sistema legítimo, capaz de promover a integração social[165]. Por outro lado, todas as vezes em que os influxos provenientes do *mundo da vida* fossem *colonizados* pelos sistemas econômico e político, seja a partir da lógica do dinheiro ou do poder, perceber-se-ia uma tradução ilegítima desses *inputs* para a forma do Direito. Nesse caso, ao invés de o Direito tornar compreensível para os sistemas os influxos comunicativos provenientes do *mundo da vida*, seriam os sistemas que, colonizando o *mundo da vida*, ditariam ao sistema jurídico aquilo que eles 'gostariam' que fosse regulado na forma jurídica. Aqui, ao invés de manifestar-se como *sistema empírico de ação* capaz de contribuir para a integração social, o Direito manifestar-se-ia como um sistema integrante da superestrutura de poder, que contribuiria, entre outras coisas, para a dominação social de uma classe por outra[166]. Nas palavras de Habermas, isso escancararia a tensão externa ao Direito entre faticidade e validade:

> A tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra o seu eco entre as abordagens filosóficas e empíricas do Direito. [...]
> [...] o código do direito não mantém contato apenas com o **médium** da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradora, do mundo da vida; ele também traz mensagens dessa procedência para uma forma na qual o mundo da vida se torna compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro. Nesta medida, a linguagem do dinheiro pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida (HABERMAS, 2003, p. 63/112 – grifo nosso).

Quanto a essa questão, cabe, contudo, uma ressalva. Concordamos com a crítica de Cruz a Habermas, no sentido de enxergar na racionalidade sistêmica pós-weberiana do último um fundo marcadamente unilateral. Assim, comungamos da posição de que *"a despeito de*

---

[165] Confira-se, nesse sentido, (HABERMAS, 2007, p. 289).

[166] *"Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita freqüência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. [...] Entretanto os limites da autolegislação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica. É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão* ***profana*** *dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção* ***idealista*** *de legitimá-los"* (HABERMAS, 2003, p. 62-63).

Habermas ter caminhado para uma posição 'social-democrata', parte de sua análise continua marcada pela perspectiva marxista", sobretudo por enxergar no mercado uma lógica sempre perversa aos interesses emancipatórios da sociedade pautados na inclusão social (CRUZ, 2009, p. 201).

Nesse sentido, às perguntas direcionadas a saber se o modo de produção capitalista não teria também contribuído para a melhoria das condições de vida universais, ou se ele ainda poderia ser tratado, com base em uma leitura meramente marxista, nos termos de exploração do homem pelo homem, de superestrutura social, de exploração permanente do capital sobre o proletariado e o exército industrial de reserva, engrossamos o coro para responder que sim à primeira pergunta e que não à segunda. Da mesma forma, seguimos os passos de Cruz e acreditamos que o sistema burocrático não pode ser compreendido como simples elemento tradutor de um puro corporativismo, sobretudo por enxergamos nele, por vezes, uma barreira contra a corrupção que muitas vezes impera no sistema político[167]. Por certo, ela também pode contribuir para a corrupção, mas isso não é uma prerrogativa apenas da burocracia (e isso fica claro no Brasil, onde a cultura da malandragem e do jeitinho brasileiro, apenas para ficar em dois exemplos, também pode ser entendida como um elemento que contribui para tanto).

Em vista disso, seguimos a proposta de Cruz e procedemos aqui uma releitura das considerações habermasianas, para sustentar que, quando movidos *puramente* pela lógica do lucro a qualquer preço e do poder simplesmente pelo poder, os sistemas econômico e burocrático de fato contribuem para o falecimento das pretensões de inclusão social e emancipação da sociedade. Isso indica que não é apenas o Direito que domestica esses sistemas com base na institucionalização dos influxos advindos do *mundo da vida.* Nem o contrário é totalmente verdadeiro. Nossa suspeita é de que os sistemas sociais são todos eles, assim como o Direito, sistemas de ação reflexivos da reprodução simbólica do mundo da vida. Não que, com isso, estejamos desvirtuando a lógica de sistemas funcionais, no sentido de negar que todos eles operem com base em códigos-diferença específicos. O que queremos dizer é que também os sistemas econômico e burocrático estão inseridos no contexto de *mundos da vida* diversificados, podendo ser influenciados pela moral que, eventualmente, aflui no interior desse pano de fundo intersubjetivamente compartilhado.

Esclarecida essa questão, passemos de pronto para a análise da relação de complementaridade entre Moral e Direito, defendida na obra *Direito e Democracia*.

---

[167] Essas questões foram formuladas por Cruz (2009, p. 201-202).

2.1.4.2 A relação de complementaridade entre a Moral e o Direito

A subordinação do Direito em relação à Moral, até o desenvolvimento e a publicação de *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, ocupava uma posição de destaque tanto na ética discursiva, quanto nas teorias do discurso e da argumentação. Essa assertiva é confirmada pelas explanações desenvolvidas nos tópicos 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3, tanto em relação à tese de Apel – notadamente no tocante à *ética da co-responsabilidade*, assentada em um *principio moral fundamental* – quanto em relação a Habermas – em decorrência da concepção de que a Moral continuasse a ser um elemento condicionante da legitimidade do Direito, que o impediria de colonizar o *mundo da vida* – como em relação a Alexy e Günther – notadamente pela tese de que o discurso jurídico fosse um caso especial de discurso moral[168].

Em todos esses casos, a Moral continuava a ser considerada como uma espécie de apoio/fundamento da correção normativa dos discursos produtores de normas jurídicas. E isso, por certo, representava uma proximidade, mas não identidade, entre as teses de Kant e aquelas defendidas pela ética e teoria do discurso, ou pelas vertentes acima expostas de teoria da argumentação. A grande novidade da obra *Direito e Democracia*, nesse particular, localiza-se no fato de que Habermas reviu essa posição, passando a defender não mais uma relação de subordinação entre a Moral e o Direito, mas uma relação de complementaridade entre ambos[169].

Em linhas gerais, Habermas passou a defender que, a despeito de referirem-se aos mesmos problemas, Direito e Moral o fariam a partir de ângulos distintos. A diferença estava em que, para responder às perguntas: 'como seria possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si as ações servindo-se de normas justificadas?' e, 'como seria possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?', o discurso jurídico poderia fazer uso de argumentos morais, éticos e pragmáticos, ao passo que o discurso moral teria que se restringir aos primeiros.

Essa assertiva decorre da constatação de que o Direito – como meio de organização do domínio político – não regulamenta apenas conflitos de ação interpessoais, mas também o cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. Nesse sentido, as

---

[168] Já salientamos que, recentemente, Alexy promoveu uma releitura dessa tese. Contudo, até a publicação de Direito e Democracia, entendemos que esse, de fato, era o sentido da tese de que o discurso jurídico fosse um caso especial de discurso prático universal. Quanto à polêmica alegação de que Günther defenda a mesma tese, salientamos que seguimos, nesse particular, a posição defendida por Habermas (2003, p. 289-291).

[169] *"A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de* ***complementação*** *recíproca"* (HABERMAS, 2003, p. 141).

regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais, mas também pragmáticas e éticas[170], bem como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes:

> Diversa da reivindicação normativa de validação dos mandamentos morais, que é claramente delimitada, a reivindicação de legitimidade das normas jurídicas apóia-se sobre vários tipos de razões. **A práxis legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações - e não apenas de discursos morais** (HABERMAS, 2007, p. 297 – grifo nosso).

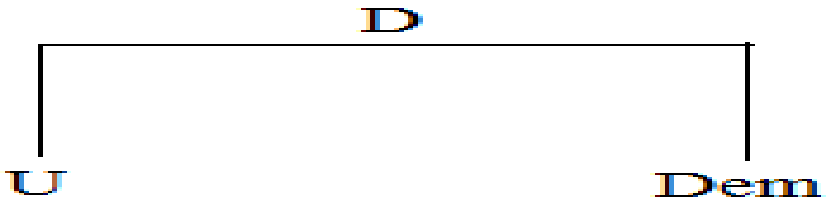
Por perceber essa realidade, Habermas desvinculou o *princípio do discurso* (D) do *princípio da universalização* (U), transformando o primeiro em um princípio *neutro*[171] em relação à Moral e ao Direito. Em suas palavras, ao contrário do que até então havia

---

[170] Nas palavras do próprio Habermas, *"a pretensão de legitimidade que acompanha as normas do direito e a prática legislativa, ao contrário da pretensão de validade normativa dos mandamentos morais, que é claramente delineada, apóia-se em tipos diferentes de argumentos"* (HABERMAS, 2003b, p. 312). Segundo nosso autor, em discursos pragmáticos *"nós examinamos se as estratégias de ação são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos"*, ao passo que em discursos ético-políticos, *"nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos* ***realmente.*** *Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas, na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós"*. No entanto, segundo Habermas, *"uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça"*. Para atingir esse fim, os participantes tem que recorrer a um discurso moral, nos quais *"são decisivos argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis"*. E, em sua ótica, *"uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes"* (HABERMAS, 2003, p. 202-203). Essas questões, no entanto, só podem ser separadas num nível analítico. Isso é esclarecido por Habermas na nota de rodapé nº 3, do posfácio redigido para a quarta edição da obra, que diz o seguinte: *"**As questões políticas são normalmente tão complexas, que é necessário tratá-las simultaneamente sob aspectos pragmáticos, éticos e morais. Ora, esses aspectos somente podem ser separadas em nível analítico.** Por isso, minha tentativa visando exemplificar diferentes tipos de discurso a partir de questões concretas, pode trazer confusão."* (HABERMAS, 2003b, p. 312 – grifo nosso).

[171] Essa neutralidade é no mínimo questionável, ao menos em termos apelianos. Esse é apenas um dos motivos da controvérsia entre Apel e Habermas, a qual, no entanto, não poderemos aprofundar neste trabalho. Apenas para que se tenha uma noção, as críticas de Apel a Habermas são bem resumidas por Oliveira, nos seguintes termos: *"A contratese de Apel consiste primeiramente em mostrar que o fundamento normativo do princípio do discurso não pode provir, como Habermas insinua em certas passagens de seus textos recentes, de relações fáticas de reconhecimento das formas de vida comunicativamente estruturadas, mas deve ser obtido por meio de uma reflexão estrita sobre os pressupostos moralmente relevantes do discurso filosófico irrecusável. Em segundo lugar, que esse princípio, de forma alguma, pode ser compreendido como moralmente neutro, porque ele pressupõe o reconhecimento da igualdade de direitos e da mesma co-responsabilidade de todos os possíveis participantes do discurso na descoberta e na solução de todos os problemas capazes de uma consideração discursiva. Isso constitui precisamente o princípio da moral fundamental, ou seja, o princípio do reconhecimento recíproco dos co-sujeitos do discurso como portadores de direitos iguais e igualmente co-responsáveis, o que resulta, segundo Apel, quase analiticamente, do princípio do discurso, e é nesta pressuposição que se radica a fundamentação pragmático-transcendental da ética do discurso"* (OLIVEIRA, 2004, p. 158). Convém esclarecer que Habermas se posicionou em relação a essas críticas. Como nos ensina Cruz: *"Habermas concorda com a impossibilidade de escapar do discurso quando se busca o entendimento. Contudo, mesmo essa pretensão de verdade é vista como um saber provisório e falível, eis que admite que alguém possa mais a frente ver o que ele mesmo é, por ora, incapaz de enxergar. Ao contrário de Apel, que vê a contradição performativa como algo definitivo, eterno e, por conseguinte, absoluto, Habermas submete a questão sempre à abertura do debate"* (2007, p.136). No que tange á segunda objeção, ele *"acha que essa reformulação de conceitos de Apel [relativa à 'Metamoral 'que fundamentaria o Discurso] conduz a um retorno inexorável a uma transcendentalidade forte do tipo kantiano. Observe: o princípio da responsabilidade serve para demonstrar como discursos práticos podem se dar. Contudo, em síntese, qual é o conteúdo do princípio complementar da responsabilidade? Para Habermas 'aja moralmente'! Em outras palavras, Apel retorna sem perceber à arquitetônica kantiana dos imperativos categóricos: a moral seria fonte de legitimação para o Direito"* (CRUZ, 2007, p.141).

defendido[172], o *princípio do discurso* podia assumir, além do conteúdo moral, também o conteúdo jurídico. No primeiro caso, afigurar-se-ia como um princípio moral da universalização (U) ao passo que, no segundo caso, assumiria a forma do princípio da democracia. Veja a seguinte representação:



O princípio do discurso certamente possuía um conteúdo normativo, o qual dizia o seguinte: *"são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais"*. Contudo, ele se referia a normas de ação em geral (HABERMAS, 2003: 142). Apenas a concepção dessa versão *"suficientemente abstrata"* do princípio do discurso em relação à Moral e ao Direito é que permitiria, segundo nosso autor, a superação da tese do caso especial, defendida tanto por Alexy quanto por Günther, contudo sob perspectivas bem diferentes (HABERMAS, 2003, p. 291).

Nesse contexto, enquanto **o princípio da universalização ou da moralidade** decorreria da vinculação do princípio geral do discurso a normas de ação que só podiam ser *"justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses"*, o **princípio da democracia** resultaria da especificação desse mesmo princípio geral em relação a normas de ação que surgiriam na forma do Direito, as quais podiam ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, éticos e morais. Isso significa que o *princípio da democracia* viabilizaria a possibilidade de decisões racionais em todo e qualquer tipo de deliberação, fosse ele de cunho *ético, pragmático ou moral*, ou ainda, de caráter *negocial*. O *princípio da democracia* (d), portanto, ampliaria a possibilidade de *controle da validade* dos argumentos em termos de legitimidade racional, porquanto abriria novos horizontes passíveis de controle, indo além do âmbito meramente moral controlado pelo *princípio da universalização ou*

[172] Segundo Habermas, em suas pesquisas sobre a ética do discurso publicadas até então, não havia *"uma distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso"* (HABERMAS, 2003, p. 143).

moralidade (evidentemente pensado em termos *pós-convencionais*[173]) (HABERMAS, 2003, p. 145).

Partindo do pressuposto de que esse controle seria possível, ou seja, levando a sério a possibilidade de formação política da opinião e da vontade com base em argumentos racionalmente válidos, o *princípio da democracia* afirmaria como ela poderia ser institucionalizada, a saber, através de um *sistema de direitos* que garantisse a todos os cidadãos, *iguais condições de participação* num processo de normatização jurídica. Nesse sentido, para além do estabelecimento de um processo legítimo de normatização, o *princípio da democracia* orientaria a produção do próprio *medium* do Direito, no sentido de estabelecer a linguagem que permitiria *"à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros* ***do direito*** *iguais e livres"* (HABERMAS, 2003, p. 146).

Nesse ponto, torna-se clara a importância do *princípio da democracia* para a concepção da co-originalidade entre *Direitos Humanos* e *soberania popular*, a ser explicada no tópico seguinte. Ele permite a constatação de que o Direito passa a ser concebido como o *medium da auto-organização da comunidade,* isto é, como o *meio através do qual* a comunidade deveria regrar a sua auto-organização. Daí a necessidade de criação de um *sistema de direitos* (*Direitos Humanos*) que consistiria exatamente na *linguagem* condicionante da possibilidade de integração e o acordo mútuo de cidadãos. Esse *sistema de direitos,* portanto, não deveria apenas institucionalizar e possibilitar a formação racional da vontade política, mas, sobretudo, proporcionar o próprio *medium* através do qual cidadãos comprometidos uns com os outros, pudessem tornar expressa e vinculante a sua vontade geral. Essa explicação esclarece, em muitos aspectos, uma série de questões tratadas de forma até certo ponto incipiente no tópico anterior (HABERMAS, 2003, p. 147).

Toda essa explicação, por certo, torna muito clara as diferenças entre os discursos moral e jurídico, e, via de consequência, as dessemelhanças entre Moral e Direito. No entanto, ele não esclarece notadamente a relação de complementaridade entre Moral e Direito. Esta,

---

[173] A moral pós-convencional caracteriza-se por ser intersubjetivamente alcançável não *in abstrato*, mas *in concreto,* e por ser crítica de si mesma. Ela é possibilitada, para usar a metafórica linguagem de Sampaio, pela percepção de que *"nascemos como um 'eu' que se descobre em um 'nós', vivendo seus dias numa tensão entre cópia e originalidade que termina por definir as* ***identidades*** *que assumimos durante toda nossa vida"* (SAMPAIO, 2004, p. 74). Na etapa pós-convencional, para falar com Cruz, *"os indivíduos, mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos, por meio do reconhecimento de direitos individuais e princípios universais"* (CRUZ, 2008, p. 146). A adesão de Habermas a essa noção de moral é clara em sua afirmação de que, *"à luz da teoria do discurso, o princípio moral ultrapassa os limites históricos causais, diferenciados socialmente, traçados entre domínios vitais públicos e privados; nela se leva a sério o sentido universalista da validade das regras morais, pois se exige que a aceitação ideal de papeis – que, de acordo com Kant, todo o indivíduo singular realiza privatim – seja transportada para uma prática pública, realizada em comum para todos"* (HABERMAS, 2003, p. 145).

nas palavras de Habermas, decorreria do fato de que, ao mesmo tempo em que o Direito aliviaria o peso sobre as decisões individuais no âmbito da resolução de conflitos de ação (através da institucionalização de normas primárias e secundárias), a Moral irradiar-se-ia para o *sistema de direitos subjetivos*, mantendo com este um vínculo interno:

> O universo moral **sem limites** no espaço social e no tempo histórico estende-se por sobre **todas** as pessoas **naturais** em sua complexidade biográfica, e a própria moral se estende até a defesa da integridade de pessoas plenamente individualizadas. Em face disso, uma comunidade jurídica respectivamente situada no tempo e no espaço protege a integridade de seus integrantes exatamente na medida em que esses últimos assumem o status artificialmente criado de **portadores de direitos subjetivos.** Por isso subsiste entre o direito e a moral uma relação que é mais de complementaridade do que de subordinação (HABERMAS, 2007, p. 296).

Isso significa, para falar com Habermas, que *"os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados* ***a limine*** *como direitos jurídicos, não obstante seu conteúdo moral"*. Além disso, indica que uma "ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais" e que *"através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral"*, a qual, no entanto, não é de subordinação, mas de complementaridade (HABERMAS, 2003, p. 140-141).

Dessa forma, ao Direito cumpriria aliviar o agir moral racional reflexivo (isto é, pós-convencional), o qual imporia aos indivíduos exigências cognitivas (conhecimento da melhor forma de aplicar a norma para a resolução do "caso concreto"), motivacionais (dever de agir de acordo inclusive contra os seus próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação) e organizacionais (exigência de estratégia organizacional para a melhor maneira de cumprimento dos deveres morais)[174]. Assim, decisões que, desde Kant, eram orientadas por uma razão prática subjetiva (moral convencional), passaram a ser pautadas em uma razão prática reflexiva (moral pós-convencional) amenizada por normas de ação institucionalizadas[175] através do discurso. Nesse sentido, enquanto a Moral contribuiria para a construção do *sistema de direitos subjetivos*, o Direito aliviaria o peso de decisões morais. Eis aí a complexa relação de complementaridade.

Há, contudo, uma série de objeções a essa concepção. Para ficar em apenas um exemplo, Neves assevera que "*embora insista que entre moral e direito haja uma relação de complementaridade, Habermas sustenta, por fim, que 'uma ordem jurídica só é legítima se*

[174] Nesse sentido, vide (HABERMAS, 2003, p. 150-154) e (HABERMAS, 2007, p. 297).

[175] O conceito de institucionalização "*refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando*" (HABERMAS, 2003, p.221).

não contradisser os princípios morais". E complementa a sua crítica para dizer que, *"além do mais, as questões ético-políticas permanecem subordinadas às questões morais"* (NEVES, 2008a, p. 117). Entendemos que essa objeção já foi, em parte, respondida pelos dois parágrafos imediatamente anteriores ao presente.

A despeito disso, a crítica de Neves transborda os limites desse tópico, resvalando também na concepção habermasiana de que, entre Direitos Humanos e soberania popular haja uma relação de co-originalidade, e não de primazia de um sobre o outro, penda ela para que lado for. Mas a resposta a essa crítica demanda uma explicação mais detalhada da concepção de Habermas acerca dessa questão, o que, já antes, havíamos assumido como compromisso. Em vista disso, passamos de pronto à análise daquilo que chamamos de concepção *crítico-deliberativa* dos Direitos Humanos Fundamentais.

2.1.4.3 A concepção *crítico-deliberativa* dos Direitos Humanos Fundamentais

No tópico 2.1.4.1, sugerimos que a aceitabilidade racional em discursos de fundamentação, segundo Habermas, poderia decorrer de uma política *crítico-deliberativa*, assentada em uma concepção de democracia radical que subentenderia a co-originalidade entre Direitos Humanos e soberania popular. Lá, levantamos essa questão sem, contudo, explicar em que bases essa concepção se assentaria.

Antes de perseguir esse intento, é importante explicar que a expressão *crítico-deliberativa* foi criada por Gisele Cittadino (2000, p.2)[176]. Sua intenção era dissociar o *procedimentalismo* desenvolvido por Habermas, que engloba tanto a sua concepção de política, quanto a sua concepção de democracia, de um formalismo vazio ou puro. Neste trabalho, seguindo Cruz (2007, p. 239), aderimos a essa classificação como a mais apropriada para designar o pensamento habermasiano.

Esclarecido esse pormenor, desde já repetimos que a concepção habermasiana de política subentende uma relação de co-originalidade entre constitucionalismo e democracia, com a qual, aqui, concordamos. Ela tenta ser uma terceira via em relação às compreensões

[176] *"Optamos por caracterizar o pensamento de Habermas como 'crítico-deliberativo'. Essa designação faz referência, por um lado, à 'teoria crítica' que Sérgio Paulo Rounet descreve como um 'corpo assistemático de idéias sobre o homem e a sociedade', organizado em torno do Instituto de pesquisas sociais de Frankfurt, 'e cujos porta-vozes principais são Adorno, Horkheimer, Marcuse e Habermas'. [...]; por outro, o termo deliberativo refere-se, como veremos ao longo deste trabalho, ao amplo processo de deliberação pública do qual depende a 'formação racional da vontade'"* (CITTADINO, 2000, p. 2).

liberal e *republicana*[177] de política, tais como desenvolvidas no debate político norteamericano[178].

Partindo-se desse pressuposto, existem basicamente duas perguntas a serem respondidas: a primeira, indaga como Habermas chegou a essa relação de co-originalidade entre Direitos Humanos e soberania popular, ao passo que a segunda questiona qual é, afinal, a concepção de nosso autor acerca dos Direitos Humanos. Para responder à primeira pergunta, recapitularemos algumas informações do tópico anterior, na medida em que elas forem conexas aos objetivos aqui perseguidos.

Conforme tivemos a oportunidade de expor, na tentativa de dissociar a Moral do Direito, Habermas desvinculou o *princípio do discurso* do princípio da universalização ou moralidade (U). A partir de então, ele passou a defender a existência de um *princípio do discurso neutro* em relação ao Direito e à Moral, o que decorria exatamente do fato de ele referir-se a normas de ação em geral. Uma vez que esse *princípio do discurso* fosse vinculado a normas que respeitassem a forma jurídica, ele assumiria a figura do *princípio da democracia*. Para fins didáticos, chamaremos essa vinculação de **interligação I**.

Segundo nosso autor, o *princípio da democracia* regeria o processo legítimo de normatização, tornando-o independente de um *imperativo categórico* subjetivo. Nesse sentido, a legitimidade do processo de criação das normas jurídicas decorreria exatamente desse *princípio da democracia,* fruto da **interligação I**, e não do princípio da universalização ou moralidade (U). Contudo, ao mesmo tempo em que cumpriria essa função, o *princípio da democracia* orientaria a produção do próprio *medium* do Direito, no sentido de estabelecer a linguagem que permitiria aos cidadãos entenderem-se reciprocamente como pertencentes a uma associação voluntária de membros livres e iguais. Isso, contudo, transcendia o mero plano teórico, indo do abstrato ao concreto.

Em síntese, a **interligação I** viabilizaria *a "gênese lógica"* de direitos, *"que começaria com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação"* e terminaria com a institucionalização jurídica de *condições* para o exercício da *autonomia política*, equiparável retroativamente à *autonomia privada* (HABERMAS, 2003, p.

---

[177] Nas aulas ministradas pelo professor José Adércio Leite Sampaio, no programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, por mais de uma vez ele corrigiu nossa fala para sugerir que, na tentativa de evitar confusões entre a concepção político-filosófica republicana norteamericana e a concepção política defendida pelo Partido Republicano, também nos Estados Unidos, utilizássemos a terminologia *republicanista* para designar a primeira das duas, preterindo a proposta de tradução escolhida nas obras *Direito e Democracia* e *A Inclusão do Outro*. Entendemos que a proposta é bastante válida, mas optamos, aqui, por manter a expressão trazida nas versões utilizadas como fonte de pesquisa. A despeito disso, servimo-nos dessa nota para prevenir eventuais equívocos, nos moldes daquele para o qual Adércio nos chamou a atenção.

[178] Nesse sentido, vide (HABERMAS, 2007, p. 277-305).

158). Assim, o *princípio da democracia*, como o núcleo do *sistema de direitos*, daria azo à gênese lógica desses direitos:

> A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual **o código do direito** e **o mecanismo para a produção do direito legítimo**, portanto o princípio da democracia, **se constituem de modo co-originário**.
> O processo de apresentação **vai do abstrato ao concreto**, sendo que a concreção acontece porque **a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada no sistema de direitos representado** (HABERMAS, 2003, p. 158 – grifo nosso).

Na concepção de Habermas, portanto, o Direito passaria a ser concebido como o *medium da auto-organização da comunidade*, isto é, como o *meio através do qual* a comunidade deveria regrar a sua auto-organização. Daí a necessidade de criação um *sistema de direitos* (*Direitos Humanos*) que consistiria exatamente na *linguagem* condicionante da possibilidade de integração e o acordo mútuo de cidadãos. Nesse sentido, os *Direitos humanos* assumiram a figura de condições *sine qua non* de um discurso jurídico legítimo.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a **interligação I** daria ensejo ao surgimento dessa linguagem que deveria reger os discursos jurídicos, ela só coadunava com a configuração *intersubjetiva desse sistema de direitos.* Nesse sentido esse *sistema de direitos* deveria englobar exatamente os direitos que os cidadãos seriam obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso quisessem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo (HABERMAS, 2003, p. 158). Nesse ponto, torna-se clara a importância do *princípio da democracia* para a concepção da co-originalidade entre os *Direitos Humanos* e a *soberania popular*, que agora será designada, para fins didáticos, de **interligação II**.

Ao mesmo tempo em que o *princípio da democracia* cria a linguagem sem a qual não há discurso jurídico legítimo, ele vincula o conteúdo ao produto da soberania popular. Assim, os Direitos Humanos passam a ser concebidos como conseqüência da prática discursiva. Nesse instante, torna-se possível compreender como Habermas concebeu os *Direitos Humanos* (autonomia privada) não como meros limites à atuação da *soberania popular* (autonomia pública), nem como simples produtos desta, mas como condição e consequência *simultâneas* da atuação dessa *soberania popular exercida intersubjetivamente*[179]. Isso

[179] Habermas defende uma concepção de soberania popular (autonomia pública) exercida intersubjetivamente em canais/arenas públicas (esfera pública), de onde poderia afluir a opinião mais ou menos racional dos cidadãos acerca de temas relevantes para a sociedade. Essa opinião que brotaria das diversas arenas públicas (informais ou institucionalizadas), gerada comunicativamente por meio do discurso, afluiria como um *input* capaz de influenciar as decisões tomadas pelo poder institucionalizado na forma do direito. Nesse sentido, uma vez que esses influxos comunicativos fossem institucionalizados pelo poder institucional, tornar-se-iam passíveis de receber o assentimento dos cidadãos, entendidos, em vista disso, ao mesmo tempo como destinatários e co-autores do Direito. A opinião gerada comunicativamente por meio do discurso atuaria, no

evidencia, de forma cabal, que a distinção entre as **interligações I e II** nada mais é que um mero artifício didático.

A explicação da primeira questão, inegavelmente, já implica parte da resposta da segunda: para Habermas, os Direitos Humanos são, concomitantemente, condição e consequência da prática discursiva que aflui do exercício de uma soberania popular intersubjetivamente caracterizada. Essa é a concepção *crítico-deliberativa* dos Direitos Humanos Fundamentais. Ela deve ser melhor explicada, sob pena de implicar mais dúvidas que esclarecimentos. É o que passamos a perseguir.

Existe, sem sombra de dúvidas, uma íntima ligação entre as *condições ideais de fala*, concebidas pela primeira vez em *Teorias da Verdade* (1972), e *os Direitos Humanos* tal como entendidos por Habermas. Como condição da prática discursiva, esses Direitos institucionalizam as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático:

> [...] a Teoria do discurso **concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito como uma resposta à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático** (HABERMAS, 2007: 288 – grifo nosso).

---

entanto, sem pretensão de conquista. Para mais detalhes, vide (HABERMAS, 1990, p. 107-111). Cumpre dizer que, nessa época, o conceito de soberania popular idealizado por Habermas ainda era carente de uma cultura política que lhe apoiasse (HABERMAS, 1990, p. 111). Atualmente, Habermas defende que *"a teoria discursiva não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito"* (HABERMAS, 2007, p. 288). A despeito disso, em suas réplicas às objeções dirigidas à obra *Direito e Democracia*, no simpósio realizado na *Cardoso Law School* ele foi bem claro ao asseverar o seguinte: *"[...] contradigo a tradição republicana apenas à medida que o ônus da comprovação da eficiência da razão prática se desloca da mentalidade dos cidadãos para as formas deliberativas da política. No entanto, esse procedimentalismo não significa, como pensa Bernstein, uma neutralização normativa da práxis de autodeterminação dos cidadãos.* ***Mesmo que com toda certeza os procedimentos e processos não se sustentem a si mesmos, mas tenham de estar alojados em uma cultura política favorável à liberdade, a expectativa normativa de criação legítima do direito vincula-se sim ao arranjo comunicativo, e não à competência dos agentes envolvidos"*** (HABERMAS, 2007, p. 313 – grifo nosso). É com base nisso que, inequivocamente, podemos defender a **importância** de uma cultura política que venha em apoio do cidadão, direcionando-o para a participação, para o **fortalecimento** de uma política deliberativa tal qual proposta por Habermas. Essa cultura, no entanto, pode ser desenvolvida por meio da institucionalização de procedimentos que, valorizando a participação, sejam ao mesmo tempo alimentados pela opinião pública mais ou menos racional gerada na esfera pública. Para mais detalhes, vide (DUARTE, 2009, p. 91-92).

Sob essa ótica, os *Direitos Humanos Fundamentais*[180] são entendidos como pressupostos da manifestação da razão comunicativa, aquela cujos *telos* consiste no entendimento mútuo, dando azo, pois, à manifestação tanto da ação comunicativa genérica quanto do discurso. Habermas divide abstratamente esses Direitos em cinco categorias, a saber: (1) Direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas, (2) Direitos ligados ao status de membro numa associação voluntária de parceiros, (3) Direitos que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de diretos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual, (4) Direitos à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, e (5) Direitos *"a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento dos direitos elencados de (1) a (4)"* (HABERMAS, 2003, p.159-160).

Crítico-deliberativamente concebidos, esses Direitos captam as suas dimensões substantivas contextualizadas com/a partir do discurso. Isso significa que, ao mesmo tempo em que se manifestam como condições da prática discursiva, eles decorrem do exercício da soberania popular. *Enquanto*[181] condições necessárias que possibilitam o exercício da autonomia política, esses direitos não limitam necessariamente o discurso, sendo antes *"uma forma de explicitação da própria noção complexa de autonomia que lhe é subjacente"* (OLIVEIRA, 2009, p. 298). Essa noção dialética invalida leituras que afastam completamente a concepção habermasiana sobre os Direitos Humanos de uma dimensão conteudística[182].

---

[180] Segundo Neves, a *"noção de direitos do homem ou direitos humanos quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, distinguiu-se do conceito de cidadania. Enquanto a primeira referia-se a direitos de toda e qualquer pessoa humana, o segundo dizia respeito aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política e, mais precisamente, de um Estado. Porém a ideia de direitos humanos importava também o direito de toda e qualquer pessoa de ter cidadania ('um direito a ter direitos'). Essa situação passou a ter certa relevância na semântica mais recente dos direitos humanos, conforme a qual esses direitos implicam direitos civis ('liberdades negativas'), políticos ('liberdades positivas'), sociais ('direitos a prestação em sentido estrito' ou '**droits-créances**'). Mais tarde, especialmente tendo em vista a experiência da Alemanha com o constitucionalismo, passou a ser usada a expressão 'direitos fundamentais' para referir-se a direitos positivados e garantidos nas constituições estatais. Mas o conteúdo desses incluíam tanto direitos particulares de cidadania no sentido clássico quanto os direitos humanos. Passou a ser proposta, então, uma distinção entre direitos fundamentais e constitucionalmente garantidos pelos Estados e direitos humanos protegidos internacionalmente, esses afirmados inclusive contra o Estado"* (NEVES, 2009, p. 250). A despeito de não desconsiderarmos essa explicação, seguimos de perto a Sampaio (2004, p. 21-22) no sentido de desconsiderar a distinção entre *Direitos Humanos* e *Direitos Fundamentais*, empregando as duas expressões de forma indistinta, às vezes até conjugada. Nossa opção se justifica pela constatação de que, a despeito de justificável como forma de distinguir *Direitos Fundamentais internamente garantidos pela Constituição* e *Direitos Humanos garantidos no âmbito internacional* (2004, p.8), vemos com bons olhos a 'tradução' desses Direitos Humanos como condição de possibilidade universal para o discurso, e isso sob a *forma conteudística* contextualizada de Direitos Fundamentais (HABERMAS, 2003, p.166).

[181] Considerado em seu *aspecto temporal* e de *ser* que se desvela pela linguagem.

[182] Nesse sentido, concordamos com Sampaio quando sustenta que *"a teoria dos direitos fundamentais em Habermas não se dissolve em puras formas"*. Afinal de contas, todo e qualquer tipo de consenso, ou dissenso, já faz referência a *"um 'conteúdo experimental', referido a necessidades e interesses objetivados ou*

Em nosso sentir, Habermas jamais propôs uma concepção de democracia procedimental *desprovida de conteúdo*[183]. Tanto que, sob a perspectiva habermasiana, a Constituição *assume conteúdo a cada nova leitura*, assim como os *Direitos Humanos Fundamentais*[184]. Isso indica que os *Direitos Humanos Fundamentais*, assim como a Constituição, não possuem para nosso autor, e com isso nós concordamos, um conteúdo fixo, mas *fluido*, o que, no entanto, não significa a desconsideração do aspecto conteudístico, que, aliás, é inerente aos discursos de fundamentação e aplicação. Só assim é possível entender a assertiva de que *"toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de* ***uma interpretação constitucional continuada****, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito"* (HABERMAS, 2003, p.166 – grifo nosso).

Por certo, e penso que isso seja quase impossível de se negar, a cada nova leitura, a cada novo discurso de fundamentação ou aplicação, mais conteúdo é agregado a esses Direitos Humanos Fundamentais, cujos sentidos não podem ser desconsiderados em cada novo projeto de construção ou concretização jurídica. Em verdade, esses *novos* sentidos em termos de conteúdo passam a *constituir a pré-compreensão* dos intérpretes acerca dos Direitos Humanos Fundamentais, não podendo, no entanto, se estabilizar para evitar novos questionamentos. É nesse sentido que eles não circunscrevem a soberania dos legisladores, que não são apenas os parlamentares (deputados e senadores), mas todos nós[185].

Uma lei, que regulamente um Direito Humano Fundamental, agregando-lhe conteúdo, por exemplo, não pode ser deixada de lado na tentativa de intelecção do âmbito normativo desse Direito. Por outro lado, no entanto, mesmo os seus possíveis sentidos, trazidos pelo intérprete à luz de novos e infinitos casos concretos, continuam sendo permanentemente passíveis de questionamento, na medida em que novos argumentos se apresentem em seu desfavor. Isso decorre da *contingência* e *complexidade* das sociedades plurais, que impedem a previsibilidade, em discursos de fundamentação ou em negociações parlamentares, de todos os casos futuros de aplicação de uma norma (HABERMAS, 2003, p. 270).

---

objetiváveis, pois que compartilháveis e sujeitos à universalização, mediante discursos práticos" (SAMPAIO, 2004, p.117).

[183] Assim, é completamente incorreta a sustentação de Streck no sentido de que Habermas tenha proposto *"um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados,* ***nem em conteúdos substantivos****, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade"* (STRECK, 2005, p. 43). Talvez ele tenha sido induzido ao erro por algumas leituras incorretas, acerca da vertente defendida por Habermas.

[184] Para falar com Günther *"os direitos humanos não estão dados para sempre; necessitam, pelo contrário, de constante interpretação, concretização e aperfeiçoamento"* (GÜNTHER, 2009, p. 222).

[185] Nas palavras de Habermas, os Direitos Fundamentais *"são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitação àquilo que constituem"* (HABERMAS, 2003, p.165).

É por isso que todo o sistema jurídico permanece aberto a infinitas interpretações contextualizadas, mesmo porque, como já é possível inferir por tudo o que já explicamos até o presente momento, uma das contribuições da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* para o Direito é a demonstração de que a legitimidade advém não apenas da autoridade ou da hierarquia (de pessoas ou de normas), mas da força dos argumentos que são capazes de convencer os afetados pelas normas de sua validade. Eis, aqui, uma das questões que deixamos para desenvolver no final desse capítulo.

Dizer que os Direitos Humanos Fundamentais, na concepção habermasiana, sejam *despidos de conteúdo*[186], mesmo que apenas num primeiro momento, é uma estratégia que causa nos interpretes – tanto aqueles que com ela tem um primeiro contato ou aqueles que nela não se especializam – mais dúvidas e equívocos que esclarecimentos. Talvez isso seja culpa do próprio Habermas, que ao descrever sua proposta, foi enfático ao salientar que seu *"paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser 'formal', no sentido de 'vazio' ou 'pobre de conteúdo'"* (HABERMAS, 2003b, p. 189). Contudo, essa frase não pode ser apartada do restante de sua obra, pelo que o sentido de "vazio ou pobre de conteúdo" só se explica no contexto de visão dialética entre forma e conteúdo. Tanto é verdade que, no parágrafo subseqüente à aludida afirmação, nosso autor salienta o seguinte:

> **O projeto de realização do direito**, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, **não pode ser meramente formal.** Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. (HABERMAS, 2003b, p. 189-190 – grifo nosso).

[186] Em *Habermas e o Direito brasileiro*, Cruz (2008, p. 183). chegou a salientar que *"os direitos fundamentais, como condição do procedimento discursivo, são pressupostos da comunicação e, portanto,* ***despidos de conteúdo substantivo****. Contudo, de outro lado, os direitos fundamentais, entendidos como conseqüências/produtos do procedimento discursivo, certamente estão repletos de substância"*. O recurso à expressão *"despidos de conteúdo"*, como o próprio professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz já teve a oportunidade de nos explicar, deveu-se mais à falta de uma expressão melhor, àquela altura, para expressar a concepção habermasiana acerca dos Direitos Humanos Fundamentais. Se formos à obra *Hermenêutica Jurídica e(m) debate*, essa assertiva é confirmada cabalmente, como é possível aferir pelo seguinte trecho: *"Desse modo, cabe a pergunta: o exame de direitos fundamentais pode ser empreendido desconsiderando uma de suas facetas, ou seja, seu conteúdo ou sua forma? Melhor dizendo: no âmbito do giro lingüístico-pragmático é possível separá-los ou dizer que um é mais relevante do que o outro? Em nossa opinião não! E, de certo, Habermas deixa isso bem claro!"* (CRUZ, 2007, p. 239). Em vista disso, repetimos aqui o que já compartilhamos com nosso orientador: em nosso entendimento, a expressão utilizada na obra *Habermas e o Direito brasileiro* é mais "ocultadora" que esclarecedora de sentido, o que, para um habermasiano, afigura um problema. Em todo caso, talvez Derrida objetasse nossa "consideração-crítica" com uma simples pergunta: que palavras ou discursos não são "ocultadores" ou obscurecedores de sentido? Contudo, se levássemos ao extremo essa crítica, e por certo Álvaro entenderá que estamos sendo irônicos, mas nunca desrespeitosos, veríamo-nos obrigados a alterar o nosso referencial teórico.

Sem dúvida, discordamos de nosso autor quando ele afirma que seu projeto não antecipa um determinado ideal de sociedade, sobretudo porque sua vertente *critico-deliberativa* de política está assentada firmemente em uma concepção de democracia participativa radical, que busca a emancipação da humanidade, o que talvez não seja uma condição, mas é fatalmente uma *consequência contrafática*, ao menos implícita, da adesão ao projeto habermasiano. Isso é uma realidade que reforça a afirmação de que o projeto habermasiano de concretização do Direito não possa ser meramente formal. Mas é, ao mesmo tempo, uma leitura que deixa à mostra alguns dos pressupostos dogmáticos da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*. Por tudo isso, e com muita cautela, sobretudo por basearmos nossas considerações em uma versão traduzida da obra de Habermas, entendemos que a expressão *"vazia"* contribui mais para equívocos que para esclarecimentos, o que talvez não o faça a expressão *"pobre de conteúdo"*.

Nossa posição é reforçada inclusive por Michel Rosenfeld, que debateu com Habermas acerca do tema em um simpósio da *Cardoso Law School* e, lá, ressaltou exatamente o caráter 'derivado', e não 'genuíno', do procedimentalismo proposto por nosso autor: uma teoria 'substantiva em traje procedimental' dizia[187]. O próprio Habermas, levando em conta essa assertiva, asseverou que no âmbito do 'paradigma jurídico procedimentalista':

> **Procedimentos e razões, forma e conteúdo estão de tal modo imbricados, que nos convencemos de poder defender com boas razões os enunciados que consideramos válidos**, e de poder defendê-los à revelia de todas e quaisquer objeções, sejam elas levantadas quando e por quem for. [...] **Estão aí**, por um lado, **as razões substanciais que nos convencem** da correção de um resultado; **mas sua solidez só se pode *comprovar*, por outro lado, em processos de argumentação** efetivamente conduzidos, ou seja, na defesa contra cada objeção factualmente posta (HABERMAS, 2007, p. 343 – grifo nosso).

Em vista de tudo isso, voltamos ao tema principal deste tópico para defender que a co-originalidade entre autonomia privada (Direitos Humanos) e pública (soberania popular) pressupõe uma simultaneidade aparentemente contraditória e auto-excluente (condição e consequência), a qual, no entanto, é mais facilmente compreendida se pensada à luz da noção dialética de *tempo kairológico* – que como já dissemos, pressupõe uma interação permanente entre *passado-presente-futuro*[188].

---

[187] Vide (HABERMAS, 2007, p. 337).

[188] Desde já ressaltamos que jamais teríamos chegado à concepção defendida no corpo da dissertação sem os ensinamentos pacientes e esclarecedores do professor Álvaro, seja durante suas aulas na pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, seja durante as reuniões de orientação acadêmica. Para mais detalhes acerca da serventia do conceito de *tempo Kairológico* no interior do pensamento habermasiano, vide (OLIVEIRA, 2009a, p. 279-300) e (OLIVEIRA, 2009b, p.367-393).

De se ressaltar que a fluidez da concepção habermasiana acerca dos *Direitos Humanos Fundamentais* abre-se, inclusive, a interpretações advindas de outras culturas, como por exemplo, as ocidentais (HABERMAS, 2003c, p. 75). No entanto, ela exige que essas culturas se mostrem no mínimo receptivas à concepção de democracia radical. Nesse diapasão, a leitura *crítico-deliberativa* dos Direitos Humanos Fundamentais é aberta a inúmeras dimensões *substantivas*, as quais, desde sempre, estão assentadas em pré-compreensões que permeiam o *mundo da vida* dos interpretes[189].

A coerência dessa assertiva com a concepção de Habermas acerca dos *Direitos Humanos Fundamentais* é evidenciada por suas próprias considerações no sentido de que *"ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular,* ***sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história****"*. Esse sistema de Direitos, portanto, não é dado preliminarmente ao legislador constitucional como um direito natural, mas vem à consciência a partir de uma *determinada interpretação,* ao passo que sua leitura é pautada *necessariamente no ângulo de visão* daqueles que, antes, já se decidiram por regulamentar legitimamente sua convivência através do Direito[190] (HABERMAS, 2003, p. 166 – grifo nosso).

A leitura discursiva dos *Direitos Humanos Fundamentais*, na versão ora apresentada, facilita a percepção da necessária *interconexão* existente entre eles. Além disso, ao menos em nossa ótica, ela comporta uma leitura que afasta a racionalidade da hierarquização entre esses Direitos. Os *Direitos Humanos* inclusos nas cinco categorias acima descritas vão do 'abstrato ao concreto' a partir de leituras contextualizadas, sendo *interdependentes*. Como pressupostos da razão comunicativa, eles são iguais em importância, pelo que, em nossa visão, é

---

[189] Nesse sentido, vide (GÜNTHER, 2009, p.222).

[190] Nesse sentido, entendemos o que Oliveira está a dizer quando sustenta: *"****se partirmos de uma concepção procedimentalista do Direito****, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes,* ***não se pode predefinir o 'conteúdo' ou a extensão total*** *de um dispositivo normativo, que ganha sentido a cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação jurídica.* ***É necessário, mais uma vez, romper com uma teoria material do Direito e dos direitos que estabelece um modelo padrão, fixo, para sua 'efetivação',*** *até mesmo porque* ***a dinâmica da sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e excessivamente concretas do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou até mesmo dignidade humana****"* (OLIVEIRA, 2002, p 112 – grifo nosso). Contudo, parece-nos que sua leitura é demasiadamente radical. Percebemos que ele se indigna com compreensões absolutamente fixas e fechadas. Mas, mesmo em nome da dinâmica da sociedade democrática e pluralista, e mais, por vislumbrar que nossa concepção não se dissolve em puras formas, sendo, entretanto, fluida – e não fixa em termos conteudísticos – entendemos que seja por demais defender que devamos **romper** com uma teoria material dos Direitos, defenda ela o que quer que seja. Explicamos: devemos dialogar com essas teses, mesmo porque, se é certo que não podemos mais predefinir a extensão total de um Direito meramente a partir dos discursos de fundamentação – como diz o próprio Oliveira – **não podemos, igualmente, desconsiderar que esses discursos agregam conteúdo aos Direitos Fundamentais.** Da mesma forma, que as leituras materiais fixas sejam questionáveis, isso não significa que elas não estejam inseridas no *mundo da vida* compartilhado por todos nós (sentido coletivo). **Concordamos que a racionalidade dessas manifestações deva ser buscada discursivamente, mas, então, não poderemos desconsiderá-las. Ao contrário, até para negá-las teremos que levá-las em consideração.**

questionável sustentar que *"segundo Habermas, os direitos da quinta categoria não são fundamentais de forma absoluta, e sim de forma relativa"* (ALEXY, 2008, p. 131)[191]. Aqui, no entanto, encontra-se uma celeuma.

Não há como negar a ambigüidade de Habermas em relação ao tema. Em primeiro lugar, nosso autor realmente sustenta a fundamentalidade apenas relativa dos Direitos sociais e das (reinterpretadas) liberdades básicas existentes, mas o faz no contexto de uma narrativa de crise do paradigma do Estado Liberal e gênese do paradigma do Estado Social de Direito[192]. Por outro lado, ao referir-se à sua perspectiva crítico-deliberativa de paradigma na modernidade, sustentáculo de sua concepção de Estado Democrático de Direito, ele é expresso no sentido de que *"**todos os direitos** se reduzem, em última instância, ao sistema de direitos que sujeitos de direito, livres e iguais, podem atribuir-se mutuamente"* (2003b, p. 146-147 – grifo nosso). Esta afirmação antecede uma narrativa relativa à dialética entre igualdade de fato e de direito, no interior da qual, entre outras coisas, nosso autor afirma o seguinte:

> Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de realização social envolvida no conflito etc.). E a utilização do direito materializado levanta enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença etc.) em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas dos contextos da experiência do mundo da vida. Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carentes de proteção. [...] Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que **ela mesma** participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais. [...]
>
> A relação entre igualdade de direito e de fato não pode ser determinada apenas tendo em vista os direitos subjetivos privados. Quando se admite que a autonomia privada e a pública são co-originárias, essa relação só pode ser determinada, **em última instância**, pelos cidadãos.
>
> [...] O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos 'gozá-los' **exercitando-os**. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas **produzidas legitimamente**. Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a

[191] No mesmo sentido da crítica alexyana, caminha a crítica de (FORST, 2009, p. 184).

[192] *"Por isso, tornou-se necessário especificar, de um lado, o conteúdo das normas do Direito privado existente e, de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais, capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra perigos gerados pela própria sociedade). Do ponto de vista normativo, tanto a adaptação das liberdades existentes às exigências materiais, como a nova categoria de direitos a prestações sociais, são **fundamentadas de modo relativo**, ou seja, tendo em vista uma distribuição igual de liberdades de ação subjetivas protegidas pelo direito, a qual é fundamentada de modo absoluto"* (HABERMAS, 2003b, p. 139-140).

> ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática de legislação (HABERMAS, 2003b, p.149-150/153/159).

Ora, está claro que Habermas percebe que inexiste liberdade sem igualdade, assim como não há igualdade sem liberdade. Essa assertiva, disseminada pelas mais diversas vertentes marxistas e social-democratas, e mesmo por *liberais* norteamericanos[193] como John Rawls (1997, p. 64-69) e Ronald Dworkin (2007, p. 409-427), assume na obra *Direito e Democracia* uma dimensão ampliada e renovada. Ela é reinterpretada por nosso autor com base nos pressupostos de sua concepção crítico-deliberativa de política.

Sob esse enfoque, a dialética entre liberdade e igualdade transcende a leitura *materializante* marxista, disseminada nos países que assumiram como modelo econômico-filosófico o Socialismo real[194], bem como a concepção dos *"Direitos a prestações materiais"* assentada no paradigma de Estado Social. A ela é incorporada uma exigência reflexiva de legitimidade, que demanda a participação dos afetados pelas políticas sociais na sua construção, e isso por perceber que a autonomia privada só é alcançada se complementada pela autonomia pública. Nesse sentido, transcende-se o paradigma do Estado Social de Direito em direção a uma concepção radical de democracia, liberdade e igualdade:

> A restrição às liberdades fundamentais clássicas na esfera social, que se distingue tanto da esfera privada mais estrita, como da mais ampla, não deve ser atribuída à interferência de outros princípios jurídicos, tais como justiça social ou responsabilidade social. O que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas *iguais* para todos; pois **a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade de conteúdo do direito**. Se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio (HABERMAS, 2003b, p. 138 – grifo nosso).

Com essas alegações, não queremos negar alguma proximidade de Habermas em relação aos ideais defendidos pelos *liberais* norteamericanos. Sobretudo após os anos 1990, suas obras começam a indicar a *minimização* de seu ardor marxista inicial, o qual é marcante em seus escritos das décadas de 1960, 1970 e 1980[195]. A despeito disso, não há como desconsiderar a realidade de que nosso autor continua ainda hoje a destacar a necessidade de

---

[193] John Rawls e Ronald Dworkin não devem ser confundidos com os *libertarianistas/conservadores* do debate político norteamericano. A despeito disso, eles de fato enxergam uma primazia das liberdades civis sobre os *social rights.* Para uma distinção entre os *liberais* e *libertarianistas*, no contexto político norteamericano, vide (SAMPAIO, 2004, p. 63-77).

[194] Para detalhes acerca da Teoria socialista dos Direitos Fundamentais, vide (CANOTILHO, 1993a, p. 510-511).

[195] Acerca do tema, vide (CRUZ, 2008a, p. 23-125).

se garantirem direitos à concessão de *prestações materiais* que se destinem a gerar *iguais oportunidades* de exercício dos direitos fundamentais liberais e políticos (SAMPAIO, 2004, p. 117). No entanto, ele exige uma reflexão muito maior em relação à legitimidade dos meios empregados para a efetivação desses direitos[196], que, na atualidade, não se restringem às políticas públicas (CRUZ, 2008b, p. 89-90); (HABERMAS, 2003, p.160; 2003b, p.127; 2003c, p. 78-79).

Por tudo isso, entendemos que, sob o enfoque crítico-deliberativo, inexiste primazia dos Direitos individuais e políticos sobre os Direitos sociais, econômicos e culturais, da mesma forma que não há preponderância dos segundos em relação aos primeiros. Aliás, essa forma apartada de compreensão e classificação dos Direitos Fundamentais, a despeito de assentada em uma leitura da 'evolução histórica'[197] dos mesmos e, ainda, fundada em uma série de dispositivos internacionais, e mesmo na nossa Constituição da República de 1988, como bem ensina Cruz (2007: 187), é *"meramente acadêmica"*, pelo que *"cisão dos direitos*

---

[196] *"Os efeitos indesejáveis da previdência do Estado Social podem ser enfrentados por* ***uma política de qualificação dos cidadãos, a qual fundamenta os direitos a prestações tomando como referência um status de pessoa privada que garante simultaneamente a autonomia privada e pública.*** [...] ***O projeto do Estado Social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior.*** [...] *A escolha da respectiva forma jurídica tem que continuar referida ao sentido original do sistema de direitos, que é o de assegurar* ***uno actu*** *a autonomia pública e privada das pessoas privadas, de tal modo que todo ato jurídico possa ser entendido como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro"* (HABERMAS, 2003b, p. 127/148 – grifo nosso).

[197] Referimo-nos, notadamente, às leituras geracionais ou dimensionais dos Direitos Humanos Fundamentais. Essas são as abordagens majoritariamente utilizadas na exposição histórica dos Direitos Humanos Fundamentais, sobretudo no Brasil. Particularmente, o discurso *geracional* foi inicialmente delineado pelo francês Karel Vasak, em 1979. Esse autor propôs uma classificação dos Direitos Humanos tendo em vista dois fatores distintos, a saber, as fases em que haviam sido reconhecidos e os valores que a eles dariam identidade. A partir desses dois critérios, ele identificou três gerações de Direitos: a primeira, tendente a resguardar a liberdade, decorrente das revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII; a segunda, destinada a resguardar a igualdade, proveniente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa de 1918; a terceira, tendente a resguardar a fraternidade, decorrente das experiências vivenciadas pela humanidade durante e após a Segunda Guerra Mundial. A despeito da originalidade da abordagem de Vasak, conta-nos Sampaio que pelo menos *"trinta anos antes, T. H. Marshall (1963), analisando a história britânica, já se havia dado conta de que a 'cidadania' era uma expressão semanticamente inaceitável, pois ampliava no tempo as suas reivindicações, primeiro requisitando direitos de sociedade civil, como (sic) a propriedade, a liberdade de expressão e o contrato; para depois exigir seu reconhecimento como membro de um 'corpo político' por meio dos 'direitos de autogoverno' e, enfim, postular os 'direitos da cidadania social'"* (SAMPAIO, 2004, p. 259). Atualmente, multiplicam-se as abordagens que seguem a trilha de Vasak, a despeito de haver se tornado lugar comum a *crítica ao termo geração*, que traria consigo o sentido velador de caducidade das gerações passadas, em nome do reconhecimento das gerações subsequentes. Essa é a principal crítica ao emprego do termo geração, a despeito de não ser a única. Há autores, como Paulo Bonavides, que falam em Direitos de quarta *dimensão*, a incluir o *"Direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo"*. Destes dependeria a concretização de uma "sociedade *aberta do futuro, em sua dimensão máxima da universalidade"*, para a qual o mundo estaria a se inclinar *"no plano de todas as relações de convivência"* (BONAVIDES, 2007, p. 571). Disseminam-se, ainda, discursos em nome de uma quinta geração ou dimensão, como nos contam Sampaio (2004, p. 302) e Sarlet (2009, p.50- 52). Para mais detalhes acerca das críticas e vantagens dessas abordagens, vide (BONAVIDES, 2007, p. 571-572; SAMPAIO, 2004, p. 308-310; SARLET, 2009, p. 57). Para mais críticas, fundadas nos ganhos trazidos pela *reviravolta hermenêutico-linguístico-pramgática*, vide (CRUZ, 2007; 2008; OLIVEIRA, 2002, p. 103 *et. seq.*).

fundamentais – fora da argumentação" constitui-se em um artifício meramente didático. Mesmo porque, essa cisão *"é metafísica, eis que pretende separar o próprio homem, na condição de titular e destinatário dos mesmos"*.

É com base nesses pressupostos que entendemos a *interdependência e interconexão* dos *Direitos Humanos Fundamentais*[198]. Sob essa ótica, que ainda carece de uma análise pragmática mais aprofundada[199], eles são todos condições *autocomplementares* do exercício de uma cidadania ativa e efetiva[200].

Exatamente por isso, entendemos que a crítica de Habermas ao exercício de um paternalismo autoritário, que faz uso dos Direitos sociais, econômicos e culturais como forma de justificar funcionalmente o menoscabo de Direitos como a *vida* e a *integridade física*, a *segurança jurídica* e a *isonomia*, a *liberdade de cultura, de associação e de palavra*, apenas para ficar em alguns exemplos expressamente descritos por nosso autor, não pode ser entendida como uma desvalorização da importância dos primeiros em relação aos segundos. O que a sua crítica procura combater, em nosso entender, é a tentativa de transformar um argumento funcional em normativo. Daí o porquê de nosso autor sustentar que, para ser normativo, o discurso acerca de Direitos sociais fundamentais deve entendê-los como verdadeiros pressupostos para o desfrute, em igualdade de chances, dos demais Direitos Humanos Fundamentais, e não como pressupostos para a desconsideração destes (HABERMAS, 2003b, p.78-79).

Portanto, entendemos que conceber os Direitos *"a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente"* como fundamentais apenas em um sentido relativo, porquanto condicionados apenas ao *"aproveitamento dos direitos elencados de (1) a (4)"*, a despeito de ser uma leitura possível, que pressupõe *"um Habermas entre o amadurecimento e a desilusão*" (SAMPAIO, 2004, p. 117-118), representa uma opção no mínimo contraditória

---

[198] Por isso mesmo, entendemos que a crítica de Oliveira às concepções de José Luiz Quadros de Magalhães e de Antônio Augusto Trindade não podem ser imputadas à versão aqui defendida acerca da interdependência entre Direitos Fundamentais. Antes, entendemos que nossa concepção se aproxima da posição de Oliveira, mesmo porque trabalhamos calcados no mesmo marco teórico de pesquisa. Nossa concepção, com algumas ressalvas, assume como válida a proposta de distinção lógico-argumentativa entre Direitos Fundamentais, nos moldes propostos por Oliveira. Para detalhes acerca dessa questão, vide as considerações da nota 191, bem como (OLIVEIRA, 2002: 110 *et. seq.*)

[199] Que será realizada nos capítulos quinto e sexto deste trabalho.

[200] Sampaio designa essa complementaridade de *"tensa"*. Em suas palavras *"Uma visão mais alargada permite, contudo, que a inexistência de condições materiais mínimas conduz à impossibilidade de efetivação das liberdades clássicas, sendo mais certo falar de uma 'complementaridade tensa' do que em contradição necessária"* (2002: 681). Aprofundaremos o debate dessa questão nos capítulos subsequentes deste trabalho, sobretudo quando tratarmos da escassez de recursos e do custo dos direitos.

com as pretensões *universalistas*[201], *emancipatórias e inclusivas* da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia:

> As injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivos. Esse fim é plenamente conciliável com a teoria do direito, porque os 'bens fundamentais'(no sentido proposto por Rawls) ou são distribuídos individualmente (tal como acontece com dinheiro, tempo livre ou prestações de serviços), ou são utilizados individualmente (tal como se dá com as infra-estruturas do sistema viário, de saúde e educação), e portanto se pode preservá-los sob a forma de reivindicações individuais de benefícios. (HABERMAS, 2007: 238-239)

Esclarecidas essas questões, lançadas estão as bases para uma abordagem mais aprofundada do Direito à saúde em termos interdisciplinares.

No próximo capítulo, delinearemos algumas das insuficiências provenientes das mais diversas propostas positivistas de pensar e aplicar o Direito para, em seguida, apresentar os primeiros delineamentos de nossa concepção de *pós-positivismo,* assentada justamente nos ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática.*

[201] Na trilha de Neves, entendemos que *"assim como a reação a violações escandalosas e flagrantes aos direitos humanos que se manifestam, por exemplo, na tortura e no genocídio, constitui um dos 'mais importantes indícios de um sistema jurídico mundial, não se pode negar que também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa 'à dignidade humana' e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada"* (NEVES, 2009, p. 251-252). Neves faz esse comentário como forma de combater a concepção restrita de Luhmann acerca dos Direitos Humanos. A despeito disso, ela em muito contribui para a intelecção de nossa consideração à proposta de universalidade da tese habermasiana.

3 UMA ABORDAGEM *PÓS-POSITIVISTA* DO DIREITO A PARTIR DOS GANHOS DECORRENTES DA REVIRAVOLTA HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA

No início do capítulo anterior, mais especificamente, no tópico 2.1, salientamos que jamais conseguiríamos empreender uma análise crítica dos discursos jurisdicionais referentes ao Direito à saúde, nos moldes que desejávamos, sem que antes reconstruíssemos, ainda que parcialmente, o *pano de fundo* que circunscreveu a *reviravolta hermenêutico-lingüístico-pragmática.*

Na oportunidade, dissemos que a finalidade desse empreendimento era lançar as bases para uma abordagem mais aprofundada do Direito à saúde, em termos interdisciplinares e *pós-positivistas*[202].

O presente capítulo pretende clarear essas premissas, tornando ainda mais explícitos alguns dos ganhos decorrentes dessa importante revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, para uma análise pós-metafísica do Direito no Brasil.

Certamente, uma abordagem desse porte demanda a superação dos inúmeros pressupostos lançados pelos mais variados vieses de *positivismo jurídico*, paradigma que, em seu viés legalista/clássico, ainda predomina no Brasil, sobretudo no tocante à aplicação do Direito (CRUZ, 2008a, p. 2-3).

Em vista disso, o primeiro passo, antes da apresentação de nossa concepção de *pós-positivismo* – assentada no ideal habermasiano de *cooperação* entre filosofia e ciência –, é compreender as linhas gerais dessas vertentes de positivismo jurídico, a fim de que, na ânsia por superá-las, não as deturpemos.

3.1 Algumas considerações acerca do Positivismo: um conceito e muitas concepções

Se entendermos o *positivismo* como um paradigma no sentido kuhniano, isto é, como um conjunto de realizações científicas, universalmente reconhecidas, que *"fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência"* (KUHN, 1994, p. 6), poderemos enxergar, com mais facilidade, como esse conceito acabou

[202] Explicaremos neste capítulo, bem como no próximo, todas as premissas de nossa *concepção* acerca do *pós-positivismo*. Levamos em conta, aqui, todas as objeções apresentadas por Dimitri Dimoulis (2006, p. 47-63) às mais diversas concepções de *pós-positivismo* germânico e brasileiro.

por resultar em uma série de concepções que remontam à transição do paradigma científico e societário medieval, para o paradigma científico e societário moderno.

Esse período de transição, para falar com Cruz, decorreu basicamente de alguns fatores históricos que, combinados, alteraram concepções de mundo arraigadas, sobretudo no contexto Europeu, desde a antiguidade grega. Poderíamos nominar entre esses fatores, para ficar em apenas alguns exemplos, as Revoluções econômica, científica e filosófica, a reforma protestante, o movimento *contratualista*[203] marcado pelos pensamentos de Hobbes, Rousseau e Locke, bem como a teoria liberal da repartição orgânica dos poderes idealizada por Montesquieu.

Em linhas gerais, esses fatores foram determinantes para o aquecimento do comércio, para a centralização do poder nas mãos do monarca absolutista (símbolo do então nascente Estado Nacional), para o sucessivo refreamento do poderio absolutista, bem como para o surgimento do conceito de indivíduo e, posteriormente, de cidadão[204]. Contribuíram, ainda, para o surgimento das Teorias da soberania popular e da Democracia representativa, para o surgimento da conseqüente crença na perfectibilidade do produto da soberania popular corporificada – diferente daquela intersubjetivamente configurada[205] –, bem como para a intelecção de um mecanismo de controle recíproco das funções estatais legislativas, executivas e judiciais – inspirado na visão mecanicista de mundo. Finalmente, contribuíram para a consolidação do racionalismo filosófico, com sua relação sujeito-objeto, e para a "matematização" das ciências, que passaram a caracterizar-se pelo ideal puramente descritivo, próprio de uma mentalidade centrada no *princípio da causalidade*[206] (CRUZ, 2004, p. 55-73) (GIBSON, 2007, p. 16 *et seq*).

Tudo isso foi determinante para o fortalecimento e crescimento do Estado e da legislação estatal[207] (1), para a consolidação de "*uma nova mentalidade, um novo paradigma filosófico-científico, que se contrapôs à escolástica medieval*", passando a centrar-se não mais na pura sensação, mas na demonstração, descrição e depuração dos fenômenos observados, na incessante busca pela elaboração de juízos puros (e por isso, corretos) (2), e para o surgimento

---

[203] Apenas a título de curiosidade, ressaltamos que muito antes dos Contratualistas Modernos, autores medievais religiosos como John de Paris (1255-1306), Marsílio de Pádua (1280-1347) e Guilherme de Ockham (1285-1350), na tentativa de questionar os abusos da pretensão de plenitude do Poder pelo Papa, construíram teorias que certamente influenciaram aquilo que séculos depois foi chamada de teoria da *soberania popular.* Para mais detalhes, vide (DUARTE, 2009b, p. 6819-6844).

[204] Evidentemente, estamos a nos referir a um conceito renovado de cidadania, não à concepção antiga de cidadania que remonta à Grécia Antiga.

[205] Para mais detalhes, vide tópico 2.1.4.3.

[206] Descritivo de uma relação *causa-efeito* (princípio da causalidade).

[207] Gibson (2007), em uma interessante pesquisa no âmbito do Direito Administrativo, caminha nessa mesma direção, na esteira dos ensinamentos de Cruz (2004).

do positivismo filosófico, sobretudo nas vertentes desenvolvidas por Auguste Comte (1798-1857) e Lithé (1801-1881) (3). O consórcio desses três fatores, por sua vez, contribuiu para a origem do *positivismo jurídico*, nos seus vieses manifestos no século XIX (CRUZ, 2004, p. 102-103). Esse resgate, por si só, já demonstra que não pretendemos caricaturar as origens do *positivismo jurídico*.

Ora, se é verdade que o *positivismo jurídico* encontre raízes históricas nas primeiras referências à *positividade do Direito*, ainda no século XII[208], também é possível sustentar, com base nas considerações anteriores, que ele não decorra apenas e tão somente disso. Da mesma forma, se é correto que *Jean Bodin* (1529-1596) e *Thomas Hobbes* (1588-1679) possam ser considerados precursores do pensamento positivista do século XIX[209], não menos válida é a assertiva de que, ao lado deles, outros tantos também o fizeram. E, que esses fatores tenham antecedido a consolidação das premissas do *positivismo jurídico*, nos vieses manifestos no século XIX[210], não significa que tenham sido eles os únicos.

Com base nessas considerações, torna-se até possível reconhecer a descendência histórica do positivismo em relação a algumas referências ao direito posto, ainda no século XII, como bem asseveram Bobbio (1995, p.15-16) e Dimoulis (2006, p. 68). Contudo, tornam-se no mínimo questionáveis as considerações no sentido de que o positivismo jurídico *"não deve seu nome à visão positivista desenvolvida nas ciências humanas a partir do século XIX"*, e de que *"sua origem está no termo* ***ius positivum*** *(ou* ***ius positum****), algo que se percebe mais claramente no termo 'juspositivismo'"*, ambas levantadas por Dimoulis (2006: 67-68 –). Isso porque, em vista das considerações anteriores, não há como negar, por exemplo, a influência do positivismo filosófico sobre o positivismo jurídico. Que o termo *positivismo jurídico* possa derivar da etimologia do termo latino *jus positivum*, não implica que o aludido designativo decorra, única e exclusivamente, disso.

Certamente, Dimoulis não discorda integralmente dessas considerações, mas é incisivo ao sustentar a seguinte opinião:

> É inegável que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político. **Mas isso não significa que os partidários do PJ aceitem todas as idéias historicamente designadas como positivistas. Isso seria impossível em razão da multiplicidade das abordagens positivistas tanto**

[208] Nas palavras de Dimoulis *"pesquisas revelam que termos relacionados com a positividade do Direito foram utilizados na Europa a partir da terceira década do século XII, para indicar o direito criado e (im)posto pelo legislador"* (2006, p. 68).
[209] Nesse sentido, vide (DIMOULIS, 2006, p.68-69).
[210] Nesse sentido, vide (DIMOULIS, 2006, p.67-71).

> **no direito como em âmbito científico e/ou filosófico** (DIMOULIS, 2006, p.66 – grifo nosso).

A polêmica decorre de pressupostos de pesquisa divergentes: em primeiro lugar, enquanto adotamos neste trabalho, na esteira dos ensinamentos de Cruz, o conceito kuhniano de paradigma, Dimoulis parece nem sequer considerar sua relevância para o estudo do *positivismo jurídico* (1); em segundo lugar, escolhemos como elementos demarcadores do pensamento positivista questões que se apresentam não apenas no *positivismo jurídico*, mas em todo o positivismo, entendido como paradigma (2); Dimoulis, por sua vez, parece ver no positivismo filosófico uma espécie de modelo[211], com o qual nem todas as concepções de *positivismo jurídico* se adequariam (3), o que, em nosso entender, camufla o pano de fundo que circunscreveu as origens de ambos.

Por tudo isso, assentados na premissa de que o conceito de paradigma é adequado para o estudo das ciências sociais[212], **identificamos como marcas do positivismo, a busca por fundamentos (ao menos supostamente) *anti-metafísicos* de pesquisa (a), por uma *neutralidade*[213] ante seu objeto de estudo (b) e uma racionalidade centrada no ideal de "certeza matemática", e por isso, dedutiva[214] (c)**. Essas marcas estão presentes no positivismo filosófico, desenvolvido por Auguste Comte (1798-1857) e Lithé (1801-1881), no *positivismo jurídico* do século XIX, no positivismo psicológico desenvolvido por Bierling, Merkel, Jellinek e outros, e no positivismo sociológico de Ehrlich, Weber e Geiger, apenas para ficar em alguns exemplos. Elas também se encontram inseridas no pensamento dos neopositivistas dos séculos XX e XXI[215].

Particularmente em relação ao *positivismo jurídico* do século XIX, poderíamos vislumbrar esses ideais incutidos, por exemplo, na crença de que o direito positivado nos códigos eliminasse todas as *incertezas jurídicas* (a) e na adesão à racionalidade metódico-silogística pautada na subsunção[216], como se esta pudesse, por si só, eliminar subjetivismos e

---

[211] Concepção aristotélica de paradigma.

[212] Essa é a posição de Cruz (2009, p. 221), com a qual anuímos.

[213] Nas palavras de Dimoulis, *"a neutralidade é uma clara opção metodológica que permite uma clara distinção entre abordagens descritivas do sistema jurídico 'como ele é' e as críticas elaboradas pelo estudioso em relação ao objeto descrito"* (DIMOULIS, 2006, p. 40).

[214] Tributária dos pensamentos de Descartes e, sobretudo, de Kant. Para mais detalhes, vide (DESCARTES, 2010, p. 27-42) e *Crítica da Razão Pura*, Tradução: J. Rodrigues de Merege, bem como (KANT, 2006) e (KANT, 1997). Vide, ainda, (CRUZ, 2004, p. 61 et. seq.)

[215] Para mais detalhes, vide (MÜLLER, 2009b, p. 115-117).

[216] O método lógico-dedutivo que caracteriza a subsunção pode ser resumido da seguinte maneira: o texto normativo é entendido como premissa maior, enquanto os fatos são vistos como premissa menor. A sentença, por sua vez, é proveniente de uma dedução do elemento abstrato (texto) ao elemento concreto (fatos), resultando como uma conclusão lógica dessa operação subsuntiva. Nas palavras de Cruz, *"o estudo das regras de pontuação, da estrutura de orações, ou seja, os elementos sintáticos e semânticos da língua seriam o centro de suas preocupações"* (CRUZ, 2004, p. 75).

conduzir o aplicador a uma resposta meramente cognitiva, isenta de valoração (b), duas características que remontam ao legalismo da *Escola da Exegese* (1). Poderíamos vislumbrá-los, ainda, na crença em uma interpretação firmada na "certeza" proveniente dos *métodos jurídicos clássicos*[217], supostamente adequados para direcionar o interprete à vontade do legislador, que remonta à *Escola Histórica do Direito*, notadamente aos ensinamentos de Savigny[218] (2). E, ainda, no legado da *Jurisprudência dos Conceitos*, que também consideramos um viés positivista do século XIX, no que tange ao seu *positivismo conceitual*: a busca pela formulação de conceitos apartados da realidade de aplicação, os quais pré-estabelecessem padrões interpretativos para a aplicação do Direito, complementando e esclarecendo o sentido das normas do sistema jurídico, claramente, pode ser entendida como uma tentativa de contribuir para a *certeza* e segurança jurídica das decisões (3)[219]. Essas características não exaurem os respectivos vieses de positivismo jurídico, acima manifestos. Mas eles já adiantam alguns pressupostos problemáticos inerentes aos *vieses clássicos* de positivismo, sobretudo no que tange à interpretação/aplicação do Direito, tema de central importância em nosso trabalho.

A maior clareza da influência dos ideais de certeza, neutralidade e racionalidade dedutiva sobre o *positivismo jurídico*, no entanto, consiste na crença compartilhada de que o *direito posto pelo legislador*, de fato, representasse um objeto axiologicamente neutro, e, por isso, passível de ser estudado pela ciência jurídica de forma meramente descritiva. Essa é uma marca presente, principalmente, nas contribuições positivistas a se estender por todo o século XX e a invadir, inclusive, o século XXI.

É bem verdade que há uma importante renovação dos fundamentos do *positivismo jurídico* clássico, procedida pelos pensadores positivistas do século XX e XXI. No entanto, conforme veremos, não há um abandono dos ideais de certeza, neutralidade e racionalidade dedutiva. Hans Kelsen e Herbert Hart, por exemplo, construíram teorias que transcendiam em muito o simples formalismo jurídico que marcava as diversas vertentes de positivismo até então manifestas, afigurando, inclusive, como respostas às críticas advindas dos

---

[217] Entre os métodos clássicos concebidos por Savigny podemos destacar o método gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. O método teleológico, muitas vezes inserido nesse rol, foi em verdade desenvolvido, conforme nos conta Müller (2009), pela Jurisprudência dos Interesses.

[218] *"O direito como elemento histórico também deveria ser interpretado historicamente. Mas, para tanto, caberia ao intérprete colocar-se no lugar do legislador, deixando fluir em si o espírito do povo, que reclamaria a aplicação daquela lei, ainda que em outro momento, por meio do recurso a técnicas específicas. Essas técnicas, conforme ensina Savigny, correspondem aos elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático do Direito"* (CAMARGO, 2003, p. 80).

[219] *"[...] a genealogia dos conceitos de Puchta e sua 'pirâmide conceitual' anteciparam a ideia de sistema no sentido da complementabilidade das normas existentes por meio de princípios e conceitos científicos. Tanto eles como também as prescrições positivistas são confundidos como dados imediatos no sentido de coisas da natureza"* (MÜLLER, 2009b, p. 118).

representantes dos movimentos do Direito Livre (na Alemanha)[220] e do Realismo (nos Estados Unidos)[221] [222]. A despeito disso, ambos mantiveram, em suas respectivas abordagens, a crença em uma ciência neutra e descritiva, pautada em uma racionalidade dedutiva, completamente alheia a elementos (supostamente) metafísicos.

Mesmo considerando a importância desses nomes, contudo, seria um reducionismo considerar que as contribuições positivistas tivessem se encerrado em suas respectivas contribuições, principalmente em vista do debate atual entre as alas *inclusivistas* e *exclusivistas* do positivismo contemporâneo:

> O debate sobre as correntes positivistas é muito rico. A título de exemplo podemos indicar, além de estudos publicados já na década de 1970, como é o caso de MacCormick e de Raz, *vinte* obras publicadas nas últimas décadas em cinco idiomas e dedicadas à análise e, na maioria dos casos, à defesa do juspositivismo.
> Gavison (Org.), 1989; Greenawalt, 1989; Lyons, 1989; Waluchow, 1994; Campbell, 1996; Guest (Org.), 1996; Sebok, 1998; George (Org.), 1999; Coleman, 2003; Touri, 2002; Kramer, 2003; Villa, 2004; Schavello, 2004; Giordano, 2004; Hoester, 1992; Ott, 1992; Székessy, 2003; Troper, 2003; Alday, 2004 (DIMOULIS, 2006, p. 132-133).

Poderíamos tranquilamente acrescer a esse rol o nome do próprio Dimoulis (2006). Aliás, esse positivista contemporâneo se espanta com a ínfima parcela de trabalhos encontrados no Brasil, recentemente produzidos, dedicados especificamente ao trato do positivismo jurídico. Ele se mostra bastante surpreso com a superficialidade do tratamento dedicado ao positivismo, asseverando que a grande maioria dos trabalhos produzidos no

---

[220] *"O movimento do Direito Livre tem como marco a conferência apresentada por Eugen Ehrlich, na Alemanha, em 1903, sobre a luta pela ciência do direito, quando defende a livre busca do direito em lugar da aplicação mecânica da vontade do legislador prevista na lei. Defende-se a ideia de que o juiz, ao decidir, considere os fatos sociais que deram origem e condicionam o litígio, a ordem interna das associações humanas, assim como os valores que orientam a moral e os costumes"* (CAMARGO, 2003, p. 98).

[221] Após discorrer sobre a escola do Direito natural como a primeira rival do positivismo encontrada na literatura clássica, Dworkin destaca o seguinte: *"Os estudantes aprendem que o segundo rival do positivismo é a escola do realismo jurídico. As teorias realistas foram desenvolvidas desde o início deste século, sobretudo nas escolas de direito norte-americanas, embora o movimento tivesse ramificações em outros lugares. Se as tratarmos como teorias semânticas, elas afirmam que as regras lingüísticas seguidas pelos advogados tornam as posições jurídicas adjuvantes e prenunciativas. A melhor visão sugere que o exato significado de uma proposição jurídica [...] depende do contexto. Se um advogado afirma a um cliente que o direito permite que os assassinos herdem, por exemplo, deve-se entender que ele está prevendo que é isso que os juízes vão decidir quando o caso for levado ao tribunal. Se um juiz faz tal afirmação ao emitir seu voto, está apresentando um outro tipo de hipótese prenunciativa sobre o mais provável curso a ser seguido pelo direito na esfera geral de sua decisão. Alguns realistas exprimiram essas idéias em uma linguagem profundamente cética.* ***Afirmaram que o direito não existe, ou que resulta apenas daquilo que o juiz tomou no seu café da manhã.*** *Queriam dizer que não existe nada que se possa chamar de direito, a não ser esses diferentes tipos de previsões"* (DWORKIN, 1999, p. 45).

[222] Cumpre ressaltar que Dimoulis considera juspositivistas, inclusive, as vertentes de *positivismo sociológico* – a classificação é de Cruz (2004: 104-105) – desenvolvidas pela *Jurisprudência dos Interesses* e pelo *realismo jurídico norteamericano* (DIMOULIS, 2006, p. 147-153). Como, no entanto, o autor adota um conceito bastante amplo de positivismo, trataremos essa questão com maior grau de detalhamento nos parágrafos seguintes.

Brasil *"se satisfaz com referências abstratas a uma abordagem que denomina genericamente 'positivismo' e relaciona quase sempre com a obra de Kelsen"*. Ele ainda enfatiza que, com menor frequência, são encontradas *"referências a Alf Ross e Herbert Hart, mas mesmo assim o positivismo jurídico parece se encerrar com autores, cujas datas de nascimento são, reciprocamente, 1881, 1899 e 1907"*. E conclui suas ácidas considerações com a assertiva de que a grande maioria dos pensadores brasileiros *"conhece o positivismo jurídico por meio de um estudo de Bobbio, que foi redigido em 1960, e em razão disso não leva em consideração a produção das últimas quatro décadas"* (DIMOULIS, 2006, p. 133).

Com a ciência de que não conseguiremos, aqui, sanar esse déficit, nem tratar em detalhes de todas as referências acima citadas, mesmo porque o presente trabalho não se destina especificamente ao trato do tema, passamos, a seguir, a elucidar algumas questões importantes tratadas por positivistas dos séculos XX e XXI. Faremos referência a alguns pontos das teorias de Kelsen e Bobbio, sobretudo pela influência que exercem sobre o debate jurídico brasileiro, bem como ao brilhante trabalho de Dimoulis, com quem aprendemos muito sobre o debate contemporâneo entre os positivistas *inclusivistas* e os *exclusivistas*. No que interessar, faremos incursões em Hart. Em todo caso, nossa abordagem destinar-se-á a levantar pontos comuns às vertentes de positivismo jurídico desenvolvidas nos séculos XX e XXI, os quais serão, em seguida, problematizados à luz dos ganhos provenientes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*.

3.1.1 Algumas concepções de positivismo jurídico contemporâneo ou tardio: de Kelsen a Dimoulis

Começando por Kelsen (1881-1973), cumpre salientar que sua abordagem *normativista*[223] possui um viés claramente neopositivista, sobretudo se for comparada às vertentes clássicas de positivismo jurídico descritas anteriormente. Contemporâneo de diversos autores que integraram o Círculo de Viena, entre eles Hans Hahn, Otto Neurath (1882-1936), Rudolf Carnap (1891-1970), Friedrich Wasmann, Moritz Schlick (1882-1936),

[223] Müller é crítico da classificação da Teoria kelseniana como normativista. Em sua ótica, *"a denominação usual da teoria kelseniana de 'normativismo' é excessivamente otimista; ordens isoladas sem referência material carecem de acesso à normatividade. É verdade que Kelsen concebe somente na segunda edição da* ***Teoria pura do Direito*** *a norma jurídica, agora distinguida do enunciado jurídico, como um imperativo à maneira de um quadro referencial; na primeira edição ela fora igualada ao enunciado jurídico (que apresenta a forma fundamental da lei) e caracterizada como juízo hipotético. Mas em ambos os casos está expurgada da norma jurídica a pergunta pela correção do seu conteúdo"* (MÜLLER, 2009, p. 25). Não desconsideramos as assertivas de Müller, contudo, anuímos à denominação corriqueiramente atribuída a Kelsen, sobretudo para não gerar a impressão de que estaríamos a deturpar sua proposta.

Félix Kaufmann e Reichenbach[224], nosso autor procurou desenvolver, em seus inúmeros trabalhos, uma abordagem que se adequasse aos ideais científicos propugnados por esse movimento[225].

Sua obra mais conhecida, a *Teoria Pura do Direito* (1934[226]), consistia em uma teoria generalista do Direito positivo. Sua pretensa *pureza* devia-se ao seu esforço de garantir *"um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não* [pertencesse] *ao seu objeto, tudo quanto se não* [pudesse], *rigorosamente, determinar como Direito"* (KELSEN, 1976, p. 17; 2003, p. 1).

Nessa obra, Kelsen voltou seus olhos para a ordem normativa, em sua ótica, o objeto de conhecimento da ciência jurídica, supostamente neutro em termos axiológicos. Ele considerou que Direito consistia num sistema de *normas* dotadas de um caráter eminentemente coativo e sancionador. Como *"ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que* [regulariam] *o comportamento humano"*, o Direito destacar-se-ia pela sua prerrogativa de impor objetivamente um dever ser (KELSEN, 1976, p. 21; 2003, p. 4/35-65).

A despeito de reconhecer que, eventualmente, uma dentre inúmeras concepção de Moral pudesse invadir o âmbito do Direito, Kelsen foi bem claro ao rejeitar a tese de que somente uma ordem social moral pudesse ser tida como Direito:

---

[224]Nesse sentido, vide (CRUZ, 2009a, p. 15) e (MÜLLER, 2009b, p. 116).

[225] *"De origem austríaca, Kelsen em muitos momentos participou dos encontros e discussões filosóficas do chamado Círculo de Viena, movimento filosófico perfilhado ao positivismo lógico. Embora tenha reunido pensadores das mais variadas categorias profissionais,* ***tal escola filosófica convergia todos os seus pensadores em seu pressuposto básico da concepção de que Ciência seria somente aquele conhecimento embasado na lógica matemática, e que possui como principal tarefa a descrição de eventos da natureza através de proposições lingüísticas****. A comunidade técnica (dos mais variados segmentos do conhecimento) se mobilizava na tentativa de absorver harmonicamente os impactos da Revolução Científica, procurando uma linguagem uniforme que conjugasse todos os ramos epistemológicos do saber humano"* (GIBSON, 2007, p. 63 – grifo nosso).

[226] A primeira edição da Teoria Pura do Direito foi publicada em 1934. Na segunda edição, publicada em 1960, Kelsen revisou e ampliou sua teoria. Segundo Oliveira, a expressão 'interpretação autêntica, que não estava presente na primeira edição da Teoria Pura do Direito, *"passa a ser usada na edição francesa do mesmo livro que, como o próprio Kelsen diz, em seu prefácio, não é uma simples tradução, mas um aperfeiçoamento da obra. No capítulo 10, acerca da interpretação, Kelsen faz alguns aditamentos e modificações importantes no sentido de esclarecer seu ponto de vista.* ***Mas é na edição de 1960 da Teoria Pura do Direito que o capítulo, agora oitavo, vai surgir totalmente reestruturado e com grandes alterações. Essas alterações [...] são bem mais do que formais, pois (1) o conceito de interpretação autêntica vai sofrer um alargamento que, em última análise, (2) terá posto em evidência toda a insustentabilidade dos pressupostos teóricos de Kelsen, inclusive perante o paradigma do Estado Democrático de Direito, (3) sem falar na ameaça à própria coerência interna de sua teoria"*** (OLIVEIRA, 2001, p.31-32 – grifo nosso). Essa mudança da primeira para a segunda edição diz respeito, sobretudo, à 'virada realista' de Kelsen, ao assumir que, no ato da decisão, os órgãos jurídicos pudessem produzir uma norma que se situasse **completamente fora da moldura que a norma a aplicar representasse**. Neste trabalho, fizemos uso de duas versões da Teoria Pura, publicadas para o Português, uma de 1976 e uma de 2003, ambas referentes à versão revisada e ampliada de 1960.

> A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e a Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora isto significa que **a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral** (KELSEN, 1976, p. 104 – grifo nosso).

Completamente influenciado pelos ideais positivistas de ciência, anteriormente descritos, nosso autor intentou desenvolver uma abordagem que mantivesse o caráter meramente descritivo, sem cair na tentação de prescrever o que quer que fosse. Por isso, ele desvinculou a validade das normas jurídicas de um fundamento moral. Além disso, vinculou as normas jurídicas a uma estrutura hipotético-condicional, pautada no *princípio da imputação* (se é A, dever ser B)[227] – uma clara derivação do princípio da causalidade[228].

Feito isso, procurou destacar a relação de hierarquia inerente às normas jurídicas e, nesse ponto, ressaltou que a validade das mesmas aferir-se-ia pela sua pertinência ao ordenamento jurídico, ou, mais especificamente, pela sua conformidade com as normas que lhes fossem hierarquicamente superiores. Isso significa que, para Kelsen, o ordenamento normativo de um Estado constituir-se-ia pela Constituição, pelas leis, pelos decretos e atos subordinados às leis, pelas sentenças e atos administrativos e pelos próprios atos de execução. Nesse sistema de normas gerais e individuais, todas dispostas hierarquicamente, a Constituição seria a fonte de validade das leis, ao passo que as leis seriam as fontes de validade dos decretos, e assim sucessivamente. Com isso, uma norma vigente passava a ser considerada também como uma norma válida[229].

Com o termo vigência, Kelsen designava especificamente a existência da norma. Nesse sentido, a vigência/validade de uma norma indicava que ela se inseria no ordenamento,

---

[227] Kelsen entendia o ordenamento jurídico como uma ordem normativa de coação (e, portanto, **de caráter cogente e deontológico**). Em suas palavras, *"o sentido da ordem jurídica é que certos males **devem**, sob certos pressupostos, **ser aplicados**, que – numa fórmula mais genérica – **determinados atos de coação devem, sob determinadas condições, ser executados**"* (KELSEN, 2003, p. 49 – grifo nosso). Contudo, em sua visão, essa noção estava atrelada ao enquadramento do material dado nas normas num esquema de proposição 'se é A, deve ser B'. Em suas palavras, *"visto que uma ordem jurídica é uma ordem de coação no sentido que acaba de ser definido, pode ela ser descrita em proposições enunciando que, **sob pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica). Todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra nesse esquema de proposição jurídica formulada pela ciência do Direito**"* (KELSEN, 2003, p. 65 – grifo nosso).

[228] Nesse sentido, confira-se (CRUZ, 2004, p. 112-113) e (GIBSON, 2007, p. 72-74).

[229] Para Dimoulis, essa é uma característica marcante do positivismo jurídico *stricto sensu*. Em suas palavras, *"o PJ **stricto sensu** admite uma teoria formal da validade, fazendo-a depender exclusivamente de elementos que não levam em consideração o mérito da norma. Assim sendo, quem adota a tese social e as duas teses da separação deve também aceitar a tese da **identificação objetiva** da validade. A validade do direito se constata de forma objetiva, independentemente das preferências do observador e de sua opinião sobre o conteúdo e as finalidades das normas jurídicas"* (DIMOULIS, 2006, p. 116 – destaques no original).

permitindo, proibindo ou facultando algum tipo de conduta humana (isto é, estabelecendo o que devia e o que não devia ser feito). A vigência/validade, contudo, pertencia à ordem do dever ser, ao passo que a eficácia, isto é, o fato de a norma realmente ser aplicada e observada, integrava o plano do ser (KELSEN, 1976, p. 28-29).

Assim, aos olhos de nosso autor, era possível distinguir a vigência/validade da norma de sua capacidade de ser eficaz. A despeito disso, havia uma inexorável conexão entre esses dois conceitos:

> Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. [...] Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia [...] é condição de sua vigência. [...] A eficácia é, nessa medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência (KELSEN, 1976, p. 29-30; 2003, p. 11-12).

Tudo iria muito bem, não fosse pela necessidade de fundamentação da validade da Constituição. Como fundamentá-la sem recair em pressupostos de fato ou em questões metafísicas? Kelsen apelou para a formulação de uma Norma Fundamental *pressuposta*, hierarquicamente superior a todo o ordenamento jurídico (*Grundnorm*). Em sua ótica, essa não consistiria em uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas em uma norma pressuposta, e isso sempre que a pretensão fosse compreender o ato constituinte, como ato criador da Constituição, assim como os atos jurídicos fundamentados nessa Constituição. Para nosso autor, constatar esta pressuposição era uma função primordial da ciência jurídica. Isso porque, em suas palavras, na Norma Fundamental residiria fundamento último de validade da ordem jurídica, o qual, no entanto, era tão somente condicional e, neste sentido, hipotético[230] (KELSEN, 1976, p. 77; 2003, p. 51).

Para além dessas questões, Kelsen ainda desenvolveu um estudo da dinâmica existente entre criação e aplicação do Direito. Nesse sentido, destacou que entre as funções legislativas e de execução do direito criado não haveria uma oposição absoluta, mas meramente relativa, na medida em que ambas apresentar-se-iam, concomitantemente, como um ato de criação e de aplicação do Direito. Em linhas gerais, nosso autor entendia que legislação e execução não eram duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de

[230] Não entraremos, aqui, no mérito da seguinte questão: teria Kelsen quebrado o seu compromisso de empreender uma abordagem meramente descritiva? A resposta parece apontar para a direção afirmativa. Mas, como bem destaca Cruz, Kelsen teria procurado fugir dessa crítica ao aproximar os conceitos de validade e eficácia. Para mais detalhes, vide (CRUZ, 2004, p. 116).

criação do Direito, e, ao mesmo tempo, duas etapas intermediárias. Isso, para falar com Cruz, indicava um afastamento de sua teoria dos pressupostos clássicos da hermenêutica positivista. Além do mais, indicava que Kelsen *"começava a se afastar do paradigma liberal do Estado de Direito e a caminhar dentro dos limites do paradigma social"* (CRUZ, 2004, p. 117)[231].

Esclarecendo melhor essa idéia, Kelsen explicou, em um artigo de nome '*A Jurisdição Constitucional'*, que a distinção entre aplicação e criação devia-se, apenas e tão somente, à referência que se tomava no olhar para o ordenamento. Assim, uma vez que a Constituição regularia a elaboração das leis, a legislação, com respeito a ela, consistia em aplicação do direito. No entanto, em relação aos decretos e outros atos subordinados à lei, a legislação consistia, contudo, em criação do direito. Da mesma forma, o decreto, que em relação à lei era apenas aplicação do direito, em relação à sentença e ao ato administrativo consistia em ato de criação do direito. Ao passo que a sentença e o ato administrativo seriam aplicação do direito em relação às normas que lhes eram hierarquicamente superiores, mas criação do direito, em relação aos atos de execução. Isso significa que, para nosso autor, no caminho percorrido desde a Constituição até os atos de execução material, o Direito jamais deixaria de se concretizar (KELSEN, 2007, p. 124-126).

Isso indicava que, para nosso autor, a diferença funcional entre o legislar e julgar era apenas e tão somente quantitativa, e não qualitativa[232]. Nesse sentido, se de um lado, a liberdade do legislador, subordinado apenas à Constituição, submeter-se-ia a limitações relativamente fracas, de outro, a cada grau que se descesse a relação entre liberdade e limitação se modificaria em favor da limitação. Daí porque, para ele, os juízes possuíam uma liberdade criativa muito menor que os legisladores (KELSEN, 1976, p. 469; 2003, p. 393).

Entre a função legislativa do parlamento e a função exercida pelo Tribunal Constitucional, no entanto, havia uma diferença de sinal. Aliás, a diferença básica estaria, em sua ótica, entre a elaboração e a simples anulação das leis. Para Kelsen, na anulação das leis, função que era exercida pelo Tribunal Constitucional no controle *abstrato* da regularidade dos demais atos normativos em relação à Constituição, a livre criação, característica marcante da legislação, estaria quase que completamente ausente. Assim, enquanto o legislador só estaria preso pela Constituição no que concernia a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concernia ao conteúdo das leis que deveria editar, e mesmo assim, apenas

---

[231] Para uma compreensão entre as diferenças básicas existentes entre o paradigma de Estado de Direito Liberal e Social, vide (HABERMAS, 2003; 2003b), (CRUZ, 2007; 2008) e (OLIVEIRA, 2002, p. 52-74). Para uma crítica acerca do perigo de empregar dogmaticamente o conceito de paradigma no estudo do Direito, vide (CRUZ, 2009a, p.221-223).

[232] Essa assertiva também pode ser encontrada na Teoria Pura do Direito, especificamente, no capítulo 8. Para mais detalhes, vide (KELSEN, 1976, p. 469; 2003, p.393).

por princípios e diretrizes gerais –, a atividade do Tribunal Constitucional, isto é, da jurisdição constitucional, estaria absolutamente determinada pela Constituição. Era precisamente nesse aspecto, aliás, que a função exercida pelo *legislador negativo* se pareceria com a de qualquer outro tribunal: *"ela é principalmente de aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional"* (KELSEN, 2007, p. 153).

Voltando à *Teoria Pura*, mais especificamente ao seu capítulo 8, cumpre dizer que Kelsen ainda tentou empreender uma análise eminentemente descritiva da interpretação jurídica[233]. Com esse intento em mente, destacou a sua *descrença* em relação aos métodos interpretativos e em relação à existência de uma *única* resposta correta[234]. Distinguiu as interpretações autênticas das inautênticas (ou não autênticas), ressaltando que apenas as primeiras, aquelas produzidas pelas autoridades estatais competentes, seriam dotadas do caráter impositivo, porquanto criadoras de Direito[235]. Feito isso, construiu a interessante tese da moldura normativa:

> O ato jurídico que **efetiva ou executa a norma** pode ser conformado por maneira de corresponder a uma ou a outra das várias **significações verbais da mesma norma,** por maneira a corresponder à **vontade do legislador** – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à **expressão por ele escolhida**, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. **O Direito à aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação**, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se manifesta dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.
> **Se por interpretação se entender** a fixação por **via cognitiva do sentido do objeto a interpretar,** o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que **dentro dessa moldura existem** (KELSEN, 2003, p. 390 – grifo nosso).

Nesse ponto, Kelsen foi enfático ao afirmar a discricionariedade do juiz na escolha de um dos possíveis sentidos que podiam ser aferidos da moldura normativa. Aqui ele renovou seu descrédito em relação aos métodos e em relação à resposta correta:

---

[233] *"Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas.* ***A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão inferior"*** (KELSEN, 1976, p. 463; 2003, p. 387).

[234] Nas palavras de Kelsen (1976, p. 469; 2003, p. 393), *"A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas).* ***Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tão pouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas****"*.

[235] Para Kelsen (2003, p.387-388), ao contrário das interpretações autênticas, as inautênticas (ou não autênticas) não criariam direito, nem vinculariam os afetados pelas normas, porquanto decorrentes de leituras produzidas pelos próprios afetados que não integravam o aparelho estatal.

> [...] de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método [...] segundo o qual, das **várias significações verbais de uma norma**, apenas uma possa ser destaca como correta (1976: 468; 2003: 391 – grifo nosso).

No fim, ele ampliou a tese da discricionariedade judicial em casos em que houvesse forte indeterminação normativa, destacando que neles o juiz poderia, inclusive, extrapolar os limites do Direito positivo. Assim, ele relativizou a distinção quantitativa entre legislação e jurisdição para sustentar que, pela via da interpretação autêntica[236] – a saber, a interpretação de uma norma procedida pelo órgão jurídico competente para sua aplicação – realizar-se-ia não somente uma das possibilidades reveladas na interpretação cognoscitiva da norma, porquanto haveria a possibilidade de "*produzir uma norma que se* [situasse] *completamente fora da moldura que a norma a aplicar* [representaria]" (KELSEN: 1976, p. 471; 2003, p. 395).

Em relação à teoria kelseniana, a tese de Herbert Hart (1907-1994) – outro positivista renomado do século XX –, mais especificamente, aquela delineada na obra *The Concept of Law* (1961) guardaria algumas peculiaridades. Para o norteamericano existiriam basicamente dois tipos de regras (*rules*), a saber, as primárias (a) e as secundárias (b). Segundo ele, as primárias seriam normas que concederiam direitos e regulariam a conduta humana, ao passo que as secundárias seriam normas que estipulariam *como* e *por quem* as primárias poderiam ser estabelecidas, declaradas legais, alteradas ou abolidas[237]. As regras secundárias poderiam, ainda, ser subdivididas em três tipos: a de reconhecimento (b.1), as de câmbio ou troca (b.2) e as de adjudicação ou julgamento (b.3) (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 97).

Para Hart, a *regra de reconhecimento* (b.1) estabeleceria os critérios para a identificação da validade das normas primárias. Ela decorreria da conduta dos agentes estatais, dos tribunais e dos particulares, porquanto seriam eles que determinariam quais normas, oriundas da sociedade, deveriam ser dotadas de caráter jurídico. Seu conteúdo acabava sendo uma questão empírica, especificável apenas por meio da observação e

---

[236] Como nos ensina Oliveira, essa foi a mais substancial das alterações procedidas na segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960) em relação à primeira edição de 1934. Com razão, ele critica esse aditamento, nos seguinte termos: *"Simplesmente, tal teoria da interpretação autêntica, presente em 1960, é incompatível com a teoria do ordenamento jurídico desenvolvida até então por Kelsen, a menos que se admitisse que ele tenha assumido uma posição tão realista no sentido de acabar, em última análise, por considerar o Direito como um sistema escalonado de autorizações em branco que nada garantia quanto à coerência formal e material das decisões em face de si mesmo, o que seria, mais uma vez, uma ruptura com postulados juspositivistas e uma abertura fatal ao realismo jurídico, em que a questão acerca da validade das decisões estaria reduzida à questão acerca da eficácia do Direito, numa confusão entre 'ser' e 'dever ser'. Ou, então, quem sabe, as distinções entre ser e dever ser e entre teoria e sociologia não seriam assim tão óbvias, nem mesmo para a Teoria Pura do Direito, como Kelsen quis pressupor?"*(OLIVEIRA, 2001, p. 55).

[237] Nesse sentido, vide (DWORKIN, 2007, p. 31).

descrição de práticas sociais localizadas. Variável no tempo e no espaço, esse conteúdo podia ser puramente formal, a exemplo da Norma Fundamental hipotética de Kelsen, ou assumir elementos de caráter material, adquirindo assim maior densidade normativa (DIMOULIS, 2006, p. 119). Por sua vez, as regras secundárias de câmbio ou troca (b.2) destinar-se-iam a conferir os poderes e regulamentar os procedimentos para a criação e aplicação das normas por parte do legislativo e do executivo. Já as regras secundárias de adjudicação ou julgamento (b.3) determinariam competências judicantes e os procedimentos a serem seguidos para o julgamento dos casos levados a juízo (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 97).

Quanto ao mais, a teoria de Hart guardaria semelhanças com a vertente kelseniana. Em primeiro lugar, ambas defenderiam tanto a separação entre Direito e Moral, quanto entre Direito e Política. Em segundo lugar, ambas reconheceriam a *abertura semântico-textual* das normas e endossariam a existência de discricionariedade judicial no julgamento de casos difíceis. Ademais, nenhuma das duas vertentes acreditaria na existência de uma única resposta correta (DIMOULIS, 2006; DWORKIN, 2007).

A abordagem de Bobbio (1909-2004), por sua vez, possui a peculiaridade de voltar os olhos *com mais atenção* para o fato de o sistema jurídico constituir-se em um sistema de normas. Falamos, aqui, especificamente da obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1982[238]).

Nessa época, o jurista italiano defendia que normas jurídicas eram basicamente aquelas que pertenciam a um Ordenamento jurídico[239]. Sustentava que este, e não todas as normas, era dotado de um caráter coercitivo – assim, a sanção passava a ser parte integrante de todo Ordenamento jurídico, mas não de todas as normas. Defendia que a eficácia era uma característica ínsita ao sistema de normas o que, em sua ótica, tornava possível a identificação entre a validade e a eficácia – uma vez que, em relação ao ordenamento jurídico, a eficácia seria o próprio fundamento de validade. Por fim, defendia que sua abordagem elidia a dúvida quanto às normas do costumeiro que fariam parte do ordenamento jurídico. Isso porque, ela deslocava o problema para a identificação de quais os procedimentos permitiriam a institucionalização dessas normas (1999, p. 1-31).

Para além dessas questões, Bobbio procurava tratar especificamente daquilo que ele entendia, à época, serem problemas inerentes ao Ordenamento Jurídico, a saber: o problema da hierarquia das normas (1), o das antinomias jurídicas (2), o das lacunas do Direito (3) e, finalmente, o do reenvio de normas de um ordenamento a outro (4) (BOBBIO, 1999: 34-35).

---

[238] Data da primeira edição da obra. Neste trabalho, fizemos uso da 10ª edição da obra, publicada em 1999.

[239] Nas palavras de Bobbio, *"a juridicidade de uma norma se determina não através de seu conteúdo (nem pela forma, ou pelo fim, e assim por diante), mas simplesmente através do fato de pertencer ao ordenamento, fato esse que, por sua vez, se determina remontando da norma inferior à superior, até a norma fundamental"* (BOBBIO, 1999, p.69).

Em poucas palavras, nosso autor salientava que o primeiro problema remetia à dúvida de saber se as normas que integravam o ordenamento constituiriam um sistema coerente e, por isso, dotado de *unidade.* Sua resposta a essa questão foi positiva. Em sua ótica, a complexidade do ordenamento não excluiria sua unidade. Esta derivaria, num primeiro momento, da própria disposição hierárquica das normas e, em última instância, do fato de todo o ordenamento jurídico remontar a uma única norma, a Norma Fundamental *pressuposta* (BOBBIO, 1999, p. 59).

Por sua vez, o segundo problema remetia à questão de saber se, além de unidade, o ordenamento seria também um *sistema*. Aqui, intentava-se eliminar as possíveis incompatibilidades entre as normas que integravam o ordenamento. Em síntese, nosso autor salientou que, entre os conflitos de normas, havia aqueles que eram solúveis, porquanto meramente aparentes, e aqueles que eram insolúveis, porquanto reais. No primeiro caso, estar-se-ia diante de uma antinomia aparente (solúvel), ao passo que no segundo, vislumbrar-se-ia uma antinomia real (insolúvel). Às antinomias aparentes, aplicar-se-iam critérios definidos *a priori* para sua solução, a saber, os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. Enquanto o primeiro dizia que uma lei posterior derrogava uma lei anterior, o segundo asseverava que uma lei superior derrogava uma lei inferior. Já o terceiro critério dizia que uma lei especial derrogava uma lei geral. O problema desses critérios é que eles não resolviam conflitos entre normas contemporâneas, normas do mesmo nível hierárquico ou, ainda, aquele manifesto por duas normas gerais. A solução nesses casos era a discricionariedade judicial. Havia, ainda, as antinomias de segundo grau, que se manifestavam quando dois critérios entravam em conflito. Nesses casos, a solução sempre pendia para o lado do segundo (hierárquico) e do terceiro critérios (da especialidade), ambos tidos como fortes. Em caso de concorrência entre esses dois critérios, no entanto, não havia solução *a priori*, recaindo a decisão na questão da discricionariedade judicial (BOBBIO, 1999, p. 91-110).

Já o terceiro problema remetia à seguinte pergunta: o ordenamento jurídico é completo? Pretendia-se, aqui, saber se haveria no ordenamento uma norma adequada para a solução de todo e qualquer caso.

Com esse intento em mente, inicialmente Bobbio esclareceu que o *dogma da completude* dominaria a teoria jurídica européia de origem romana[240] (1999, p. 119). Em

[240] Sob a ótica de Bobbio, esse dogma teria nascido na tradição românica medieval, especificamente, na crença de que o Direito Romano, enunciado no *Corpus iuris*, seria perfeito, não carecendo de nenhum tipo de reparo (nem acréscimos nem retiradas). Na modernidade, esse dogma passou a ser um dos pilares do paradigma positivista clássico. O direito, como sendo produto do Estado e apenas deste, seria completo. Admitir lacunas

seguida, destacou que esse dogma fora criticado com toda veemência pela Escola do Direito Livre[241], pelo Realismo Jurídico e pela Jurisprudência dos Interesses[242], com base, principalmente, na constatação do envelhecimento da codificação (a) e da transformação da sociedade (b). Aos olhos desses críticos, evidenciadas as *lacunas jurídicas* – entendidas à época como 'verdadeiras falhas internas' do ordenamento jurídico – constatada podia ser a inexistência de normas pré-estabelecidas para a solução de todos os casos levados a juízo.

Ocorre que Bobbio, seguindo a tradição do positivismo clássico, apostou em uma proposta de solução *a priori* das lacunas normativas, a saber, a *Teoria da norma geral exclusiva*, complementada pela *Teoria da norma geral inclusiva*. Enquanto a primeira sustentava que não havia lacunas, assentada na assertiva de que o Direito nunca faltava – porquanto se uma norma proibisse o fumo, por exemplo, permitiria automaticamente todos os outros comportamentos que não remetessem ao ato de fumar – a segunda chamava a atenção para a importância do uso da analogia no ato de interpretação e aplicação do Direito, complementado, assim, a *teoria da norma geral*.

Isso significa que, aos olhos de Bobbio, todos os comportamentos não compreendidos na norma particular eram regulados por uma *norma geral exclusiva* que excluiria esses comportamentos da hipótese de incidência prevista pela norma particular. E, guardadas as exceções do Direito Penal, essa *norma geral exclusiva* seria complementada por uma *norma geral inclusiva*, que dizia basicamente que o juiz deveria recorrer, em caso de lacuna, às normas que regulavam casos parecidos ou matérias análogas. Por adotar essas duas teorias, nosso autor chegou a alterar o conceito de lacuna, cuja materialização decorreria da *"falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva,* [deveria] *ser aplicada"* (BOBBIO, 1999, p. 137).

---

significava quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. O apogeu da crença na completude se dá na Escola da Exegese, sobretudo por sua expressa confiança na suficiência das leis codificadas (BOBBIO, 1999, p. 121).

[241] Conta Bobbio que a Escola ou movimento do Direito livre sustentava que *"a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do Direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos"*, sobretudo porque, se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade em suas mais diversas formas, e não somente do Estado, *"o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às necessidades, do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre as diferentes forças sociais, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos"* (BOBBIO, 1999, p.125).

[242] Nas palavras de Cruz, *"A 'Jurisprudência de Interesses' criticava a teoria da decisão meramente como mecanismo de subsunção da lei ao fato, ao propor sua adequação às necessidades da vida prática. Um de seus principais seguidores, Heck [...] já entendia a decisão judicial como atividade criadora do Direito, vez que conjugaria na mesma os interesses da comunidade, vazados na lei, e os interesses das partes litigantes. A despeito de tal abertura, a 'Jurisprudência de Interesses' supunha a existência de valores comuns próprios de uma comunidade e que estariam inscritos na lei. Logo, o viés positivista permaneceu, pois o juiz continuava obrigado à obediência à lei e os interesses do legislador se sobreporiam aos interesses individuais"* (CRUZ, 2004, p. 105). Essa também é a posição defendida por (DIMOULIS, 2006, p. 147-148).

A despeito disso, Bobbio continuou a tratar as *lacunas* com base no conceito clássico. Tanto que identificou, a partir dele, alguns tipos de lacunas presentes em todo e qualquer contexto. Nesse sentido, chamou a atenção para as lacunas internas ao sistema, denominadas próprias ou reais (1). Essas, em sua ótica, subdividir-se-iam em lacunas objetivas, decorrentes do desenvolvimento das relações sociais, de novas invenções, enfim, de tudo aquilo que provocasse o envelhecimento da legislação (1.1) e em lacunas subjetivas, provenientes do legislador (1.2). Essas lacunas subjetivas, por sua vez, podiam ser voluntárias (1.2.1) – como no caso das normas diretivas/programáticas – ou involuntárias, por decorrer de descuidos ou imperícia do legislador (1.2.2). Além dessas, haveria um tipo de lacuna imprópria, que em verdade não interessava muito a Bobbio, decorrente da comparação de um sistema positivo real com um sistema ideal (2).

Aos olhos de Bobbio, num sistema regulado pela norma geral exclusiva, apenas lacunas dessa natureza poderiam ser vislumbradas. No entanto, toda e qualquer referência a lacunas, considerado o conceito clássico, remeteria às lacunas reais, pelo que nosso autor a elas voltou seus olhos (1999, p. 143-145). Segundo ele, a solução das lacunas reais poderia ser alcançada pelo recurso aos métodos da *heterointegração* (I) e da *autointegração* (II). O primeiro método dizia que a integração de normas a casos não regulados poderia ser operada através do recurso a ordenamentos diversos (recurso ao Direito natural), ou a fontes diversas da dominante (a saber, a lei), tal como o recurso aos costumes, à jurisprudência e à doutrina. Já o segundo método, buscaria a solução para a lacuna no próprio ordenamento jurídico, instigando o aplicador a recorrer à analogia[243], ou aos *princípios gerais do direito*, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, jurídicas como todas as outras (BOBBIO, 1999, p.150-160).

Finalmente, no tocante ao último problema – do reenvio de normas de um ordenamento a outro – Bobbio ressaltou que no reenvio, o ordenamento estatal não se apropriaria do conteúdo das normas de outro ordenamento, mas limitar-se-ia a reconhecer sua plena validade no próprio âmbito. Esse fenômeno seria diferente da recepção, situação em que o ordenamento estatal se apropriava do conteúdo das normas de outro ordenamento, passando

[243] O recurso à analogia instiga o aplicador a aplicar igualmente os casos semelhantes, isto é, que possam ser aproximados e solucionados com base na mesma razão legal. Recorre-se, aqui, a um silogismo simples do tipo: em caso de M, a norma aplicada é P. S é semelhante a M. Logo, uma vez que S é semelhante a M, posso aplicar, para sua solução, P. Poderíamos aqui, com recurso a esse silogismo simples, dar o seguinte exemplo: A norma que proíbe a venda de livros pornográficos nos Estados Unidos se estende à proibição de livros de Medicina? Não. A semelhança não é relevante, nem a razão legal o seria. Estende-se à venda de CDs que tocam músicas pornográficas? Sim. A semelhança é relevante e a razão legal seria a mesma (coibir a pornografia). O problema desse raciocínio é que ele se sustenta basicamente na racionalidade questionável do método, como se este pudesse, por si só, eliminar subjetivismos e conduzir o aplicador a uma resposta isenta de valoração.

a integrá-las em seu próprio ordenamento (1999, p. 161-184). Feito isso, explicou que seriam basicamente três os tipos de interseção[244] entre ordenamentos jurídicos diversos, a saber: a interseção entre o âmbito espacial e material, mas não temporal, manifesta, por exemplo, entre dois ordenamentos que se sucederiam no tempo (a); a interseção entre o âmbito temporal e material, mas não espacial, presente, em geral, nas relações de Direito Internacional Privado, em que dois ordenamentos vigiam ao mesmo tempo e regulariam a mesma situação, contudo de modos diversos (b); e a interseção entre o âmbito espacial e temporal, mas não o material, manifesta entre dois ordenamentos que vigorariam no mesmo espaço-temporal, mas que regulariam matérias distintas (1999, p. 161:184). Com isso, esclareceu que o reenvio materializar-se-ia apenas no caso (b).

O interessante é que a vertente positivista defendida por Bobbio mantinha-se claramente aferrada à crença em métodos *a priori* para a solução de casos aparentemente mais complexos que os usuais (fáceis), marca que é própria ao positivismo jurídico clássico (aquele do século XIX). No entanto, ela guarda uma clara proximidade com a *Teoria Pura de Kelsen*, principalmente por aceitar a construção escalonada do Ordenamento, a separação entre Direito e Moral, entre Direito e Política, e por recorrer à Norma Fundamental pressuposta como fundamento último de validade do Ordenamento. Ela ainda se aproxima claramente da vertente hartiana, sobretudo por perceber, no interior do Ordenamento Jurídico, a existência de normas de conduta e normas de estrutura ou competência. O principal, no entanto, é que ele mantém-se fiel à *tese positivista* de separação entre *validade* e *justiça*, o que, aliás, remonta ao ideal positivista da *neutralidade*:

> Aqueles que temem que com a norma fundamental, como foi aqui concebida, se realize a redução do Direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. Essa preocupação, entretanto está fora de lugar. A definição do Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito Positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito Justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos (BOBBIO, 1999, p. 67).

Essa tese emblemática, que já foi objeto de inúmeras críticas, algumas fundadas, outras nem tanto, é uma marca do *positivismo jurídico*, ao menos naqueles vieses desenvolvidos a partir do século XX. Em nossa opinião, essa tese não é dotada de *validade* – no sentido habermasiano da palavra. Antes de nos aprofundarmos nessa questão, contudo, é

[244] Segundo Bobbio, a interseção entre dois ou mais ordenamentos jurídicos poderia dar origem a relações temporais, espaciais ou materiais, tendo em vista os diferentes âmbitos de validade desses ordenamentos.

necessário apresentar algumas considerações acerca do positivismo jurídico trazido à baila por Dimitri Dimoulis (2006).

Como já foi dito, Dimoulis é um positivista (ou melhor, neopositivista) do século XXI. Ele é um crítico ferrenho do pensamento *dworkiano*, da concepção *pós-positivista do Direito* defendida por Müller e das inúmeras concepções (ao menos supostamente) *pós-positivistas* delineados no Brasil, principalmente através dos pensamentos de Paulo Bonavides, Lênio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Lúcio Antônio Chamon Junior, Ana Paula de Barcellos, Ricardo Lobo Torres, Margarida Maria Lacombe Camargo, Willis Santiago Guerra Filho, Paulo Queiroz, Arnaldo Vasconcelos, entre outros tantos. A tese principal de Dimoulis, notadamente aquela defendida na obra *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, aponta para a necessidade da retomada dos ideais positivistas no âmbito do Direito, sobretudo em decorrência das insuficiências presentes nas inúmeras concepções *pós-positivistas* até então conhecidas. Sua abordagem acerca do tema é, contudo, bastante peculiar.

Segundo Dimoulis, o *positivismo jurídico* poderia ser classificado/dividido em dois grandes grupos, um mais amplo e um mais estrito. No sentido amplo, o positivismo jurídico distinguir-se-ia do *jusnaturalismo* (a), ao passo que, no sentido estrito, diferenciar-se-ia daquilo que nosso autor designa como *moralismo jurídico* (b). O *positivismo jurídico lato sensu* englobaria qualquer autor que negasse a existência de um Direito Natural (A). O *positivismo jurídico stricto sensu*, por sua vez, conglomeraria apenas aqueles pensadores que rejeitassem não apenas o jusnaturalismo, mas também todo e qualquer tipo de *vinculação* do Direito com outros fenômenos e sistemas normativos (B) (2006, p. 77-78).

Em linhas gerais, dentro da primeira distinção (A) encontrar-se-iam tanto os positivistas clássicos e contemporâneos, acima descritos, quanto pensadores que, contra o *positivismo stricto sensu*, defendessem a vinculação do Direito à Moral, aos interesses de determinados grupos sociais, à evolução da sociedade ou à política, para ficar em apenas alguns exemplos. O positivismo jurídico *lato sensu* rejeitaria a dependência do ordenamento jurídico em relação a qualquer tipo de elemento metafísico, dotado de imutabilidade. Como *teoria monista* do Direito, ele distinguir-se-ia do *dualismo*, que admitiria a existência de um direito natural ao lado do direito criado por legisladores humanos. Sua definição adviria, pois, da exclusão absoluta e categórica das normas de direito natural do âmbito conceitual do Direito (DIMOULIS, 2006, p. 78-81).

O positivismo jurídico *lato sensu* recusar-se-ia a reconhecer vigência jurídica a normas de origem divina, provenientes de leis da natureza ou da razão humana, a normas paralelas às

normas de direito positivo, bem como a normas advindas de pura reflexão, sem qualquer suporte no Direito positivo. Esse sentido amplo vincular-se-ia à positividade do Direito e à sua mutabilidade no tempo, ambas dependentes de decisões políticas institucionalizadas. O problema dessa classificação, no entanto, é que ela abarcaria, em seu interior, posições teóricas inconciliáveis (DIMOULIS, 2006, p. 81-85).

A saída encontrada por Dimoulis foi recorrer a uma classificação mais estrita do positivismo jurídico. O *positivismo jurídico stricto sensu* (b) podia ser definido como uma teoria sobre a validade e a interpretação do direito, diversa daquela defendida pelo *moralismo jurídico* (c). Nas palavras de nosso autor:

> O moralismo jurídico faria depender o reconhecimento da validade das normas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral. Admite-se, assim, a tese da **necessária conexão (junção, vinculação) entre direito e moral** (DIMOULIS, 2006, p. 87).

O *positivismo jurídico stricto sensu* não aceitaria o *cunho unionista* – união entre Direito e Moral – defendido pelo moralismo[245]. Também rejeitaria a concepção de que o Direito estivesse vinculado à Moral, afastando, assim, a possibilidade de uma 'correção interpretativa' por parte do aplicador, destinada a amoldar o direito formalmente válido às exigências morais (DIMOULIS, 2006, p. 87-89).

Para além dessa 'classificação negativa', nosso autor procurou ressaltar as marcas inerentes ao *positivismo jurídico em sentido estrito*. Com esse intuito em mente, salientou inicialmente que *"O PJ* ***stricto sensu*** *[...] considera que há* ***plena e radical separação entre direito e moral****"*, adotando *"uma visão separatista que afirma a ausência de conexão necessária entre esses dois fenômenos normativos"* (DIMOULIS, 2006, p. 99). Essa primeira característica intentava afastar do estudo e compreensão do Direito qualquer tipo de avaliação moral, seja no tocante à sua validade, seja no tocante à sua aplicação:

> O PJ stricto sensu considera que o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto (DIMOULIS, 2006, p. 100).

Outra marca inerente ao *positivismo jurídico stricto sensu* seria a defesa de uma separação entre Direito e Política, o que não implicava uma negativa da tese da conexão

[245] É necessário dizer que Dimoulis distingue os jusmoralistas em moderados e radicais. Em sua ótica, essas duas versões distinguir-se-iam pela intensidade da conexão defendida entre o Direito e a Moral. Enquanto a *tese moderada* alegaria *"uma influência da esfera moral no Direito"*, a *tese radical* afirmaria *"uma necessária e contínua união conceitual entre direito e moral"* (DIMOULIS, 2006, p.90 *et seq.*).

genética. Nas palavras de Dimoulis, *"o PJ **stricto sensu** considera que o direito e a política estão separados em um nível conceitual: o conceito de direito não inclui em sua definição referência à política"* (2006, p. 106-107). Essa segunda característica intentava salientar o fechamento operacional do Direito (de acordo com o código lícito e ilícito) e, consequentemente, evitar uma desnaturação do sistema jurídico em política, isto é, uma *confusão* entre o Direito e a Política – uma das formas, para usar um termo proveniente da teoria sistêmica, de *des-diferenciação sistêmica*[246].

Além disso, o *positivismo jurídico stricto sensu* se agarraria à opção metodológica *descritiva*, já anteriormente analisada, na vã tentativa de não deixar concepções culturais, éticas e políticas interferirem nos resultados de pesquisa (*neutralidade*) e de descrever o Direito como um dado empírico – o Direito como ele é, e não como deveria ser (DIMOULIS, 2006, p. 100-105).

Esclarecidas essas questões, Dimoulis passa a tratar de algumas concepções juspositivistas (no sentido estrito) acerca da validade e da aplicação do Direito, dando claro destaque para as teses de Kelsen e Hart. Essas teses já foram resumidamente visitadas anteriormente. O que falta, no entanto, é um destaque acerca do debate contemporâneo travado entre *exclusivistas* e *inclusivistas* (d), abordado por Dimoulis com bastante cuidado.

Sinteticamente, esse debate coloca em extremos opostos duas correntes de *positivismo jurídico stricto sensu.* A primeira delas é a corrente conhecida como *hard positivism, nonincorporation* ou *exclusive legal positivism*, traduzidas por Dimoulis como positivismo radical, antiincorporalismo e positivismo jurídico exclusivo. O representante mais conhecido dessa corrente, aos olhos de Dimoulis, seria *Joseph Raz*. A segunda corrente, por sua vez, é conhecida como *soft positivism, incorporationism* ou *inclusive legal positivism*, expressões que são traduzidas por nosso autor como positivismo moderado, incorporativismo e positivismo jurídico inclusivo. Entre os adeptos dessa corrente estariam David Lyons, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow e, aos olhos de nosso autor, também MacCormick[247] (DIMOULIS, 2006, p. 132-137)

---

[246] A des-diferenciação caminha justamente no sentido oposto à diferenciação sistêmico-funcional, que Luhmann identificou como um dos fatores decorrentes da supercomplexidade da sociedade moderna. Ela provoca a desnaturação de um sistema por outro, como no exemplo em que a Política invade o Direito, que deixa de operar com base no código-diferença lícito-ilícito para operar – porquanto colonizado pela Política – com base no código poder/não-poder. No fim das contas, a desdiferenciação faz fenecer a diferenciação entre sistema e ambiente, proveniente da autopoiese. Para mais detalhes, vide (NEVES, 2008a) e (SILVA, 2010, p. 90-156).

[247] *"Consideramos correto classificar MacCormick entre os partidários dessa visão. O autor afirma que a moral institucionalmente reconhecida ou aceita pelo juiz influencia a interpretação jurídica e sublinha que o direito possui, pelo menos no discurso de seus aplicadores, um mínimo valor moral"* (DIMOULIS, 2006, p. 137 – nota de rodapé nº 217).

Segundo o positivismo jurídico exclusivo, aqui designado como *exclusivista*, a Moral jamais poderia ser utilizada como um critério de identificação do direito positivo. Essa corrente, para usar as palavras de Dimoulis, sustenta que *"a moral **nunca** interfere conceitualmente na definição do direito: algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade"*. Sob a ótica dos adeptos dessa vertente *"o único elemento juridicamente relevante [seria] a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções de seu criador"* (2006, p. 135). Isso conduz à *tese da indiferença* do estudioso do Direito em relação aos mandamentos morais (DIMOULIS, 2006, p. 146).

O maior problema dessa corrente, especificamente na vertente defendida por Raz, encontrar-se-ia na opção de vinculação do Direito a uma ideologia de obediência aos mandamentos das autoridades estatais. Aos olhos de Dimoulis, com isso Raz estaria a propor *"uma visão ideológica sobre a legitimidade estatal aproximando-se das filosofias do contrato social"*, o que implicaria um afastamento da postura neutra do juspositivismo (DIMOULIS, 2006, p. 147):

> Dessa maneira, Raz se afasta da postura neutra do juspositivismo que não deveria se livrar da ideologia moralista para sucumbir à tentação de legitimar o poder estatal mediante referências às funções socialmente necessárias dos detentores de autoridade. Introduzindo elementos legitimadores do poder, Raz abandona as conquistas metodológicas da postura descritiva que encontramos em Kelsen e, em larga medida, em Hart (DIMOULIS, 2006, p. 147).

Por sua vez, o positivismo jurídico inclusivo, ou *inclusivista*, admitiria uma influência eventual, em alguns sistemas jurídicos específicos, dos valores morais sobre a definição e a aplicação do Direito. Essa seria, no entanto, apenas uma *possibilidade* decorrente da adoção, pelos aludidos sistemas jurídicos, de 'critérios de juridicidade de cunho moral', o que, aos olhos de Dimoulis, justificava a terminologia incorporativismo (DIMOULIS, 2006, p. 137).

Fundamental a essa abordagem seria *"a distinção entre o direito visto como fato 'duro' (hard fact) e o direito analisado como convenção social (social convention)"*. Isso porque, para os adeptos do positivismo jurídico inclusivista, *"o direito como 'fato duro' sempre se* [encontraria] *nas decisões das autoridades que podem legislar"*, ao passo que nas convenções sociais haveria uma maior maleabilidade para a presença de conteúdos morais (DIMOULIS, 2006, p. 138).

O *positivismo jurídico inclusivista* não abandonaria a tese da separação entre Direito e Moral, mas aproximar-se-ia sobremaneira do *jusmoralismo moderado*, na medida em que admitiria a possibilidade de a Moral exercer, eventualmente, uma influência *"sobre a*

identificação da validade das normas jurídicas e, principalmente, em sua interpretação" (DIMOULIS, 2006, p. 139).

Sob a ótica de Dimoulis, o maior problema dessa corrente seria a tentativa de promover uma abordagem positivista engajada, valorativa, crítica e ética, o que destruiria a principal vantagem cognitiva do positivismo, a saber, *"a promoção de certeza na identificação e descrição do direito em vigor"* (DIMOULIS, 2006, p. 144):

> Os partidários do moralismo jurídico se congratulam pelo fato de os positivistas inclusivistas se mostrarem comprometidos com os valores éticos e políticos das sociedades capitalistas. Percebem, assim, que alguns juspositivistas contemporâneos abandonam a opção descritiva da teoria e da dogmática do direito, adotada por autores como Kelsen, e fazem concessões ao moralismo, comprometido com a defesa dos valores do regime político que tem a simpatia de cada autor.
> **Consideramos que fazer depender a validade e a interpretação das normas jurídicas de crenças morais sobre a democracia, a liberdade, a paz social ou qualquer outro valor destrói a segurança jurídica do sentido da previsibilidade das conseqüências jurídicas de uma conduta.**
> [...]
> **Percebemos que os juspositivistas desse grupo afastam-se das teses da separação e se aproximam à corrente moralista, indicando que a sua classificação entre os juspositivistas é abusiva** (DIMOULIS, 2006, p. 144-145 – grifo nosso)

Não gastaremos, a essa altura, muitas folhas para combater as pré-compreensões de Dimoulis. Ideais de certeza, objetividade, clareza absoluta, racionalidade dedutiva, neutralidade, entre outros, já foram devidamente identificados, desde Heidegger, e, sobretudo, em Gadamer, como metafísicos. Os ganhos trazidos pela *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* são muito ricos nesse sentido. Como o conhecimento é mediado linguisticamente, ele está, desde sempre, condicionado pelas pré-compreensões que permeiam o *mundo da vida* do(s) sujeito(s). Não há como aceder diretamente aos objetos da ciência sem fazer uso da *linguagem*. E essa linguagem, desde Wittgenstein, já não é mero instrumento de designação das coisas. Tentar compreender o Direito a partir de uma metodologia descritiva, nos moldes cartesianos, já representa uma opção que influi nos resultados da pesquisa. E mais: é uma opção que carrega consigo uma série de pré-compreensões, o que espanca de forma quase covarde a pretensão de neutralidade da ciência. A abordagem de Dimoulis desconsidera tudo isso. E mais: ela possui um cunho completamente estratégico.

Dimoulis possui concepções claramente influenciadas por Kelsen e Hart. Seu recurso aos positivistas contemporâneos (inclusivistas e exclusivistas) é retórico, uma vez que estes nem sequer se adéquam à sua classificação mais restrita. Mesmo sua tentativa de incluir o

pensamento de Luhmann nessa abordagem positivista[248], a despeito de não ser leviana, olvida, em certa medida, a característica de *abertura do sistema aos influxos provenientes do ambiente*[249]. Ademais, essa tentativa se esquece de que a *teoria sistêmica luhmanniana* trabalha com uma racionalidade de cunho pós-cartesiano, *"focada nas comunicações intrassistêmicas e nas relações intersistêmicas"*, a qual pressupõe o acoplamento estrutural[250] entre os sistemas, o que a afasta, em muito, dos pressupostos referenciados por Dimoulis (SILVA, 2010, p. 53 – nota de rodapé nº 60).

Vemos problemas na classificação estrita de Dimoulis, que é mais ampla do que ele mesmo podia supor. Dizer que o *positivismo jurídico em sentido estrito* seja caracterizado pela simples defesa da separação entre Direito e Moral, e entre Direito e Política, resulta na possibilidade de incluir nessa vertente, mesmo diante de possíveis protestos de Dimoulis, inclusive o pensamento de Habermas[251]. Ademais, se de fato Dworkin não concorda com a autonomia do Direito em relação à Moral, o mesmo não pode ser dito em relação à separação entre Direito e Política, como Dimoulis quer fazer entender em sua obra[252]. Desde a primeira edição de *Taking Rights Seriously* (1977) isso fica bastante claro. Caso contrário, nem sequer faria sentido continuar a insistir na distinção entre *argumentos de princípio* e de *policy*[253].

O *pragmatismo jurídico-político* de Dimoulis pretende tratar o Direito 'tal como ele se apresenta, tal como ele é', insistindo em uma abordagem puramente descritiva, pautando-se em uma *neutralidade* que, já há muito, em nossa opinião, demonstrou-se falaciosa. Como já dissemos, Dimoulis desconsidera, e o faz exatamente por trabalhar com as premissas de um outro paradigma, que a opção pelo método descritivo já influi no resultado de sua pesquisa. A simples incursão em Gadamer já seria suficiente para a compreensão de nossa assertiva. Além

---

[248] Nesse sentido, vide (DIMOULIS, 2006, p. 153-157).

[249] "[...] *o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao ambiente"* (NEVES, 2008a, p. 81).

[250] Para ficar em apenas um exemplo, podemos dizer, com Neves, que como acoplamento estrutural, a Constituição permite *a interconexão entre direito e política*, possibilitando e filtrando as influências recíprocas de um sobre o outro. *"A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento. Porém, por meio dele, cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as chances de aprendizado (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes"*. Dessa forma, *"**a Constituição serve à interpenetração (e mesmo à interferência) de dois sistemas auto-referenciais**, o que implica simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas"* (NEVES, 2008a, p. 98-99 – grifo nosso).

[251] Não estamos a dizer, com isso, que Habermas seja positivista, mas que também ele é crítico da identificação entre Direito e Moral. Aos seus olhos, há sim uma relação entre ambos, mas ela não é de identidade, nem de subordinação, mas de complementaridade. Para mais detalhes, vide tópico 2.1.4.2, inscrito no capítulo segundo.

[252] *"Assim sendo, o jurista deve, segundo Dworkin, avaliar o sistema jurídico e decidir com critérios políticos se realmente merece o nome 'direito'. Podemos, assim, concluir que o moralismo jurídico parece adotar a tese da junção entre direito e política, apesar de não dedicar particulares análises nesse tema"* (DIMOULIS, 2006, p. 109).

[253] Voltaremos a essa questão no capítulo seguinte.

disso, também o *princípio da incerteza*, desenvolvido por Heisenberg e Böhn, e isso no campo das 'ciências exatas' é capaz de atestar a coerência de nossa assertiva. Esse princípio decorreu de uma pesquisa destinada à medição da velocidade de um elétron. Inicialmente, intentava-se determinar o local do elétron no espaço para, a partir daí, calcular-lhe o deslocamento com base na fórmula V= D/T. Como para tanto, os cientistas precisavam enxergar o elétron, fizeram incidir sobre ele um feixe de luz. Ocorre que, no choque com o elétron, o feixe de luz acabou por alterar-lhe a velocidade, demonstrando que o método utilizado, fatalmente, culminava em uma alteração dos resultados da pesquisa[254]. Isso nos mostra que a escolha de um método é determinante no resultado da pesquisa, inclusive nas ciências exatas. Outro exemplo interessante nos é trazido por Gibson, relacionado à pesquisa do fármaco *Sildenafil*, testado originalmente para o auxílio no tratamento de doenças cardiovasculares:

> No desenvolver do estudo, verificou-se um efeito colateral interessante nas cobaias: grande parte dos animais apresentava ereção peniana quando recebiam as doses da droga, embora não fosse essa a finalidade primária do trabalho. Assim, o objetivo da pesquisa médica foi retraçado e a droga foi direcionada para o tratamento da disfunção erétil humana. Passando a ser comercializada com o nome de Viagra, converteu-se no remédio pioneiro no tratamento da aludida condição, mostrando-se altamente eficaz em seus novos propósitos. Mas atrelado a esse grande sucesso científico e financeiro, há de se lembrar de que a droga é cardio-ativa, podendo levar a efeitos colaterais cardiovasculares graves, como até infarto, devendo ser ministrada com cautela nos indivíduos susceptíveis (GIBSON, 2007, p. 179).

Um outro ponto defendido por Dimoulis, com base em Luhmann, é a operacionalidade fechada do sistema jurídico. Até concordamos com essa assertiva, sobretudo por vislumbrarmos que as *normas* operam com base no código-diferença 'lícito-ilícito'. No entanto, por entendermos que o Direito seja um sistema de *ação reflexivo da reprodução simbólica do mundo da vida*, escancaramos, ao contrário de esconder, sua abertura para os influxos advindos do *mundo da vida* e dos demais sistemas inseridos nesse contexto.

Mais complexa, no entanto, é a nossa postura em relação às premissas interpretativas do *pragmatismo jurídico-político* defendido por Dimoulis. Ele até tenta avançar em relação às considerações kelsenianas, mas acaba por caminhar numa direção parecida com aquela defendida por Bobbio, aproximando-se, ao final, das premissas do positivismo clássico. Em vista disso, suas concepções acerca da interpretação jurídica acabam por ser problemáticas, a despeito de alguns avanços.

Para se ter uma ideia, Dimoulis salientou que nenhum caso estaria legalmente regulado até que tivesse sido tomada uma decisão pelo aplicador. Essa decisão indicaria quais regras, e

[254] Para mais detalhes, vide (CRUZ, 2004, p. 140-141).

de que forma elas se aplicariam, desencadeando, assim, as conseqüências jurídicas. Tal como para Kelsen, sua posição inicial era de que o aplicador sempre criaria uma norma nova, a despeito de, para fazê-lo, ter de respeitar/aplicar fielmente as normas vigentes – uma vez que estas trariam já uma pré-visão sobre o caso (DIMOULIS, 2006, p. 72). Posteriormente, contudo, ele acabou por recuar em parte quanto a essa posição.

Basicamente, Dimoulis destacou que o que variaria em cada caso seria a densidade da previsão normativa (a) e a amplitude do poder discricionário do aplicador (b). A *densidade normativa* decorreria da porosidade do texto, e uma porosidade sintático-semântica, tal como já haviam percebido Kelsen e Hart:

> Podemos entender melhor a postura juspositivista se analisarmos a estrutura dos textos normativos que apresentam generalidade e abstração. Para tanto, devemos nos referir ao conceito de **densidade normativa** que permite classificar os textos segundo um critério quantitativo. O texto das normas jurídicas deve ser visto como filtro ou tecido, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela 'peneira' do próprio texto. A regra da densidade normativa pode ser formulada da seguinte maneira: **Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa)** (DIMOULIS, 2006, p. 248)

Nosso autor foi bem claro ao elucidar que essa densidade poderia ser graduada de 0 a 100, mas que uma norma formulada em linguagem natural jamais alcançaria a densidade 100. Em vista disso, ele sustentou que o intérprete deveria sempre indicar os sentidos da norma estabelecida pelo legislador, tal qual um observador que depura fenômenos, e isso independentemente do maior ou menor grau de densidade normativa.

Logo em seguida, e aí já contra as suas considerações anteriores, em clara contradição, ele sustentou que a interpretação jurídica constituir-se-ia em uma *atividade cognitiva* (e não criativa), porquanto seu único objetivo seria identificar a vontade da autoridade criadora das normas, tal qual objetivada e fixada nos dispositivos legais. Isso o aproximava das premissas positivistas defendidas pela Escola da Exegese (DIMOULIS, 2006, p. 251).

Ele tentou salvar sua posição asseverando que não haveria como sanar a indeterminação da norma jurídica mediante a interpretação, porquanto em tal caso o resultado da interpretação deveria ser apenas a constatação da abertura semântica (DIMOULIS, 2006, p. 251-253). Nesse caso, vislumbrar-se-ia um silêncio do legislador, que teria optado por não decidir e, então, entraria em cena a discricionariedade judicial: *"Em nossa opinião, quando o aplicador não encontra no material normativo uma solução concreta não temos um vazio*

normativo, e sim uma autorização legislativa para o exercício do poder discricionário do aplicador (DIMOULIS, 2006, p. 247).

A diferença em relação à Kelsen, nesse particular, encontrar-se-ia na crença de Dimoulis acerca da serventia dos métodos *gramatical* e *sistemático* na busca pela constatação objetiva da vontade do legislador. Isso o aproximava do positivismo jurídico propugnado pela Escola Histórica (DIMOULIS, 2006, p. 254-255). O interessante é que Dimoulis pedia e chamava a atenção dos pensadores 'pós-positivistas' para os trabalhos desenvolvidos pelos novos juspositivistas, alegando que a sua desconsideração seria uma das razões pelas quais, sobretudo no Brasil, esta vertente de pensamento continuaria a ser tão criticada pelos primeiros. Mas ele mesmo se viu aferrado à algumas características clássicas do positivismo jurídico, aquele delineado ainda no século XIX, olvidando supostos avanços decorrentes dos juspositivistas contemporâneos.

Uma vez desveladas as características inerentes ao pensamento positivista, mais especificamente, ao *positivismo jurídico*, em suas mais diversas concepções desenvolvidas desde o século XIX até o século XXI, é possível, agora, apresentar nossa concepção de *pós-positivismo*, assentada nos ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*.

3.2 Uma concepção de pós-positivismo assentada na complementaridade entre filosofia e ciência

No capítulo 2, desde o tópico 2.1 até o tópico 2.1.4.3, delineamos uma série de considerações acerca da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. Explicamos que essa *revolução copernicana* decorreu em parte da concepção segundo a qual a *hermenêutica seria uma condição ontológica de existência*, decorrente dos ensinamentos de Heidegger. Expusemos que essa hermenêutica só se daria na *linguagem*, em vista da *linguagem* e apenas pela *linguagem*, percepção que decorreu dos estudos de Gadamer. E vimos que, a partir daí, a *linguagem* passava a ser considerada a condição sem a qual o homem não poderia compreender o que quer que fosse. Ela possibilitaria que em seu interior se processasse o *círculo hermenêutico*, um espiral na busca pela compreensão. Os preconceitos (pré-compreensões) do intérprete, construídos pela tradição desvelada pela *linguagem*, representariam um papel importante nesse processo, que decorreria de uma *fusão entre dois horizontes distintos*, o do intérprete e o do objeto.

Em seguida, explicamos que também Wittgenstein contribuiu para a configuração dessa *reviravolta hermenêutico-filosófica*, a partir de sua crítica à *teoria objetivista da linguagem* e, principalmente, da concepção de sua *Teoria dos Jogos de Linguagem*. Vimos, nesse sentido, que por vislumbrar a dimensão *performativa da linguagem*, Wittgenstein percebeu a importância da *dimensão pragmática* para a compreensão do sentido das expressões lingüísticas manejadas numa conversação. E que essas expressões lingüísticas adquiririam sentido em vista dos *hábitos intersubjetivamente válidos* em torno dos quais seriam manejadas. Esses hábitos sancionariam uma determinada significação e constituiriam um *jogo de linguagem.*

Expostas essas teorias, explicamos que Apel e Habermas, na busca pela depuração das *condições de validade* do conhecimento, tentaram dar um passo adiante em relação ao idealismo heideggeriano da abertura linguística ao mundo, à força da tradição gadameriana e ao contextualismo dos jogos de linguagem wittgensteinianos. Afirmamos que Apel recorreu a uma *pragmática transcendental* que unia a compreensão *hermenêutica* de Heidegger e Gadamer com a *semiótica científica* de Charles Peirce, na tentativa de acoplar a dimensão *constitutivo/hermenêutica* da *linguagem* à sua dimensão *pragmática*. Dissemos que, a partir daí, ele intentava renovar a *transcendentalidade* da filosofia kantiana ao sustentar que a *condição de validade* do conhecimento adviria exatamente de um acordo intersubjetivamente alcançável, através do discurso, por uma comunidade ilimitada de comunicação. Em seguida, esclarecemos que Apel continuou a defender que o *discurso filosófico*, condicionado por uma *ética da co-responsabilidade planetária*, seria capaz de servir de fundamentação última para a razão, porquanto asseguraria o desenvolvimento de discursos racionais no campo da ciência. E expusemos que, exatamente por isso, Apel não teria logrado desvincular-se por completo da noção kantiana de uma *separação qualitativa* entre o saber filosófico e o saber científico, ao menos aos olhos de Habermas.

Feito isso, explicamos que Habermas preferiu apostar em uma *Pragmática Universal,* posteriormente aprofundada e ampliada na *Teoria da Ação Comunicativa.* Afirmamos que, já numa época em que seu pensamento atingira a maturidade, nosso autor privilegiara a dimensão constitutiva e pragmática da linguagem humana, vinculando os atos de fala a um novo conceito, o de *mundo da vida*, um pano de fundo linguisticamente configurado que englobaria a cultura, as instituições sociais e o mundo subjetivo. Esclarecemos que esse *pano de fundo* intersubjetivamente compartilhado, delineado comunicativamente, facilitaria o consenso e aliviaria as possibilidades de dissenso no seu interior e que, exatamente por isso, ele tornava palatável o projeto de integração social por meio da linguagem. Feito isso,

expusemos que, para Habermas, como nível aprofundado da ação comunicativa, o discurso desenvolver-se-ia exatamente quando as presunções de validade desse *mundo da vida* fossem problematizadas. E, logo em seguida, afirmamos que esse processo de *racionalização discursiva* seria permeado por um crescente nível de diferenciação estrutural no interior da sociedade, do qual resultaria a necessidade permanente de revisão reflexiva das tradições, bem como a exigência de maior legitimação das normas de conduta que intentavam regular o convívio social. Feito isso, esclarecemos que a Teoria da Ação Comunicativa não conseguira desvencilhar-se por completo da presunção de um discurso moral fundamentador do próprio discurso – o que ainda a aproximava dos pressupostos da razão prática kantiana. Explicamos, ainda, que a Teoria da Ação Comunicativa carecia de elementos que garantissem a operacionalização pragmática do *discurso.* Àquela oportunidade, destacamos, no entanto, que o projeto habermasiano negou-se a aceitar a proposta de fundamentação última, preferindo pautar-se em uma suposta complementaridade entre a filosofia e a ciência.

O nosso próximo passo foi caminhar pelas Teorias da Argumentação desenvolvidas por Robert Alexy e Klaus Günther para demonstrar como as influências da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmático* já se faziam sentir para além dos limites da Filosofia, invadindo a área da teoria do conhecimento. Em seguida, explicamos que essas duas teorias, cada uma à sua maneira, exerceram influência sobre o projeto habermasiano de uma *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*.

Em seguida, afirmamos que em *Direito e Democracia* Habermas pretendeu explicar como a *Teoria Discursiva* poderia contribuir para a construção de um Estado Democrático de Direito. Afirmamos que, para Habermas, o Direito seria permeado por uma dupla tensão permanente entre faticidade e validade, uma interna e outra externa, de modo que poderia contribuir tanto para a inclusão social, se pendesse para o lado da validade, quanto para a dominação, se estivesse pautado única e exclusivamente na faticidade. Expusemos, ainda, que desde então nosso autor se afastara da idéia de que a Moral continuasse a ser um elemento condicionante (legitimador) do Direito, por ter passado a defender uma relação de *complementação* entre ambos. Por fim, esclarecemos todo o complexo processo de co-originalidade entre os Direitos Humanos Fundamentais e a soberania popular, ponto central da tese habermasiana. Assim, explicamos que a interligação do discurso com o Direito permitiria que um se afigurasse como condição recíproca da existência legítima do outro. Em tudo, no entanto, atentamos para a alteração do conceito habermasiano de verdade – não mais equivalente ao conceito de validade normativa – decorrente da obra *Verdade e Justificação*.

A visualização de todo esse projeto, constitutivo da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, permitiu-nos constatar que no paradigma da *Filosofia da Linguagem* a relação sujeito-objeto fora substituída por uma relação *sujeito-sujeito* (intersubjetiva) (I). Além disso, capacitou-nos a entender que as pré-compreensões desses sujeitos, delineadas linguisticamente, eram condições sem as quais não seria possível compreender qualquer objeto que fosse (II). Isso permitiu-nos vislumbrar que a compreensão não decorria de uma depuração de fenômenos por um sujeito encapsulado e ensimesmado, mas de um processo linguístico e circular, caracterizado por uma *fusão de horizontes* (III). Capacitou-nos, ainda, a perceber que a *condição de validade* de uma determinada compreensão encontrar-se-ia exatamente na possibilidade de resgate de um consenso discursivamente alcançado acerca da mesma (IV).

A partir daí, pudemos entender porque era *metafísico* continuar a trabalhar com os ideais de *"certeza matemática"*, *objetividade*, *clareza absoluta*, *racionalidade metódico-dedutiva* e *neutralidade*[255], seja no âmbito da Ciência ou da Filosofia, as quais, aliás, deveriam caminhar 'lado a lado', *numa relação de cooperação,* ao menos com base na concepção habermasiana. E, por estarmos pautados nos pressupostos decorrentes do paradigma da *Filosofia da Linguagem* (I a IV), vislumbramos a possibilidade de delinear uma abordagem que superasse o paradigma científico e societário moderno, que anteriormente chamamos de *positivista*, cujos fundamentos eram tributários do paradigma da *Filosofia da Consciência*. Nesse sentido, vislumbramos a possibilidade de dar um passo além em relação aos pressupostos da *Filosofia da Consciência*, na tentativa de superar as aporias decorrentes desse *paradigma positivista*, que circunscreve o positivismo jurídico, e, a partir daí, delinear uma abordagem do Direito que fosse, de fato, *pós-positivista*.

Ocorre que nossa abordagem seguiria, nesse primeiro sentido, um traçado *antipositivista*, sobretudo por se negar a reconhecer como válidos os pressupostos do paradigma que pretendia superar. Essa assertiva, inarredavelmente, levaria à pergunta: porque estaríamos, então, a nomear nossa concepção de *pós-positivista*? Optamos por esse designativo porque, no tocante ao Direito, pretendemos dar *um passo além* em relação às premissas e abordagens carreadas pelo *positivismo jurídico.* A intelecção de nossa pretensão, no entanto, exige um resgate dos resultados alcançados no tópico anterior, seguido de algumas considerações críticas. É o que faremos a seguir.

Assumindo o risco de reducionismos é possível aferir que:

---

[255] Nas palavras de Dimoulis, *"a neutralidade é uma clara opção metodológica que permite uma clara distinção entre abordagens descritivas do sistema jurídico 'como ele é' e as críticas elaboradas pelo estudioso em relação ao objeto descrito"* (DIMOULIS, 2006, p. 40).

a) Do positivismo clássico da Escola da Exegese, destacamos a falaciosa crença na clareza e completude do direito positivado nos códigos (a.1), bem como a adesão à racionalidade metódico-silogística pautada na subsunção, que auxiliaria o intérprete/juiz a manter uma postura meramente *cognitiva* no ato de julgar (a.2);

b) Do positivismo que remonta à Escola Histórica do Direito, destacamos a crença infundada em uma interpretação firmada na "certeza" proveniente dos *métodos jurídicos clássicos*, supostamente adequados para a solução de *antinomias aparentes* (b.1) e para o direcionamento do intérprete na direção da vontade do legislador (b.2);

c) Do positivismo que remonta à *Jurisprudência dos Conceitos*, destacamos a vã tentativa de formulação de conceitos apartados da realidade de aplicação, por meio dos quais intentar-se-ia pré-estabelecer padrões interpretativos para a aplicação do Direito, complementando e esclarecendo o sentido das normas do sistema jurídico;

d) Como característica comum às concepções positivistas do século XIX, XX e, em parte, XXI (a se destacar a proposta de Dimoulis), ressaltamos a crença 'irrealista' compartilhada de que o *direito posto pelo legislador*, de fato, representasse um objeto axiologicamente neutro;

e) Do positivismo *normativista* de Kelsen enfatizamos a pretensão metodológica pelo desenvolvimento de uma ciência puramente descritiva e axiologicamente neutra (e.1), a separação entre Direito e Moral (e.2), a separação entre Direito e Política (e.3), a vinculação das normas jurídicas a uma estrutura hipotético-condicional, pautada no *princípio da imputação* (se é A, dever ser B)[256](e.4), a defesa da hierarquia piramidal das normas que constituíam o ordenamento (e.5), a equivalência entre validade e

[256] Uma questão muito complexa consiste na afirmação de que Kelsen já vislumbrasse a normatividade dos *princípios*. Gomes(2007, p.162) é um defensor dessa posição. A grande intransigência dos críticos dessa visão se deve à *profissão de fé kelseniana* na necessidade de uma formulação *a priori* dos textos normativos de acordo com a fórmula 'se é A, deve ser B'. Muitos desses críticos enxergam na aludida formulação uma categórica regra. Não obstante, eles olvidam a realidade de que Kelsen jamais defendeu uma verdadeira dicotomia entre regras e princípios. Isso fica muito claro em suas considerações acerca da utilização, pelo Tribunal Constitucional, de padrões que, à época, já começavam a almejar juridicidade, a saber, a eqüidade, a liberdade, a igualdade, a justiça e a moralidade. Em sua ótica, *"se se trata de princípios incorporados à Constituição ou a um outro grau qualquer da ordem jurídica, que* ***são deduzidos do conteúdo do direito por abstração****,* ***é coisa bastante inofensiva formulá-los como regras de direito independentes****. Eles são aplicados então com as normas jurídicas às quais estão incorporados, e tão somente com elas. Mas se se trata de princípios que não foram traduzidos em* ***normas de direito positivo****, mas que deveriam sê-lo só porque seriam eqüitativos, são postulados que não são juridicamente obrigatórios"*. A questão é que, para Kelsen, essas fórmulas poderiam abrir ao Tribunal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei por considerá-la injusta; e nesse caso, em sua visão, a força do tribunal seria *"simplesmente insuportável"*. Em sua ótica, *"para evitar tal deslocamento de poder do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento,* ***a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível****"* (KELSEN, 2007:, p.169-170 – grifo nosso). Uma coisa, no entanto, é certa: essas *normas gerais*, para usar a terminologia de Gomes, não contribuíam para a superação da discricionariedade judicial.

vigência (critério formal de validade) (e.6), a proximidade entre a validade e a eficácia (a eficácia como condição de vigência) (e.7), a busca por um fundamento último de validade do sistema normativo, afastado de padrões metafísicos, a saber, a *Norma Fundamental pressuposta* (e.8), a distinção meramente *quantitativa* entre legislação e execução (jurisdição e administração) (e.9), e, no tocante à interpretação, sua descrença em relação à existência de uma *única* resposta correta (e.10) e à pretensão de busca, pela ciência, daquele método que fosse capaz de alcançá-la (e.10), a sua distinção entre interpretações autênticas e inautênticas (e.12), sua tese da moldura normativa (e.13), sua crença na discricionariedade para a escolha dos possíveis sentidos inscritos dentro da moldura (e.14) e, finalmente, a ampliação da tese da discricionariedade judicial em casos em que houvesse forte indeterminação normativa, com destaque para a defesa de que neles o juiz pudesse, inclusive, extrapolar os limites do Direito positivo (e.15);

f) Do positivismo hartiano destacamos algumas características similares ao normativismo kelseniano, tais como a defesa da separação entre Direito e Moral (f.1) e entre Direito e Política (f.2), a crença na *abertura semântico-textual* das regras (f.3), a tese da discricionariedade judicial no julgamento de casos difíceis (f.4) e a *descrença* na existência de uma única resposta correta (f.5). Além disso, ressaltamos a peculiar defesa, distinta da versão kelseniana, da existência de basicamente dois tipos de regras (*rules*), as primárias (f.6) e as secundárias (f.7);

g) Do positivismo de Bobbio enfatizamos a tese de que as normas jurídicas fossem basicamente aquelas que pertenciam a um Ordenamento jurídico (g.1), a tese de que o Ordenamento, e não todas as normas, é que era dotado de um caráter coercitivo (g.2), a defesa de que a eficácia era uma característica ínsita ao sistema de normas (g.3) o que, em sua ótica, tornava possível a identificação entre a validade e a eficácia (g.4), a identificação dos quatro problemas do Ordenamento Jurídico (g.5), a hierarquia das normas (g.5.1), as antinomias jurídicas (g.5.2), as lacunas do Direito (g.5.3) e, finalmente, o reenvio de normas de um ordenamento a outro (g.5.4). Além disso, destacamos a sua proposta de solução do primeiro problema a partir do recurso à Norma Fundamental *pressuposta* (g.6); do segundo, a partir da solução das antinomias aparentes por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade (g.7); do terceiro através das teses da norma geral exclusiva e da norma geral inclusiva (g.8), bem como do emprego dos métodos da heterointegração e autointegração (g.9); e do quarto mediante a identificação do caso em que vislumbrar-se-ia o reenvio de normas

de um ordenamento a outro (g.10). Percebemos, assim, algumas similaridades com as teses de Kelsen e Hart, tais como a adesão à construção escalonada do Ordenamento (g.11), à separação entre Direito e Moral (g.12), e entre Direito e Política (g.13), à separação entre validade e justiça (g.14) e à existência de normas de conduta e normas de estrutura ou competência (g.15), mas também uma aproximação em relação à crença em métodos *a priori* para a solução de casos aparentemente mais complexos que os usuais (fáceis), marca própria ao positivismo jurídico clássico (aquele do século XIX) (g.16). Em alguns casos, no entanto, esclarecemos que Bobbio continuava a defender a discricionariedade judicial (g.17);

h) Do positivismo de Dimoulis destacamos a separação entre Direito e Moral (h.1) e entre Direito e Política (h.2), a tese do fechamento operacional do sistema jurídico (h.3), a tese da *densidade normativa* variável dos textos normativos (h.4), a defesa de que o intérprete/juiz devesse buscar os sentidos da norma estabelecida pelo legislador, e isso, independentemente da densidade normativa do texto (h.5), a defesa de que essa atividade fosse meramente *cognitiva* (h.6), a tese de que não haveria como sanar, a partir da interpretação, a indeterminação de normas (h.7), e de que nesse caso, apenas vislumbrar-se-ia um silêncio do legislador que daria ensejo à discricionariedade judicial (atividade *criativa*) (h.8). No final, ressaltamos a tese de que os métodos *gramatical* e *sistemático* pudessem auxiliar o intérprete na busca pela constatação objetiva da vontade do legislador (h.9);

i) Do *positivismo exclusivista* de Raz destacamos a tese da indiferença do Direito em relação à Moral (i.1), a vinculação do Direito a uma ideologia de obediência aos mandamentos das autoridades estatais (i.2) e o abandono da postura meramente *descritiva* (i.3);

j) Finalmente, do *positivismo inclusivista* extraímos a tese da *possibilidade* de uma influência eventual, em alguns sistemas jurídicos específicos, dos valores morais sobre a definição e a aplicação do Direito (j.1), a distinção entre direito visto como fato duro e como convenção social (j.2), uma espécie de abordagem positivista engajada, valorativa, crítica e ética (j.3);

A análise de ‘a’ a ‘j’ permite-nos depurar uma série de questões anteriormente exploradas e mal explicadas. Em primeiro lugar, quando Cruz (2008) sustentou que o paradigma jurídico prevalecente no Brasil ainda estava assentado nas premissas do positivismo legalista, porquanto apoiado, em sua maioria, no mero exame dogmático de textos

legislativos, ele estava com toda a razão. É comum vislumbrar por essas bandas uma grande parte de estudos acadêmicos fundados em simples deduções de textos legais[257]. Da mesma forma, podemos constatar que a maioria de nossos aplicadores do Direito ainda opera como se o texto e a norma fossem, de fato, equivalentes. Percebemos, ainda, a insistência por parte de muitos professores universitários – e aqui não se criticam aqueles que o fazem para fins didáticos apenas – pela busca de conceitos *aprioristicamente* construídos, supostamente imprescindíveis ao delineamento da aplicação sempre complexa do Direito. Isso para não falar no apego exagerado que grande parte de nossos juristas ainda nutre por Códigos Comentados, os quais estão cheios de respostas prontas e acabadas, como se os casos levados a juízo de fato tivessem sido já desde sempre encerrados nos textos legislativos[258]. Poderíamos ainda apelar, na busca pela justificação da assertiva de Cruz, para a quantidade de decisões judiciais fundamentadas em um simples silogismo do tipo *norma-fato-conclusão*[259],

---

[257] Poderíamos trazer aqui, apenas a título de ilustração, dois dentre vários exemplos com os quais nos deparamos especificamente no estudo do Direito à saúde, em que os autores claramente delineiam argumentos fundados em meras deduções legais, ou mesmo reproduções literais de textos normativos. O primeiro desses exemplos é um artigo de autoria conjunta de Salazar, Grou e Serrano Junior, intitulado *Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação.* O segundo, um artigo de autoria de Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff, intitulado *A Efetividade do Direito à saúde no Brasil.* Salazar, Grou e Serrano Junior afirmam que *"No Brasil o direito à saúde é corolário do direito à vida e, nesse sentido, recebeu da Constituição Federal de 1988 ampla proteção, que se inicia no art. 1º, com a* ***dignidade da pessoa humana*** *como fundamento da República Federativa do Brasil, seguido do art. 3º, que constitui como objetivo da República a promoção do* ***bem de todos****. Por sua vez, o art. 5º, relativo aos direitos e garantias fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida; e já no dispositivo seguinte o direito à saúde é qualificado como direito social. Outras determinações diretas sobre a saúde são encontradas quando o texto constitucional determina que o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, II), e quando delimita a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). Mais especificamente no artigo 196, a Carta Magna consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para a consecução de tal fim: 'mediante 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'"* (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 186-187). Por sua vez, Scaff reproduz como argumento a literalidade de um texto normativo: *"Importante mencionar que a saúde é 'um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante 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, conforme o artigo 196*" (SCAFF, M.2010, p. 293). Ainda poderíamos citar vários manuais de Direito Constitucional – para nos atermos ao nosso âmbito de pesquisa – cuja tônica da exposição, além de descritiva, é delineada por reproduções literais de textos normativos. Por todos, vide (SILVA, 2006), (MORAIS, 2006) e (FERREIRA FILHO, 2002). Percebemos um avanço, ao menos no tocante à análise dos Direitos sociais, em (NOVELINO, 2009, p.481-489) e (CARVALHO, 2009, p. 727 *et. seq*.).

[258] Não estamos defendendo, com isso, que pensadores e aplicadores do Direito jamais possam recorrer a Códigos Comentados. Eles podem, e até devem, desde que estejam cientes de que o fazem para ampliar seus horizontes, isto é, suas pré-compreensões acerca de possíveis sentidos que o texto pode alcançar. E mais, desde que estejam cientes de que o sentido da norma não decorre apenas dessa abertura sintático-semântica, porquanto carece de uma análise pragmática dos argumentos carreados em cada caso, os quais funcionam como contextualizadores e indicadores do sentido adequado, agora sim, da norma própria para a solução do caso. Se isso estiver bem compreendido, não há problema em recorrer aos aludidos Códigos. Explicaremos essas questões com mais detalhes ainda neste capítulo.

[259] Por todas, a título de exemplo, vide a seguinte argumentação: *"A prova técnica produzida pelo auxiliar do juízo, Dr. Adauto Mafrim Mendes, médico ortopedista, foi clara em confirmar a existência do fato gerador que*

isso para não falar das petições, venham elas das Advocacias privadas ou Públicas, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. A questão só melhora um pouco quando são analisados acórdãos de Tribunais Superiores, bem como peças processuais recursivas que tramitam nessa seara. Mesmo assim, a melhora é tímida, podendo ser vislumbrada apenas nos casos mais emblemáticos. Percebemos, finalmente, uma crença exacerbada na serventia de métodos clássicos (em sentido amplo) na busca pela solução de lacunas e pela busca da vontade do legislador[260]. Todos esses elementos coadunam para a coerência da perspectiva de Cruz, sobretudo por 'atestarem' a inegável influência, por estas bandas, das premissas carreadas pelos positivistas jurídicos clássicos ('a', 'b', 'c' e 'd')[261].

Por outro lado, não há mesmo por aqui uma grande fidelidade acadêmica em relação aos pensamentos delineados pelos positivistas contemporâneos ('e', 'f', 'g', 'h', 'i' e 'j'). Não são poucos os que, no Brasil, criticam Kelsen como se ele fosse adepto de um positivismo jurídico tal qual aquele defendido pelos positivistas clássicos. Da mesma forma, não são poucos os que, em suas respectivas pesquisas, nem sequer fazem menção aos escritos de Bobbio, isso para não falar dos demais pensadores anteriormente destacados (e que encerram todas as concepções positivistas existentes no mundo). Nesse aspecto particular, não há como negar, Dimoulis (2006, p. 45-63) e Gomes (2007, p. 154-163) estão com toda a razão: a grande maioria das teses *pós-positivistas* defendidas no Brasil[262], verdadeiramente, caricatura e *coisifica* o *positivismo jurídico*.

Isso, contudo, talvez decorra da influência do pensamento de Ronald Dworkin por estas bandas, o qual, em sua referência ao positivismo austiniano e hartiano, especialmente no ensaio intitulado *O modelo de regras I*[263], inequivocamente, caricaturou as marcas do *positivismo jurídico* e, em parte, deturpou a concepção do próprio Hart[264].

Que as muitas concepções de *positivismo jurídico* não coadunem com as duas características levantadas por Dworkin – a saber, a defesa de um sistema constituído

---

permite a perfeita subsunção da situação fática vivenciada pelo autor à hipótese de indenização prevista na apólice de seguro" (BRASIL, Tribunal de Justiça. Processo nº 1.0647.07.079.908-3/001).

[260] Só para se ter uma ideia, não são poucos aqueles que se convencem da univocidade de sentido e racionalidade de textos como aqueles expressos nos artigos 107 a 112 do CTN, 4º da LICC.

[261] Para mais detalhes acerca do positivismo jurídico no Brasil, vide (CRUZ, 2004, p. 90-99).

[262] Ao menos *a maior parte* dos autores combatidos por Dimoulis (2006) e por Gomes (2007). Não examinaremos, aqui, as inúmeras concepções de *pós-positivismo* existentes no Brasil, em parte porque isso extrapolaria os objetivos desse trabalho, em parte porque algumas dessas concepções serão implícita e explicitamente combatidas neste e no próximo capítulo, sobretudo quando da análise crítica da *Teoria dos Direitos Fundamentais* desenvolvida por Robert Alexy – obra que em muito influenciou a grande parte dos representantes das escolas gaúcha e carioca do Direito Constitucional.

[263] Que posteriormente foi publicado como um dos capítulos da obra Levando os Direitos a sério.

[264] Nas palavras de Gomes, por exemplo, *"é possível defender com boas razões que os princípios já aparecem, inclusive, no próprio Hart. Ao falar da textura aberta do direito Hart está se referindo àquilo que Dworkin chamou de princípios. Ele mesmo se manifestou nesse sentido"* (GOMES, 2007, p. 160).

puramente por regras (1) e a adesão à tese da discricionariedade judicial em casos complexos (2)[265] – a nós nos parece óbvio. No entanto, não podemos nos esquecer de que o próprio Dworkin esclareceu suas críticas a Hart no ensaio *O modelo de regras II*, quando deixou claro que, em verdade, sua implicância era contra a *legitimidade* da *regra de reconhecimento* como fundamento de validade do Direito (1)[266] e contra a tese do *poder discricionário* dos juízes na solução dos *casos difíceis* (2) (DWORKIN, 2007, p. 73-125). Isso, contudo, não invalida a assertiva anteriormente delineada.

Desde já, é preciso deixar claro que não fundamentamos nossas críticas ao positivismo jurídico, puramente, nas considerações de Dworkin. Em muitos aspectos, aliás, afastamo-nos de sua vertente, como quando concordamos com Habermas no sentido de que, a despeito de existir uma relação de complementaridade entre Moral e Direito, isso não significa que haja uma confusão entre ambos. Isso não implica uma negação da assertiva de que a Moral, pensada em termos pós-convencionais, exerça uma influência sobre a legitimidade da ordem jurídica (HABERMAS, 2003, p. 140-141). Já explicamos suficientemente essa questão no tópico 2.1.4.2.

Por outro lado, não nos limitamos a aderir ao *pós-positivismo* carreado, na Alemanha, por Friedrich Müller. Sua *Teoria Estruturante do Direito* delineia, sem sombra de dúvidas, uma série de questões que ultrapassam em muito todas as abordagens positivistas anteriormente descritas. Mas ela também padece de muitos problemas, que serão devidamente delineados no capítulo seguinte deste trabalho[267]. Por agora, apenas esclarecemos que, quando ele critica o positivismo jurídico de cindir *ser* e *dever ser*, está com os olhos voltados para a configuração da *norma*, o que não significa que ele desconheça que Kelsen, por exemplo, *aproxime* a validade da eficácia. Ressaltar essa característica do pensamento kelseniano, como faz Gomes[268] (2007, p.158), não torna a tese de Kelsen imune a essa crítica. No tocante à crítica da *confusão entre texto e norma*, o próprio Müller percebe a necessidade de amenizá-la em relação à Kelsen. Tanto que chega a afirmar que "*Kelsen concebe somente na segunda edição da* ***Teoria pura do Direito*** *a norma jurídica, agora distinguida do enunciado jurídico,*

[265] Para mais detalhes, vide (DWORKIN, 2007, p. 27-35).

[266] Mais especificamente, Dworkin combateu a tese de que uma norma secundária de reconhecimento, tal como proposta por Hart, ou um conceito de apoio institucional, tal qual imaginado por Sartorius, pudessem servir como fundamento de validade do Direito. Para ele, nem a primeira nem o segundo se justificariam como tais, porquanto não poderiam, ao contrário do que sustentavam seus idealizadores, distinguir padrões que contavam como Direito dos padrões meramente morais.

[267] Lá explicaremos o que aceitamos e o que descartamos da tese de Müller. Desde já, contudo, essa ressalva esclarece que não desconsideramos a crítica de Dimoulis, de que Müller ainda guardaria resquícios positivistas em seu pensamento (2006, p. 48).

[268] *"Ao meu ver, ao contrário do que pensa Müller, a dicotomia ser/dever ser não é, em Kelsen, absoluta, pois, para ele, a eficácia é condição da validade formal seja da norma jurídica individualmente considerada, seja do ordenamento globalmente considerado"* (GOMES, 2007, p. 158).

como um imperativo à maneira de um quadro referencial" (MÜLLER, 2009, p. 25 – grifo nosso).

Nossa concepção de *pós-positivismo*, portanto, bebe nas fontes do pensamento dworkiano, mas com ele não se confunde. Da mesma forma, recebe influência do *pós-positivismo* de Müller, mas não se limita às suas assertivas. Inspiramo-nos sobremodo no pensamento de Habermas, mas em alguns pontos somos críticos de seu próprio pensamento, sobretudo no que tange à aplicação do Direito, como veremos nos próximos capítulos. Ademais, não desconsideramos os ganhos decorrentes das diversas vertentes de positivismo jurídico, pelo que concordamos com a assertiva de Gomes:

> Entendo, porém, que **a superação do positivismo só pode ser superação no sentido positivo, ou seja, crítica e ao mesmo tempo incorporação de seus avanços.** Esses avanços, muitos deles incorporados de forma velada pelos pós-modernos ou pós-positivistas, localizam-se, sobretudo, no campo do direito. Assim, por exemplo, (I) a normatividade da Constituição e a idéia de autorregulamentação pregadas por Sarmento, (II) a normatividade dos princípios pregada por Barroso e (III) algumas idéias de Streck sobre a superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo estavam já presentes no pensamento positivista.
> [...] o pós-positivismo deve ser definido com base em sua tarefa, **que é superar** o positivismo jurídico no que diz respeito, sobretudo, ao problema da validade material (ou legitimidade) do direito, **incorporando, contudo, os avanços da teoria positivista.** Essa superação da consideração da validade no plano meramente formal gera conseqüências naqueles dois pontos fundamentais que, entendo, **são características do positivismo jurídico que o pós-positivismo procura superar: a fundamentação do direito e sua adequação** (GOMES, 2007, p. 156-158 – grifo nosso).

Ora, é exatamente por concordar com o sentido do termo superação delineado por Gomes, bem como com os dois problemas por ele levantados, enfrentados por todas as concepções de *positivismo jurídico,* que designamos a nossa concepção, no campo do Direito, como *pós-positivista.* Não cometemos, assim, o equívoco de acreditar, como supõe Dimoulis (2006)[269], que nossa concepção seja *pós-positivista* por suceder algumas das versões mais conhecidas de positivismo jurídico.

Uma vez esclarecido esse pormenor, é necessário dizer que, em nossa concepção, as inúmeras vertentes de positivismo jurídico deixaram como legado, principalmente, a ênfase

---

[269] *"Além disso, um exame detido indica que o termo 'pós-positivsmo' não é exato nem do ponto de vista cronológico. [...] Assim, por exemplo, a abordagem tópica de Theodor Viehweg, tida como pós-positivista, foi exposta em obra publicada em 1953, quase uma década antes da publicação do* ***opus magnum*** *de Herbert Hart [...] que renovou os fundamentos do positivismo jurídico e originou um amplo debate sobre o sentido dessa teoria que continua até os dias de hoje. Em paralelo, dezenas de estudiosos juspositivistas criticam, nos últimos anos, a abordagem moralista que encontrou uma formulação sofisticada na obra de Ronald Dworkin já na década de 1960. Ora, se o positivismo jurídico se desenvolve em paralelo às abordagens moralistas, carece de justificativa a periodização sugerida pelo termo 'pós-positivismo'"* (DIMOULIS, 2006, p.51).

no caráter cogente (obrigatório) e deontológico (normativo) do Direito. A despeito disso, inclusive nessa área, eles deixaram como herança uma série de pressupostos problemáticos.

Os positivistas clássicos foram incapazes de vislumbrar esse caráter normativo e cogente para além do texto. Já os positivistas contemporâneos (tardios), a despeito de perceberem que a obrigatoriedade e normatividade encontrar-se-iam não no texto, mas no sentido da norma decorrente da interpretação, foram incapazes de perceber que essa interpretação era muito mais que uma simples depuração de fenômenos[270].

Isso significa que nem mesmo os positivistas contemporâneos conseguiram superar por completo a relação *sujeito-objeto*, própria da *Filosofia da Consciência* e que, em razão disso, quase nenhum deles se deu conta de que o *contexto histórico, linguisticamente mediado*, também contribuía para a constituição dos sentidos do texto da norma, na medida em que constitutivo da própria pré-compreensão do intérprete. Da mesma forma, quase nenhum deles percebeu que a compreensão dos sentidos do texto dependia de uma análise pragmática, para além das igualmente importantes análises sintáticas e semânticas[271]. Nesse sentido, mesmo os positivistas contemporâneos foram incapazes de superar a clássica concepção de que a linguagem era mero instrumento de designação das coisas – proveniente da *teoria objetivista* – pelo que continuaram a extrair esses sentidos da simples análise sintático-semântica do texto. Isso é uma verdade inclusive em relação à Dimoulis.

A partir dos ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, ao contrário, é possível sustentar que a obrigatoriedade e a normatividade decorrem de um processo de *idas e vindas*, o qual é argumentativo, e por isso intersubjetivo e pragmático já desde sempre. Muito mais que uma simples *operação mental* que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir do escalão superior para o escalão inferior, como queria

---

[270] É nesse último sentido, isto é, de objeto (fenômeno) a ser depurado a partir de uma atitude intelectiva do intérprete, que Kelsen entende os textos normativos. É com base nesse corolário da *filosofia da consciência* que se deve entender a sua consideração de que *"quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito, no seu progredir de um escalão inferior"*. Atesta essa realidade, *e.g.*, a presença em seu texto de questões como interpretação *autêntica* e *não autêntica*, a busca pela *vontade do legislador* etc. Para mais detalhes, vide (KELSEN, 1976, p. 463; 2003, p. 387 *et. seq*.).

[271] Certamente, no tocante às obras que tivemos a oportunidade de pesquisar, a exceção fica por conta de Bobbio, para quem *"É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto,* ***os vários fundamentos possíveis.*** *Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado* (1992: 24). Por outro lado, contudo, Bobbio vislumbra antinomias *a priori* entre alguns Direitos Fundamentais – individuais e sociais especificamente (1992, p.21-22). Há, pois, avanços, mas esses são bastante tímidos, sobretudo em vista os exigentes pressupostos de nossa pesquisa.

Kelsen, a interpretação decorre de uma fusão de horizontes, um processo circular e linguisticamente mediado. Ela é manejada por meio de discursos, que obviamente estão pautados em argumentos, os quais podem ser legítimos ou não, dependendo da seara discursiva (fundamentação ou aplicação).

O texto normativo, decorrente de discursos de fundamentação, afigura-se como um parâmetro, um *ponto de partida*[272], um local de onde parte a interpretação (*compreensão hermenêutica*), e não como um objeto *a priori*, um fenômeno (no sentido Kantiano) a ser depurado pelo intérprete. Na interpretação, manejam-se discursos de aplicação que complementam e ampliam continuamente os sentidos desse texto. E a legitimidade desses discursos, de fundamentação e de aplicação, não decorre da simples *autoridade* daquele que os profere, mas da *possibilidade* de assentimento intersubjetivo proveniente da concordância com os argumentos neles manejados.

As inovações, no entanto, não param por aí. Em nosso entendimento, é problemática a restrição da validade normativa à simples vigência, marca presente em quase todas as vertentes de positivismo contemporâneo[273]. Isso fica ainda pior quando a eficácia passa a ser concebida como condição de validade do Ordenamento Jurídico. Uma abordagem que se funda nesses pressupostos é incompleta e inconsistente, porquanto pautada exclusivamente na validade social (faticidade).

O fato de uma norma ser vigente não implica necessariamente sua validade (legitimidade), apenas a presunção de sua validade. Se o Direito não pode abrir mão de seu caráter coercitivo, o mesmo pode ser dito em relação à sua pretensão de legitimidade, sobretudo se for aceito que ele cumpre não uma, mas duas funções no interior da sociedade, a saber: pretende estabilizar expectativas de comportamento (a) e promover a inclusão social (b). Nesse sentido, não há como fugir à tensão, inerente ao Direito, entre faticidade e validade (legitimidade).

Ora, como *sistema empírico de ação,* o Direito só é legítimo (válido) se for capaz de refletir os influxos comunicativos advindos do *mundo da vida* (tensão externa). Esses influxos advêm da comunicação mais ou menos racional manifesta em arenas públicas, institucionalizadas ou não, protagonizadas pelos próprios cidadãos/afetados pelas normas. Na medida em que a opinião e a vontade daí decorrentes forem capturadas pelas normas jurídicas tornam-se passíveis de ser aceitas, e não simplesmente impostas (tensão interna). Uma vez

[272] No próximo capítulo, veremos que essa também é a concepção defendida por Müller (2009).

[273] Como vimos, essa é uma característica presente desde o positivismo kelseniano até o de Dimoulis. Talvez, e mesmo assim, de forma tímida, isso seja amenizado nas teses *inclusivistas.* Mas nesse aspecto elas se afastam das pré-compreensões comumente compartilhadas pelos positivistas, fato pelo qual, inclusive, recebem inúmeras críticas e oposições, como já noticiamos.

que isso ocorra, isto é, na medida em que as normas do Direito refletirem esses influxos, os cidadãos podem ser entendidos como co-autores do Direito. Só assim o Direito consegue estabilizar razoavelmente as expectativas de comportamento (a) e promover a inclusão social (b).

Essas considerações nos capacitam a criticar veementemente a pretensão de fundar a validade do Ordenamento Normativo em uma Norma Superior hipotética, como o fazem, por exemplo, Kelsen e Bobbio. Em verdade, a *condição de validade* do Direito, se for aceito tudo o que antes destacamos, só pode ser o assentimento intersubjetivo dos cidadãos – passível de ser resgatado discursivamente – em relação ao conteúdo das normas de ação e procedimento que lhes afetem.

É por isso mesmo, aliás, que a separação entre Moral e Direito, e entre Direito e Política, da forma como defendida pelos positivistas jurídicos, tem que sofrer alguns ajustes. Tanto a Política quanto a Moral exercem uma função importante na legitimação do conteúdo do Direito. Elas mantêm com o Direito uma relação de complementaridade recíproca. A Política, inclusive, mantém uma relação interna com o Direito, sendo condição da gênese democrática do mesmo. Exatamente por isso, Moral e Política contribuem para a *validade* das normas jurídicas, a qual é, no entanto, permanentemente passível de ser questionada – como, aliás, indica a própria leitura da tensão entre faticidade e validade sob a perspectiva falibilista da teoria habermasiana.

Não estamos a defender, com isso, que os positivistas neguem uma conexão genética entre Política e Direito. Mas eles rebaixam essa conexão à simples formalidade. Por outro lado, em nossa concepção, que segue de perto os ensinamentos de Habermas, não é irrelevante para a presunção da validade do Direito a racionalidade discursiva dos argumentos manejados em discursos de fundamentação política. Ademais, a configuração desses discursos, que se pautam no *princípio da democracia*, depende do respeito dos Direitos Humanos Fundamentais, crítico-deliberativamente concebidos. É exatamente por isso que soberania popular e Direitos Humanos Fundamentais, autonomia publica e privada, pressupõe-se reciprocamente. Quanto a isso, no entanto, são pobres as concepções positivistas – ao menos aquelas a que tivemos acesso até hoje[274].

[274] Se formos à obra *A Era dos Direitos*, por exemplo, veremos um Bobbio já maduro e ainda fiel aos pressupostos de sua concepção positivista: *"O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um* ***direito que se tem*** *ou de um* ***direito que se gostaria de ter****. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo"* (BOBBIO, 1992, p.5).

Para além dessas questões, nossa abordagem supera em muito as concepções positivistas no tocante à hierarquia da Constituição. Com Habermas, percebemos que Constituição *assume conteúdo a cada nova leitura*, assim como os *Direitos Humanos Fundamentais.* Nesse sentido, entendemos que a Constituição não possui um conteúdo fixo, mas *fluido*, o que, no entanto, não implica uma desconsideração do seu aspecto conteudístico. Este é inerente aos discursos de fundamentação e aplicação.

Como *locus hermenêutico* do Direito, isto é, *"o lugar a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores"* a Constituição é condição *sine qua non* da interpretação e aplicação do Direito (PEREIRA, 2007: 120). Mas ela também é fruto de "*um projeto cuja durabilidade depende de* ***uma interpretação constitucional continuada****, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito"* (HABERMAS, 2003: 166 – grifo nosso).

Isso significa que a cada nova leitura, a cada novo discurso de fundamentação ou aplicação, mais conteúdo é agregado à Constituição. Esses *novos* sentidos em termos de conteúdo passam a *constituir a pré-compreensão* dos interpretes acerca da Constituição, não podendo ser desconsiderados em cada novo projeto de construção ou concretização jurídica, nem se estabilizar para evitar novos questionamentos. Em outras palavras, os sentidos agregados à Constituição, decorrentes das sucessivas leituras, não podem ser deixados de lado na busca pela sua intelecção, assim como das normas que lhe são inferiores. Por outro lado, mesmo eles, continuam sendo permanentemente passíveis de questionamento, na medida em que novos argumentos se apresentem em seu desfavor. Isso decorre da *contingência* e *complexidade* das sociedades plurais, que impedem a previsibilidade, em discursos de fundamentação ou em negociações parlamentares, de todos os casos futuros de aplicação de uma norma.

É por isso que todo o sistema jurídico permanece aberto a infinitas interpretações contextualizadas, as quais remetem à Constituição, que não é, no entanto, fixa, mas *fluida*. A legitimidade da Constituição e de todo ordenamento jurídico decorre não de uma Norma Fundamental pressuposta, ou de uma Norma Secundária de Reconhecimento, mas da possibilidade de um fluxo comunicativo *contínuo* dos cidadãos, que inclua mais e mais o 'outro', resgatando discursivamente, o sentido e o alcance do *conteúdo* de suas normas.

Por isso passa a ser possível dizer que uma das contribuições da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática,* no âmbito do Direito, consiste na demonstração de que sua legitimidade advém não apenas da autoridade ou da hierarquia (de pessoas ou de normas), mas da força dos argumentos que são capazes de convencer os afetados pelas normas de sua

validade. É nesse sentido que nossa abordagem transcende Teorias meramente *Analíticas* e *Semânticas*[275]. Ela está pautada em uma perspectiva performativa, subentendendo as dimensões locucionária, ilocucionária e perlocucionária da linguagem. Nesse sentido, nos discursos de fundamentação, cuja existência depende do respeito às condições equitativas de participação de todos os potenciais envolvidos[276], o consenso acerca das normas de procedimento e conduta poderia advir do manejo argumentativo, bem como dos efeitos por ele causados nos diversos participantes da discussão (ou mesmo nos potenciais participantes). Por outro lado, nos discursos de aplicação, o assentimento poderia afluir da reconstrução argumentativa das normas válidas *prima facie*, em vista das circunstâncias cambiantes da situação, desde que essa reconstrução respeitasse o código binário das normas de conduta jurídica, bem como o seu caráter deontológico[277][278].

Há ainda outros pontos problemáticos nas abordagens positivistas. A crença dos positivistas clássicos na serventia absoluta dos *cânones interpretativos* para a busca das, também metafísicas, *vontades da lei e do legislador* (1), a tese da inexorabilidade da discricionariedade judicial, defendida por todos os positivistas contemporâneos, em maior ou menor medida (2), a cisão procedida por alguns entre casos fáceis (simples) e difíceis (complexos) (3) e tese da inexistência de uma única resposta correta para cada caso levado a juízo (4), são alguns dos exemplos mais emblemáticos.

Poderíamos combater essas teses com base nos resultados já alcançados nesta pesquisa, para sustentar, por exemplo, que se os *métodos clássicos de interpretação* – assim como outros métodos defendidos por Bobbio para a solução de lacunas e antinomias – possuem alguma serventia, esta é meramente limitada, no sentido apenas de contribuir para a formação das pré-compreensões do(s) intérprete(s). Poderíamos, ainda, dizer que a busca pelas *vontades da lei e do legislador* são metafísicas, porquanto pautadas no pressuposto de

---

[275] Nas palavras de Galuppo, as Teorias Analíticas são aquelas que *"elegem como tema central de sua pesquisa a **validade** das normas jurídicas, entendida como a relação entre* [essas] *normas"* (2002:109 – grifo nosso). As Teorias Semânticas, por sua vez, são aquelas cuja preocupação está na compreensão do *"**sentido** das normas jurídicas, entendido como a relação entre a norma e o seu significado."* (GALUPPO, 2002, p. 109 – grifo nosso). Esta segunda teoria é classificada por Galuppo (2002, p.109) como *Hermenêutica*. Contudo, para que não se confunda a interpretação dessa teoria com aquela desenvolvida pela *Hermenêutica Filosófica*, preferimos adotar, aqui, a denominação 'Semântica'.

[276] Os Direitos Humanos Fundamentais, crítico-deliberativamente concebidos. Para mais detalhes, vide (HABERMAS, 2003, p. 154-160/ 2003b, p. 123-190). Essa questão foi tratada em detalhes no tópico 2.1.4.3.

[277] *"Quanto a isso, deve-se dizer que a expressão 'deontológico' refere-se em primeiro lugar apenas a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Normas ou são válidas ou inválidas, enquanto valores concorrem pela primazia em relação a outros valores e precisam ser situados caso a caso em uma ordem transitiva"* (HABERMAS, 2007, p. 368).

[278] Nesse sentido, é clara a adesão de Habermas à tese da dualidade discursiva de Günther. Para mais detalhes, vide (HABERMAS, 2003, p. 144/270-271). Trataremos em detalhes dessa questão no próximo capítulo.

que o intérprete, e principalmente, o contexto, não influem nos sentidos da lei[279]. Com Dworkin, podemos dizer que:

[279] De fato, não há como pretender alcançar as supostas *vontades da lei e do legislador*. Esse tipo de busca desconsidera mesmo a complexidade dos processos hermenêutico e legislativo, além de incutir no intérprete a sensação de que ele possa, no primeiro caso, extrair um *sentido puro* de um objeto, tão ao gosto da Filosofia da Consciência (S – O), ou, no segundo caso, como 'um mágico que tira um coelho de sua cartola', investigar a 'intenção' que o legislador tinha em mente quando votou um determinado projeto de lei. Ambos os intentos são metafísicos. Bem diferente, conforme nos explicou Cruz, é o recurso à interpretação genética. Não que esse seja um método desprovido de falhas, capaz, por si só, de desvelar completamente a melhor interpretação de um texto normativo. Assim como todos os métodos clássicos, ele possui uma serventia limitada, cambiando, ainda, de acordo com as pré-compreensões e o tipo de investigação daquele que *o-tem-à-mão*. Em todo caso, ele pode auxiliar os intérpretes a reconstruir os argumentos delineados em discursos de fundamentação, na tentativa de aferir a *legitimidade in concreto* e a adequação da norma em discursos de aplicação. Um bom exemplo dessa *estratégia* pode ser encontrada em Oliveira (1998b), mais especificamente, em um estudo específico sobre as *Injunctions* anglo-americanas e a origem do Mandado de Injunção. Nele, dentre outras coisas, Oliveira explora as diversas sugestões de norma constitucional apresentadas para a criação do Mandado de Injunção, durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88. Nessa parte de sua pesquisa, ele constata que o Mandado de Injunção teria surgido a partir da necessidade de elaborar-se uma garantia constitucional processual para a defesa do direito à saúde, alargando-se, após as diversas emendas, para a proteção de todos os direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A tese defendida por Oliveira é a de que: *" [...] a reconstrução do processo de justificação das normas constitucionais configuradoras do Mandado de Injunção pode ter um papel esclarecedor, assim como as investigações no Direito estrangeiro, na medida em que se investigou acerca da própria formação de um instituto novo no Direito Constitucional Brasileiro. As conclusões de tal investigação podem, em termos paradigmáticos, servir de norte para a interpretação e aplicação do Mandado de Injunção, principalmente como contra-argumentos a posições como a adotada pelo Supremo Tribunal Constitucional que, reduzindo, praticamente, os efeitos do Mandado de Injunção (MI) aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADIO), desconhece o processo de criação das normas constitucionais configuradoras daquele, bem como a sua correspondência, no nível do Direito Comparado, a outros institutos, tal como a injunction anglo-americana, que teria influenciado esse processo, como vimos" "* (OLIVEIRA, 1998b, p. 222 –). Na época da pesquisa de Oliveira, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia revisto sua posição majoritária em relação ao Mandado de Injunção, como acabou por fazer recentemente nos Mandados de Injunção 610/ES, 708/PB, 712/DF e 721/DF, relativos ao direito de greve dos servidores públicos.Em todo caso, a proposta de Oliveira, mostrava-se absolutamente coerente como fonte de crítica da interpretação majoritária então adotada pelo Supremo. Isso nos leva a reconhecer a serventia da interpretação genética na tentativa de reconstrução dos argumentos delineados em discursos de fundamentação/justificação, na busca pela fundamentação legítima das decisões proferidas em discursos de aplicação. Em todo caso, é importante ter em mente que a análise do Direito não pode ficar refém apenas de reconstruções históricas, devendo levá-las em conta, mas ser suficientemente reflexiva em relação aos seus resultados. Essa reflexividade demanda, inclusive, a superação de leituras passadas, visto que, como já dissemos, o Direito está em constante construção. Só devemos estar atentos para que nossas releituras não extrapolem os limites dos discursos de aplicação do Direito. Com isso, não estamos a propugnar uma gradação de métodos, e é bom que deixemos isso bem claro. A reconstrução possibilitada pela interpretação genética é também passível de críticas, assim como aquelas que advêm dos outros métodos de interpretação. Todos eles estão impregnados por nossas pré-compreensões, pelo que as leituras que fazemos com base nos mesmos é falível – porquanto, aliás, essa é uma condição antropológica da existência humana. Para mais detalhes sobre a alteração da posição majoritária do Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção, vide (DUARTE; RIBEIRO, 2008). O que acabamos de dizer já fora dito por Dworkin, no contexto norteamericano: "*O ponto de vista de Hércules não exige tal estrutura[a busca pela vontade do legislador]. Ele entende a idéia do propósito ou da intenção de uma lei não como uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como o resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa como resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei. Ele anota as declarações que os legisladores fizeram no processo de aprová-la, mas trata-as como eventos políticos importantes em si próprios, não como evidência de qualquer estado de espírito por detrás delas. Assim, não tem nenhuma necessidade de precisar pontos de vista sobre o estado de espírito dos legisladores, ou que estados de espírito são esses, ou como ele fundiria todos em algum superestado de espírito da própria lei. Tampouco supõe um momento canônico de discurso para o qual sua pesquisa histórica se dirige; a história que ele interpreta começa antes que a lei seja aprovada e continua*

> Quando um amigo diz algo, podemos perguntar: 'O que ele quis dizer com isso?', e pensar que nossa resposta a essa pergunta descreve algo a respeito de seu estado de espírito quando ele falou, alguma idéia que queria nos comunicar ao falar do modo como o fez. Wittgenstein e outros filósofos alertam-nos contra a má interpretação grosseira dessa imagem. Ter um pensamento e escolher palavras para representá-lo não são duas atividades distintas. Tampouco as pessoas são livres para expressar o que querem através das palavras que utilizam, de modo que a pergunta 'O que ele quis dizer com isso?' não indaga somente o que ele tinha em mente quando falou. Mas a imagem serve bastante bem como uma descrição tosca de como concebemos o problema de entender alguém que se expressou de maneira ambígua, e a teoria da intenção do locutor propõe que utilizemos a mesma imagem para a legislação ambígua ou obscura. [...]
> **É bastante difícil descobrir as intenções de amigos e colegas, de adversários e amantes. De que modo ele [Hermes[280]] pode ter esperanças de descobrir a intenção de estranhos pertencentes a uma outra época, que podem estar todos mortos? Como pode ter certeza de que haviam quaisquer intenções proveitosas a serem descobertas?** Os governantes de Nova York que adotaram a lei sobre testamentos talvez nunca tenham previsto o caso de um herdeiro assassino; é bem possível que muitos senadores e congressistas nunca tenham pensado no problema de pequenos peixes e barragens quase terminadas (1999, p. 379-380/382).

Aliás, mesmo os conceitos de *lacuna* e *antinomia* precisam ser revistos, uma vez que, à luz da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, as pretensões de integralidade e coerência sistêmicas passam a ser buscadas a partir da (e com a) interpretação – no sentido hermenêutico que já antes ressaltamos – e não mais a partir de métodos *a priori*.

Quanto às teses '2', '3', e '4', a questão é um pouco mais complexa. Em certa medida, não há como alegar '3' e '4' sem subentender '2'. Em regra, a tese da discricionariedade judicial, defendida pela grande maioria dos positivistas contemporâneos parte do pressuposto de que existam casos complexos (3), que não estão previamente decididos por regras, em que o juiz é livre para decidir, não estando vinculado a nenhuma norma, nem a uma pretensa resposta correta (4). A exceção fica por conta da insistência de alguns autores em discordar de '2' e '4', mas continuar a apostar na existência de casos fáceis (simples) e difíceis (complexos). A objeção tanto à regra quanto à exceção, neste caso, segue na linha das seguintes indagações: quando é que, independentemente do *mundo da vida* daquele(s) que interpreta(m), o caso se lhe apresenta desde já como simples? Quando é que se torna possível desconsiderar as contingências de um caso, em vista da alta densidade das 'normas' que lhe permeiam? Se um caso se apresenta como um caso simples, isso não indica que ele, nalgum outro tempo, já tenha sido um caso complexo? O que é complexo para um, é necessariamente

---

até o momento em que deve decidir o que ela agora declara" (1999, p. 380). Mais uma vez, não podemos deixar de agradecer a Cruz, por haver chamado nossa a atenção para esse ponto.

[280] *"Vou agora imaginar um outro juiz, Hermes, que é quase tão arguto quanto Hércules e igualmente tão paciente, e também aceite o direito como integridade como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação. Acredita que a legislação é comunicação, que deve aplicar as leis descobrindo a vontade comunicativa dos legisladores, aquilo que eles estavam tentando dizer quando votaram a favor da lei das Espécies Ameaçadas, por exemplo"* (DWORKIN, 1999, p. 382).

complexo para outro? Não há um Direito Fundamental que vincule o juiz a buscar a resposta mais adequada para cada caso? E essa resposta, ainda que permanentemente passível de crítica, não é a correta para a solução do caso? Essas indagações demonstram claramente a dramaticidade da questão. No próximo capítulo, após analisar detidamente algumas das teses mais relevantes acerca do tema, aprofundaremos nossa abordagem em relação à '2', '3' e '4'.

Por ora, apenas ressaltamos que, se seguidos forem os padrões positivistas, clássicos ou contemporâneos, perdida estará a pretensão do Direito de promover a inclusão social. Ademais, cegados estarão os seus aplicadores acerca da mera *previsibilidade*, e nunca certeza absoluta, que aflui dos textos normativos produzidos em discursos de fundamentação ou negociações parlamentares. A função de estabilização de condutas, por certo, continua a existir. Mas ela é 'relativizada' ante as contingências decorrentes da linguagem que permeia a construção e concretização do Direito. Como se não bastasse tudo isso, se seguirmos os padrões positivistas, seremos fadados a retroagir à mera validade formal, olvidando a pretensão de legitimidade das normas.

No tocante à aplicação dos Direitos Fundamentais, voltaremos à mera argumentação da validade formal, com o que, aí sim, os discursos esvaziar-se-ão em termos de conteúdo. Em relação à argumentação manejada especificamente para a aplicação do Direito à saúde, seremos fadados a aceitar tanto a simples menção a uma série de portarias e resoluções editadas pelo Ministério da Saúde – regulamentadoras de medicamentos e regramentos acerca da amplitude e da cobertura de tratamentos garantidos pelo SUS, para ficar em dois exemplos – para a fundamentação da decisão, quanto a desconsideração total desses padrões. Em outras palavras, seremos obrigados a admitir que não exista mesmo uma forma de controle da validade (legitimidade) dessas decisões, sobretudo por anuirmos à premissa da discricionariedade. Por outro lado, no tocante à complexa questão da assistência privada da saúde, regulamentada pela lei 9.656/98 e por uma série de resoluções da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar –, seremos obrigados a aturar desde uma aplicação meramente subsuntiva até uma total desconsideração dessas normas no caso concreto, por declaração de inconstitucionalidade difusa, e isso com base em argumentos que tão somente reproduzam os textos dos artigos 196, 6º e, quem sabe 5º, §1º, todos da Constituição da República de 1988[281].

Talvez alguns *juspositivistas* contemporâneos pudessem até se opor à validade de nossas assertivas. Mas a essas objeções, apenas apresentaríamos a seguinte indagação: quando é que as teses positivistas, salvo as *inclusivistas*, disseram o contrário? E mais: quando é que

[281] Ainda trataremos essa questão, com muito mais detalhamento, nos capítulos quinto e sexto.

uma abordagem meramente descritiva, como aquela defendida pelos positivistas teria dito que a aplicação do Direito não deveria seguir esse traçado – assumindo, assim, um caráter normativo? Se estivermos corretos em nosso julgamento, poderemos sustentar que a menção a essas questões, em regra, pretendeu seguir nos trabalhos positivistas o traçado meramente descritivo, como em Kelsen, Hart, Bobbio, Raz, MacCormick e Dimoulis, por exemplo. Quando muito, poderemos aduzir que, em alguns casos, houve uma incitação à aplicação de métodos *a priori* para a solução de antinomias e lacunas normativas, como em Bobbio e Dimoulis. Mesmo assim, todas essas abordagens foram pobres no tocante aos Direitos Fundamentais.

Ao contrário das abordagens positivistas, nossa concepção pós-positivista pretende voltar os olhos para a complexidade que permeia essas questões. No tocante ao Direito Fundamental à saúde, por exemplo, ela vê a possibilidade de questionar a validade (legitimidade) das portarias e resoluções editadas pelo Ministério da Saúde, pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – e pela ANS, sobretudo por vislumbrar como condição da validade dessas normas muito mais que a simples vigência. Ela busca depurar a legitimidade dos argumentos que pretenderam fundamentar a validade da norma, e isso com base no *locus hermenêutico* que representa a Constituição da República. Não há uma simples comparação de textos, mas uma aplicação concretista, que considera o processo hermenêutico de *idas e vindas*, bem como as contingências de cada caso, além das argumentações manejadas pelas partes. O pedido de afastamento da ‘regra’ decorrente de uma portaria, por exemplo, demanda uma análise da validade da pretensão, não por confundir Direitos com interesses, mas por vislumbrar a realidade de que, nem sempre, existe Direito. Mas a validade dessa pretensão só pode ser aferida argumentativamente, e sempre à luz de um caso específico, sob pena de uma recaída nos pressupostos da justiça convencional.

Por tudo isso, não há como negar a falência das concepções positivistas e a sua inconsistência para o trato das questões relativas à aplicação de Direitos Fundamentais.

4 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA ALTERNATIVA À APLICAÇÃO AXIOLOGIXANTE DO DIREITO PAUTADA NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No capítulo anterior, após investigar algumas das principais vertentes de positivismo jurídico desenvolvidas desde o século XIX até o XXI, e, em seguida, apresentar seus respectivos problemas ante os ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, tentamos delinear uma abordagem *pós-positivista* do Direito, assentada na complementaridade entre filosofia e ciência.

Na oportunidade, ressaltamos que nossa concepção precisava ser complementada por uma análise mais aprofundada da situação de aplicação das normas jurídicas, especialmente, no tocante aos Direitos Humanos Fundamentais. A seguir, faremos incursões nas teorias de Dworkin, Alexy, Günther, Habermas, Cruz, Müller, Holmes e Sunstein e, finalmente, Neves, para, então, apresentar um prognóstico da situação atual dos discursos relativos à aplicação dos Direitos Humanos Fundamentais. É o que passamos a perseguir.

4.1 O ineditismo da abordagem de Ronald Dworkin: uma proposta de distinção entre princípios e regras, sua revisão tardia e algumas críticas à tese do poder discricionário em sentido forte

Não há como desenvolver uma abordagem completamente *pós-positivista* do Direito sem passar por Ronald Dworkin. Sua tese representa, indubitavelmente, um divisor de águas em relação ao positivismo jurídico, principalmente no que se refere à fundamentação e à aplicação do Direito.

Conquanto recentemente tenha afirmado que sua implicância era contra o positivismo doutrinário, e não taxonômico[282], em 1967, num artigo publicado sob o título *O Modelo de regras I*, Dworkin distinguiu os princípios das regras a partir do modo de aplicação supostamente peculiar de um em relação ao outro. Assim, nos dizeres de Cruz (2007), ele deu os primeiros contributos para a gradativa perda de espaço das propostas de distinção entre princípios e regras com base na aparente generalidade dos primeiros, ou na suposta

[282] Referimo-nos à obra *A Jutiça de Toga* (2006), publicada no Brasil em 2010.

proeminência destas em relação àqueles, ou, mais tarde, dos primeiros em relação às últimas[283].

Segundo Dworkin, as regras aplicar-se-iam de acordo com o esquema do *tudo ou nada*[284]. Isso significa que as antinomias normativas manifestas por duas regras contraditórias solver-se-iam a partir da declaração de invalidade de uma delas. Exceções à aplicação da uma regra poderiam até ser previstas, mas, nesse caso, a própria menção à aludida regra deveria reportar-se à ressalva aplicativa (DWORKIN, 2007, p. 39-40).

Os princípios, por sua vez, não entrariam em contradição no plano da validade. Eles concorreriam entre si pela aplicação numa situação específica, mas da prevalência de um sobre o outro não resultaria a declaração de invalidade do princípio vencido. Em verdade, a dimensão de peso de cada princípio, definida pelas especificidades de cada caso, é que seria determinante para a solução do concurso normativo. O afastamento de um princípio, no entanto, não implicaria a impossibilidade de este vir a ser, em outros casos, o padrão adequado para *a decisão correta*[285] da situação:

> Um princípio como 'Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos' não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita [de] uma decisão particular (sic). Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, **nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio**

[283] Para mais detalhes, vide tópico 4.5.1.

[284] *"A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.* ***As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão****"* (DWORKIN, 2007, p. 39 – grifo nosso).

[285] *"O mito de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.* [...] *No sistema atual, aspiramos que uma decisão judicial seja uma questão de princípio. Isto não pode ser completamente realizado, pois todos nós achamos que os juízes, às vezes, e talvez com freqüência, apresentam argumentos de princípio equivocados. Mas saímos ganhando mesmo com a tentativa. Os cidadãos são encorajados a supor que todos têm direitos e deveres perante os outros cidadãos e perante o governo, mesmo que tais direitos e deveres não sejam claramente estabelecidos. Por conseguinte, são encorajados a elaborar e testar hipóteses sobre o que são tais direitos, a se relacionar e a exigir que sejam tratados pelo Estado, segundo o pressuposto benéfico e unificador de que a justiça é sempre importante para reivindicações mesmo quando não esteja claro o que a justiça requer. Os tribunais participam desses processos dando, às vezes, a oportunidade de se discutirem tais questões controversas que envolvem a justiça, oferecendo uma liderança cujo poder é, de direito, qualificado pela força do argumento que pode impor"* (DWORKIN, 2007, p. 446/518)

> **particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como (se fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção**.
> [...]
> Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. **Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância.** Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. **Essa não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.** Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão (DWORKIN, 2007, p.39-43 – grifo nosso).

Neste mesmo artigo, Dworkin ainda viria a sofisticar a sua teoria ao afirmar que as normas ora poderiam ser aplicadas como princípios, ora como regras (2007, p. 44-45).

Cinco anos após a publicação dessas considerações, nosso autor publicaria outro artigo, desta feita intitulado *O Modelo de Regras II*, a fim de responder a diversas críticas a ele dirigidas, sobretudo por Joseph Raz. De fato, neste artigo Dworkin redirecionaria o seu 'alvo' para, primeiramente, combater a validade da *regra de reconhecimento* de Hart e uma versão de *apoio institucional* apresentada por Sartorius. Neste ponto, aliás, ele já começaria a discutir a validade da tese positivista – contemporânea – segundo a qual, no julgamento dos casos difícieis, os juízes não teriam qualquer parâmetro jurídico que pudesse balizar-lhes a decisão (DWORKIN, 2007, p. 108 *et. seq.*).

Deixando momentaneamente de lado essa última questão, à qual retornaremos ainda neste tópico, é importante dizer que, em 1972, Dworkin não descartaria a sua distinção entre princípios e regras. Antes, afirmaria textualmente que continuaria a pensar que sua distinção taxonômica seria ao mesmo tempo genuína e importante[286]. Por isso mesmo, ele passaria a defendê-la, sobretudo contra as objeções à época lançadas por Raz[287]. Assim, contra a objeção no sentido de que também as regras exigiriam, no momento de sua aplicação, uma análise reflexiva idêntica à proposta para os princípios, Dworkin viria a dizer que este não seria

---

[286] *"Portanto, se eu não conseguir formular com sucesso minha distinção entre princípios e regras, disso não se seguirá, de modo algum, que meu argumento geral contra o positivismo se veja solapado. Não obstante, continuo a pensar que a distinção que estabeleci entre regras e princípios é, ao mesmo tempo, genuína e importante e eu gostaria de defendê-la. [...] A distinção entre regras e princípios permanece intocada"* (DWORKIN, 2007, p. 113/120).

[287] *"A principal objeção de Raz à minha distinção* [entre princípios e regras] *pode ser formulada da seguinte maneira. Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como 'válido'. Raz deseja argumentar que não são apenas os princípios que entram em conflito entre si dessa maneira, mas também as regras, e acredita que essa fato solapa a distinção que estabeleci"* (DWORKIN, 2007, p. 114).

verdadeiramente o caso, porquanto na situação descrita por Raz estar-se-ia, em verdade, diante de uma questão moral, e, portanto, de princípios, e não perante uma questão de regras (DWORKIN, 2007, p. 114-115).

Mas se esse é verdadeiramente o caso, muito nos admira que, quase quarenta anos depois da publicação dos aludidos trabalhos, nosso autor simplesmente afirme que, desde 1972, abandonara a malfadada distinção[288]:

> Temo que boa parte do que afirmei num artigo publicado em 1967 tenha estimulado a interpretação que Shapiro deu à minha argumentação. Sua interpretação, porém, é incorreta, **como demonstrei num artigo publicado em 1972.** Referindo-me ao artigo de 1967, afirmei: **'Nunca tive a intenção de dizer que 'o direito' contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras, e outros princípios. Na verdade, quero contrapor-me à ideia de que 'o direito' seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie.** Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força de princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empreendam ferquentemente proposições que devem ser entendidas desssa maneira'. **Em outras palavras, meu alvo era o positivismo doutrinário, não o taxonômico.** Apresentei o argumento doutrinário de que não podemos entender a argumentação e a controvérsia jurídicas exceto a partir do pressuposto de que as condilões de veracidade das proposições de direito incluem considerações morais. **Não pretendi apresentar, afirmei, o argumento taxonômico falacioso de que tudo que fizer parte dessas condições de veracidade deve ser considerado como pertencente a um conjunto distinto de regras ou princípios que chamei jurídicos.** De lá para cá, creio que meus textos sobre o positivismo deixaram claro qual é o meu alvo' (DWORKIN, 2010, p. 330-331 – grifo nosso).

Ainda que estejamos de acordo com essa nova posição defendida pelo jusfilósofo norteamericano, como ainda teremos a oportunidade de demonstrar, colocamos 'em cheque' a sua sinceridade intelectual quanto à antiguidade da mudança. Neste particular, contra muitos que dizem sempre haver defendido essa leitura das obras de Dworkin, estamos com Cruz. Quanto ao mais, apenas aguardamos a posição daqueles que sempre defenderam a aludida dicotomia como essencial a uma abordagem pós-positivista do Direito. Assumirão eles a mesma postura de Dworkin para dizer que 'corrigiram-se rapidamente'[289], ou serão um tanto

---

[288] Na versão inicial de nossa dissertação, depositada na secretaria do programa de Pós-gradução em Direito da Pucminas, essa questão não estava tratada no trabalho. Tomamos conhecimento do assunto dias antes de nossa defesa, em conversa com Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Na oportunidade, nosso orientador estava a adequar sua mais recente obra, ainda não publicada, a fim de agregar o assunto. Esse é mais um motivo pelo qual a ele devemos nossos sinceros agradecimentos.

[289] *"Devemos também fazer distinção entre o conceito doutrinário e um conceito diferente usado principalmente por alguns filósofos do direito. Este é conceito* ***taxonômico*** *do Direito: supõe que qualquer comunidade política onde exista o direito no sentido sociológico também dispõe de um conjunto distinto de regras e de outros tipos de padrões que são jurídicos por oposição a outros padrões morais, costumeiros ou de outra natureza. Os filósofos do direito usam esse conceito taxonômico quando perguntam se certos princípios morais são também princípios jurídicos. A ideia do direito como um conjunto de padrões distintos que, em princípio, poderíamos tipificar e contar, parece-me uma elaboração ficcional escolástica. [...] Posso ter*

mais demagógicos, a ponto de sustentar que sempre suspeitaram da (in)validade da aludida distinção? Só o tempo dirá...

Feitas essas considerações, podemos passar à análise dworkiana acerca da tese do poder discricionário.

Aos olhos de nosso autor, o recurso aos princípios, como padrões obrigatórios que deveriam ser levados em conta pelos juízes em suas decisões, contribuiria para o afastamento da tese positivista – contemporânea – do poder discricionário em sentido forte. Para justificar essa assertiva, primeiramente ele distinguiu três concepções de poder discricionário, duas em *sentido fraco*, e uma em *sentido forte*.

Em *sentido fraco*, o poder discricionário indicaria a imprescindibilidade de reflexão quando do uso de padrões norteadores de uma decisão (a), ou 'liberdade vinculada' que determinados funcionários públicos possuiriam, em vista de sua competência e autoridade, para tomar decisões em última instância, as quais, *interna corporis*, não poderiam mais ser revistas ou canceladas por outros funcionários (b). Se fosse empregado nos sentidos (a) ou (b), o poder discricionário deveria ser entendido como um poder de decisão *com um parâmetro limitador*. Já no sentido forte, o poder discricionário seria empregado para dizer que, em certos assuntos, a autoridade competente não estaria limitada por quaisquer padrões para tomar a sua decisão (DWORKIN, 2007, p. 51-52).

Para Dworkin, *princípios*, *policies* e *outros padrões diferentes das regras*, deveriam ser entendidos como padrões, isto é, parâmetros limitadores que norteariam as decisões administrativas, judiciais e legislativas, assim como as regras. Por isso, não haveria como defender a existência de um poder discricionário em sentido forte.

O interessante é que nessa época, muitas vezes nosso autor optou por empregar o termo *princípio* para indicar todo o conjunto de padrões diferentes das regras[290]. Assim o conceito de *princípio* não poucas vezes englobou tanto os *princípios propriamente ditos*, como as *policies*[291] e outros tipos de padrões. A despeito disso, já nesse ensaio, Dworkin

---

contribuído para a difusão do equívoco. Em um ensaio anterior, afirmei que 'o direito' não contém apenas regras, mas também certos princípios. [...] ***Corrigi-me rapidamente, porém****"* (DWORKIN, 2010, p. 8/372 – grifo nosso).

[290] *"Acabei de mencionar princípios, políticas e outros tipos de padrões. Com muita freqüência, utilizarei o termo 'princípio' de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas"* (DWORKIN, 2007, p. 36).

[291] Apenas a título de esclarecimento, é importante dizer que, na língua inglesa, o termo *policy* pode assumir dois significados básicos: *"a) a way of doing something that has been officially agreed and chosen by a political party, business, or other organization"* e *"b) a particular principal that you believe in and that influences the way you behave."* (LONGMAN DICTIONARY OF CONTEMPORARY, 2003, p. 1264).

esclareceu as diferenças básicas entre aquilo que entendia como *princípios* propriamente ditos e aquilo que designava por *policies*.

Ele chamou de *princípio* aquele padrão que deveria ser observado não por promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas por ser "*uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade"*. Por sua vez, chamou de *policy* "*aquele tipo de padrão que* [estabeleceria] *um objetivo a ser alcançado, em geral a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade"* (DWORKIN, 2007, p. 36).

Posteriormente, nosso autor aprofundou as diferenças entre argumentos fundados em princípios e em políticas (*policies*), a fim de, ao final, fixar uma distinção razoável entre legislação e jurisdição. Isso o capacitou a combater ainda com mais veemência a tese do poder discricionário em sentido forte no âmbito das decisões judiciais. No próximo tópico, pretendemos analisar mais detidamente essas duas questões.

4.1.1 Os argumentos de princípio e de policy, a exigência de igual consideração e respeito e a tese da integridade do Direito: aprofundando as críticas ao poder discricionário em sentido forte

No tópico anterior, ficou claramente explicado o porquê de Dworkin rechaçar a tese do poder discricionário em sentido forte. Agora, pretendemos investigar com mais cuidado a sua proposta de distinção entre argumentos de princípio e de política (*policy*), a sua tese da *integridade do Direito* e as suas considerações acerca das exigências constitucionais no âmbito das decisões judiciais.

Para começar, é oportuno dizer que, segundo nosso autor, mesmo quando não houvesse uma regra previamente estabelecida para a decisão do caso, o juiz possuiria o dever de descobrir qual das partes do processo estaria com a razão. Isso significa que, mesmo nos casos ditos difíceis, haveria uma única *resposta correta* para a questão, cujos juízes possuiriam o dever de perseguir.

Não haveria uma metodologia *a priori* – no sentido de um procedimento mecânico – que auxiliaria os aplicadores a descobrir quais seriam os direitos das partes. Mas uma vez que os juízes optassem por pautar as suas decisões em argumentos fundados em princípios, ainda que inovassem em relação ao texto legal, não estariam a legislar. Na concepção de Dworkin, argumentos fundados em princípios não implicariam a criação e aplicação retroativa de direitos 'novos' às partes.

Foi na tentativa de justificar essa tese que ele estabeleceu a distinção entre argumentos de princípio e de *policy* (política):

> **Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que uma decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.** O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. **Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.** O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio (DWORKIN, 2007, p. 129 – grifo nosso).

Aos olhos de Dworkin (2007, p. 132), qualquer programa legislativo minimamente complexo exigiria, em regra, os dois argumentos. No entanto, aos juízes seria legítimo pautar-se apenas em argumentos de princípio, mas não em argumentos de *policy*.

Os argumentos de princípio, com base em sua concepção, seriam aqueles destinados a estabelecer *um direito individual*, ao passo que os argumentos de *policy* destinar-se-iam a estabelecer um objetivo coletivo (meta[292]). Os princípios seriam proposições que descreveriam direitos, enquanto as políticas afirmar-se-iam como proposições que descreveriam objetivos. Exatamente por prescrever *direitos*, isto é, *objetivos políticos individualizados*, os princípios gozariam de certo peso contra as metas coletivas em geral. Por serem *trunfos*, eles só poderiam ser limitados por outros princípios ou por metas coletivas de urgência especial (DWORKIN, 2007, p. 141).

Para nosso autor, se as decisões judiciais seguissem um traçado argumentativo pautado em princípios e, ainda, mantivessem a coerência entre a interpretação atribuída ao caso em relação à integralidade dos princípios de uma comunidade, tornar-se-iam imunes mesmo às críticas de que, em extrapolando os limites legais, estariam a violar o princípio da legalidade (a) e a subverter-se em atividade legislativa, para cujo exercício os juízes não seriam legítimos (b).

Em sua ótica, essas objeções, comumente lançadas contra a *originalidade judicial* em nome da Democracia, seriam certeiras em relações a decisões judiciais pautadas em argumentos de política, mas não afetariam aquelas que fossem geradas por princípios. E a razão era muito simples: se surpreendessem os afetados, decisões pautadas em argumentos de princípio o fariam de uma forma que não seria ofensiva ao princípio da legalidade, sobretudo porque, declarando direitos já existentes em favor de uma parte, apenas afirmariam um dever

[292] Para nosso autor, uma meta nada mais era que um objetivo político não-individualizado, *"isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados"* (DWORKIN, 2007, p. 143).

correlato, igualmente existente desde sempre, por parte do vencido (a); argumentos de princípio destinar-se-iam a estipular "*alguma vantagem apresentada por quem* [reivindicasse] *o direito que o argumento* [descrevesse]*",* e não a justificar objetivos coletivos sujeitos à pressão da maioria – pelo que não seriam capazes de subverter uma decisão judicial em legislação anômala (b) (DWORKIN, 2007, p. 134-135).

Esclarecida sua concepção, nosso autor passou a analisar como um juiz idealizado, que recebeu o nome de Hércules, enfrentaria os casos difíceis. Para ele, apenas esse juiz com poderes sobrenaturais conseguiria analisar com perfeição os casos difíceis, pautando sua reflexão em um projeto interpretativo holístico, sem se deixar levar por argumentos ilegítimos.

O juízo reflexivo de Hércules, segundo Dworkin, partiria de uma teoria política completa que possibilitasse o julgamento de qual interpretação apresentada no caso seria mais compatível com a Constituição. Isso demandaria um conhecimento integral das leis promulgadas[293], bem como de todos os precedentes eventualmente parelhos ao caso a se julgar. Esses precedentes exerceriam sobre o caso a ser julgado uma *força gravitacional*, que demandaria a consideração do texto extraído do(s) voto(s) que os tivessem originado, mas, também e principalmente, de todos os argumentos e fatos que para sua gênese tivessem contribuído. Apenas a partir daí, Hércules poderia aferir se um precedente serviria de base para fundamentação do caso difícil, ou não[294].

A teoria política elaborada por Hércules também deveria englobar uma teoria dos erros de interpretação dos precedentes, bem como uma justificação que levasse em conta os erros anteriormente identificados. Também esses fatores deveriam ser levados em conta por esse juiz com poderes sobrenaturais no julgamento dos casos difíceis.

Finalmente, Hércules não levaria em consideração, na solução do caso concreto, apenas as suas convicções pessoais, estando, ainda, submetido à moralidade popular, porquanto esta, em geral, fundamentaria o Direito. No entanto, deveria julgar em descompasso com essa moralidade sempre que, da análise das decisões passadas e de sua adequação ao caso difícil, não conseguisse depreender um princípio liberal forte o bastante

---

[293] *"Os termos da lei efetivamente promulgada pelo poder legislativo permitem que este processo de interpretação opere sem incorrer em qualquer absurdo; permitem que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido essa política até o ponto ulterior indeterminado, além desse limite"* (DWORKIN, 2007, p.171).

[294] *"Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão dos casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões"*(DWORKIN, 2007, p. 177).

para confirmá-la. Essa última assertiva indicava a adesão de Dworkin (2007, p. 196-197), ao menos nessa época, aos padrões da moralidade pós-convencional. Em todo caso, essa adesão foi meramente pontual, sendo rompida com a tese da integridade do Direito.

Todo esse complexo projeto de interpretação holística e reflexiva foi reforçado a partir da construção da *tese da integridade do Direito*. Nela, Dworkin comparou os juízes a autores e críticos literários para, então, sustentar que tal como os dois últimos, os primeiros estivessem imbuídos em um projeto de construção coletiva de um romance. Para exemplificar esse projeto, designado como um "romance em cadeia", nosso autor utilizou-se da seguinte metáfora:

> Em tal projeto, cada romancista escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 276).

Basicamente, *a tese da integridade do direito* exigia dos juízes a consideração das decisões passadas, mas não uma vinculação estrita aos argumentos nelas delineadas. Ela partia do pressuposto inequívoco de que outros juízes já tivessem decidido casos que, apesar de não serem exatamente iguais, tratariam de problemas afins aos enfrentados pelos casos presentes. Essas decisões passadas deveriam, segundo a teoria da integridade, ser consideradas pelos juízes dos casos presentes como uma parte da longa história que estes estariam compelidos a interpretar e continuar. Nesse complexo processo de olhar para trás e para frente, os juízes deveriam buscar manter uma coerência com os argumentos passados, desde que isso não violasse, do ponto de vista da moral política, as suas opiniões acerca do melhor andamento a ser dado à história em questão (1999, p. 286).

Esta tese ampliou a exigência de que a argumentação principiológica nas decisões judiciais manifestasse a igual consideração e respeito por todos os cidadãos, bem como a coerência na aplicação[295]. Isso porque, se antes a busca por essa coerência caracterizava apenas um direito do demandante (porquanto o Direito não possuía a característica da integridade), agora, isto é, a partir da publicação da obra *O Império do Direito*, a integridade passava a ser uma característica inerente ao Direito.

É nítida, nesse sentido, a reformulação parcial daquilo que, anteriormente, havia sido dito em *Levando os Direitos a sério.* Se lá (1977), o Direito não podia ser entendido como

[295] Nesse sentido, vide (DWORKIN, 2007, p. 138-139).

uma peça inteiriça, isto é, como uma rede de princípios que, ao final, constituíam uma trama inconsútil, agora (1986), a opinião de Dworkin havia mudado:

> O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que **o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Este estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios** (DWORKIN, 1999, p. 291 – grifo nosso).

Exatamente por constituir-se de um conjunto coerente de princípios, *o próprio Direito* exigiria que casos semelhantes fossem julgados com base nos mesmos critérios. E mais, exigiria um tratamento igual em respeito e consideração para além da simples aplicação do Direito[296]. A diferença consistia em que, enquanto os legisladores podiam criar ou recriar direitos com base em argumentos de *policy* – que justificassem a igual consideração e respeito de todos os cidadãos na medida em que comprovassem que os objetivos traçados contribuiriam para o bem-estar geral da comunidade[297] – os juízes apenas cumpririam essa exigência de tratamento isonômico se pautassem suas decisões em argumentos de *princípio*, os quais comprovassem o igual tratamento de casos semelhantes[298]. Aos olhos de nosso autor, essa proposta originalmente pensada para o tratamento dos casos difíceis aplicar-se-ia igualmente bem para os casos fáceis.

Em verdade, em sua concepção a dicotomia casos fáceis e difíceis nem sequer seria tão fundamental assim. Aos seus olhos, ainda que nem todos os casos demandassem uma análise reflexiva no estilo daquela proposta por Hércules, isto não inviabilizaria que outras pessoas, com pré-compreensões diversas das majoritariamente aceitas para esses casos, problematizassem-lhes o julgamento exatamente por não considerá-los tão simples assim:

---

[296] Nesse sentido, vide (DWORKIN, 1999, p. 291-293). Para mais detalhes acerca dessa exigência (de que o governo trate seus cidadãos com igual consideração e respeito) no âmbito do Executivo e do Legislativo, sugerimos a leitura de *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade* (2000) (Tradução para o português 2005) e de *Is Democracy possible here? Principles for a new political debate* (2006) (sem tradução para o português). Ainda voltaremos a esse debate tanto neste capítulo, quanto no capítulo 5 desta dissertação.

[297] *"Um legislativo não precisa de razões de princípio para justificar as regras que aprova sobre o ato de dirigir carros, aí incluídas as regras sobre indenização por acidentes, ainda que essas regras venham a criar direitos e deveres para o futuro que serão então impostos pela ameaça coercitiva. Uma legislatura pode justificar suas decisões de criar novos direitos para o futuro ao mostrar de que modo estes vão contribuir, como boa política, para o bem-estar do conjunto da comunidade.* [...] *O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores"* (DWORKIN, 1999, p. 292).

[298] *"Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o 'common law' com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais 'novos' que eles aplicaram na época em que as essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado"* (DWORKIN, 1999, p. 292-293).

"questões consideradas fáceis durante um certo período tornam-se difíceis antes de se tornarem novamente fáceis – com as respostas opostas" (DWORKIN, 1999, p. 424)[299].

4.1.2 Os casos constitucionais: os Direitos Fundamentais (Ground or Political Rights) e o combate ao ativismo e ao passivismo judiciais na concepção dworkiana

Uma vez esclarecidas todas as questões anteriores, é possível abordar com maior grau de detalhamento a concepção dworkiana relativa aos *Ground rights* ou *Political rights* (1) e ao ativismo e passivismo (ou moderalismo) judiciais (2). Esses dois temas, até onde sabemos, foram tratados por nosso autor tanto na obra *Levando os Direitos a sério*, quanto nas obras *O Império do Direito* e *Is Democracy Possible Here* (2006).

Se começarmos por (1), veremos que, para Dworkin, os *ground* ou *political rights* possuem uma força e uma função especial: eles são entendidos como Direitos contra o Estado, limitadores do exercício irrestrito da soberania popular. São *Direitos morais individuais* reconhecidos e protegidos pela Constituição norteamericana, em especial, pela *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), expressos na forma de *princípios*. São *objetivos políticos individualizados* que operaram como *trunfos* em relação a certos tipos de decisão manejada pela maioria política. São, pois, Direitos individuais, fundamentais em um sentido forte[300], que prevalecem sobre os argumentos políticos normalmente manejados em nome do interesse comum – os argumentos de *policy*:

> Alguns direitos legais, que nós chamamos direitos constitucionais, têm uma força e função especiais: eles inibem o governo de decretar leis ou adotar políticas que de outra maneira pareceriam atrativas. A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos cria direitos legais desse tipo; ela dá aos cidadãos um direito de expressão que o governo não poderia privar mesmo se fosse do interesse geral fazê-lo. Nós frequentemente justificamos tais direitos constitucionais dizendo que o povo já tem um direito moral para o que a Constituição prevê nos direitos legais. Os direitos morais que nós temos em mente são especiais porque eles são direitos não contra pessoas como indivíduos, mas contra o governo, e, portanto, eu vou me referir a esses direitos morais especiais como direitos políticos. [...] Um direito político, nós podemos dizer, é um *trunfo* superior ao tipo de argumento de troca que normalmente justifica a ação política (DWORKIN, 2006, p. 31).[301].

---

[299] Foi o que aconteceu, no Brasil, no tocante à posição do Supremo Tribunal Federal acerca do Mandado de Injunção. Para mais detalhes, vide (DUARTE; RIBEIRO, 2008, p. 131-155).

[300] *"Para Dworkin, direitos constitucionais, como o direito ao voto para congressistas a cada dois anos, não são fundamentais ou se o são, são em sentido fraco. Nada impede que uma emenda constitucional altere esse prazo, por exemplo, para quatro anos. Os direitos fundamentais em sentido forte, 'os direitos morais', como a liberdade de expressão, no entanto, não admitem restrições por razões de política, de emergência ou utilidade. É possível haver restrições, no entanto, se for para proteger outros direitos individuais (morais) que estejam em conflito (razões de princípios)"* (SAMPAIO, 2004, p. 71).

[301] Some legal rights, which we call constitutional rights, have a special force and role: they prevent government from enacting laws or adopting policies that would otherwise seem attractive. The First Amendment to the

Entre esses Direitos políticos, nosso autor não engloba os *Direitos a prestação positiva*[302], a saber, os *social and economical rights.* Tanto é verdade que, até hoje, continua a destacar que a Constituição norteamericana não reconhece os aludidos direitos[303]. Isso sem falar nas já estudadas concepções dworkianas acerca dos princípios (4.1) – *"Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável*" (2007: 36) – e dos argumentos de princípios (4.1.1) – "*os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual"* (2007: 141) – que, conjuntamente, atestam a coerência de nossa assertiva.

Esses três elementos nos levam a discordar de Cruz (2007), para sustentar que Dworkin não pensava nos Direitos sociais e econômicos, mas apenas nos Direitos e garantias civis, ao referir-se aos argumentos de princípio. Mesmo porque, para ele, os Direitos sociais e econômicos não seriam *Direitos morais,* no sentido anteriormente descrito, mas direitos legais, fundados em argumentos de *policy* – aquele tipo de padrão que justificaria a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade[304].

Os Direitos políticos acima descritos diferenciar-se-iam, ainda, dos Direitos Humanos propriamente ditos. Como tipos especiais e muito importantes de Direitos políticos, os Direitos Humanos autorizariam, inclusive, medidas drásticas no plano internacional – como os embargos econômicos, por exemplo – no combate aos crimes contra eles perpetrados. O principal direito humano, segundo Dworkin, seria o direito de ser tratado com uma certa

---

United States Constitution creates legal rights of that kind; it gives citizens a right to speak that government may not abridge even when it would be in the general interest to do so. We often justify such constitutional rights by saying that people already have a moral right to what the Constitution makes into a legal right. The moral rights we have in mind are special because they are rights not against people as individuals but against governments, and I shall therefore refer to these special moral rights as **political** rights. (…) A political right, we may say, is a **trump** over the kind of trade-off argument that normally justifies political action (DWORKIN, 2006, p. 31)

[302] Não estamos a dizer, aqui, que existam Direitos que não demandem uma ação positiva do Estado. Todos o fazem, inclusive os individuais e políticos, como bem demonstram Holmes e Sunstein (1999). Ocorre que, ao conceber os Direitos como simples *trunfos contra* o Estado, Dworkin desconsidera essa realidade.

[303] *"(…) as I said, the United States is widely criticized for not recognizing rights that are firmly recorded in some of the constitutions of many other, particularly newer, countries – social and economic rights, as these are called, to decent housing, medical care, and even jobs"*. Como eu disse, a Constituição dos Estados Unidos é amplamente criticada por não reconhecer direitos que são firmemente inscritos em algumas das Constituições de muitos outros países, especialmente mais novos – direitos sociais e econômicos, como estes são chamados, à moradia decente, programa de saúde e até trabalhistas (DWORKIN, 2006, p. 33).

[304] É por isso que discordamos de Cruz quando ele sustenta que "*quando Dworkin fala em exclusividade de argumentos de princípio para a jurisdição, de certo os direitos sociais estão incluídos no seu rol"* (CRUZ, 2007, p. 187).

atitude: "uma atitude que expressa a compreensão de que cada pessoa é um ser humano cuja dignidade é importante" (DWORKIN, 2006, p. 35 – tradução nossa)[305].

Esclarecidas essas questões, torna-se possível adentrar o segundo ponto a ser discutido neste tópico: a concepção dworkiana acerca do ativismo e do passivismo judiciais (2). Esse tema foi tratado por nosso autor no capítulo quinto da obra *Levando os Direitos a sério* e décimo de O *Império do Direito*, onde ele tornou à questão da inovação judicial, agora com os olhos voltados para os casos em que a parte demandada seria o Estado – casos que ele chamou *constitucionais*.

Em síntese, Dworkin analisou os argumentos levantados pelos conservadores contra a postura da *Corte de Warren* (1953-1969), período em que a Suprema Corte formulou decisões históricas a favor da integração racial e a expansão das liberdades civis[306]. Ele começou o capítulo quinto apresentando a posição, defendida pelo então presidente norteamericano Richard Nixon, de que na interpretação da lei, os juízes da Suprema Corte devessem ater-se à literalidade dos textos normativos. Na concepção de Nixon, a Suprema Corte estaria usurpando poderes que, por direito, pertenceriam a outras instituições, inclusive as diversas legislaturas dos Estados, cujos sistemas escolares a *Corte de Warren* procurara reformar.

Na ótica de nosso autor, contudo, a questão seria um pouco diferente. Os conservadores estariam a desconsiderar uma importante distinção filosófica, a saber, a distinção entre *conceito* e *concepção*: o primeiro indicaria um padrão pré-estabelecido, enquanto a segunda seria uma opinião acerca do conteúdo de um padrão estabelecido. Os princípios constitucionais representariam, em verdade, apelos aos *conceitos* por eles referidos, tais como legalidade, igualdade e crueldade. Contudo, os julgados da Suprema Corte em questões afetas à pena de morte, por exemplo, representariam *concepções* acerca do conceito de crueldade. Essas *concepções* alterar-se-iam com o tempo.

A partir dessas explicações, Dworkin (2007, p. 214-215) procurou mostrar que a Suprema Corte, no tocante à pena de morte, por exemplo, só poderia aplicar a Constituição se chegasse a uma conclusão a respeito do que concebia como cruel, mas isso com base nos princípios – verdadeiros Direitos morais – e não em concepções particulares. Não haveria como construir os sentidos da Constituição, na interpretação, sem considerar os aludidos princípios morais, o que, aliás, seria uma imposição decorrente da própria lógica do texto

---

[305] *"an attitude that expresses the understanding that each person is a human being whose dignity matters"*(DWORKIN, 2006, p. 36).

[306] Para mais detalhes acerca do tema, sugere-se a leitura de (CRUZ, 2009b) e (BARACHO JUNIOR, 2003, p. 322-325).

constitucional – ao menos aos olhos de nosso autor. Isso, no entanto, não implicava uma defesa do ativismo ou do passivismo judiciais.

Aos olhos de Dworkin, a "filosofia ativista" sustentaria uma atuação mais proeminente da Suprema Corte, sem se importar com as fundamentações morais das decisões. Isso significa que o ativismo judicial não levaria tanto em conta o dever de fundamentar a coerência das concepções, desenvolvidas caso a caso, com os demais princípios morais da comunidade expressos na Constituição. Já o "passivismo judicial" caracterizar-se-ia por uma deferência em relação às decisões decorrentes de outras searas, como a legislativa e a administrativa. Essa deferência deveria ser mantida mesmo quando as aludidas decisões ofendessem a própria percepção dos juízes acerca dos princípios exigidos pela Constituição e pelas doutrinas constitucionais amplas, exceção guardada aos casos de decisões tão ofensivas à moralidade política, capazes de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou aos casos em que uma decisão contrária fosse exigida por um precedente inequívoco[307] (DWORKIN, 2007, p. 215-216).

Mas Hércules, o juiz filósofo concebido por nosso autor, não seria nem um ativista nem um passivista. Ele não desconsideraria os Direitos da minoria contra os abusos da maioria, nem a importante função dos Tribunais, no tocante à consolidação da Democracia e à defesa da Constituição. Tampouco seria um tirano, a desconsiderar todo e qualquer tipo de decisão legislativa, declarando-a inconstitucional, com base em seu simples entendimento moral acerca do caso (DWORKIN, 1999, p. 474-475).

4.1.3 Alguns pontos problemáticos das concepções de Dworkin

Se levarmos em conta os resultados alcançados nos capítulos segundo e terceiro, enxergaremos na concepção dworkiana uma série de problemas. Poderíamos enumerar pelo menos cinco deles, os quais, se desconsiderados fossem, levariam à incompatibilidade da tese até aqui formulada com a proposta apresentada pelo jusfilósofo norteamericano. São eles:

[307] Para Dworkin existiriam duas vertentes de *moderalismo ou passivismo judicial*: a) a teoria do ceticismo político, segundo a qual os indivíduos não possuiriam direitos morais contra o Estado; e b) a teoria da *deferência judicial*, segundo a qual os cidadãos possuiriam direitos morais contra o Estado, além dos expressamente estatuídos. Para a primeira vertente, só haveria direitos jurídicos que a Constituição estritamente assegurasse e que nada mais seriam do que proteções contra violações claras e inquestionáveis. Para a segunda vertente, até existiriam direitos morais contra o Estado, mas seu caráter e força seriam discutíveis, pelo que eles deveriam ser reconhecidos por instituições políticas que não os Tribunais (DWORKIN, 2007, p. 16 *et. seq.*).

1) A subordinação do Direito à Moral;
2) A concepção dos Direitos Fundamentais como meros limitadores do exercício da Soberania Popular, e como simples Direitos contra o Estado (*Political Rights*);
3) A restrição dos Direitos Fundamentais aos Direitos Civis e Políticos;
4) A distinção *coisificante* entre argumentos de princípio e política;
5) O solipsismo de Hércules;

Não é nosso objetivo, neste tópico, combater todos esses problemas. Em nossa ótica, (1), (2) e (3) já foram suficientemente debatidos quando tratamos, no capítulo segundo, da teoria *crítico-deliberativa* habermasiana. Por aderirmos à concepção de Habermas, entendemos que a Moral não subordina o Direito, mas possui com ele uma relação de complementaridade recíproca. Pelo mesmo motivo, entendemos que os Direitos Humanos Fundamentais não são meros limitadores do exercício da Soberania Popular, mas condição e consequência desta – ambos são co-originários. Isso significa que esses Direitos não são simples *trunfos* contra o Estado. Eles devem ser reconhecidos numa dimensão horizontal de interações entre cidadãos e, só num segundo momento, uma vez constituído o Estado, alcançar a dimensão vertical das relações cidadãos-Estado[308]. Da mesma forma, entendemos que inexiste primazia dos Direitos individuais e políticos sobre os Direitos sociais, econômicos e culturais, da mesma forma que não há preponderância dos segundos em relação aos primeiros. Isso se deve à nossa concepção de que os *Direitos Humanos Fundamentais* são *interdependentes e interconexos*[309].

Quanto aos problemas descritos em (4) e (5), precisamos nos alongar um pouco mais. Em primeiro lugar, se formos a Heidegger, veremos que a cisão *a priori* entre argumentos de princípio e de *policy* é de todo veladora, porquanto ela os *coisifica* em torno de uma concepção apenas, a saber, a dworkiana.

Só para ficar em um exemplo, Gianluigi Pallombela (2006), um jusfilósofo italiano, entende que os Direitos Fundamentais seriam uma questão de *policy*, e não de princípio. Para ele, em uma questão controversa, se um direito prevalecesse sobre outro, isso decorreria do fato de ele compor a estrutura fundamental que integraria o conjunto de objetivos de uma dada sociedade. Em sua ótica, assentada fortemente em uma concepção comunitarista, a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais seria imprescindível. Enquanto os primeiros deveriam ser entendidos como declarações universais, ligados à Moral e à qualidade

[308] Nesse sentido, vide (HABERMAS, 2003, p. 217).
[309] Remetemos o leitor aos tópicos 2.1.4.2 e 2.1.4.3, ambos do capítulo 2.

de ser humano, de cunho deontológico e com forte teor meramente filosófico, desconectado com a realidade, os segundos deveriam ser entendidos como padrões substantivos da validade legal e como objetivos coletivos principais de uma dada sociedade politicamente organizada[310].

Ainda que não concordemos com Pallombela, seremos obrigados a reconhecer que sua pré-compreensão comunitarista acabou por direcionar a sua concepção acerca do que seriam questões de *policy*. E, então, firmes em Heidegger e Gadamer, veremos que a pré-compreensão do intérprete é determinante para a classificação de um argumento como sendo de princípio ou de *policy.*

Não estamos a dizer, com isso, que os Direitos Humanos Fundamentais sejam, em nossa concepção, simplesmente questões de *policy.* Antes, estamos relativizando essa dicotomia, justamente por entendermos que ela é problemática[311]. Isso não significa que estejamos a desconsiderar a distinção entre jurisdição e legislação. Estamos, ao contrário, esbravejando aos sete cantos que essa distinção não pode se sustentar na concepção dworkiana relativa a argumentos de *princípios* e de *policies.* Em nossa ótica, essa dicotomia argumentativa – argumentos de *princípio* e *policy* – não se sustenta à luz dos ganhos decorrentes da reviravolta *hermenêutico-linguístico-pragmática.*

Mas, então, qual seria a nossa proposta em relação à distinção entre jurisdição e legislação? E mais: qual seria a nossa concepção em relação à apreciação, pelo Judiciário, de questões afetas aos Direitos Fundamentais sociais, intimamente vinculados, mas não exclusivamente atrelados, às políticas públicas? Ainda que isso pareça uma contradição, entendemos que a distinção entre as funções legislativa e jurisdicional esteja mesmo nos argumentos que cada uma delas é autorizada a manejar em seus respectivos discursos 'típicos'[312]. No caso da função legislativa, a argumentação deve ser norteada pelo *princípio da democracia*, que visa a *generalização* de normas de conduta, procedimento e competência, por exemplo. Ele dá azo a um discurso acerca da *validade* dessas normas. Em relação à jurisdição, essa argumentação é norteada pelo *princípio da adequação*, que faz uso dos argumentos manejados em discursos de fundamentação, não para justificar a validade das

---

[310] O texto *From Human Rights to Fundamental Rights: consequences for a conceptual distinction* encontra-se disponível no site http://ssrn.com/abstract=963754. Tivemos acesso ao texto na disciplina *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ministrada pelo Professor José Adércio Leite Sampaio, no segundo semestre de 2009.

[311] Por isso nos distanciamos em certa medida de Sampaio, que a despeito de criticar Dworkin nesse sentido, aceita trabalhar com o padrão *'argumento de política'*. Nesse sentido, vide (SAMPAIO, 2004, p. 75).

[312] Não se desconsidera, aqui, a realidade de que o Poder Legislativo pode exercer eventualmente *juízo de aplicação* (como no caso das CPI's, por exemplo) e de que o Judiciário pode exercer *juízo de justificação* (quando define seu regimento interno, por exemplo). A dicotomia discursiva **não identifica a** *aplicação* com a mera *atividade jurisdicional* e *fundamentação/justificação* com a *mera atividade legislativa*. Nesse sentido, vide (CRUZ, 2007, p. 163-164). Para mais detalhes, vide tópico 4.4.2.

normas, mas para perquirir a norma adequada para a solução do caso. A argumentação que se manifesta em discursos de aplicação jurisdicionais deve seguir um traçado deontológico, tal como queria Dworkin. Mas contra Dworkin, esse traçado poderá englobar tudo aquilo que for filtrado por meio dos discursos de fundamentação legislativos. Isso significa que questões afetas aos Direitos Fundamentais Sociais, como o Direito à saúde, por exemplo, poderão ser tratadas argumentativamente pelos Tribunais. Mas a argumentação manejada nesses casos não poderá *subverter* o produto dos discursos de fundamentação[313].

Quanto a Hércules, veremos a partir da exposição das concepções de Habermas acerca dos discursos de aplicação, que o mesmo pode assumir o papel de um *ideal regulador*. Ademais, seu solipsismo poderá ser solucionado na medida em que os argumentos estratégicos, lançados pelas partes que integram o processo, forem levados em conta para a fundamentação da decisão. Devidamente depurados pela rede de procedimentos que constitui o processo, esses argumentos poderão contribuir para a formação imparcial da decisão, na medida em que forem levados em conta pelo julgador (HABERMAS, 2003, p. 285-286).

Só assim poderemos entender Hércules como um *ideal regulador*. Só assim será possível entender como a solução dos casos levados a juízo poderá se afastar do solipsismo do julgador e se aproximar, na medida do possível, da intersubjetividade decorrente do 'discurso' caracterizado pelo fluxo de argumentos manejados pelas partes do processo.

Se aceitas forem essas ressalvas, poderemos abraçar a concepção deontológida de Dworkin no tocante aos Direitos. Alem disso, poderemos aceitar suas considerações acerca do dever de uma interpretação holística e coerente no âmbito de aplicação. Mas, então, não retrocederemos em relação aos ganhos trazidos pela teoria crítico-deliberativa habermasiana – à qual seguimos mais de perto.

Há ainda dois problemas em relação à concepção dworkiana, e que não foram expressamente mencionados anteriormente. Um deles, para falar com Günther (2004), é o extremado localismo da tese do norteamericano[314]. O outro é a sua recaída nos padrões da moralidade convencional, ao menos a partir da obra *O Império do Direito*[315]. Em que pese sua relevância, não iremos mais nos aprofundar nesses temas.

---

[313] Entendemos que a leitura de Cruz (2007: 187-188), pautada em Habermas e Dworkin, pretendia enfatizar exatamente o que acabamos de dizer. Seguimos de perto à concepção de Cruz, com a única ressalva de que preferimos abrir mão da dicotomia *'argumentos de princípio e de política'*. Optamos por assim proceder para tentar, mesmo com Habermas, dar um passo além de Habermas – que nesse ponto em muito se aproximou de Dworkin. Ainda explicaremos melhor essas questões.

[314] Essa característica é tão marcante que Dworkin chega a restringir os princípios a serem considerados em cada caso, àqueles que compunham o contexto de sua comunidade política.

[315] *"A resposta de Hércules vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade. Vai depender, mais exatamente, não apenas de suas*

Esclarecidos esses pontos, podemos passar à análise da teoria alexyana acerca da teoria da argumentação no âmbito dos Direitos Fundamentais.

4.2 A proposta de Robert Alexy: a argumentação atinente aos Direitos Fundamentais

No segundo capítulo deste trabalho, mais especificamente, no tópico 2.1.2, abordamos com detalhes a proposta de Alexy em relação à Teoria da argumentação.

Àquela altura, explicamos que o jusfilósofo alemão intentara contribuir para a construção de uma *Teoria do Discurso* que garantisse a racionalidade e a justificação dos argumentos desenvolvidos no campo da Moral e do Direito. Dissemos que, inicialmente, ele analisara as regras e argumentos que deveriam permear o discurso racional no campo da argumentação moral (a), para, sucessivamente, apresentar uma Teoria Geral do Discurso Racional Prático (b) e uma Teoria da Argumentação Jurídica, concebida, então, como um caso especial de discurso prático geral (c).

Após analisar detidamente (a), (b) e (c), dissemos que, para Alexy, o resultado de uma discussão poderia ser considerado correto se fossem respeitadas as formas de argumento e as regras próprias da argumentação racional. No entanto, deixamos de investigar, àquela hora, como nosso autor deslocara esse projeto para o âmbito da discussão atinente aos Direitos Fundamentais.

Nos próximos tópicos deste capítulo, pretendemos abordar alguns elementos essenciais da *Teoria dos Direitos Fundamentais,* obra prima de nosso autor acerca do tema. É o que passamos a perseguir.

4.2.1 A estrutura das normas de Direitos Fundamentais: a distinção entre princípios e regras

Não há como iniciar uma abordagem da Teoria alexyana dos Direitos Fundamentais sem, antes, esclarecer que nosso autor intentou construir, em primeiro lugar, *"uma teoria dos* ***direitos fundamentais da Constituição Alemã;*** *em segundo lugar, uma teoria* ***jurídica;*** *e por fim, uma teoria* ***geral****"* (ALEXY, 2008, p. 31).

---

crenças sobre qual desses princípios é superior em matéria de justiça abstrata, mas também sobre qual deve ser seguido, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais de seus concidadãos. Em alguns casos, os dois tipos de juízo – o juízo da justiça e da equidade – caminharão juntos" (DWORKIN, 1999, p. 298).

Em sua concepção, os Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição alemã não podiam ser restringidos àquelas normas que, de forma expressa, dispunham acerca da matéria, as comumente chamadas, *disposições de Direitos Fundamentais*. Esses Direitos também poderiam ser vislumbrados, argumentativamente, nas normas de Direitos Fundamentais atribuídas – aquelas cuja menção a Direitos Fundamentais dependia de uma argumentação que se sustentasse. Essa definição geral:

> [...] sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas é suficiente uma referência ao texto constitucional (ALEXY, 2008, p.76).

Mas essa não é uma questão de maior importância em nossa pesquisa. Ela de fato chama a atenção para a adoção, por Alexy, de uma proposta mais ampla que a usualmente aceita para a caracterização dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição alemã[316]. A despeito disso, seu localismo faz com que a abordagem do tema perca em relevância, ao menos num primeiro momento.

Interessa mais de perto o estudo da concepção alexyana acerca da estrutura dos Direitos Fundamentais. Isso remete à distinção *qualitativa* entre princípios e regras, uma vez que, aos seus olhos, normas de Direitos Fundamentais manifestar-se-iam tanto na forma de regras, quanto na forma de princípios[317] (ALEXY, 2008, p. 144).

Segundo nosso autor, essa distinção seria a *"base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais"* e uma chave para a solução de problemas afetos ao tema, uma vez que, sem ela, seria impossível conceber "*uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais"*, *"uma doutrina satisfatória das colisões" e "uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico"*. Essa distinção ainda constituiria *"a estrutura de uma teoria normativo-material dos Direitos Fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade"* no discurso atinente a Direitos Fundamentais (ALEXY, 2009a, p:85).

A centralidade dessa distinção na teoria de nosso autor, no entanto, não invalida as similaridades existentes entre princípios e regras. Para Alexy, tanto os princípios quanto as

---

[316] Mais ampla, por exemplo, que a proposta de Müller, a ser estudada mais a frente.

[317] *"O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das* ***disposições*** *de direitos fundamentais. [...] Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídas tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo"* (ALEXY, 2008, p. 141/144 – grifo nosso).

regras seriam normas. Ambos diriam o que *deveria ser*, sendo, pois, passíveis de encerrar expressões deônticas de dever, permissão e proibição. Assim, ambos seriam espécies de normas e, como tais, razões para juízos concretos de dever ser (ALEXY, 2008, p. 87).

Mas aos olhos de nosso autor, princípios seriam normas que ordenariam que algo fosse realizado *na maior medida possível* dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Eles seriam, assim, *mandados de otimização* que poderiam ser satisfeitos em graus variados (a), exatamente por dependerem tanto de possibilidades fáticas quanto jurídicas (b)[318]. Já as regras seriam normas que, inexoravelmente, ou seriam satisfeitas ou não: *"se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente o que ela exige; nem mais nem menos"*. Assim, regras conteriam determinações já desde sempre fática e juridicamente possíveis (ALEXY, 2008, p.90-91).

Essa diferença entre princípios e regras, na visão de Alexy (2008, p. 92-93), mostrar-se-ia com maior clareza nos casos de colisão, mais especificamente, na forma de sua solução[319]. Um conflito de regras somente poderia ser solucionado se pelo menos uma delas fosse declarada inválida, ou se fosse introduzida uma cláusula de exceção que eliminasse o conflito. A decisão, nesse caso, diria respeito à validade.

Já um conflito de princípios apresentaria uma solução diferenciada. Se dois princípios colidissem, um deveria ceder, mas isso não implicaria nem a declaração da invalidade do princípio deixado de lado, nem a formulação de uma cláusula de exceção à sua aplicação. Em verdade, a precedência de um dos princípios sobre o outro dependeria das peculiaridades de cada caso, bem como da dimensão de peso de cada um dos princípios: *"as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além* [da dimensão da validade]*, na dimensão de peso"* (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Contudo, a diferença não se encerrava aí. Princípios seriam mandamentos *prima facie,* isto é, ordens realizáveis na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Regras, por sua vez, seriam mandamentos *definitivos,* porquanto, em regra, as suas extensões de conteúdos

---

[318] Nas palavras de Virgilio Afonso da Silva, *"o elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como* ***mandamentos de otimização****. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.* ***Isso significa, entre outras coisas, que ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis****"* (SILVA, 2009, p. 46 – grifo nosso).

[319] *"A diferença entre princípios e regras mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de colisões entre regras. Comum às colisões entre princípios e regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, a dois juízos concretos de dever ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito"*(ALEXY, 2008, p. 91-92).

encerrar-se-iam no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa característica só seria perdida em casos de exceção à aplicabilidade das regras:

> Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados 'princípios formais'. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* das regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como conseqüência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie.*
> O fato de o enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie,* os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras.
> [...]
> Portanto, mesmo à luz dos necessários refinamentos acima apresentados, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto (ALEXY, 2008, p. 105).

A intenção de Alexy, nesse particular, era refinar a tese dworkiana de que as regras aplicar-se-iam no esquema do tudo ou nada. Sua contribuição, nesse particular, foi manifesta pela afirmativa de que exceções à aplicabilidade das regras jamais poderiam ser teoricamente enumeráveis. Princípios, no entanto, continuavam a ser razões apenas *prima facie* para as condutas, ao passo que as regras, desde que não houvesse o estabelecimento de uma exceção prévia, permaneciam sendo razões *definitivas* para ações (ALEXY, 2008, p. 106-107).

Além disso, princípios poderiam referir-se tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Isso significa que, para nosso autor, seriam perfeitamente oponíveis, em juízo, princípios vinculados a direitos individuais – como o direito à personalidade e à liberdade de informação – a princípios vinculados a interesses coletivos – como a "*saúde da população, o fornecimento de energia e a segurança alimentar"*, ou, ainda, *"o combate ao desemprego"*, *"a garantia da segurança interna das Forças Armadas, a segurança da República Federal da Alemanha e a proteção da ordem democrática"* (ALEXY, 2008, p. 115-116).

Com isso, no entanto, o jusfilósofo alemão se distanciou definitivamente de Dworkin. Em primeiro lugar, ao invés de conceber os princípios como *trumps* (trunfos) em relação a questões de *policy*, ele ampliou o conceito de princípios para abarcar tanto questões vinculadas a direitos individuais, quanto a interesses coletivos (1). Além disso, ao conceber os princípios como *mandamentos de otimização* – cerne de sua teoria – Alexy os entendeu

"como ***algo que*** [deveria] ***ser realizado na maior medida possível, ou seja, algo que*** [deveria] ***ser aplicado em grau ótimo****, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas"* (2) (FERRAZ, 2009, p. 63).

Como se não bastasse, nosso autor ainda vinculou o seu conceito de princípio à *máxima*[320] da proporcionalidade, uma técnica já antes existente na Alemanha, que pretendia nortear a análise das possibilidades fáticas e jurídicas de aplicação de princípios (3). E, para terminar, associou a sua teoria dos princípios à teoria dos valores (4). Mas essas são questões que guardamos para os próximos dois tópicos.

Por ora, basta dizer que, em vista das diferenças (1), (2), (3) e (4), não há como igualar a tese dworkiana à vertente defendida por Alexy.

4.2.1.1 A Teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade

A *máxima da proporcionalidade*, com suas três submáximas – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito[321] – **não foi uma invenção de Robert Alexy**.

Ensina-nos Ferraz, um dos melhores exemplares da Escola Mineira do Direito Constitucional, que a *noção* de proporcionalidade entre meios e fins remontaria à Grécia antiga. Como técnica de aplicação, no entanto, a proporcionalidade encontraria raízes nos julgados do Conselho de Estado Francês, quando fora utilizada *"como forma de limitação ao exercício desmesurado do poder discricionário"*. Mas, conforme relata Ferraz, a Alemanha teria sido o país em que *"o princípio da proporcionalidade deitou suas raízes mais profundas"* (FERRAZ, 2009, p.78/82).

---

[320] Há uma celeuma que envolve a terminologia *'princípio' da proporcionalidade*. Para se ter uma ideia, Ávila entende que a melhor designação seria *postulado da proporcionalidade*, e isso por entender que este seria, em verdade, uma norma de segundo grau, isto é, um parâmetro para a aplicação de outras normas (2008: 142 *et. seq.*). Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, entende que a *proporcionalidade* tem a estrutura de regra, uma vez que impõe um dever definitivo: *"se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo"* (SILVA, 2009, p. 168). Em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de autoria de Robert Alexy, a proporcionalidade é chamada de *máxima da proporcionalidade*, termo que, segundo Silva – o tradutor da obra para o português – seria o melhor para indicar a ideia de *Grundsatz*. Esse termo também poderia ser traduzido por princípio, como relata o próprio tradutor. Mas, se assim o fosse, talvez a tradução fosse menos fidedigna aos escritos originais, onde Alexy preferira distinguir os *Prinzip*, utilizado para a designação dos princípios (espécie normativa) do *Grundsatz* da proporcionalidade. O próprio Alexy esclarece a diferença entre ambos, e diz que as máximas parciais deveriam ser entendidas como regras (2008, p. 117 – nota 84). No presente trabalho, seguimos a tradução e preferimos empregar *máxima da proporcionalidade*. No entanto, somos da mesma opinião de Ferraz, no sentido de que, para Alexy e para os alexyanos, o *"princípio da proporcionalidade é, na verdade, um instrumento, um critério [...] ou melhor, um método objetivo de interpretação, uma receita de bolo pronta, que se destina a solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais"*, quando estes se manifestam na forma de princípios (FERRAZ, 2009, p. 127).

[321] Também chamada de ponderação ou sopesamento.

Também Sampaio adverte sobre a existência de relatos oitocentistas acerca da aplicação da proporcionalidade como técnica hábil para nortear a aplicação da pena e o exercício do poder de polícia[322]. No âmbito do Direito Constitucional, no entanto, a técnica teria sido utilizada pela primeira vez em 1958, quando do julgamento dos casos *Lüth*[323] e das *Farmácias*[324], ambos pelo Tribunal Constitucional alemão. Nesses julgados, contudo, a máxima da proporcionalidade fora atrelada à tese do núcleo duro da Constituição, assentada no princípio da dignidade da pessoa humana. Acoplados, esses padrões pretendiam limitar o subjetivismo dos juízes, num período que sucedia as consequências nefastas e os traumas causados pela segunda Guerra Mundial (CRUZ, 2004, p. 161); (FERRAZ, 2009, p. 83).

Equivocam-se, portanto, aqueles que identificam, em Alexy, a gênese do discurso acerca do tema[325]. Em verdade, as grandes novidades trazidas por nosso autor, ao menos em relação aos julgados da década de 50, na Alemanha, foram a defesa da possibilidade de sopesamento do princípio da dignidade humana em face de outros princípios (I) – o que possibilitou o rompimento com a teoria do núcleo duro da Constituição – e a conexão da *máxima da proporcionalidade* ao conceito de princípios como *mandamentos de otimização* (II). É sua, ainda, a elaboração das fórmulas peso e diferença, técnicas que supostamente refinariam a proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que comprovariam a sua racionalidade (III).

A primeira inovação está pautada em seu próprio conceito de princípio. Em síntese, como em sua ótica inexistiriam princípios com caráter absoluto, também o princípio da dignidade humana passava a ser passível de ponderação em face de outros princípios. Até existiria uma norma de caráter absoluto relativa à dignidade humana. Mas ela decorreria da relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios, sendo, pois, uma regra produzida pelo sopesamento. Por isso mesmo, não haveria que se falar em núcleo duro da Constituição**[326]** (ALEXY, 2008, p. 113-114).

---

[322] Essa informação está disponível em http://joseadercio.blogspot.com. Acesso em 25 de Maio de 2010.

[323] Segundo nos conta Cruz (2004), Erich Lüth teria impetrado um recurso constitucional contra uma condenação que o proibira de se manifestar acerca de um filme, cujo boicote ele comandara. O caso foi julgado em seu favor. Para mais detalhes, vide (CRUZ, 2004, p. 161 – nota 74). Segundo Pereira, esse caso ainda teria dado ensejo à doutrina da Constituição como *tábua ou ordem de valores* (2008, p. 83).

[324] Conta-nos Ferraz que, no referido caso, um farmacêutico impugnara uma lei do Estado da Baviera, que impusera uma série de exigências relativas ao exercício da atividade farmacêutica e à abertura de novas farmácias na localidade. Em defesa da lei, o Estado alegara que as restrições pretendiam evitar a excessiva concorrência e a perda de lucro dos farmacêuticos já instalados no local. O caso teria sido julgado em favor do farmacêutico (FERRAZ, 2009, p 83-85).

[325] Por isso, revemos aqui o nosso posicionamento defendido em (DUARTE, 2008b).

[326] *"Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana.* ***A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana.*** *Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação*

A segunda inovação interessa-nos mais de perto. Ela também está relacionada com o conceito de princípios como *mandamentos de otimização*. Como já dissemos, nosso autor pretendia comprovar a existência de uma relação de interdependência[327], entre os Direitos Fundamentais manifestos na forma de princípios e a *máxima da proporcionalidade.* Essa conexão tornava-se possível porquanto a aplicação dos princípios dependeria diretamente das possibilidades fáticas e jurídicas, justamente o objeto de análise da *máxima da proporcionalidade* – enquanto as submáximas da adequação e da necessidade referir-se-iam exatamente às possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito apontaria justamente para as possibilidades jurídicas de manifestação de um princípio[328] (ALEXY, 2008, p. 117-118/2008b, p. 588).

Por meio da primeira submáxima, a saber, a da adequação, o intérprete conseguiria aferir a idoneidade (ou aptidão) de uma medida escolhida pelo legislador em vista de um fim que se almejasse alcançar (e que fosse um fim legítimo). Em outras palavras, o juiz ou o administrador analisaria a adequação de uma medida estabelecida por lei, para o alcance de um meio constitucionalmente permitido. Ferraz ensina que, nessa fase, a primeira providência seria aferir a legitimidade do fim perseguido, para, só então, passar à análise da aptidão da medida[329] (FERRAZ, 2009, p. 87-88). É por isso que, uma vez verificada a adequação da medida, não haveria que se falar, ao menos de início, em violação de Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008b, p. 588-590).

---

em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. ***O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de preferência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais****. Ela não afeta sua natureza de princípio.* ***Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão do caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio;*** *além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios"* (ALEXY, 2008, p. 113-114 – grifo nosso). Ainda voltaremos a essa questão no tópico 4.2.2 deste capítulo.

[327] *"Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa dizer que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que* ***a proporcionalidade é dedutível dessa natureza****"* (ALEXY, 2008, p. 116-117 – grifo nosso).

[328] *"Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da 'Teoria dos Direitos Fundamentais' é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca é verdadeira, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais"* (ALEXY, 2008, p. 588).

[329] *"Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, significa iniciar com uma primeira indagação: A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido? Há autores que defendem indagação mais exigente, no sentido de se analisar se a medida é adequada não apenas para fomentar, mas para realizar por completo o objetivo perseguido"* (SILVA, 2009, p. 170).

Mas a análise da proporcionalidade não se encerraria no exame negativo[330] propiciado por sua primeira submáxima, a menos que o fim almejado não fosse legítimo, ou que a medida escolhida pelo legislador não fosse idônea para atingi-lo. Se legítimo fosse o fim e adequado o meio, necessariamente, o intérprete precisaria recorrer à segunda submáxima.

Mediante a segunda submáxima, a saber, a da necessidade, o intérprete passaria a analisar, comparativamente[331], o meio escolhido pelo legislador em relação a outros meios possíveis, a fim de aferir qual deles seria o mais benéfico ou menos gravoso ao direito restringido. Com isso, entre dois ou mais meios aproximadamente adequados para atingir um fim, o intérprete escolheria aquele que interviesse de modo menos intenso no Direito Fundamental (ALEXY, 2008b, p. 590):

> Nesse sentido, vamos supor que o Estado lance mão da medida M1, que limita o direito fundamental D mas promove o objetivo O. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover **com igual eficiência** o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então, a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária (SILVA, 2009, p. 171 – grifo nosso)[332].

Essa análise, no entanto, não seria tão simples assim. Haveria, em verdade, outras variáveis a serem analisadas[333].

---

330 *"[...] o aspecto da otimização presente na máxima da adequação não aponta para um ponto máximo. Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados"* (ALEXY, 2008b, p. 590).

331 *"[...]* ***enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo****, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é* ***a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim****. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo"* (SILVA, 2009, p. 171 – grifo nosso).

332 Ferraz cria um interessante exemplo que, em nossa opinião, elucida com maestria a ideia da submáxima da necessidade: *"Imaginemos uma comunidade indígena situada em uma pequena ilha e desprovida de qualquer posto de saúde apto a atender as necessidades da população. O posto mais próximo situa-se em um pequeno distrito localizado na outra margem do rio que o separava da comunidade. A largura do rio era significativa e para além disso, existiriam relatos da presença de jacarés, cobras, além de uma correnteza nada desprezível. Nesse cenário, um jovem pai da comunidade indígena procurou o cacique para solicitar-lhe que fosse dispensado do plantio da lavoura de subsistência juntamente com os demais membros, haja vista sua pequena filha estar doente e necessitar de cuidados médicos. Para tanto, tendo em vista a urgência do atendimento e seus excelentes conhecimentos de natação e da região, solicitou ao cacique autorização para transpor o rio a nado, carregando a filha pois julgava poder atingir a outra margem de forma mais rápida e eficiente. O cacique depois de meditar, deu-lhe a seguinte resposta:* ***Caro jovem, o fim a que você se refere é legítimo, pois trata-se de um caso de saúde de sua família e, portanto, você está dispensado do plantio da lavoura. Ademais, o meio a que você se propõe a atingir este fim pode ser considerado idôneo ou adequado, pois com suas habilidades certamente você atingirá a outra margem do rio. Mas eu lhe pergunto[...]não existiriam outros meios menos gravosos (perigosos) para se fazer esta travessia? Será, por exemplo, que o deslocamento de uma de nossas canoas não se prestaria a ajudá-lo a transpor o rio com maior comodidade e segurança para você e sua filha?*** *Portanto, o meio utilizado para transpor o rio, não obstante ser adequado, não ultrapassa o teste da necessidade, pois vislumbra-se a existência de um outro meio, no caso, a utilização da canoa, que se presta a atingir esse fim de forma menos gravosa.[...] o meio escolhido por você deve ser considerado desproporcional e por essa razão deve ser evitado* (FERRAZ, 2009, p. 91 – grifo nosso).

333 Silva chega a reproduzir dois quadros com as diversas possibilidades de complicadores da análise da necessidade de uma medida em face de um objetivo almejado. Com menor riqueza de detalhes, Alexy também fez alusão à questão. Para mais, vide (SILVA, 2009: 172-174) e (ALEXY, 2008, p. 118).

Conforme ensina Virgílio Afonso da Silva, a submáxima da necessidade demandaria a análise tanto da eficiência da medida escolhida em relação a outras preteridas (a), quanto do grau de restrição ao Direito Fundamental (b). Mas, então, nem sempre a medida menos gravosa haveria de prevalecer. Em sua ótica, nos casos em que uma medida fosse menos gravosa a um Direito Fundamental, mas, concomitantemente, menos eficiente, dever-se-ia dar preferência à medida mais gravosa. Isso, no entanto, não implicaria uma desconsideração absoluta do grau de restrição ao Direito. Entre duas medidas igualmente eficientes, por exemplo, buscar-se-ia sempre aquela que fosse a menos restritiva ao Direito afetado. Toda essa dinâmica é explicada pela seguinte representação[334]:

	Medida mais eficiente em relação ao objetivo O	Medida menos gravosa em relação ao direito D	A medida necessária (M1) é necessária?
(1)	M1	M1	sim
(2)	M1	M2	sim
(3)	M2	M1	sim
(4)	M2	M2	não
(5)	M1=M2	M1	sim
(6)	M1=M2	M2	não

Uma vez realizada essa complexa análise comparativa, fruto da submáxima da necessidade, chegar-se-ia ou à aferição – e sucessiva declaração – da desproporcionalidade da medida (a), ou à constatação de que a medida seria proporcional (b). Mas se a medida fosse considerada proporcional, o intérprete ver-se-ia compelido a passar ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, desta feita, para averiguar não as possibilidades fáticas de *otimização* de um Direito Fundamental, mas jurídicas.

Por meio do exame da proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete não mais intentaria analisar a idoneidade e a necessidade da medida escolhida pelo legislador para a consecução de um fim (ou objetivo) legítimo. Seu intento passaria a ser o de aferir, a partir de uma análise de *custo/benefício*, qual dos interesses deveria prevalecer: o que a medida pretendia possibilitar (A), ou o assegurado pelo Direito Fundamental colidente (B)[335].

[334] A representação se encontra em (SILVA, 2009, p. 174).

[335] Comprova-se, aqui, a diferença entre os *conceitos de princípio* adotados por Alexy e Dworkin. Como já dissemos, para Alexy, os princípios englobariam tanto os direitos individuais, como os interesses coletivos da sociedade. Para Dworkin princípios seriam *trunfos* superiores aos interesses coletivos da sociedade (*policies*). O que para Alexy afiguraria como um conflito entre princípios, para Dworkin manifestar-se-ia como uma concorrência entre um princípio e uma *policy*. E como dissemos, para o norteamericano, uma concorrência

Também designada como *submáxima do sopesamento* ou, simplesmente, como *ponderação*[336], essa terceira etapa da proporcionalidade[337], idêntica à lei do sopesamento, podia ser reduzia na seguinte assertiva: *"quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"* (ALEXY, 2008b, p. 593).

Sob a ótica de Alexy, essa submáxima poderia ser dividida em três passos, a saber: a avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um princípio (1º), a avaliação da importância da satisfação do princípio colidente (2º) e, finalmente, a aferição da maior relevância da satisfação do princípio colidente em relação à afetação ou não satisfação do outro princípio (3º) (ALEXY, 2008b, p. 594).

O produto do sopesamento dos princípios colidentes daria ensejo à *lei da colisão*. Essa lei diria basicamente que, em vista de uma situação específica, um princípio (P1) prevaleceria sobre um princípio (P2). Em outras palavras, a *lei da colisão* seria uma regra que decorreria da *ponderação concreta* de princípios colidentes, que diria que uma determinada circunstância C, seria a condição de prevalência de (P1) sobre (P2) – ou de (P2) sobre (P1).

A fórmula da *lei da colisão* podia seguir, assim, o seguinte traçado: (P1 **P** P2) C. Nela, P1 e P2 indicariam os princípios colidentes, **P** a relação de prevalência, ao passo que C, como já dissemos, representaria a condição de prevalência. Essa *lei* refletiria exatamente a característica dos princípios como mandamentos de otimização, na medida em que manifesta

---

entre um princípio e uma *policy* pendia para o lado do primeiro. A única possibilidade da *policy* não ser inconstitucional seria, pois, decorrente da ausência de manifestação do princípio. Para Alexy, ao contrário, esse seria um típico caso de sopesamento.

[336] Nesse sentido, vide (FERRAZ, 2009, p. 92) e o próprio Alexy (2008b, p. 593).

[337] É interessante ressaltar, aqui, uma diferença entre as concepções de Alexy e SILVA (2009). Se para o primeiro, a ponderação sempre seria antecedida da análise das possibilidades fáticas de otimização, para o segundo, excepcionalmente isso poderia não ocorrer. Aos olhos de Virgílio Afonso, *"Há casos – e esses são a maioria – em que a restrição a um direito fundamental é veiculada por meio de uma regra presente em um texto normativo infraconstitucional. Esse tipo de restrição [...] ocorre sempre que o legislador, em determinada situação, se vê obrigado a fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional. Essa é uma tarefa central da legislação ordinária. Esse resultado do sopesamento do legislador [...] pode, em um sistema em que há jurisdição constitucional, como é o caso do Brasil, ser questionado judicialmente. Nesse processo de controle da constitucionalidade da lei, se houver uma restrição a direito fundamental, deve-se recorrer à regra da proporcionalidade, nos moldes analisados anteriormente: Ou seja, deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos (fomentar a realização de um outro direito fundamental, por exemplo), se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva, e, por fim, se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro.* ***Como visto anteriormente, no entanto, há casos em que não há qualquer regra constitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais no caso concreto - e esses casos são muito mais raros –, deve – ai, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso.[...] Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade****"* (SILVA, 2009, p. 178-179 – grifo nosso).

sempre *in concreto* – comprovando a inexistência de relações de prevalência absoluta – referida a ações e situações não quantificáveis (ALEXY, 2008, p. 94-99).

Esse complexo processo de análise das possibilidades jurídicas de otimização de um Direito Fundamental, aos olhos de nosso autor, deveria ser mediado pelas regras argumentativas tratadas em sua *Teoria da Argumentação*[338]. Tanto é verdade, que ele chegou a vincular a análise do grau de satisfação e de importância dos princípios colidentes, e mesmo a lei da colisão, aos argumentos desenvolvidos para a justificação racional da ponderação: "[o modelo de sopesamento] *vincula a estrutura formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica que inclui uma teoria da argumentação prática geral"* (ALEXY, 2008, p. 176).

Ocorre que a racionalidade discursiva da proposta de Alexy foi colocada em cheque, justamente pelo seu apego à metodologia *a priori* manifesta pela *máxima da proporcionalidade*. Além disso, dizia-se que o sopesamento terminaria por dar ensejo a subjetivismos intoleráveis, ou melhor, a juízos de conveniência justificáveis apenas sob a ótica do próprio intérprete/aplicador[339].

A fim de combater essas objeções, primeiramente nosso autor sustentou a sua adesão a uma tese moderada do sopesamento. Segundo essa tese, **nem sempre seria possível aferir um resultado racional a partir do sopesamento**, o que, no entanto, não significava que isso fosse possível em alguns casos. A racionalidade do sopesamento estaria, assim, atrelada à racionalidade dos argumentos delineados para a sua justificação interna e externa[340] (ALEXY, 2008b, p. 594-599).

Mas o jusfilósofo alemão não se contentou com essa resposta. Ele explicou que determinados tipos de discricionariedade seriam inafastáveis, tais como a discricionariedade para escolher meios e definir objetivos, próprias aos legisladores, bem como a discricionariedade para sopesar, supostamente inerente ao conceito mesmo de princípios como mandamentos de otimização[341]. E, feito isso, passou a traçar uma *fórmula* que

---

[338] Acerca do tema, remetemos o leitor ao capítulo 2, tópico 2.1.2.

[339] Essas são apenas duas, das inúmeras críticas dirigidas à teoria de Alexy. No presente tópico, no entanto, não abordaremos essas críticas. Deixaremos para fazê-lo no tópico 4.2.4, quando desfiaremos uma série de considerações acerca da proposta de Alexy, sobretudo – mas não exclusivamente – a partir das objeções lançadas por Habermas.

[340] Para mais detalhes, vide capítulo 2, tópico 2.1.2.

[341] Como ainda teremos a oportunidade de demonstrar, não nos opomos à tese da discricionariedade do legislador. No entanto, mesmo essa é vinculada pelo *locus hermenêutico* manifesto pela Constituição. Quanto à discricionariedade para sopesar, entendemos que seus maiores problemas estão na admissão de análises de *custo e benefício* em relação a Direitos Fundamentais, e na suposição de uma identidade entre discursos de fundamentação e aplicação.

complementaria as leis da colisão e do sopesamento. Ela foi batizada de *fórmula peso.* Eis aí a terceira inovação da tese alexyana (ALEXY, 2008b, p. 603-604).

Ensina Ferraz, que a *fórmula peso* relacionaria basicamente três fatores ou variáveis, a saber: as intensidades das intervenções e dos efeitos negativos nos princípios colidentes (I), os *pesos abstratos*[342] desses princípios (G) e o grau de segurança manifesta pela aceitação empírica da restrição (ou não), pelas medidas idôneas e necessárias, de um dos princípios colidentes (S) (2009: 95-96)[343]. O quociente do produto I(1) x G(1) x S(1), referentes ao princípio P1, pelo produto I(2) x G(2) x S(2), referentes ao princípio P2, daria azo à aferição de qual dos princípios colidentes deveria prevalecer. Eis a *fórmula*:

$$G(1,2) = \frac{I(1).\ G(1).\ S(1)}{I(2).\ G(2).\ S(2)}$$

Segundo Alexy, as atribuições valorativas aos fatores da fórmula deviam seguir o traçado triádico. As intensidades das intervenções e dos efeitos negativos (I) deveriam ser avaliadas como leves, moderadas ou severas. Haveria, ainda, a possibilidade de atribuição numérica a esses padrões. Na forma predileta de nosso autor, a atribuição de valores seguiria o traçado da progressão geométrica, segundo o qual intensidades leves, moderadas e severas corresponderiam aos números 1, 2 e 4[344]. Não raro, esses seriam os únicos fatores determinantes para a aferição dos pesos concretos, uma vez que, muitas vezes, os valores de G e S seriam idênticos tanto em relação a P1 quanto em relação a P2. Quando isso acontecesse, eles se eliminariam reciprocamente. Assim, a fórmula peso passaria a ser a seguinte:

$$G(1,2) = \frac{I(1)}{I(2)}$$

---

[342] Veja que, se inicialmente Alexy não admitia a atribuição de pesos em abstrato, isso deixa de ser uma realidade na *fórmula peso*.

[343] As letras atribuídas a cada uma dos fatores da fórmula peso podem variar de acordo com a versão das obras utilizadas como fonte de pesquisa. Para se ter uma noção, encontramos em língua espanhola a seguinte versão da fórmula: $W_{i,j} = \frac{I_i.\ W_i.\ R_i}{I_j.\ W_j.\ R_j}$ (ALEXY, 2009b, p. 59-60).

[344] Com isso, o nosso autor abandonava a opinião segundo a qual *"No direito constitucional metrificações são de pouca ou nenhuma valia, como ainda será analisado mais adiante. Para resolver um sopesamento entre liberdade de imprensa e segurança nacional por meio de uma metrificação seria necessário que ás alternativas de decisão fossem atribuídos valores numéricos comparáveis e, com isso, calculáveis. De pronto, deve-se afirmar que uma tal metrificação não é possível no direito constitucional"*. Ferraz ensina que Alexy, nos trilhos da fórmula peso, também desenvolveu uma fórmula menos usual, em que a graduação da intensidade de intervenção e dos efeitos negativos seguiria o traçado da progressão aritmética. Assim, leves, moderadas e severas corresponderiam aos números 1, 2 e 3. Essa seria a **fórmula diferença** (2009: 99 – nota 89).

Nesses casos, se o quociente fosse manifesto por um valor inteiro, prevaleceria P1. Caso contrário, prevaleceria P2. O problema seriam os complicadores.

Podia ser que o modelo triádico de graduação fosse refinado, assumindo, então, nove níveis diversos. Para tanto, bastaria combinar os três padrões (leve, moderado e severo) entre si. Isso daria ensejo a intensidades de intervenção (e de efeitos negativos) levíssimas (ll), levemente moderadas (lm) e leves quase moderadas (ls), moderadas tendendo para leves (ml), moderadas propriamente ditas (mm) e moderadas quase severas e, finalmente, levemente severas (sl), moderadamente severas (sm) e severíssimas (ss) (ALEXY, 2008b, p. 609).

Além disso, podia ser que P1 e P2 tivessem pesos abstratos diferentes, como no caso expresso por Alexy (2008, p. 600) entre os Direitos Fundamentais à vida e à liberdade geral: *"a vida humana tem, em abstrato, peso maior que a liberdade geral de se fazer ou deixar de fazer o que se queira"*. Nesses casos, haveria que se aferir também aos pesos abstratos, uma vez que eles não se anulariam reciprocamente.

O último complicador da aplicação da fórmula peso seria a mensuração da segurança causada empiricamente pelo sopesamento. Diretamente proporcional à gravidade da intervenção perpetrada a um Direito Fundamental, seu resultado poderia ser graduado nos seguintes termos: significado certo ou seguro (g), sustentável ou plausível (p) e apenas à evidência de não ser falso (e) (FERRAZ, 2009, p. 98-99). Quando esses padrões não fossem passíveis de ser anulados, o aplicador ver-se-ia no dever de aferir seus valores. E não raras vezes esse seria um fator determinante para a correta solução da ponderação entre princípios (ALEXY, 2009b, p. 60).

A verdade, portanto, é que a aplicação da *fórmula peso* só aumentaria a possibilidade de *decisionismo* por parte do julgador. Pautado em uma metodologia *a priori* e em uma racionalidade matemática, o *sopesamento* cada vez mais se afastava da *condição de validade* – o consenso discursivamente resgatável – decorrente dos ganhos advindos da reviravolta *hermenêutico-liguístico-pragmática.* Com isso, mais clara se tornava a recaída final de nosso autor nos padrões positivistas de ciência[345], tributários dos ensinamentos provenientes do paradigma da *Filosofia da Consciência*.

Talvez por sentir o peso e a validade dessas críticas, recentemente Alexy deu um passo atrás em relação à anteriormente ressaltada complementação do sopesamento pela fórmula peso. Em artigo recentemente publicado em língua espanhola, ele foi bem claro ao ressaltar que:

---

[345] Claramente presentes nos neopositivistas do início do século XX, aqueles que faziam parte do Círculo de Viena. Para mais detalhes, vide (CRUZ, 2009a, p. 15-26).

> No direito, a ponderação se baseia na argumentação, e não em nenhum tipo de medida possível sem dita argumentação, por exemplo, através da observação, do emprego de instrumentos ou da intuição. Isto significa que a intensidade das interverências debe expresar-se por meio de proposições que possam fundamentar-se e refutar-se mediante a argumentação.
> (…)
> A fórmula peso não pretende substituir a ponderação como forma de argumentação pelo cálculo. Se trata simplesmente de um dispositivo formal para expresar a estrutura inferencial da ponderação de principios, do mesmo modo que a lógica é um dispositivo formal para expresar a estrutura de inferencia da susunção normativa. (ALEXY, 2009b, p. 62-64 – tradução nossa)[346]

Mesmo assim, ele ainda parece apostar na racionalidade da fórmula peso como um recurso didático-explicativo do *sopesamento*. E essa simples suposição já demonstra sua crenção na (im)possível matematização da compreensão, pressuposto claramente tributário do paradigma da Filosofia da Consciência.

4.2.1.2 A aproximação entre a Teoria dos princípios e a Teoria dos valores

No tópico 4.2.1, ressaltamos que Alexy associara a sua teoria dos princípios à teoria dos valores, característica que afastara ainda mais a sua proposta daquela desenvolvida anteriormente por Ronald Dworkin. Deixamos para elucidar essa afirmação neste tópico, principalmente porque ela carecia das considerações delineadas nos dois tópicos anteriores.

A bem da verdade, para o jusfilósofo alemão, princípios e valores estariam intimamente relacionados. Da mesma forma que seria possível falar em uma colisão e uma ponderação entre princípios, também o seria em relação aos valores. Além disso, a *realização gradual* de um corresponderia à do outro. Por isso, seria possível resgatar enunciados do Tribunal Constitucional Federal sobre valores, desfiados desde o caso Lüth[347], e transformá-los em enunciados sobre princípios (ALEXY, 2008, p. 144).

---

[346] En derecho, la ponderación se basa en la argumentación, y no en ningún tipo de medición posible sin dicha argumentación, por ejemplo, a través de la observación, del empleo de instrumentos o de la intuición. Esto significa que la intensidad de las interferencias debe expresarse por medio de proposiciones que pueda fundamentarse y refutarse mediante la argumentación.[...] La Fórmula peso no pretende substituir la ponderación como forma de argumentación por el cálculo. Se trata simplemente de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa (ALEXY, 2009b, p. 62-64).

[347] *"Na Alemanha, a doutrina da Werttafel (traduzida normalmente por tábua de valores) e da Wertordnung ('ordem de valores') origina-se concretamente no julgamento do caso Lüth de 15 de janeiro de 1958, ganhando reforço especial na década de 70 com as reformas legislativas promovidas pela coalizão social-liberal que abordavam temas como proteção da infância, pornografia e reforma do direito de família. A partir de então, esse específico modo de compreender o fenômeno constitucional ganhou ampla envergadura e, na medida em que levou consigo um posicionamento metodológico acerca da concepção e da aplicação do direito, seu Ausstrahlungswirkung ('efeito de irradiação') acabou por influenciar não só a jurisprudência dos tribunais superiores, como todo o mundo do direito, desde a legislação, a administração e a jurisdição,*

Aos olhos de Alexy, haveria em verdade uma única diferença entre princípios e valores: os primeiros seriam mandamentos deontológicos, ao passo que os valores seriam conceitos axiológicos[348]. Isso significa que, se por um lado os princípios estabeleciam obrigações – dever, proibição ou permissão –, os valores tratariam acerca daquilo que seria bom, e não devido. Mas essa seria uma exceção, supostamente incapaz de afastar o modelo de princípios do modelo de valores (ALEXY, 2008, p. 145-146/156).

Valorações basear-se-iam em diversos critérios. Estes, por competirem entre si, deveriam ser sopesados, assim como os princípios. Isso indicava que a aplicação de critérios de valoração corresponderia à aplicação de princípios, porquanto ambos demandariam uma ponderação. Para exemplificar essa aproximação, nosso autor se utilizou do seguinte exemplo:

> Das três formas de juízos de valor, são os juízos comparativos que têm a maior importância para o direito constitucional. A relação entre eles e os critérios de valoração conduz à definição entre princípio e valor. Com base no critério de valoração "liberdade de imprensa", uma situação Z1, na qual a liberdade de imprensa é realizada em grau menor que Z2, deve ser valorada como melhor que Z2. [...] A partir do critério de valoração "segurança nacional" pode ser que o contrário ocorra. Como não se pode renunciar a nenhum dos dois critérios de valoração, e como não é possível um cálculo baseado em uma metrificação, resta apenas o sopesamento. Isso significa, contudo, que uma situação que, segundo o critério de valoração "liberdade de imprensa", é melhor que outra, ou é a melhor de todas, é melhor apenas *prima facie.* A decisão acerca da situação definitivamente melhor é obtida após uma valoração global, na qual todos, na qual todos os critérios de valoração sejam levados em consideração (ALEXY, 2008, p.: 152-153).

Sob a ótica de Alexy, seria perfeitamente possível, e demasiadamente simples, passar de uma constatação que afirmasse ser uma determinada situação, do ponto de vista constitucional, a melhor, para uma constatação que dissesse ser ela a constitucionalmente devida. Essa transição de um discurso acerca do que seria bom, para outro referente ao que seria devido, jamais caracterizou um problema para nosso autor.

Como já dissemos, em sua opinião, o discurso jurídico seria um caso especial de discurso prático universal, isto é, um discurso prático no qual estariam interligados fundamentos e questões de ordem moral, ética e pragmática. Como, ademais, por aderir ao princípio da universalização de Hare, nosso autor não anuíra à separação entre discursos de

---

atuando inclusive sobre o direito privado" (PEREIRA, 2008, p. 83-84). No mesmo sentido, vide (SARMENTO, 2004: 141-142). Para mais detalhes acerca da Jurisprudência dos Valores, vide (CRUZ, 2004, p. 157-163).

[348]Na perspectiva de Alexy, "*os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade de conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser qualificado como bom. Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito"* (ALEXY, 2008, p.145).

fundamentação e de aplicação[349], esse trânsito entre bom e devido tornava-se inevitável, inclusive em discursos jurisdicionais (ALEXY, 2009a, p. 125-127).

4.2.2 Os Direitos Fundamentais e suas restrições: o suporte fático amplo, a teoria externa e o núcleo essencial relativo

Nos tópicos anteriores, discutimos três questões que são corriqueiramente analisadas por aqueles que voltam seus olhos para a teoria alexyana dos Direitos Fundamentais, a saber: a estrutura das normas de Direitos Fundamentais (4.2.1), a importância da *máxima da proporcionalidade* no interior da Teoria dos princípios (4.2.1.1) e relação desta com a Teoria dos valores (4.2.1.2).

Agora, pretendemos abordar três temas igualmente importantes no interior da teoria alexyana, os quais, no entanto, não raras vezes são desconsiderados tanto por adeptos, quanto por críticos da proposta do jusfilósofo alemão. Referimo-nos à teoria externa (1), à doutrina do suporte fático amplo (2) e à tese do núcleo essencial relativo (3). Esses três temas, intimamente relacionados, são tratados por nosso autor no capítulo sexto de sua obra, intitulado '*Direitos Fundamentais e suas restrições'*.

No rastro de Alexy, poderíamos dizer que a **teoria externa**, em contraposição à **teoria interna**, enxergaria uma diferença intrínseca entre os Direitos *em si* e as suas restrições[350]. Ela não trabalharia com a noção de limites imanentes aos Direitos, própria da teoria interna, mas com a ideia de que a restrição seria um *a posteriori* – decorrente de uma intervenção legítima – ao conteúdo *a priori* dos Direitos Fundamentais[351].

Esse conteúdo *a priori* dos Direitos Fundamentais equivaleria, na Teoria dos princípios, à extensão *prima facie* dos mandamentos de otimização, cujo exercício seria passível de restrição. Daí porque, aos olhos de Alexy (2008, p. 280), a Teoria dos princípios

---

[349] Alexy é um crítico da dicotomia entre discursos de fundamentação e de aplicação. Em sua ótica, *"a ideia do discurso de aplicação é, ao mesmo tempo, correta, vazia e equívoca. Ela é **correta** ao exprimir a antiga exigência hermenêutica de se considerarem todos os pontos de vista. [...] Ela é **vazia** porque não diz quais pontos de vista devem ser considerados e como devem. [...] Por fim, a ideia do discurso de aplicação é equívoca, pois encerra o perigo de uma práxis decisória não-universalista. Este perigo ocorre quando discursos de aplicação são separados de discursos de fundamentação"* (ALEXY, 2009a, p. 125-126 –). Neste trabalho, ao contrário de Alexy, somos da opinião de que a dicotomia é coerente e válida. Por isso, até entendemos que seja possível transitar do bom ao devido em discursos de fundamentação, mas não em discursos de aplicação do Direito. Ainda voltaremos a essa questão no curso da presente pesquisa.

[350] Para falar com Virgílio Afonso da Silva, ao contrário da Teoria interna – que pressuporia a existência de um único objeto de estudo, a saber, o Direito e os seus limites imanentes – a Teoria externa preferiria dividir esse objeto em dois: *"**o direito em si**, e destacadas dele, as suas **restrições**"* (SILVA, 2009, p. 138).

[351] *"Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o **direito restringido**"* (ALEXY, 2008, p. 277).

pressuporia a validade da teoria externa. Essa relação, para falar com Virgílio Afonso da Silva, seria a mais estreita possível:

> [...] é somente a partir do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no **conteúdo** do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu **exercício** – que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão **prima facie**.
> [...]
> A relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é a mais estreita possível (SILVA, 2009, p. 138-139).

À luz da teoria externa, o âmbito de garantia efetivo equivaleria, portanto, ao âmbito de proteção definido depois de estabelecidas as restrições[352]. Eis aqui a sua conexão com a doutrina do *suporte fático amplo* (ALEXY, 2008, p. 329-330).

Em linhas gerais, o conceito de suporte fático equivaleria, no Direito Constitucional, àquilo que os conceitos de tipo, fato gerador e hipótese de incidência representariam para o Direito Penal e Tributário. Na seara Constitucional, sua aplicação por excelência manifestar-se-ia no trato dos Direitos Fundamentais, sendo, no entanto, menos intuitiva que a noção trazida pelas figuras do tipo e do fato gerador (SILVA, 2009, p. 65-66).

Segundo Alexy (2008: 305), o suporte fático seria contraposto ao conceito de restrição, abrangendo todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica *prima facie.* Seus elementos constitutivos seriam o *âmbito de proteção* e a *intervenção*[353][354]. Por sua vez, quatro seriam as perguntas a serem respondidas para a sua

---

[352] Nesse sentido, vide (CANOTILHO, 2008d, p. 200-201).

[353] Segundo Virgilio Afonso da Silva, os conceitos de *âmbito de proteção* e de *intervenção*, originalmente pensados para tratar dos Direitos de defesa, precisariam ser reavaliados para o trato dos Direitos Sociais. Em suas palavras, *"se 'proteger direitos sociais' implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta 'o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?' tem que, necessariamente, incluir ações. 'Proteger direitos', nesse âmbito, significa 'realizar direitos'. Por isso, pode-se dizer que o* ***âmbito de proteção*** *de um direito social é composto pelas* ***ações estatais que fomentem a realização desse direito****'. Também o conceito de intervenção precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, 'intervir' significa agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: '****intervir****,* ***nesse sentido, é não agir, ou agir de forma insuficiente****"*(SILVA, 2009: 77). Não desconsideramos, aqui, que todos os Direitos possuem uma face positiva, inclusive os Direitos de defesa – classicamente concebidos como meramente negativos. Esse tema será tratado com maior grau de detalhes no próximo capítulo.

[354] Nesse particular, Virgílio Afonso da Silva diverge de Alexy e Borowski. Aos olhos desses últimos, o conceito de suporte fático seria composto apenas pela soma dos dois elementos anteriormente salientados: o âmbito de proteção e a intervenção. Virgílio resume o conceito de Alexy e Borowski na seguinte fórmula '*se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*'. Em suas palavras, *"nessa formulação, x consiste em uma ação, um estudo ou uma posição jurídica [...] se x é algo protegido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se há uma ação estatal que intervém em x (IEx), e se essa intervenção não é fundamentada (não-FCx), então, deverá ocorrer a conseqüência jurídica prevista para o caso de x (CJx), que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal"* (2009: 74). A crítica de Virgílio é a de que, para a constituição do suporte fático, representado pela fórmula descrita entre parênteses no modelo de Borowski *(APx e IEx)*, não bastaria a consubstanciação do simples âmbito de proteção e da intervenção ao direito fundamental. Haveria ainda a

definição: o que é protegido? (1), contra o quê? (2), qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (3) e o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer (4)? (SILVA, 2009: 71).

A resposta à pergunta 'o que é protegido' daria ensejo, em verdade, apenas ao âmbito de proteção do Direito Fundamental, também chamado de âmbito da norma e âmbito de garantia *prima facie*. As respostas às outras três perguntas, por sua vez, dariam ensejo à caracterização de uma intervenção como constitucional ou inconstitucional. A imprescindibilidade do conceito de suporte fático decorria, assim, de sua íntima conexão a questões afetas à aplicação dos Direitos Fundamentais:

> [...] a forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático (SILVA, 2009, p. 68).

Exatamente por isso, sua definição ampla ou restrita alteraria toda a dinâmica da fundamentação das decisões relativas à aplicação dos Direitos Fundamentais. Isso decorria das próprias peculiaridades das teorias do suporte fático amplo e restrito.

A teoria do suporte fático amplo não buscaria estabelecer *a priori* aquilo que seria protegido pelo Direito Fundamental. Ela não insistiria nas tentativas de pré-definição daquilo que estaria incluído ou excluído do *âmbito de proteção* de um determinado direito fundamental. Além disso, ela deslocaria o foco da argumentação para o momento da fundamentação da intervenção, por pressupor que a definição do que seria protegido definitivamente pelos Direitos Fundamentais dependeria de uma análise das possibilidades fáticas e jurídicas de otimização[355] (ALEXY, 2008, p. 305-306).

---

necessidade de que a intervenção não fosse fundamentada (não FC), pelo que esse elemento também deveria integrar o conceito de suporte fático (e, portanto, vir também entre parênteses). A justificativa para tanto seria muito simples: para que se operasse a consequência jurídica decorrente da configuração do suporte fático de um direito fundamental, isto é, para que a intervenção a esse direito fosse tida como ilegítima e, em razão disso, fosse declarada inconstitucional, seria necessário que ela não fosse fundamentada constitucionalmente (FCx). Daí porque, para Virgílio Afonso da Silva, faz mais sentido descrever o conceito de suporte fático sob a fórmula'*se APx e não-FCx (IEx), então CJx'*, ou seja, *"se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a conseqüência jurídica prevista pela norma de um direito fundamental para o caso de x (CJx)"*(SILVA, 2009:75).

[355] "[...] *definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não"* (SILVA, 2009: 109).

Uma vez aceita essa teoria, a pergunta ‘o que faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental particular’ poderia ser substituída, sem maiores problemas, por outra: ‘o que seria protegido *prima facie* por esse direito’? Esta pergunta deveria ser respondida da seguinte maneira: “*toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental”* (SILVA, 2009, p. 109).

Isso significa que toda e qualquer conduta, fosse lícita ou ilícita, seria considerada, ao menos *prima facie*, como inclusa no âmbito de proteção de um determinado Direito Fundamental. Essa ampliação do âmbito de proteção acarretaria um aumento no número de colisões e, por conseguinte, a importância da ponderação na solução desses casos[356]. A adoção da teoria do *suporte fático amplo* também implicaria uma extensão do conceito de intervenção. Dependente da classificação de uma intervenção como restrição constitucionalmente aceita, ou não, a proteção definitiva de um direito tornar-se-ia tanto mais ampla quanto maiores fossem a extensão do âmbito de proteção e o conceito de intervenção (SILVA, 2009, p. 111-112).

Mas a essa teoria do suporte fático amplo opor-se-ia uma **teoria do suporte fático restrito**. Esta tentaria excluir do âmbito de proteção do Direito Fundamental algumas ações, estados ou posições jurídicas, sobretudo por considerar que essas situações não estariam acobertadas pela Constituição. Isso significa que seus adeptos excluiriam determinadas dimensões de conteúdo do âmbito de proteção do Direito Fundamental, as quais, ao menos sob os pressupostos da teoria do suporte fático amplo, deveriam integrar o âmbito de proteção *prima facie* desse Direito. Para a teoria do suporte fático restrito, essas restrições não decorreriam de um sopesamento com outros Direitos, mas dos limites imanentes internos ao Direito Fundamental.

Por tentar resolver o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais de forma antecipada, e mais, por alegar que inexistiriam colisões reais entre eles – o que decorria da adoção da tese dos limites imanentes proveniente da *Teoria interna* – a Teoria do suporte

---

[356] “*No âmbito dos direitos fundamentais, juízos são corretos somente se puderem ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado. Se esses juízos forem fundamentados de forma independente de um sopesamento, sua correção depende de se saber se o resultado poderia também ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado. Essa idéia* ***exige uma teoria ampla do suporte fático. Uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção.*** [...] *Quanto mais amplamente for definido o suporte fático, tanto maior será o número de casos nos quais alguma norma de direito fundamental será relevante e, com isso, tanto maior será o número de colisões de direitos fundamentais”* (ALEXY, 2008, p. 322-326).

fático restrito[357] foi preterida por Alexy: *"aqui será defendida uma teoria ampla do suporte fático como uma teoria estrutural"* (ALEXY, 2008, p. 309).

Por fim, Alexy ainda aderiu à tese do núcleo ou conteúdo essencial relativo, segundo a qual o *conteúdo essencial* de um Direito Fundamental seria tudo aquilo que sobraria após a análise das condições fáticas, e, sobretudo, jurídicas de otimização. Isso significa que uma restrição que respeitasse a máxima da proporcionalidade não violaria o conteúdo essencial do Direito Fundamental restringido, **ainda que dela nada restasse do aludido Direito**[358]: *"a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade"* (ALEXY, 2008, p. 297-298):

> A convicção de que existem Direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas – e apenas esses direitos são genuinamente absolutos – pode ser defendida como vinculante pelo indivíduo que tenha a liberdade de se sacrificar em nome de determinadas máximas, **mas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional.**
> **Com isso, chega-se à conclusão de que a garantia do conteúdo essencial, prevista no art. 19, § 2º, da Constituição alemã, não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima** (ALEXY, 2008, p. 301 – grifo nosso).

Convém, no entanto, discutir a coerência dessa assertiva com a concepção alexyana acerca da *dignidade da pessoa humana*.

---

[357] Virgílio Afonso da Silva delineou críticas às vertentes de Teoria interna desenvolvidas, respectivamente, por Maunz e Zippelius (a), Friedrich Müller (b) e John Rawls (c). Em linhas gerais, ele salientou que a teoria de Maunz e Zippelius, ao apelar para uma estratégica de interpretação genética, favoreceria uma ótica conservadora (a). Disse que a teoria de Müller, ao se apegar a um conceito de especificidade das condutas, pecaria por excluir *a priori*, com base na simples intuição, uma série de condutas que *prima facie* poderiam perfeitamente configurar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais (b). E, finalmente, sustentou que a teoria de Rawls pautar-se-ia em uma distinção que não seria tão nítida (entre restrição e regulação/regulamentação), para excluir a possibilidade de restrições às liberdades (SILVA, 2009, p. 82 *et. seq.*).

[358] Quanto a isso, vem a calhar a explicação de Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que *"A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a conseqüência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos – **o conteúdo essencial e a proporcionalidade** – guardam íntima relação: **restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.** [...] É possível que em casos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), **nada reste de um determinado direito**. Por mais que soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais"*(SILVA, 2009: 197/199 –). Cumpre apenas esclarecer que, aos nossos olhos, a explicação seria 'um pouco' diferente, a despeito de grandes serem as mudanças dela provenientes. Somos do entendimento de que, neste caso, simplesmente não haveria Direito, e isso porque nele as especificidades da situação 'atestariam' a sua inadequação para a solução do caso. Não seria, pois, um caso de restrição total, uma vez que conflito real nunca teria havido. Seria sim, um caso concretização da norma adequada para a solução do caso, tendo em vista os programas normativos envolvidos e os âmbitos normativos trazidos pela situação concreta. Ainda neste capítulo, voltaremos a esse tema.

Já explicamos, no tópico 4.2.2, que aos olhos de nosso autor a *dignidade humana* jamais poderia ser entendida como *um princípio absoluto*. Isso, além de indicar o seu rompimento com a tese do núcleo duro da Constituição, ainda garante a coerência de sua posição com a tese do núcleo essencial relativo. Ocorre que o mesmo Alexy admite a manifestação da *dignidade humana* como uma *regra*, aquelas normas que, em sua ótica, estabeleceriam mandamentos definitivos, não *prima facie*. Em vista disso, Virgílio Afonso da Silva chega a enxergar em Alexy uma *"aceitação, **para o caso da dignidade humana**, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela 'parte regra' da norma que garante esse direito"*. Já a 'parte princípio' da norma garantidora da dignidade da pessoa humana, *"teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, e seria, portanto, realizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto"* (SILVA, 2009, p. 201).

O problema é que essa alegação olvida a explicação do próprio Alexy, no sentido de que *"a relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana"* (ALEXY, 2008, p. 113). Essa explicação, conforme asseveramos no tópico 4.2.2, dá a entender que a faceta normativa da *dignidade humana* assumiria a estrutura de regra, uma vez realizada a ponderação entre a sua faceta principiológica e outros princípios, e declarada a sua prevalência em relação a estes. Em outras palavras, via sopesamento, definido seria o conteúdo da regra da dignidade humana[359].

Ora, se estivermos corretos em nosso entendimento, também neste caso – o da norma definidora da dignidade humana – Alexy estaria a aproximar-se da tese do conteúdo essencial relativo, ao contrário do que sustenta Virgílio Afonso da Silva. Se assim for, poderemos vislumbrar *mais uma* coincidência, e não um afastamento pontual das teses desses dois pensadores[360].

Com base nessas considerações, estamos convencidos de que é incoerente aproximar *a vertente alexyana* dos pressupostos próprios à **tese do núcleo essencial absoluto**[361]**.** Esta, ao contrário do que propugnam Alexy e os adeptos da tese do núcleo relativo, defende que o

---

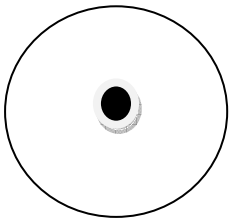
[359] Por entendermos que as concepções defendidas por Sarlet e Figueiredo se afastam dessa noção, preferimos designar o pensamento desses autores como alexyanos ultra-alternativos. Para mais detalhes, vide capítulo quinto, tópico 5.2.4.2.2.

[360] *"Parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que **a própria Constituição,** em normas com estrutura de **regra**, defina conduta absolutamente vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõem uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativização a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana"* (SILVA, 2009: 202).

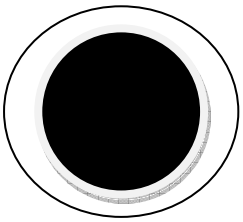
[361] Como o faz Ricardo Lobo Torres, para ficar em um exemplo. Para mais detalhes, vide tópico 5.2.3, inscrito no capítulo quinto.

conteúdo essencial do Direito Fundamental deveria ser entendido como um limite absoluto a restrições.

Absoluto, aqui, não seria idêntico a imutável, uma vez que, segundo algumas vertentes, a despeito de intransponível, o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais poderia ser dinâmico. Para essas vertentes, absoluto seria o caráter do conteúdo dos Direitos, o qual, a despeito de fluido, não podia ser relativizado em decorrência de situações urgentes e contingentes. Para exemplificar essa vertente da tese do conteúdo essencial absoluto, Virgílio Afonso da Silva se vale das seguintes representações[362]:



Conteúdo absoluto-estático (A)
(mas limitado)



Conteúdo absoluto-dinâmico (B)
(mas abrangente)

Segundo Virgílio Afonso da Silva, no primeiro caso, a despeito do conteúdo essencial ser absoluto e estático, grande parte dos Direitos Fundamentais seria passível de restrições. Isso significa que, apesar de imutável, o núcleo duro protegeria apenas uma parcela restrita do Direito Fundamental. No segundo caso, por sua vez, a parte central estaria mais apta a adaptações em vista das novas realidades, mas, em vista da maior abrangência do núcleo essencial, a possibilidade de restrição seria muito menor (SILVA, 2009, p.191).

Aos seus olhos, no entanto, isso não significaria que a segunda vertente devesse ser preterida em favor da primeira, e por uma razão muito simples: não seria difícil vislumbrar, por exemplo, *"uma teoria absoluta-estática que, além de ter um núcleo de conteúdo imutável e intangível,* [deixaria] *muito pouca borda para a capacidade de conformação ordinária (do legislador ou dos particulares)",* e isso, apenas invertendo as identidades acima – isto é, (A) passasse a indicar a segunda representação, e (B) a primeira (SILVA, 2009, p. 191).

Em que pese tudo isso, como antes já dissemos, por considerar que a Constituição alemã não teria criado nenhum limite à máxima da proporcionalidade, para Alexy os Direitos Fundamentais seriam dotados de um conteúdo essencial relativo, não absoluto (ALEXY, 2008, p. 301).

[362] As representações se encontram em (SILVA, 2009, p. 190).

4.2.3 Os Direitos Fundamentais sociais: direitos a prestação em sentido estrito

A última questão que mais de perto nos interessa diz respeito à concepção de nosso autor acerca dos Direitos Fundamentais sociais.

Ensina-nos Sampaio que a maior parte dos autores alemães, geralmente em decorrência do tratamento dado à matéria pela Constituição de Bonn, costuma conceituar os Direitos sociais como obrigações objetivamente impostas ao Estado, mas impassíveis de ser pleiteadas subjetivamente em juízo[363]. Essa tendência daria preferência à face objetiva desses Direitos, em detrimento da subjetiva, estando presente, por exemplo, nas teorias de Hesse e Häberle. Segundo o jurista cearense, em contraposição a essa tendência, Alexy buscaria uma solução mais próxima da subjetivação dos Direitos sociais (SAMPAIO, 2002, p. 677).

Se não estivermos enganados, Sampaio fala em 'mais próxima' muito em razão da vinculação procedida por Alexy entre os Direitos sociais e a máxima da proporcionalidade. Esses Direitos estabeleceriam posições *prima facie* passíveis de ser restringidas por medidas legislativas, sempre e quando estas fossem proporcionais (ALEXY, 2008, p. 514); (PULIDO, 2008, p.168).

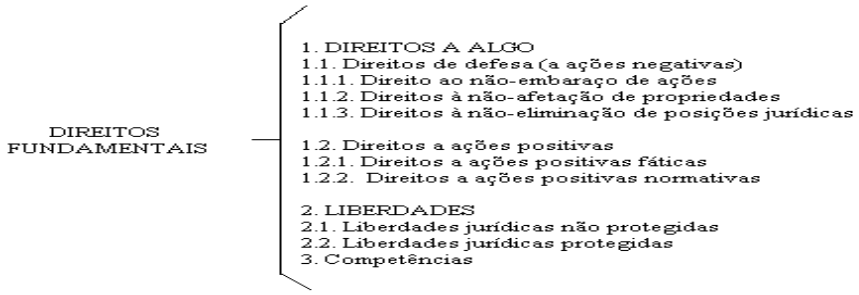
Ocorre que, na concepção alexyana, essa não seria uma característica inerente apenas aos Direitos sociais, mas a todos os 'Direitos Fundamentais' manifestos na forma de princípios[364]. Exatamente por isso, se tomarmos por base seus próprios escritos, veremos que, a despeito de não desconsiderar a face objetiva, Alexy daria uma clara ênfase à face subjetiva desses Direitos.

É oportuno salientar, para falar com Hierro, que Alexy não faz uso das tradicionais distinções entre Direitos individuais e sociais, preferindo oferecer uma classificação dos Direitos baseada em sua estrutura deontológica, e não na forma como foram encarnados no curso da história:

> Convém começar por recordar esquematicamente o sistema dos direitos fundamentais que Alexy ofrece e que é o seguinte:

[363] Convém dizer que não desconsideramos a existência de inúmeros autores alemães que, pautados na cláusula do Estado Social, bem como nas Constituições estaduais dos entes da República Federativa alemã, ou, ainda, em outros argumentos como a vinculação dos Direitos sociais com uma versão do *princípio da liberdade*, reconhecem a fundamentalidade dos Direitos Sociais. Dentre os autores brasileiros que nos chamam a atenção para essa realidade, podemos citar, a título exemplificativo, o nome de Torres (2001, p.283)

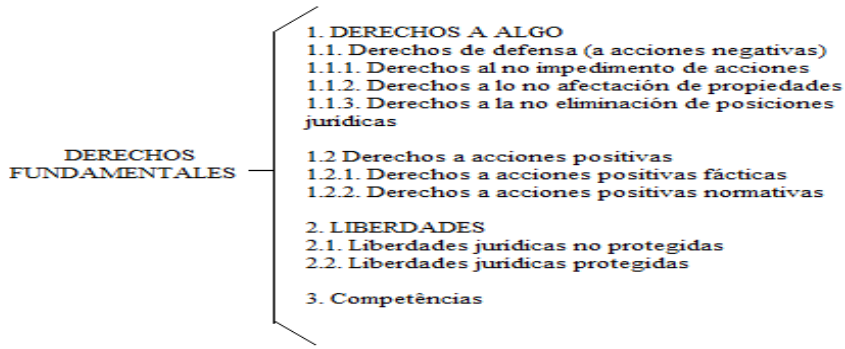
[364] Para mais detalhes, vide tópico 4.2.1.1.



> Felizmente, Alexy prescinde das tradicionais distinções entre direitos individuais e direitos sociais para oferecer uma classificação dos direitos fundamentais baseada em sua estrutura deóntica e não nas metamofóses de sua aparição histórica. Os direitos económicos-sociais se situam, neste esquema, como direitos a ações positivas do Estado ou prestações em sentido amplo. Estes direitos a prestações em sentido amplo abarcam diversas modalidades, desde à proteção do cidadão frente a outros didadãos através de normas de direito penal, pasando pela previsão de normas de organização e procedimento, até prestações em dinehiro e bens (…), pelo que Alexy (…) propõe subdividir três grupos de direitos a prestações em sentido amplo: (1) os direitos a preoteção, (2) os direitos a organização e procedimento e (3) os direitos a prestações em sentido estrito (HIERRO, 2008, p. 202-203 – tradução nossa)[365]

Aos olhos de Alexy, os Direitos sociais seriam direitos a prestação em sentido estrito. Seriam direitos de titularidade do indivíduo, oponíveis ao Estado, a algo que, se dispusesse de meios financeiros suficientes – e se houvesse uma oferta suficiente no mercado – seu titular poderia obter também de particulares. Esses Direitos seriam tão importantes que a decisão de garanti-los, ou não, jamais poderia ficar a cargo apenas da maioria parlamentar simples. Sua aplicação no caso concreto deveria ser analisada a partir do sopesamento dos mesmos com os princípios formais da competência legislativa, da separação dos poderes, além de outros

[365] Conviene comenzar por recordar esquemáticamente el sistema de los derechos fundamentales que Alexy ofrece y que es el siguiente:



> Afortunadamente, Alexy prescinde de las tradicionales distinciones entre derechos individuales e derechos sociales para ofrecer una clasificación de los derechos fundamentales basada en su estructura deóntica y no en los avatares de su aparición histórica. Los derechos económicos-sociales se sitúan, en este esquema, como derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio. Estos derechos a prestaciones en sentido amplio abarcan diversas modalidades, 'desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes'(…), por lo que Alexy (…) propone subdividir tres grupos de derechos a prestaciones en sentido amplio: (1) los derechos a protección, (2) los derechos a organización y procedimiento y (3) los derechos a prestaciones en sentido estricto (HIERRO, 2008: 202-203)

princípios materiais relativos à liberdade de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos[366] (ALEXY, 2008, p. 499/511-512).

De acordo com o jusfilósofo alemão, o indivíduo possuiria um Direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade – que justificariam a exigência do Direito a prestações – tivessem maior peso que os princípios materiais e formais colidentes, considerados em conjunto. Esse seria o caso dos Direitos a prestações mínimas[367] – ou melhor, do Direito ao *mínimo existencial* (ALEXY, 2008, p. 512/517).

4.2.4 Algumas críticas às concepções de Alexy

As concepções de Alexy não são imunes a críticas. Se levarmos em conta as críticas comumente delineadas por Habermas e seus seguidores – mas não apenas por eles, como ainda teremos a oportunidade de ver[368] – poderemos dizer que são problemáticos, inicialmente, o conceito de princípios como mandamentos de otimização (1), a aproximação da teoria dos princípios à teoria dos valores (2) e a própria racionalidade metódica proveniente da máxima da proporcionalidade (3).

Não é nossa intenção esgotar essas críticas, principalmente por entendermos que já existe, mormente em Minas Gerais, uma vasta gama de trabalhos delineados nesse sentido. Os trabalhos desenvolvidos desde o final da década de 1990 por Carvalho Netto, Oliveira, Gallupo, Cruz, e mesmo Sampaio (2003, p.318), que provavelmente tremeria se taxado fosse de habermasiano – ainda que super alternativo – ou, mais recentemente, por Frederico Barbosa Gomes e Leonardo de Araújo Ferraz, para ficar em apenas alguns nomes, são suficientemente profundos no trato dessas questões. Por isso, faremos aqui um apanhado dessas críticas, aprofundando-as naquilo que entendemos devido, sem, contudo, levá-las a extremos.

Tendo essa ressalva em mente, podemos criticar o conceito alexyano de princípios (1) pelo simples fato de que ele subverte a lógica deôntica do Direito. Isso acontece mesmo contra a vontade de Alexy, na medida em que ele justifica uma aplicação *gradual* dos

---

366 *"De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais, o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado, está sobretudo o princípio da liberdade fática. Do outro, estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos"* (ALEXY, 2008, p. 512)

367 *"De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos"* (ALEXY, 2008, p. 517).

368 Nos próximos tópicos, traremos algumas das críticas de Günther e Müller à teoria de Alexy.

princípios, resultante de sua vinculação à máxima da proporcionalidade (3) e da equiparação – quase absoluta – entre os princípios e os valores (2).

Se formos a Habermas, ou a qualquer dos autores anteriormente referidos, veremos que normas não podem ser equiparadas a valores. As normas estabelecem ações obrigatórias, proibidas ou permitidas, ao passo que os valores direcionam condutas tendo em vista uma finalidade específica. Enquanto as normas válidas obrigam seus destinatários a um comportamento generalizado por discursos de fundamentação, valores como 'segurança', 'velocidade' e 'beleza' de um veículo, por exemplo, nada mais são que preferências compartilhadas, relativas a alguma finalidade – por que ele é seguro; é veloz para quê; é belo para quem, sob que padrões? (HABERMAS, 2003, p. 316-317)

Para exemplificar essa questão, convém dizer que *veloz*, no Direito, assume, dentre outros, o sentido *de acima da velocidade permitida* (conduta ilícita). Se numa dada situação, entende-se que um veículo excedeu determinado parâmetro de velocidade permitida, sua velocidade – considerada excessiva – *é punida com multa.* Com isso, não cogitamos se ele estava ou não veloz, comparativa ou valorativamente, mas o fazemos dentro da lógica binária do Direito, separando uma conduta lícita de uma ilícita. Outro exemplo é o da bebida alcoólica aliada à direção de veículos automotores. Se cotidianamente dizemos que uns beberam muito e outros pouco para dirigir, para o Direito existe um parâmetro que pretende separar o que é lícito e o que é ilícito nesse tipo de situação. A lei seca deixa isso bem claro.

Dessa forma, os princípios não podem ser igualados a critérios de aferição valorativa, porquanto, como normas, operam com base em um código binário (lícito/ilícito), e não com base naquilo que é preferível. Além disso, *uma vez manifestas*, as normas estabelecem obrigações incondicionais e universais, e, nesse sentido, absolutas, ao passo que a obrigatoriedade dos valores é relativa. Finalmente, as normas visam atender aquilo que, em termos de reciprocidade, é bom para todos (moral pós-convencional), ao passo que valores se prendem àquilo que é bom para uma dada parcela da sociedade (moral convencional - ética) (HABERMAS, 2003, p. 316-317). É exatamente por isso que o discurso de fundamentação modifica a questão do que é preferível para o que é devido, impedindo, a partir de então, o emprego de qualquer argumento que busque graduar preferências.

É bem verdade que os valores de uma comunidade, ou mais precisamente, de grupos da sociedade, irradiam-se sobre as normas. Argumentos ético-políticos (a) e pragmáticos (b) – relativos, respectivamente, àquilo que consideramos bom para nós (a) e aos melhores meios para atingir-se um determinado fim (b) – estão impregnados dos valores que permeiam o *mundo da vida.* Eles integram os discursos de fundamentação da mesma forma que os

argumentos morais, relativos a questões de justiça – que também incorporam valores ou interesses, porém somente os que são generalizáveis (HABERMAS, 2003, p. 192 *et. seq.*).

Mas esses valores, impregnados nos respectivos argumentos[369], passam pelo filtro dos discursos de fundamentação das normas, caracterizados pela participação, ao menos potencial, de todos. E, uma vez traduzidos pelo *princípio da democracia*, são incorporados às normas, as quais, no entanto, não devem ser tratadas como se valores fossem (OLIVEIRA, 2002, p. 88).

Se igualadas fossem aos valores, as normas perderiam as características anteriormente descritas, subvertendo um discurso de aplicação norteado por deveres, em um discurso dirigido por preferências. Para ficar em apenas um exemplo, convém discutir aqui o complexo caso das *Testemunhas de Jeová* em relação à transfusão de sangue.

Há uma série de casos levados a juízo[370], nos quais é discutida a feitura, ou não, de transfusões de sangue em pessoas que professam a religião Testemunhas de Jeová. Os casos variam entre recusas dos próprios pacientes a submeter-se ao aludido tratamento, e recusas dos pais em autorizar a transfusão em seus filhos menores de idade. Na maior parte das vezes, a transfusão é autorizada em menores de idade, mesmo a contragosto dos pais. Quando, no entanto, a pessoa que recusa submeter-se ao aludido procedimento é maior de idade, há uma dissonância entre os julgados.

Em regra, os julgadores fazem referência, no primeiro caso, a uma suposta colisão entre princípios, os Direitos à vida e à saúde da criança e os direitos à liberdade de crença e de pensamento, alegados pelos pais. Já no segundo caso, é comum a alusão aos Direitos à liberdade de crença e de pensamento, além da menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, como supostos entraves à realização da transfusão. Esses Direitos são ponderados em face dos Direitos à vida e à saúde do paciente. São raras as vezes que, em dissonância com o discurso majoritário, os julgadores se posicionam no sentido de que, *in casu*, não haveria uma colisão entre Direitos/princípios.

Mas suponhamos que, em vista da suposta ponderação entre os princípios trazidos à baila, esse caso fosse solucionado com base em juízos de valor. Uma atitude como esta poderia dar azo à negativa de uma transfusão sanguínea em nome do 'valor da dignidade humana' dos pacientes, da mesma forma que poderia justificar a feitura da transfusão em

---

[369] Como já antes dissemos, essas questões só podem ser distinguidas no nível analítico.

[370] BRASIL, Tribunal de Justica. Tutela Antecipada/MG nº 1.0701.07.191519-6/001(1). Rel.: DES. ALBERTO VILAS BOAS. DJ: 04/09/2007; AI/RJ nº 2007.002.09293. Rel.: DES. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES. DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. DJ: 27/06/2007; AI/RJ nº 2004.002.13229. Rel. DES. CARLOS EDUARDO PASSOS. DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL. DJ: 05/10/2004. Apelação Cível/TJRS nº 595000373. Rel. Sérgio Gischkow Pereira. DJ. 28/03/1995. AI/TJRS nº 70032799041. Rel. Des. CLÁUDIO BALBINO MACIEL. DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CIVEL. DJ 11/03/2010.

nome da preservação dos ‘valores vida e saúde’. Poderia, ainda, gerar uma decisão que negasse a transfusão a crianças, em nome da prevalência dos valores manifestos pelos pais, ou, em sentido diametralmente oposto, justificar a transfusão em nome da prevalência dos Direitos à vida e à saúde da criança. O problema é que em todos esses casos, se fundada em juízos preferenciais de valor, e não em deveres a imporem obrigações incondicionais e universais, a decisão tomada fatalmente cambiaria entre a concordância, ou não, por parte *do juiz*, em relação aos valores manifestos pelos pacientes ou pelos pais dos mesmos. Não que estejamos a negar a influência deste último fator na prolação das decisões judiciais. Sobretudo inconscientemente, os valores aceitos pelos julgadores interferem no teor de suas decisões. Mas isso não significa que argumentos dirigidos por valores sejam legítimos nessa seara. Isso fica muito claro no caso das Testemunhas de Jeová.

Não há aqui uma colisão entre os valores manifestos pelos pacientes e aqueles dispostos na Constituição. Nem um conflito entre os valores aduzidos pelos pais dos pacientes e os que são alegados pelos médicos que pretendem realizar a transfusão. Entender os Direitos como valores, nesse e em outros casos, daria azo a ponderações nessa direção. E, com isso, transmudado seria um juízo normativo em uma ponderação valorativa, uma obrigação em uma preferência. Com esses esclarecimentos, (2) é quase que completamente esmagado.

Convém, contudo, analisar com mais cuidado a assertiva de que os princípios ordenem a realização de algo *na maior medida possível*, isto é, de que eles estabeleçam obrigações *prima facie*, ponderáveis em vista das possibilidades fáticas e jurídicas (1). Essa concepção decorre da vinculação estrita, procedida por Alexy, entre seu conceito de princípios e a máxima da proporcionalidade (3). Se conseguirmos entender os pressupostos que se encontram por detrás dessa vinculação, poderemos, então, a partir de uma crítica contundente aos mesmos, afastar de uma vez por todas a noção de que os princípios/Direitos Fundamentais se apliquem *gradualmente*.

Para começar, **são pressupostos da teoria alexyana** a **doutrina do suporte fático amplo** (4), a **teoria externa dos Direitos Fundamentais** (5) e a **tese do conteúdo essencial relativo** (6). Essas teorias se complementam para afirmar a centralidade da máxima da proporcionalidade na aplicação dos Direito Fundamentais.

A **doutrina do suporte fático amplo** coaduna com a inadmissível noção de que, *a priori*, tudo o que se aproximasse da temática do Direito fosse incluído em seu *âmbito de proteção*. Ela supõe que a inibição desse *âmbito* decorresse, apenas e tão-somente, de restrições/intervenções externas ao Direito, o que, aliás, é reforçado pela teoria externa, que supõe uma diferença intrínseca entre os Direitos *‘em si’* e as suas restrições. **A adesão pura à**

teoria externa, por sua vez, dá ensejo à **tese do conteúdo essencial relativo**, segundo a qual essencial seria apenas aquilo que sobraria após a análise das condições fáticas e jurídicas de otimização. Com isso, qualquer tipo de intervenção se torna tolerável, desde que aprovada pelo teste da proporcionalidade *lato sensu* (adequação e necessidade e sopesamento/ponderação), ainda que reduza a nada o conteúdo essencial do Direito Fundamental.

Aos nossos olhos, no entanto, a tese de Alexy irracionalmente transforma o aplicador em um 'deus', porquanto o autoriza a desconsiderar por completo o produto dos discursos de fundamentação legislativos. O *juiz*, norteado pela máxima da proporcionalidade, passaria ao centro das atenções, ao dizer, *in concreto*, qual seria o conteúdo essencial do Direito. Como se de fato estivesse no exercício de uma 'representação argumentativa'[371], ele literalmente delimitaria o âmbito de proteção definitivo do Direito, medido pela constitucionalidade de medidas interventivas (adequação e necessidade), ou por análises de custo e benefício (ponderação). *Prima facie* tudo seria permitido, como se à pergunta *"o que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento?"* (art. 5º, IV, CR/88) pudesse ser respondido *"toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importam o dia e o horário"* (SILVA, 2009, p. 110). Com isso, **manifestações caluniosas, difamatórias e injuriosas**, para ficar em apenas três condutas criminalizadas pelo **Código penal (Art. 138, 139 e 140, respectivamente)** e que, claramente, infringiriam o Direito Fundamental à honra (Art. 5º, X, CR/88), deveriam ser incluídas no suporte fático amplo do Direito Fundamental à liberdade de expressão. Tudo se resolveria com o sopesamento[372].

Em outros casos, os pressupostos da teoria alexyana autorizariam a inclusão, no âmbito de proteção *prima facie* do Direito à saúde, de procedimentos, tratamentos e medicamentos ilegais, ou em simples fase de experimentação. Os conteúdos legislativos que, eventualmente, limitassem essas leituras haveriam de ser analisados à luz da máxima da proporcionalidade, que atestaria a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Já os conteúdos *prima facie* atinentes a outros Direitos Fundamentais, como o Direito à vida e dignidade humana, por exemplo, haveriam de ser *ponderados/sopesados* com os conteúdos *prima facie* do Direito à saúde. Essas seriam questões de otimização, isto é, de busca pela realização dos Direitos Fundamentais na maior medida possível. Nesse sentido, nada seria

---

[371] Para uma noção acerca da tese alexyana da *representação argumentativa*, e de algumas críticas a ela dirigidas, vide (OLIVEIRA, 2009c,p. 47- 52)

[372] *"O que a teoria ampla aceita é um direito prima facie a fazer ou deixar de fazer o que se deseja"* (ALEXY, 2008, p. 329).

restringido nos discursos de fundamentação legislativo, a uma porque as restrições seriam meramente externas – e não internas aos Direitos –, a duas porque *prima facie* tudo seria permitido, e a três porque a definição do conteúdo essencial demandaria a incidência da máxima da proporcionalidade. Isso, fatalmente, aumenta o número de colisões entre Direitos Fundamentais. Talvez essas sejam as razões de Alexy 'não entender' o papel da coerência na aplicação do Direito (ALEXY, 2009, p. 121-122).

O problema dessas concepções é converter por completo a aplicação do Direito em um discurso de fundamentação. Eis o que está por trás da diferença fundamental entre a alegação güntheriana de que uma norma é válida *prima facie* e a suposição alexyana de que elas – no caso, os princípios – estabeleçam obrigações *prima facie* passíveis de otimização no caso concreto. Uma coisa é perceber uma conexão entre discursos de fundamentação e de aplicação, e supor que nos últimos intente-se aferir a adequação de uma norma *prima facie* válida para a solução do caso. Outra, absolutamente diferente, é negar a dicotomia discursiva e entender que só existissem discursos de fundamentação.

Nós até entendemos que a última concepção seja fruto da vinculação entre (4), (5) e (6). O problema é que nem a teoria externa (4), completamente dissociada da teoria interna, nem a doutrina do suporte fático amplo (5), nem a tese do núcleo essencial relativo (6) se sustentam à luz de um Estado que, cada vez mais, pretende se tornar democrático de Direito[373].

A aplicação concretista não exclui a validade *prima facie* das normas. A imprevisibilidade, em sede de *discurso de fundamentação/justificação*, de todas as possibilidades normativas inerentes à faticidade da vida social não justifica a atribuição de uma *atividade legislativa* ao julgador[374]. Dizer que os juízes, desembargadores e ministros, no ato de suas decisões e, tendo sempre em vista as argumentações levantadas pelas partes que integram o processo[375], possuam a prerrogativa de construir hermeneuticamente o sentido da norma adequada para a solução do caso concreto, não é o mesmo que sustentar a possibilidade de esses operadores virem a exercer *juízos de fundamentação/justificação* em sede de

[373] Já explicamos nossa concepção de Democracia radical – que delineia a nossa concepção de Estado Democrático de Direito – no capítulo segundo. Mais uma vez, repetimos que seguimos de perto a concepção de Habermas. Apenas acoplamos a ela, e isso não dissemos abertamente no capítulo segundo, a tese de que a sociedade civil seja mais que simples co-autora do Direito, na medida em que contribua para o controle da ordem democrática como um todo. Essa é a tese de Pereira (2008), que em tudo é compatível e, em nosso entender, complementar à tese da democracia radical habermasiana.

[374] A despeito de o discurso de fundamentação/justificação poder ser exercido pelo Judiciário, em casos como no da elaboração de seu regimento interno, por exemplo, em demandas judiciais, este há de se limitar ao exercício de discursos de aplicação.

[375] Em nossa ótica, nenhum processo de Controle de Constitucionalidade pela via de ação é *abstrato*. Nenhum deles pode desconsiderar os influxos advindos do *mundo da vida*, que exercem sobre o julgamento de ADCs, ADIs e ADPFs uma influência inegável. Nesse particular, seguimos os ensinamentos de Cruz.

discurso de aplicação. Se assim o fosse, abertas estariam as portas para que juízes, desembargadores e ministros se convertessem em verdadeiros legisladores anômalos, com o que soçobraria qualquer possibilidade de construção de uma democracia radical, porquanto o produto da soberania popular, exercida direta ou indiretamente pelos cidadãos, estaria sempre subordinada às vontades de uma "aristocracia de toga".

Além de todos esses problemas, a teoria de Alexy ainda possuiria o problema de trabalhar, quase que completamente, com a suposição de que apenas dois princípios se conflitassem em cada caso:

> O juízo de proporcionalidade em sentido estrito se dá, segundo Alexy e a doutrina jurisprudencial, comparando os graus em que uma determinada ação jurídica (A) (i) beneficia ou favorece um direito d1 y (ii) viola ou prejudica outro direito d2. Quando o dano para d2 é maior que o benefício para d1 dita ação jurídica é inválida por ser contrária à Constituição. Mas essa comparação de graus de benefício/prejuízo de d1/d2 (juízo de proporcionalidade em sentido estrito) só acontece quando A já passou por outros *tests*: o de idoneidade (verdadeiramente A proporciona algum benefício a d1) y o de necessidade (não cabe uma ação jurídica A' que dirija – ao menos – o mesmo benefício para d1 com menos dano para d2)(AMADO, 2009, p. 285)[376].

Ademais, também a suposição da existência de *pesos abstratos*, proveniente da fórmula peso, e de que a *lei da colisão* pudesse ser definida, em alguns casos, *in abstrato*, acabaria por contrariar todos os ganhos provenientes da reviravolta *hermenêutico-linguístico-pragmática* (CRUZ, 2007, p. 295-296).

Eis o porquê de criticarmos com veemência o projeto de aplicação do Direito proposto por Alexy, assentado inequivocamente em juízos de valor e em uma racionalidade metodológica. Eis o porquê de, na esteira das críticas habermasianas, o designarmos ilegítimo e irracional.

Esclarecido isso, podemos analisar a proposta alternativa delineada por Klaus Günther.

4.3 Uma proposta alternativa: a argumentação de adequação de Klaus Günther

No segundo capítulo deste trabalho, especificamente no tópico 2.1.3, apresentamos parcialmente a proposta de Klaus Günther em relação a uma teoria da argumentação no

[376] El juicio de proporcionalidad en sentido estricto se da, según Alexy y la doctrina jurisprudencial, comparando los grados en que una determinada acción jurídica (A) (i) beneficia o favorece un **derecho d1 y (ii) daña o perjudica otro derecho d2.** Cuando **el daño para d2** es mayor que el beneficio **para d1** dicha acción jurídica es inválida por contraria a la constitución. Pero esa comparación de grados de beneficio/perjuicio **de d1/d2** (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) sólo acontece cuando A ha pasado otros dos tests: el de idoneidad (verdaderamente A proporciona algún beneficio a d1) y el de necesidad (no cabe una acción jurídica A' que reporte – al menos – el mismo beneficio para **d1** con menor daño para **d2**) (AMADO, 2009, p. 285).

Direito e na Moral. Lá, explicamos sinteticamente como ele procurou justificar a distinção entre *discursos de fundamentação* e *aplicação*, tendo inicialmente os olhos voltados para o âmbito da Moral.

Nos próximos dois tópicos, retomamos a teoria de Günther para, inicialmente, apresentar as características de uma *argumentação de adequação* desenvolvida no curso de um discurso de aplicação de normas morais (4.3.1). Feito isso, delinearemos considerações acerca de como ele procurou estender os resultados de sua pesquisa para o campo do Direito (4.3.2).

Nossa intenção é abordar em detalhes toda a complexa questão relativa aos *argumentos de adequação* na Moral e no Direito, na tentativa de aprofundar a distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação, o que nos permitirá aprofundar as críticas à concepção alexyana, anteriormente apresentada.

4.3.1 Argumentações de adequação na Moral

Como já dissemos anteriormente, em sua *Teoria da Argumentação*, inicialmente Klaus Günther pretendera demonstrar a plausibilidade da distinção entre os *discursos de fundamentação* e *aplicação* desenvolvidos no campo da Moral.

Em síntese, ele constatara que, sob um pano de fundo marcado pela contingência, a imparcialidade deveria ser perseguida em dois discursos distintos, um de fundamentação – situado a um contexto – e um de aplicação, capaz de examinar todos os sinais cambiantes em relação a esse contexto, na busca pela solução moralmente adequada das situações. Em virtude do desenvolvimento da consciência moral, essa cisão da imparcialidade mostrar-se-ia inevitável.

No momento pós-convencional da consciência moral, a validade de uma norma, decorrente de discursos de fundamentação, já não seria capaz de assegurar a sua adequação a casos isolados. Em virtude disso, afluiria a necessidade de análise de todos os sinais característicos de uma circunstância, a cada nova situação, na busca pela norma adequada para a solução do caso.

Assim, o sentido original de imparcialidade recíproca, advindo de discursos de fundamentação, passaria a vincular-se a um novo sentido de imparcialidade, o aplicativo. Esse novo sentido, no entanto, deveria ser avaliado *"por um critério diferente do da fundamentação imparcial"*, ainda que também fizesse parte da razão prática (GÜNTHER, 2004, p. 301).

Aos olhos de nosso autor, uma hipótese normativa só poderia ser considerada adequada se fosse compatível com todos os aspectos (normativos) da situação. Enquanto essa compatibilidade não fosse aferida, a hipótese normativa deveria ser considerada *"como um ponto de vista entre outros, cuja inter-relação* [deveria] *ser avaliada em vista da situação*" (GÜNTHER, 2004, p. 302).

Como produto de discursos de fundamentação, esses pontos de vista eram *normas válidas prima facie*. Sua adequação para a solução dos casos concretos, no entanto, só poderia ser aferida a partir da análise de todas as circunstâncias inerentes à sua aplicação[377]. A busca pela norma adequada para a solução do caso, dentre uma série de *normas válidas prima facie,* é que permearia a argumentação de adequação:

> Regularmente é costume iniciar argumentações de adequação explicando que as circunstâncias inalteradas, pressupostas pelas normas originalmente aplicáveis, não existem nessa situação concreta. A referência à desigualdade ou à diferença dos demais sinais característicos, pressupostos pela norma como inalterados, no entanto, somente poderá tornar-se argumento em virtude da pressuposição de que uma norma adequada precisa considerar todas as circunstâncias relevantes de uma situação. Naturalmente, a relevância de um sinal característico apenas se tornará evidente no passo seguinte, quando será relacionado com uma outra norma que igualmente possa ser aplicada numa situação. Caso a aplicação das demais normas conduza a juízos coercitivos mutuamente excludentes nessa situação, surgirá o problema da colisão (GÜNTHER, 2004, p. 304).

Como resolver essa colisão (aparente) entre normas morais passou a ser, a partir de então, o intento de Günther. Nesse particular, ele empreendeu uma análise minuciosa da proposta de Alexy para a solução de conflitos parecidos, no âmbito do Direito. Mas ele vislumbrou como um problema a tentativa alexyana de distinguir as normas a partir do caráter *prima facie* ou *definitivo* das obrigações vinculadas, respectivamente, por princípios e regras.

Segundo Günther, se assim fosse, a própria argumentação de adequação acabaria vinculada a um conceito estrutural da norma, especificamente, ao conceito de princípio como mandamento de otimização, o qual, em sua ótica, era problemático[378]. Exatamente em virtude disso, ele recorreu à proposta de Searle para defender, em contraposição à tese alexyana, que a distinção entre princípios e regras não estaria localizada na estrutura da norma, mas no

---

[377] Nesse sentido, vide (GÜNTHER, 2004, p. 303).

[378] *"Se desvincularmos a exigência por aplicação adequada do conceito de estrutura da norma, somente será possível fundamentá-la a partir da ideia de imparcialidade. Com isso, igualmente será possível desistir da problemática segunda premissa na proposta de Alexy: a caracterização de princípios como mandamentos de otimização. Desse modo, princípios são relacionados com um conceito de ação orientado para um fim. [...] Uma vez que Alexy não define princípios de acordo com a sua fundamentação e aplicação, porém conforme a sua estrutura de norma, ele pode atribuir-lhes um conteúdo quase material ('estado', 'alvo'), que possui um status normativo próprio ('peso') e exige imperativamente um tipo especial de aplicação ('otimização'). O tipo de aplicação decorre da estrutura da norma e não de procedimentos aplicáveis a todas as normas"* (GÜNTHER, 2004, p. 321).

modo como participantes de uma conversação posicionar-se-iam diante de cada uma dessas espécies normativas em determinada situação.

A diferença localizar-se-ia no fato de que, os participantes da conversação tenderiam a aplicar as regras sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ao passo que, em relação aos princípios, a aplicação necessariamente exigiria o exame de todas as circunstâncias (efetivas e jurídicas) em determinada situação. Aos olhos de Günther, a consideração da separação entre fundamentação e aplicação no estágio pós-convencional do desenvolvimento moral, não excluiria a possibilidade de operação de determinadas normas com base no estágio convencional do desenvolvimento da consciência moral (GÜNTHER, 2004, p. 315)

Segundo ele, a alteração dessas normas – no caso as regras – por motivos de adequação afigurar-se-ia somente em casos excepcionais, fora dos quais sua alteração demandaria um novo discurso de validade.

Essa proposta, no entanto, a despeito de distanciar-se da problemática conceituação dos princípios como mandamentos de otimização, padecia ainda do vício de vincular a *argumentação de adequação* apenas os princípios. Isso significa que, em relação à aplicação das regras, a proposta de Günther acabava por retomar os padrões do estágio convencional do desenvolvimento da consciência moral[379]. E, com isso, ao menos nesse aspecto, se aproximava da proposta de Alexy. As coincidências, no entanto, terminam aí.

Alexy não reconhecera a importância da distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação[380], o que o levou a operar, no curso de sua teoria da argumentação, com os padrões de uma moralidade convencional. Isso se complicou ainda mais quando ele se propôs a matematizar a ponderação de princípios com base nas fórmulas peso e diferença. Ele ainda pré-ordenou a *argumentação* no tocante à aplicação dos Direitos Fundamentais, além de desconsiderar a diferença básica entre uma argumentação destinada a comprovar a validade da norma e uma *argumentação de adequação.* Para terminar, atribuiu o *status* de *definitivo* apenas às obrigações provenientes das regras.

---

[379] Nas palavras de Cruz, esse problema se liga à insistência de Gunther em propor uma distinção entre princípios e regras. Para mais detalhes, vide tópico 4.5.1.

[380] Quanto a isso, cumpre apenas ressaltar que todas as críticas de Günther a Hare se aplicam também a Alexy, mesmo porque o último adere explicitamente ao princípio da universalização do primeiro, como já tivemos a oportunidade de mencionar no capítulo 2, tópico 2.1.2. Contudo, além das críticas já ressaltadas, há em Günther outras objeções diretamente dirigidas à teoria da ponderação de Alexy, como se percebe pelo seguinte trecho: *"[...]Alexy demonstrou que é possível precisar o modelo de ponderação metodicamente, tornando-o uma lei de colisão e uma lei de ponderação que corresponda a esta lei de colisão. Não obstante, não foi possível, dessa forma, eliminar completamente o problema de critério. Além disso, ele pressupunha uma reinterpretação teleológica de princípios e reduziu o problema de fundamentação à fundamentação de decisões de preferência"* (GÜNTHER, 2004, p. 332). Para mais detalhes acerca dessas críticas, sugerimos a leitura de (GÜNTHER, 2004, p. 323-334).

Por sua vez, Günther considerou essencial a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação. Por consectário, distinguiu uma argumentação tendente a comprovar a correção (validade) da norma de uma voltada para a comprovação de sua adequação para a solução do caso. Nosso autor jamais pré-ordenou a argumentação, e, ademais, reconheceu que todas as normas válidas *prima facie* estabeleceriam obrigações definitivas. Além disso, seu projeto argumentativo foi marcado pela holisticidade, no sentido de considerar, em discursos de aplicação, não duas, mas todas as possíveis normas tendentes a solucionar a situação, supostamente em conflito (ou em conflito aparente). A resolução desse conflito, por sua vez, centrar-se-ia no esforço de manutenção da coerência entre a norma supostamente adequada e as demais normas aplicáveis ao caso. Por isso, o resultado de sua *argumentação de adequação* em muito diferia de uma tarefa de otimização[381] de dois princípios colidentes:

> Pressupondo-se sempre que todas as circunstâncias especiais tenham sido consideradas, não será possível resolver de outra maneira uma colisão de duas normas – que na mesma situação e sob o exame de todas as circunstâncias ordenam algo – **senão se admitindo apenas uma delas** (GÜNTHER, 2004, p. 320 – grifo nosso).

Sob a ótica de Günther, a seleção de sinais característicos de uma situação, a apontar para a adequação de uma norma moral em detrimento de outra, sempre daria ensejo à seguinte pergunta por parte de um oponente: *"Porque você se baseia nesses dados e não em outros?"* Segundo ele, três seriam as possibilidades circunstanciais que dariam ensejo a uma indagação nesse sentido, a saber, a falsidade da descrição situacional oferecida pelo proponente (a), a falta de coincidência entre a norma e a descrição situacional adotada (b) e, finalmente, uma deficiente consideração dos sinais relevantes para a aplicação de outras normas ao caso (c) (GÜNTHER, 2004, p. 335).

Exatamente por vislumbrar essas três possibilidades de questionamento da adequação de uma norma, Günther aprofundou sua análise em relação às diversas variantes de significado passíveis de serem atribuídas a uma hipótese normativa (1). Feito isso, investigou a importância da manutenção de uma argumentação centrada na coerência entre as normas (2). Com esses dois intentos em mente, primeiramente ele demonstrou a imprescindibilidade de que a argumentação de adequação buscasse esgotar, descritiva e analiticamente, as inúmeras variantes da situação. Essa holisticidade do projeto argumentativo viabilizaria uma avaliação completa das normas colidentes, a qual poderia caminhar na direção das três

[381] Para mais detalhes, vide (OLIVEIRA, 2002, p.88-92).

possibilidades circunstanciais que dariam ensejo, alternativamente, à contestação da norma tida como adequada para a solução do caso. Para melhor explicar essa situação, Günther recorreu mais uma vez ao esquema de Toulmin[382] e ao seguinte exemplo:

> A sentença normativa singular carecedora de justificação reza: (C) Eu deveria ir agora à festa de Smith. Os dados relevantes dizem: (D) Eu disse ontem a Smith que hoje iria à sua festa. Como regra conclusiva é possível indicar: (W) Promessas devem ser cumpridas (GÜNTHER, 2004, p. 336-337).

Segundo nosso autor, nesse caso exemplificado, o oponente precisaria fundamentar a pretensão de uma ação diversa de (C), sempre contestando a procedência de (D) como elemento de justificação da adequação da conduta (C). Para tanto, poderia recorrer a três possibilidades: alegar que 'A' não dissera a Smith que iria à sua festa (D1); sustentar que aquilo que 'A' respondera a Smith, ao ser convidado, não caracterizaria uma resposta confirmada, mas o arranjo de um encontro casual (D2); ou, finalmente, defender que de fato 'A' fizera uma promessa firme a Smith, mas que Jones, amigo de 'A', encontrar-se-ia momentaneamente em uma emergência. No primeiro caso, o oponente negar-se-ia a aceitar a versão defendida pelo proponente acerca da situação. No segundo, recusar-se-ia a aceitar a vinculação das características normativas da situação às da norma. Já no terceiro caso, apegar-se-ia à sustentação de que haveria uma deficiência na consideração dos sinais relevantes para a aplicação de outras normas ao caso (GÜNTHER, 2004, p. 337- 338).

Para Günther, na primeira situação – (D1), a verdade das manifestações precisaria ser analisada por um discurso teórico. Caso isso não acontecesse, possível seria deduzir que as condições da norma não estariam determinadas no caso. Assim, inequívoca tornar-se-ia a constatação de que a verdade de cada uma das manifestações seria uma condição necessária da descrição completa da situação (GÜNTHER, 2004, p. 338).

Na segunda situação – (D2), a contestação pretenderia verificar se a descrição dos dados normativos, de fato, concordaria com a descrição situacional verdadeira. Isso significa que a intenção não era infirmar a existência dos dados alegados, nem a conclusão de que, em circunstâncias inalteradas, a norma adequada para a solução do caso, de fato, pudesse

---

[382] *"No esquema de Toulmin foi possível mostrar que a relevância dos dados selecionados se orienta segundo o pleito que o proponente pretende fundamentar e segundo a regra conclusiva em que ele se baseará para isso. Com a seleção de determinados dados como razões (D), para um pleito carecedor de justificação (C), faz-se implicitamente também a ponderação por uma determinada regra conclusiva (W) que permitirá a passagem de D para C.* [...] *Um proponente que deseje atacar a adequação de uma aplicação de norma com a pergunta 'Porque você se baseia nesses dados e não em outros?' deverá, portanto, alegar razões que expliquem por que esses outros dados deveriam ser considerados.*" (GÜNTHER, 2004, p. 336). Para mais detalhes, vide capítulo 2, tópico 2.1.3.

materializar-se no sentido proposto. A preocupação, ao contrário, era semântica, isto é, relativa ao sentido da norma (GÜNTHER, 2004, p. 338-339).

Nosso autor até ressaltou que, em discursos jurídicos, essa tarefa seria atribuída classicamente aos cânones interpretativos, bem como à fundamentação advinda de julgamentos prévios (precedentes) e preceitos da dogmática. Por outro lado, sustentou que, em discursos morais, a fixação de significados só seria justificada por meio de outras normas válidas[383]. No entanto, se essas alegações fossem interpretadas isoladamente, fora do contexto da obra, realmente indicariam uma recaída de seu pensamento nos padrões positivistas típicos da *Filosofia da Consciência*. Talvez por isso, ele tenha sido tão enfático ao afirmar que:

> [...] podemos assegurar que o significado de uma norma, ou aquilo que se pretenda dizer com as 'circunstâncias inalteradas', **de modo nenhum está estabelecido**. Muitas vezes o significado deverá primeiro ser fixado por meio de uma regra de uso lexical, a qual, por sua vez, deverá ser fundamentada. Porém **só saberemos quais são os significados relevantes na situação**. Em virtude disso, **o princípio da aplicação imparcial de norma afirma que**, neste caso, **a norma deverá ser aplicada depois de esgotadas todas as possibilidades de significados que puderem ser obtidos em uma descrição situacional completa** (GÜNTHER, 2004, p. 345 – grifo nosso).

A descrição circunstancial completa era, pois, condição para a aferição do sentido correto da norma. Ela exigia a análise de todos os sinais característicos relevantes para a configuração da norma, e, ainda, a contemplação das mais diversas variantes de significação possíveis. Nesse sentido, a análise dos diversos sentidos da norma, no segundo caso – (D2), não desconsiderava as circunstâncias situacionais, nem independentemente delas. Isso a aproximava da terceira situação – (D3), aquela que até então Günther designara sob o título de colisão de normas.

Nessa terceira situação – (D3), em vista de uma leitura diversa dos mesmos sinais característicos da situação, ou da consideração de outros sinais desconsiderados pelo proponente, o oponente poderia até alegar a adequação de outra norma (diversa da inicialmente proposta) para a solução do caso em análise. No entanto, ele precisaria fundamentar essa adequação com argumentos que, racionalmente, explicassem porque a sua leitura seria a devida, e não aquela inicialmente proposta pelo proponente. Isso significa que a referência e seleção de determinados sinais característicos da situação, em detrimento de outros, também representava "*uma linha singular de argumentação carecedora de justificação"*. A questão era saber como essa decisão podia ser justificada (GÜNTHER, 2004, p. 346).

[383] Nesse sentido, vide (GÜNTHER, 2004, p. 340).

Na visão de Günther, nesse estágio argumentativo, apontar para uma norma aplicável somente seria suficiente para reafirmar a relevância dos sinais característicos que indicassem a sua adequação. A briga entre proponente e oponente caminharia exatamente no sentido de comprovar a relevância de um ponto de vista, em detrimento de outro. Exatamente por isso, a fundamentação da relevância de um ponto de vista, em detrimento de seus concorrentes, pressuporia uma descrição situacional completa, o que remetia a argumentação à razão prática[384] (GÜNTHER, 2004, p. 347).

Em síntese, *"a mera ampliação da descrição situacional não* [bastaria] *para conduzir a argumentação de adequação a um fim bem-sucedido"*, porquanto os demais sinais característicos da situação, trazidos ao debate pelo oponente, valeriam para a configuração de outras normas, tão supostamente adequadas para a solução do caso quanto a inicialmente sugerida para tanto (pelo proponente). Por isso seria imprescindível relacionar a descrição situacional completa com todas as outras normas aplicáveis. Isso já indicava a visão holística da proposta de Günther:

> A descrição situacional completa é submetida a um **'esgotamento normativo'** que menciona todas as normas possivelmente aplicáveis. Com isso, movemo-nos no nível da colisão de normas, que exige a passagem para o estágio do 'pensamento crítico'. Portanto, não ingressamos, imediatamente, no nível em que se trata da justificação da regra conclusiva, independentemente da situação, por meio de evidências casuísticas, mas da justificação em relação a outras regras referentes a um recorte de dados na situação, ou ao mesmo recorte, só que de outra maneira (GÜNTHER, 2004, p. 348 – grifo nosso).

Nesse sentido, as características passíveis de ser justificadas, que mais convincentemente se adequassem às circunstâncias relevantes da situação, é que deveriam ser escolhidas para a configuração da norma aplicável ao caso. Isso, contudo, a despeito de imprescindível, demandaria ainda a manutenção argumentativa da coerência entre as normas, assentada não no emprego de métodos pré-estabelecidos, mas um esforço argumentativo sempre atrelado às especificidades circunstanciais (GÜNTHER, 2004, p. 349).

Nesse estágio da argumentação de adequação, tentar-se-ia resolver exatamente aqueles problemas de colisão advindos da análise holística (integral) dos sinais característicos da situação. Para tanto, não seria devido recorrer a argumentos próprios a um discurso de fundamentação, nem pressupor que esses conflitos pudessem ser resolvidos

---

[384] *"Com essa linha de raciocínio, a argumentação de adequação chega até a razão prática, porque a fundamentação da afirmação de relevância está sob a pressuposição de uma descrição situacional completa. Será possível constatar se a fundamentação também convence somente à medida que compararmos a quantidade selecionada de sinais característicos com uma descrição situacional completa"* (GÜNTHER, 2004, p. 347).

independentemente da situação. E isso decorria de uma razão muito simples: conflitos entre normas, ou variantes de sentido de normas, só se materializariam *in concreto*, nunca *in abstrato*[385].

Segundo nosso autor, exatamente por estar diretamente atrelada às circunstâncias situacionais, a concorrência de sentidos normativos devia ser resolvida em sede de adequação, por meio de discursos de aplicação, nunca em sede de validade, por meio de discursos de fundamentação. De acordo com qual critério seria possível ponderar as normas mutuamente colidentes em uma situação, sem que implicitamente se caminhasse de uma argumentação de adequação para um discurso de fundamentação, passava, assim, a ser a principal pergunta a ser respondida nesse momento (GÜNTHER, 2004, p. 350).

Em resposta a essa pergunta, Günther propôs que a argumentação de adequação sempre se pautasse na tentativa de compatibilização das normas, mais especificamente, dos sentidos normativos passíveis de serem aplicados na situação. O critério formal para a adequação, com isso, passaria a ser a coerência da norma com todas as demais normas e todas as variantes de significado aplicáveis em uma situação. Igualmente importante, segundo nosso autor, seria a compreensão de que apenas normas válidas poderiam efetivamente entrar em colisão *in concreto* (GÜNTHER, 2004, p. 354-355).

De fato, a validade das normas decorria de discursos de fundamentação necessariamente atrelados a um pano de fundo intersubjetivamente compartilhado. Contudo, uma vez que esses discursos deviam seguir a regra de argumentação estabelecida pela versão fraca de "U", a adequação dessas normas adviria de uma argumentação complementar, advinda dos discursos de aplicação. Aqui, a pretensão seria encontrar, ante uma colisão de normas igualmente válidas *prima facie,* advinda de uma análise integral da situação de aplicação, a norma que fosse adequada para a solução do caso. Tendo em vista que essa adequação se vinculava à coerência dos sentidos normativos passíveis de serem aplicados *in concreto*, dever-se-ia seguir, neste caso, dois critérios de coerência[386]:

---

[385] *"Será no discurso de aplicação que encontraremos o problema de colisão. As normas válidas sob circunstâncias alteradas poderão colidir ao examinarem todas as circunstâncias de uma situação. No discurso de fundamentação constataremos tão-somente que, sob circunstâncias inalteradas, não há normas que colidam com a norma carecedora de fundamentação. A colisão, nesse caso, seria um problema da adequação e não da validade de normas"* (GÜNTHER, 2004, p. 312).

[386] *"O critério da coerência, introduzido nesse ponto, tanto se distingue das teorias da eticidade, nas quais a validade sempre está incluída na adequação, quanto das teorias de coerência moral no sentido mais estrito – que não apenas determinam a aplicação, mas também a fundamentação de validade de uma norma segundo a sua posição na relação de equilíbrio com outras normas"* (GÜNTHER, 2004, p. 357).

> 1. Uma norma seria adequada para a solução da situação se fosse compatível com todas as outras normas e variantes de significado aplicáveis a essa situação; além disso, apenas se a validade de cada uma das variantes de significado e de cada uma das normas pudesse ser justificada em um discurso de fundamentação (GÜNTHER, 2004, p. 355).
>
> 2. Uma norma seria adequadamente aplicável em uma situação se fosse compatível com todas as outras normas que fizessem parte de um pano de fundo intersubjetivamente compartilhado, passíveis de justificação em um discurso de fundamentação, que fossem aplicáveis a essa situação (GÜNTHER, 2004, p. 355).

Esses critérios de coerência, segundo Günther, só fariam sentido em argumentações de adequação, porquanto atrelados à busca pela norma adequada para a solução do caso, tendo em vista *"todas as suas variantes de significado e em relação a todas as demais normas aplicáveis a uma descrição integral da situação"*. Nesse sentido, a coerência almejada deveria ser estabelecida em relação ao caso (GÜNTER, 2004, p. 357-358).

4.3.2 Argumentações de adequação no Direito

Como transpor os resultados alcançados em relação à Moral para o âmbito do Direito? Foi isso o que Günther tentou demonstrar na quarta parte de sua obra. Para tanto, o seu primeiro passo foi esboçar brevemente, com base na ética do discurso, quais seriam as diferenças básicas entre Direito e Moral[387].

Com esse intento em mente, inicialmente nosso autor ressaltou que as normas jurídicas, ao contrário das morais, seriam fundamentadas e aplicadas em discursos institucionalizados. Isso não alteraria o pleito das normas jurídicas por validade e adequação situacional. No entanto, por estarem limitados por circunstâncias temporais e cognitivas, os discursos jurídicos seriam mais restritos que os discursos práticos. Isso significa que, se no tocante às normas morais a pressão por uma decisão seria muito menor, a tal ponto que o discurso prático pudesse se prolongar indeterminadamente no tempo, o que permitiria uma

---

[387] *"Até aqui, não foi preciso distinguir entre normas jurídicas e morais, porque em si a meta consistia tão-somente em construir uma teoria da aplicação imparcial de normas válidas. Como o Direito também trata da aplicação das normas legitimamente construídas, ele se enquadra igualmente no pleito da imparcialidade. Por isso, antes de entrar em argumentações de adequação no Direito, esboçarei, apenas brevemente, as distinções realizadas pela ética do discurso entre Direito e Moral"* (GÜNTHER, 2004, p. 364).

leitura muito menos defeituosa das circunstâncias, o mesmo não aconteceria no Direito (GÜNTHER, 2004, p. 367-368).

Sob a ótica de Günther, a legitimidade dos resultados dos discursos jurídicos dependeria dos tipos de argumentação admitidos em seu interior. Dependeria, ainda, da possibilidade de esses argumentos conseguirem demonstrar as razões que, efetivamente, tivessem levado à tomada de decisões. Em discursos jurídicos de fundamentação, essas razões, voltadas para a justificação da validade das normas produzidas, deveriam estar atreladas à consideração de todos os interesses dos potenciais envolvidos no discurso. Por outro lado, em discursos de aplicação, essas razões, tendentes a justificar a adequação de uma norma para a solução do caso concreto, deveriam apontar para o exame de todos os seus sinais característicos, além de perseguir uma compatibilização das normas passíveis de serem aplicadas na situação (GÜNTHER, 2004, p. 368).

Essa teoria estaria implicitamente presente tanto na vertente hermenêutica de aplicação do Direito (a) quanto na tese da Integridade do Direito desenvolvida por Dworkin (b). Mas ela sofreria objeções principalmente da *teoria sistêmica*[388] de viés luhmanniano. Para Luhmann, a autonomia do sistema jurídico implicaria sua emancipação das exigências de fundamentação externa. Com isso, seria inútil a pretensão de fundamentação da validade e da adequação das normas jurídicas (i). Como sistema autopoiético[389], o Direito operaria de acordo com uma racionalidade funcional interna pautada no código-diferença lícito/ilícito[390]. Ele regularia a

---

[388] Segundo Marcelo Neves, na *"teoria sistêmica de Niklas Luhmann, a diferença 'sistema/ambiente' desempenha um papel fundamental para a compreensão da sociedade moderna"*. De acordo com esta concepção, a sociedade devia ser compreendida como um grande sistema social, no interior do qual emergiriam uma série de subsistemas operacionalmente autônomos. Esses subsistemas, que operariam de acordo com uma lógica funcional interna, seriam, no entanto, para a vertente luhmanniana, cognitivamente abertos ao ambiente. Ambiente seria tudo aquilo que não fosse sistema, sob a ótica do sistema circundado. Nesse sentido, a *"referência última de todas as análises funcionais reside na diferença entre sistema e ambiente"*, tendo em vista que *"tudo o que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas"* (NEVES, 2008a, p .59).

[389] *"O sistema jurídico, como sistema social funcionalmente diferenciado no interior da sociedade, encontra para si um modo próprio de formação de seus elementos últimos, que não encontram correspondente no sistema. No caso do sistema do direito, sua diferenciação tem por base fundamental a possibilidade de diferenciar as expectativas 'normativas' das expectativas do tipo 'cognitivo'. As expectativas têm um caráter de norma ou de conhecimento em função da forma que lhe serve de base para absorver a incerteza. A autocriação do sistema jurídico é normativamente fechada pelo fato de que só este sistema pode conferir um caráter juridicamente normativo a seus elementos e, dessa forma, constituí-los como elementos (a normatividade não tem outra finalidade ulterior). Mas, ao mesmo tempo, e em relação a esse fechamento, o sistema jurídico é cognitivamente aberto. [...] um direito que seja fortemente capaz de se instituir, de se adaptar, deve evitar de desacreditar sua própria normatividade, na falta da qual ele não se tornará mais do que uma ferramenta do instrumento burocrático do poder político"* (MAGALHÃES, 1998, p. 86-87).

[390] Segundo Marcelo Neves, já numa fase de maturidade intelectual de Luhmann, a positividade do Direito estaria intimamente ligada à possibilidade de o sistema jurídico se autorreferenciar (autorreferência elementar, reflexividade e reflexão). Como autopoiese, a positividade permitiria que o Direito operasse de acordo com uma racionalidade funcional interna pautada no código-diferença "lícito-ilícito". Com isso o controle do código-diferença 'lícito-ilícito' se daria *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquiriria, assim, seu

tomada de decisões a partir de dentro, isto é, a partir da exigência de sua coerência interna com código binário lícito/ilícito[391]. Pleitos por fundamentação de validade, procedimentos legítimos e necessidade de uma distinção entre aplicação correta e equivocada serviriam apenas para encobrir internamente a contingência do sistema jurídico, observável externamente (ii). Nesse sentido, seria vã a tentativa de fundamentação do Direito a partir de *juízos de validade* (discurso de fundamentação) e *de adequação* (discursos de aplicação), principalmente porque o parâmetro de correção, nesses casos, viria da Moral (iii)[392].

Aos olhos Neves, para Luhmann, se o Direito podia ser considerado "*um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto"*, disso decorria que a vigência jurídica das expectativas normativas não seria determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, porquanto dependeria *"de processos seletivos de filtragem conceitual no sistema jurídico"* (NEVES, 2008a, p. 81-82). Essa abertura cognitiva do sistema jurídico ao seu ambiente circundante seria possibilitada pelos programas normativos, que a partir da codificação negativa ou positiva, permitiria ao sistema jurídico assimilar as informações advindas de seu entorno (SILVA, 2010, p. 72).

Ainda assim, o sistema jurídico gozaria de uma *autonomia*, a qual, segundo Neves, nada mais seria *"do que o* ***operar conforme o próprio código****"*. Precisamente por isso, aos olhos de Luhmann, todos os valores que circulariam no discurso geral da sociedade seriam, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente relevantes – por integrarem agora o código binário na forma de normas – ou irrelevantes. Com isso, tornava-se *"irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo"* (NEVES, 2008a, p. 84). Em sua ótica, *"a justiça só* [poderia] *ser*

---

fechamento operativo. É isso que garantiria a possibilidade de conceituação da positividade como autodeterminidade ou fechamento operacional (NEVES, 2008a, p. 81).

[391] Segundo Günther, de acordo com a teoria sistêmica luhmanninan, *"a autonomia do sistema jurídico consiste justamente em sua emancipação das exigências de fundamentação em termos do Direito natural. A validade do código 'lícito/ilícito' (recht/unrecht) independe inclusiva de norma básica positiva (Kelsen), assim como de uma regra de cognição (H.L.A. Hart). Do mesmo modo, a aplicação de normas isoladas é apenas uma decisão regulamentada por critérios internos, a qual, vista externamente, consiste na correlação de uma expectativa de comportamento com o valor positivo ou negativo do código"* (GÜNTHER, 2004, p. 382).

[392] Ao menos, essa era a leitura de Günther: *"Que mesmo assim haja pleitos por fundamentações de validade, procedimentos legítimos e necessidade de distinção entre aplicação correta e equivocada serve apenas para encobrir internamente a contingência, absoluta e observável externamente, do sistema jurídico. Por não se fazer jus à introdução da distinção entre licitude e ilicitude (****Recht und Unrecht****), o paradoxo envolvido nisso precisaria ser dissimulado por meio de sistemáticas auto-ilusões. Desde o estabelecimento do Areópago na antiga Atenas, tais tentativas, assim como todas as fundamentações, tiveram apenas a função de placebo.* ***Esse diagnóstico somente estaria certo se fosse possível, de fato, descrever o Direito, no sentido pretendido por Luhmann, como um sistema social parcial, detalhadamente diferenciado em termos funcionais. É como se apenas nesse caso a ideia da fundamentação e aplicação imparciais devesse ser aduzida externamente ao Direito.*** (GÜNTHER, 2004:, p. 383 – grifo nosso).

considerada a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna)" (NEVES, 2008a, p. 83-84).

Em outras palavras, conforme ensina Neves, "[tratar-se-ia] *por um lado (externamente) de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente) da capacidade de conexão e reprodução normativa autopoiética"*. Nesse sentido, *"o problema da justiça* [seria] *reorientado para a questão da* ***complexidade*** *adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões"* (NEVES, 2008a, p 84-85 – grifo nosso).

Ocorre que, para Günther, se tudo dependia de como os programas normativos seriam suficientemente sensíveis às mudanças advindas do entorno sistêmico, obrigatória tornava-se a consideração das fundamentações e argumentações de adequação nesse processo. Isso porque, entre código e programa, afigurar-se-ia uma zona argumentativa que não poderia mais ser integralmente construída com os recursos decorrentes tão-somente da observação sociológica. Aos seus olhos, a 'cegueira' da teoria sistêmica em relação à necessidade de justificação da validade e da adequação das normas decorreria do fato de a combinação entre programação normativa e codificação binária, procedida por Luhmann, estar moldada apenas à aplicação de normas como regras[393].

Exatamente por isso, a fim de descobrir como argumentações de adequação condicionadas à dupla contingência (interna e externa) tornar-se-iam possíveis, Günther retomou a sua proposta de distinção entre regras e princípios.

Com esse intuito em mente, ele voltou a ressaltar que, perante as regras, os participantes de uma conversação poderiam desconsiderar os sinais característicos desiguais da situação de aplicação[394], ao passo que, perante um princípio, a aplicação necessariamente exigiria o exame de todas as circunstâncias (efetivas e jurídicas) relativas ao caso. Em sua ótica, após cisão pós-convencional entre discursos de fundamentação e aplicação, a manutenção de uma aplicação convencional das regras, a englobar a exclusão da necessidade de argumentações de adequação, somente poderia ser justificada com a sua transferência para o legislador. Isso significa que, *"se uma determinada instituição como a do legislador* [tivesse] *decidido antecipadamente a respeito da adequação da norma, ela* [poderia] *ser aplicada como regra"* (GÜNTHER, 2004, p. 392).

---

[393] Nesse sentido, vide (GÜNTHER, 2004a, p. 392).

[394] Conforme já antecipamos anteriormente, essa é uma concepção bastante problemática. Ela parte do pressuposto de que, em relação às regras, seja possível retornar aos padrões convencionais de aplicação. Com isso, acaba por representar uma cisão interna a toda a tese de Günther, relativa à separação entre discursos de fundamentação e de aplicação no nível pós-convencional do desenvolvimento moral.

Mas, como já explicamos quando da exposição dos requisitos da argumentação de adequação no âmbito da Moral, no âmbito do Direito, essa justificativa manifestaria a recaída consciente de nosso autor nos padrões da justiça convencional. Como no âmbito da Moral, Günther atrelara a argumentação de adequação apenas à aplicação dos princípios. Foi justamente essa explicação problemática acerca da distinção entre regras e princípios que possibilitou ao nosso autor identificar a 'cegueira' da teoria sistêmica em relação à necessidade de justificação da validade e da adequação das normas.

Sem adentrar a questão acerca da procedência, ou não, dessa crítica, podemos destacar que, se o raciocínio de Günther em relação à aplicação das regras seria bastante questionável, no tocante aos princípios não seria possível dizer o mesmo. De fato, nosso autor percebeu que "*a complexidade da sociedade exigia com insistência que o Direito* [fosse] *considerado adequadamente, e isso* ***in casu****"* (GÜNTHER, 2004, p. 394). Isso indicava claramente a sua concepção de que, cada vez mais, a aplicação do Direito deveria levar em conta as normas manifestas na forma de princípios:

> Se a nossa hipótese – de que a idéia da aplicação que examina todos os sinais característicos de uma situação – for correta, ela faz parte do nível pós-convencional de normas morais; o aumento de argumentações de adequação, como tal, em nada surpreende. Naturalmente, altera-se a atribuição institucional a um legislador que decidirá a respeito da adequação antecipadamente, de modo que a jurisprudência se mantenha restrita a uma aplicação de normas como regras. A tarefa de aplicar normas adequadamente acaba, cada vez mais, recaindo sobre a jurisprudência, porque o número e o tipo de situações conflituosas já não podem ser controlados (GÜNTHER, 2004, p. 395).

Tendo essa última consideração em mente, Günther afirmou que *"a percepção funcionalmente adequada de sua função de código"*, obrigaria o Direito, sob condições de alta complexidade e contingência, *"****a abrir-se a si mesmo*** *para argumentações de adequação"* [395]. Isso, no entanto, conduziria à diminuição de sua capacidade de gerar segurança jurídica a partir da completa previsão de expectativas de conduta (o que, aliás, seria um reflexo da exigüidade de tempo e do conhecimento limitado)[396] (GÜNTHER, 2004, p. 395).

---

[395] Nas palavras de Günther, *"Conforme o Direito, ao aplicar os seus programas, admite argumentações de adequação, torna-se socialmente funcional na aplicação do seu código, ou seja, ela consegue fazer jus à 'policontextualidade' do sistema social"* (GÜNTHER, 2004, p. 395).

[396] Em vista disso, sob a ótica de Günther (2004: 396 – grifo nosso), *"a segurança jurídica [deveria] ser ponderada em relação a outros princípios* ***in casu***". Como nossa concepção acerca da segurança jurídica caminha no sentido de que, a cada caso, argumentos possam ser debatidos na busca pela legitimidade (validade) de normas, no caso dos discursos de fundamentação, quanto pela adequação da norma para a solução do caso concreto, isso em discursos de aplicação, somos, evidentemente, levados a discordar da alegação de Günther. Essa questão será tratada com maior grau de detalhamento mais adiante.

Outra questão relevante, expressamente levantada por nosso autor, consistia em que, conquanto argumentações de adequação tornassem-se cada vez mais corriqueiras e necessárias, nem todo tipo de argumento compatibilizar-se-ia com a ideia de aplicação imparcial. Para ele, a aplicação imparcial implicaria o *"exame de todos os sinais característicos normativamente relevantes de uma situação"*, estando ainda *"vinculada à ponderação de princípios e* ***aos procedimentos que*** **[possibilitassem]** ***uma consideração integral e adequada"*** (GÜNTHER, 2004, p. 396).

Essas eram características que, como antes dissemos, poderiam ser vislumbradas tanto na vertente hermenêutica de aplicação do Direito (a) quanto na tese dworkiana da integridade do Direito (b). Segundo a vertente hermenêutica, cada hipótese normativa expressa por um texto só passaria a ser uma norma determinada no ato da interpretação, uma vez que experiências futuras não poderiam ser antecipadas. Assim, uma norma apenas obteria a sua validade obrigatória na respectiva situação de interpretação:

> É isso que está indicado na conhecida imagem de Engisch a respeito do 'olhar para lá e para cá', entre preceito principal e realidade factual de vivência. Esta metáfora motivou a se considerar a relação entre norma e realidade factual como um círculo, uma vez que a norma indeterminada somente será definida pela realidade factual, e a realidade factual, pela norma nos seus sinais característicos relevantes (GÜNTHER, 2004, p. 398).

Günther não discordava da tese hermenêutica. Apenas entendia que a indeterminação não seria, basicamente, um problema da estrutura da norma, mas uma 'perífrase', isto é, um rodeio de palavras, acerca do procedimento de aplicação imparcial (2004: 398). Aos seus olhos, se uma norma só podia ser aplicada de modo imparcial uma vez analisados todos os sinais característicos de uma situação, a propriedade da indefinição se aplicaria a toda e qualquer norma. Com isso, a cada novo caso, o intérprete haveria de ingressar em argumentações de adequação, independentemente do grau de 'definição' das circunstâncias inalteradas sob as quais a norma, eventualmente, tivesse sido aceita como válida[397] (GÜNTHER, 2004, p. 398-399).

Por certo, essa concepção colocava nosso autor em uma 'sinuca de bico', porquanto relativizava por completo a sua distinção entre regras e princípios, que, a cada nova consideração, mostrava mais as suas fragilidades. Tanto é verdade que, se a distinção entre regras e princípios concebida por Günther fosse levada ao 'pé da letra', dificilmente poderíamos concordar com suas considerações seguintes, no sentido de que *"apenas uma exaustão coerente* ***de todas as normas*** *e de suas variantes de significado que possam ser*

[397] Veja que essa alegação era completamente incompatível com a sua distinção entre regras e princípios.

aplicadas a uma descrição situacional completa cumpre o princípio da aplicação imparcial" (GÜNTHER, 2004, p. 399).

Nesse contexto complicado, essa afirmativa só se tornaria completamente aceitável se usássemos um artifício capaz de ocultar a inadequação parcial de sua tese em relação às regras. Em outras palavras, se aceitássemos a distinção nomoteorética proposta por Günther, a consideração do parágrafo anterior só seria entendida se acoplada à concepção de que, em sociedades complexas, marcadas pela contingência, a aplicação do Direito cada vez mais deveria levar em conta os princípios. Esse artifício é de fato compatível com os argumentos de Günther. Contudo, ao que parece, a essa altura, ele mesmo já vislumbrava a impertinência de uma distinção entre princípios e regras, ou, se não, ao menos a inafastabilidade de uma argumentação de adequação: "*como tento demonstrar, entre a fundamentação situacional independente* ***de uma regra*** *e o seu descobrimento situacionalmente dependente,* ***ainda há, porém, o estágio particularmente autônomo da justificação da sua adequação situacional*** (GÜNTHER, 2004, p. 400).

Mesmo assim, ele não chegou a descartar a sua proposta de distinção, preferindo ocultar a sua fragilidade a partir de uma abordagem mais incisiva da argumentação de adequação principiológica:

> Se entendermos princípios, no modo aqui sugerido, como expressão de um procedimento argumentativo que possibilita uma consideração imparcial de todos os sinais característicos, o seu sentido muda; neste caso, passam a servir para justificar coerentemente aquelas normas e as suas variantes de significado que podem ser relacionadas com uma descrição situacional integral.
> Esse pleito pressupõe o ideal de um juiz que examina, em cada caso isolado, todas as normas aplicáveis e as variantes de significado em um contexto coerente de justificação para corresponder a uma descrição integral da situação. Esse contexto de justificação não conseguiria sustentar-se a si próprio, mas avançaria até aqueles princípios morais que legitimam a ordem jurídica e a comunidade política no seu todo - e, em cada caso em que a constelação dos sinais característicos mudasse, ele teria de mudar também (GÜNTHER, 2004, p. 404).

Em nosso sentir, esse foi um dos fatores que contribuíram para a aproximação de sua teoria ao projeto desenvolvido, nos Estados Unidos, por Dworkin. Tanto é verdade, que Günther anuiu sem problemas à tese dworkiana de que, enquanto as regras aplicar-se-iam de acordo com o esquema do *tudo ou nada*, os princípios deveriam ser sopesados entre si, sem prejuízo de sua validade, levando em conta a dimensão de peso de cada um, em vista da situação concreta analisada (GÜNTHER, 2004, p. 405).

Também o fato de o jusfilósofo norteamericano, desde o início, privilegiar um projeto interpretativo holístico[398], marcado pela preocupação de manutenção da coerência entre os princípios envolvidos na decisão judicial e pela busca, nesse intento, de uma argumentação legítima (principiológica), foi visto com bons olhos por Günther. Além disso, a preocupação de Dworkin com o 'peso gravitacional' que os precedentes exerceriam sobre as decisões a serem tomadas pelos juízes representou outro pilar que sustentou a compatibilidade (aproximativa) entre as duas teses.

Foi, no entanto, o reforço que essas questões receberam a partir da construção da tese da integridade do Direito, que mais mereceu os aplausos de Günther.

Aos seus olhos, ao exigir que os juízes dos casos presentes considerassem as decisões passadas, a tese da integridade do Direito sobrecarregaria o dever de manutenção da coerência. Ademais, o ideal de integridade fortaleceria a distinção entre legislação e jurisdição, ao exigir que, de modos diferenciados, legisladores e julgadores manifestassem igual consideração e respeito pelos cidadãos.

Disso decorreria a possibilidade de compreensão do princípio da integridade como um *princípio* para argumentações de adequação. Por compelir a um tratamento isonômico de casos semelhantes, esse princípio demandaria a solução das eventuais colisões entre princípios a partir da tentativa de manutenção da compatibilidade – coerência – entre as normas aplicáveis ao caso, a saber, aquelas que mais se adequassem as especificidades cambiantes da situação de aplicação[399]. Eis, aí, o último elemento comum às propostas de Dworkin e Günther.

---

[398] Nesse sentido, vide (DWORKIN, 1999, p. 301).

[399] *"Uma vez que, nesse método, colisões entre direitos e princípios são inevitáveis e até produzidos sistematicamente, só pode ser decisiva, a cada vez, aquela interpretação que for melhor (do que as outras), aquela que conseguir formar o contexto de justificação coerente mais abrangente, à medida que, por exemplo, integrar uma quantidade maior de juízos antecipados ou alguns especialmente importantes, obrigando a desconsiderar uma interpretação concorrente. [...] o princípio da integridade obriga, também no caso da aplicação jurídica, a que se tratem todos os membros da comunidade política com igual respeito, à medida que coloca cada decisão sob o pleito de compatibilidade com a melhor das interpretações"* (GÜNTHER, 2004, p. 411).

4.4 Os discursos jurisdicionais de aplicação à luz da teoria crítico-deliberativa de Habermas

4.4.1 Encontros e desencontros: uma explicação preliminar necessária

Uma vez delineados os tópicos 4.1, 4.2 e 4.3, é possível passar à análise da concepção habermasiana acerca dos discursos jurisdicionais de aplicação, em muito influenciada pelas teorias argumentativas de Robert Alexy e Klaus Günther, bem como pela teoria do Direito desenvolvida por Ronald Dworkin.

Em linhas gerais, podemos dizer que, da teoria argumentativa alexyana, Habermas legou a exigência de justificação interna e externa das premissas da decisão judicial. Por sua vez, da teoria da argumentação güntherniana, herdou a dicotomia entre discursos de fundamentação e aplicação, entre argumentos de validade e de adequação, além da exigência de uma interpretação holística e coerente das normas tendentes à aplicação. Já da tese de Dworkin, incorporou principalmente a distinção entre princípios e regras, que atualmente não é mais aceita pelo norteamericano, a exigência de manutenção deontológica, coerente e holística da interpretação jurídica e a crença na racionalidade da resposta correta (HABERMAS, 2003, p. 252 *et. seq.*). Reconhecer essas conexões é inevitável e imprescindível.

A despeito disso, também é verdade que Habermas opôs-se à tese de que o discurso jurídico fosse um caso excepcional de discurso racional prático[400]. Nesse particular, ele recusou tanto a teoria de Alexy, quanto a de Günther. Além disso, ele rejeitou a concepção de que o Direito continuasse a ser subordinado à Moral[401], pré-compreensão compartilhada por todos os três autores anteriormente referidos – Dworkin, Alexy e Günther (HABERMAS, 2003, p. 287-291).

No tocante à aplicação dos Direitos Fundamentais, nosso autor ainda rejeitou as abordagens axiologizantes decorrentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal

---

[400] Como já dissemos, as críticas de Habermas levaram à reformulação parcial dessa tese por Alexy. Para mais detalhes, vide tópico 2.1.2.

[401] *"A tese do caso excepcional, defendida numa e noutra versão, é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento que levarmos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional de fundamentação. Neste momento o princípio do discurso tem que assumir uma feição suficientemente abstrata, ao passo que o princípio da moral e da democracia resultam, entre outras coisas, da especificação do princípio do discurso em relação a diferentes tipos de normas de ação. Estas regulam, num caso, interações simples e informais; no outro, relações interacionais entre pessoas jurídicas que se entendem como portadoras de direitos"* (HABERMAS, 2003, p. 291). Para mais detalhes, vide (OLIVEIRA, 2002, p. 94-97).

alemão e da tese alexyana[402]. Como já dissemos, sua 'ojeriza' era à equiparação entre princípios e valores, e não tanto ao emprego da proporcionalidade[403] na aplicação. Ao menos implicitamente, no entanto, sua crítica deixava transparecer uma aversão à racionalidade metódica proveniente do simples emprego *pré-ordenado* da máxima da proporcionalidade; a uma porque essa racionalidade metodológica contrariava a sua própria concepção de racionalidade discursiva; a duas porque ela se afastava de sua *"hermenêutica jurídica apoiada em Gadamer"* (HABERMAS, 2003, p. 320). Por isso sua concepção se aproximou da abordagem deontológica advinda da teoria de Dworkin, sem, contudo, com ela se confundir.

Com Dworkin e contra Alexy, Habermas ressaltou que os Direitos Humanos Fundamentais jamais poderiam submeter-se a análises de custo/benefício (2003, p. 322). Por sua vez, em contraposição a Dworkin, defendeu que os Direitos Fundamentais não deviam ser entendidos como simples barreiras contra o exercício da soberania popular, além de ressaltar que seus efeitos protetores irradiar-se-iam inclusive contra terceiros. Ademais, e nesse ponto a sua concepção aproximou-se da de Alexy, ressaltou que esses Direitos comportariam tanto uma face negativa (de defesa), como uma positiva:

> Os Direitos que os cidadãos inicialmente se atribuem **na dimensão horizontal de interações cidadão-a-cidadão** precisam estender-se, a partir do momento em que se constitui um poder executivo, à dimensão vertical das relações dos cidadãos com o Estado. [...]
> Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados, **o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo**, mas também o poder social de organizações superiores. Além do mais, **o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo**, como defesa contra ataques, **uma vez que fundamenta também pretensões a garantias positivas** (HABERMAS, 2003, p. 217/307 – grifo nosso).

Sem essas explicações preliminares, jamais conseguiríamos compreender a concepção habermasiana acerca dos discursos jurisdicionais de aplicação.

---

[402] Em nossa ótica, já deixamos suficientemente claras as diferenças entre a concepção alexyana e a concepção do Tribunal Constitucional Federal alemão. Para mais detalhes, vide tópico 4.2.1.1.

[403] Para se ter uma ideia, no contexto da crítica à lógica da ponderação de princípios alexyana, Habermas sustentou o seguinte: *"Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos; no caso de uma colisão, deixaria de ocorrer o 'recuo' de um direito em relação a outros, sem que ele tivesse de perder por isso sua validade. É evidente que se trata aqui de algo mais que mero embate de palavras;* ***mostra-o a maneira como entendemos o princípio da proporcionalidade, que orienta a jurisdição nos casos de colisão****"* (HABERMAS, 2007, p. 368). Esse trecho é capaz de atestar duas coisas: em primeiro lugar, Habermas não desconsidera o 'princípio' (máxima) da proporcionalidade; em segundo lugar, sua concepção acerca do tema em muito se afasta da concepção de Alexy. A despeito disso, não há em seus escritos, ao menos naqueles que consultamos, um maior esclarecimento acerca de sua concepção em relação à máxima da proporcionalidade – se há, não a compreendemos. Exatamente por isso, seguimos a Cruz para defender que, se entendida como proibição de excesso e de insuficiência, e não como método pré-ordenado de aplicação, a proporcionalidade pode nortear a aplicação (CRUZ, 2007, p. 362). Para mais detalhes, vide (HABERMAS, 2007, p. 368-370).

4.4.2 A distinção entre as competências legislativa e jurisdicional e a argumentação de adequação no âmbito dos discursos judiciais de aplicação

No segundo capítulo do presente trabalho, tivemos a oportunidade de investigar a concepção de Habermas acerca da tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito (2.1.4.1), da complementaridade entre Direito e Moral (2.1.4.2) e da co-originalidade entre Direitos Humanos e soberania popular (2.1.4.3). Lá tínhamos os olhos voltados, principalmente – mas não exclusivamente[404] – para os discursos de fundamentação do Direito.

Agora, pretendemos investigar mais de perto a concepção habermasiana relativa aos discursos jurisdicionais de aplicação referentes aos Direitos Humanos Fundamentais. Com esse intento em mente, inicialmente delinearemos sua proposta de distinção entre legislação e jurisdição (1), para, em seguida, apresentar sua concepção sobre a argumentação de adequação no âmbito dos discursos jurisdicionais de aplicação (2). Com isso, pretendemos completar a abordagem do capítulo segundo.

Para entender (1), precisamos delinear rapidamente a concepção habermasiana acerca da divisão dos poderes. Ela difere da concepção clássica, na medida em que procura diferenciar as funções estatais com base na dimensão pragmática da argumentação, e não numa separação estritamente funcional atrelada a cada um dos respectivos poderes[405]:

> Na perspectiva da teoria do discurso, as funções da legislação, da justiça e da administração podem ser diferenciadas de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentação correspondentes.
> [...]
> Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da **distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos** (HABERMAS, 2003, p. 238-239).

Sob essa perspectiva, a função legislativa não seria exercida apenas pelo Poder Legislativo, mas também pelo Executivo e pelo Judiciário, na medida em que estes fizessem uso de argumentos próprios aos discursos de fundamentação. Segundo Habermas, isso ocorreria quando a administração e os tribunais estivessem a se autoprogramar. Por sua vez, a

---

[404] Mesmo porque, como vimos, os discursos de aplicação complementam os de fundamentação.

[405] *"A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução"* (HABERMAS, 2003, p.232).

aplicação das normas[406] não seria prerrogativa reservada à função judicial, visto que, ao fazer uso de argumentos próprios aos discursos de aplicação, Legislativo, Executivo, além obviamente dos tribunais, não estariam a legislar, mas exatamente a aplicar as normas[407] (HABERMAS, 2003, p. 243).

Aos olhos de nosso autor, os discursos de fundamentação caracterizar-se-iam por argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – inclusive aqueles manejados através de negociações parlamentares – enquanto os discursos de aplicação compor-se-iam por argumentos jurídicos, a saber, os argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais traduzidos para o sistema jurídico, através dos discursos de fundamentação. É por isso que a diferença entre criação e aplicação acabaria resultando da *distribuição das possibilidades* de fazer uso desses diferentes tipos de argumentos, bem como do *grau de subordinação* inerente às respectivas formas de comunicação (HABERMAS, 2003, p. 238-239).

Em síntese, a distinção entre as funções legislativa e jurisdicional localizar-se-ia nos argumentos característicos a cada uma delas, bem como no grau de subordinação dos discursos de fundamentação e de aplicação, em relação ao produto um do outro. No caso da função legislativa, a argumentação deveria ser norteada pelo princípio da democracia, especializado na *generalização* de normas. Esse princípio daria azo aos discursos legislativos de fundamentação, voltados para a aferição da *validade* das hipóteses normativas que, uma vez institucionalizadas, passariam a integrar o sistema jurídico. No interior desses discursos de fundamentação seria legítimo recorrer a todo e qualquer tipo de argumento advindo do *mundo da vida*, fosse de cunho pragmático, ético-político ou moral[408]. No caso da função jurisdicional, contudo, a liberdade para argumentar seria muito mais restrita. Em primeiro lugar, ela deveria ser norteada pelo *princípio da adequação*, especializado não na justificação da validade das normas, mas na aferição da norma adequada para a solução do caso levado a juízo. Esse princípio da adequação complementaria o princípio da democracia, próprio dos discursos de fundamentação, na medida em que daria azo a discursos sobre a aplicação das

[406] Dizemos aplicação das normas uma vez que, no Brasil, o contencioso administrativo não é considerado jurisdição. Essa é a compreensão majoritariamente aceita na doutrina, em vista da exegese estrita do disposto no artigo 5º, XXXV, da CR/88. Essa peculiaridade não invalida, no entanto, a distinção procedida por Habermas. Sua preocupação é com o tipo de argumento passível de ser manejado pelo legislativo, executivo e judiciário.

[407] No Brasil, a primeira hipótese pode ser vislumbrada no estabelecimento dos regimentos internos dos Tribunais Superiores. Por aqui, a Constituição ainda permite ao Executivo, em situações geralmente excepcionais, a adoção de medidas provisórias e o manejo de leis delegadas. Por sua vez, a segunda hipótese é característica – ou ao menos deveria ser – das decisões do Senado Federal nos processos por crimes de responsabilidade, das Comissões parlamentares de Inquérito e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados, bem como dos inquéritos, sindicâncias e processos administrativos. Em todos esses casos, os argumentos carreados pelo Legislativo ou pelo Executivo deveriam restringir-se aos limites dos discursos de aplicação. Para mais detalhes, vide (CRUZ, 2007, p. 163 *et. seq.*).

[408] É importante dizer, mais uma vez, que essa distinção só é possível no nível analítico.

normas. A argumentação manifesta em discursos jurisdicionais de aplicação poderia englobar tudo aquilo que anteriormente tivesse sido filtrado por meio dos discursos de fundamentação legislativos. Mas a argumentação manejada nesses casos não poderia *subverter* o produto dos discursos de fundamentação (HABERMAS, 2003, p. 215/239/257):

> Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas. **O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente**; **todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita** (HABERMAS, 2003, p. 324-325 – grifo nosso)

Obviamente, todo esse complexo processo de 'desamarração' e 'reamarração' dos argumentos desfiados em discursos legislativos de fundamentação, à luz de situações de aplicação contingenciais, seria permeado por uma tensão entre faticidade e validade. Nesses discursos jurisdicionais de aplicação, ela manifestar-se-ia como uma "*tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas"* (HABERMAS, 2003, p. 245).

O princípio da segurança jurídica exigiria a tomada de decisões consistentes do ponto de vista das normas válidas *prima facie*, das jurisprudências afetas ao tema, ou mesmo das tradições elucidativas da questão, isto é, de todo o pano de fundo inerente ao direito vigente. Por sua vez, também a *capacidade/possibilidade* de autoimposição da decisão faria a tensão – inerente ao Direito – pender para o lado da faticidade[409]. Por sua vez, a legitimidade das decisões decorreria exatamente da possibilidade contrafática de os afetados pelos seus efeitos consentirem com seu conteúdo, em vista da correção dos argumentos nela carreados. Para tanto, esses discursos não deveriam apenas reproduzir o produto dos discursos de fundamentação, nem meramente repetir a complexa história jurisprudencial acerca do tema, mas estar atentos aos princípios e regras legítimos, à luz do horizonte de um futuro presente[410] (HABERMAS, 2003, p. 246).

Foi por isso que nosso autor sustentou que o problema da racionalidade da jurisprudência consistiria em saber como a aplicação de um direito contingente poderia ser

---

[409] *"[...] a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma, de um poder administrativo. Por esta razão, a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autopromoção. Desta maneira se explica* ***o princípio da ligação da justiça ao direito vigente****"* (HABERMAS, 2003, p. 216).

[410] Veja mais uma vez a noção de tempo kairológico, agora nos discursos de aplicação do Direito.

feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção (HABERMAS, 2003, p. 247).

A fim de encontrar uma solução para esse problema, nosso autor fugiu das propostas axiologizantes provenientes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e da teoria alexyana dos Direitos Fundamentais, preferindo aliar-se à Dworkin e Günther na busca por uma interpretação concretista, holística, deontológica e coerente das normas tendentes à aplicação (HABERMAS, 2003, p. 258 *et. seq.*) (OLIVEIRA, 2002, p. 84 *et. seq.*).

Com esse intento em mente, ele anuiu à distinção dworkiana entre princípios e regras, bem como à proposta concretista proveniente da teoria da integridade do Direito. Na esteira dessas questões, acopladas aos ensinamentos de Günther acerca da relação entre os discursos de fundamentação e aplicação, Habermas procurou delinear argumentos em favor da manutenção da *coerência* do sistema jurídico a partir de uma hermenêutica concretista.

Em síntese, ele anuiu à tese güntheriana segundo a qual, em sede de *discurso de fundamentação,* seria impossível prever todas as possibilidades normativas inerentes à faticidade da vida social. Em outras palavras, ele percebeu que a mutabilidade das relações sociais e a falibilidade da historicidade – e do próprio conhecimento humano[411] – impossibilitariam a antecipação/visualização de todas as circunstâncias fáticas relevantes para a aplicação das normas válidas *prima facie*[412]. Por vislumbrar essas contingências, provenientes de um estágio pós-convencional da justiça e da moralidade, nosso autor vislumbrou a imprescindibilidade de *discurso de aplicação,* no interior dos quais deveriam ser levadas em conta todas as circunstâncias do caso para, a partir daí, chegar à *norma adequada* para a solução do litígio. Por isso a aplicação imparcial fecharia a lacuna aberta pela fundamentação imparcial (HABERMAS, 2003, p. 270); (GÜNTHER, 2004/2009, p. 222-223).

Seguindo de perto os ensinamentos de Günther, Habermas sustentou que as colisões entre princípios não seriam verdadeiras contradições, mas uma disputa pela aplicação no caso concreto. Em outras palavras, sustentou que essas colisões seriam meramente aparentes e solucionáveis, *in concreto,* por meio de uma hermenêutica concretista, holística, deontológica e coerente das normas (HABERMAS, 2003, p. 271).

---

[411] Eis a novidade trazida pela obra Verdade e Justificação.

[412] Evidentemente, essa tese não representava um retrocesso nos padrões positivistas clássicos, nem no paradigma da Filosofia da Consciência. As normas válidas *prima facie* adviriam de uma *discussão* permeada/circundada por um sem número de *mundos da vida,* os quais, necessariamente, influenciariam na escolha e na formação das *pretensões* que os participantes entenderiam por *válidas* para gerirem os seus próprios comportamentos. Isso significa que nenhuma norma, ou pretensão normativa, decorreria de uma simples antecipação *in abstrato,* exatamente por estar necessariamente vinculada a realidades sociais (*faticidades*) desveladas nesses inúmeros *mundos da vida*. Nesse sentido, vide (HABERMAS, 2003, p.60-61).

Em primeiro lugar, a cada nova interpretação, seria necessário reconstruir racionalmente o Direito vigente, de tal forma que fosse possível chegar à solução correta em cada nova situação de aplicação. Isso significa que as relações entre as normas válidas *prima facie* modificar-se-iam a cada nova constelação de características provenientes dos casos levados a juízo. Por isso a 'segurança jurídica', advinda do conhecimento inequívoco das regras, ou melhor, da previsibilidade absoluta das condutas lícitas e ilícitas, passaria ela mesma a ser contraposta, *in caso*, com outros princípios. Em vista disso, o próprio conceito de segurança jurídica passou a assumir o sentido de garantia proveniente do processo, a saber, a garantia assegurada pelo contraditório e pela ampla defesa, de uma participação equitativa das partes no procedimento que resultaria na sentença:

> Os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integralidade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios (HABERMAS, 2003, p. 274)

A hermenêutica concretista dependeria, para sua legitimidade, de uma interpretação holística, deontológica e coerente das normas. Holística e coerente porquanto preocupada com a exaustão *de todas* as variantes de sentido das normas supostamente adequadas para a solução do caso, bem como *de todas* as especificidades atinentes ao litígio, na tentativa de encontrar *o sentido normativo adequado*, isto é, a chave correta para abrir e fechar a porta, *sem perda da coesão* do sistema jurídico. Esse intuito seria auxiliado pela noção de paradigma, mais especificamente, pela exigência de reflexão advinda do paradigma crítico-deliberativo do Direito, concebido por Habermas.

Esse paradigma, identificado à concepção habermasiana de Estado Democrático de Direito, englobaria de forma reflexiva os paradigmas Liberal e Social do Estado de Direito, dando o 'tom' de uma interpretação inclusiva e coerente à luz das pré-compreensões por ele carreadas. Aos olhos de nosso autor, esse seria um elemento capaz de aumentar a segurança na aplicação do Direito, a despeito de ser igualmente propenso a gerar ideologias e dogmatismos[413]. A única saída contra esse dogmatismo estaria no esforço reflexivo de

[413] *"Ora, é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coadunam em ideologias, na medida em que se fecham sistemicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas"* (HABERMAS, 2003, p. 275). Lamentavelmente, essa não deixa de ser uma realidade em muito presente nas Universidades do Brasil, particularmente nas Faculdades de Direito, inclusive e paradoxalmente, entre muitos daqueles que aderem e trabalham com a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

abertura aos novos argumentos, os quais, não raras vezes, acabam por colocar em cheque as próprias pré-compreensões daqueles que se 'abrem ao discurso'. Aqui, vem a calhar a crítica carreada por Cruz:

> O conceito de paradigma é aplicável às Ciências Sociais e, particularmente, ao Direito! Contudo, essa aplicação exige do cientista social uma melhor compreensão da ferramenta que utiliza. [...] **sua aplicação não pode ser 'naturalizada', como se pode perceber em inúmeros trabalhos científicos contemporâneos. Trabalhar com paradigmas tornou-se uma panacéia que conduz a disparates e a conclusões inadmissíveis**, caso o conceito e os problemas enfrentados por Kuhn fossem mais explicitados. **Trabalhar com paradigmas sem o exame de seus pressupostos e limitações traduz na mais nova forma de positivismo contemporâneo**, eis que o conceito é subsumido a qualquer problema sem nenhuma instância crítica e reflexiva do mesmo (CRUZ, 2009, p. 221 – grifo nosso).

A crítica fala por si. No que nos interessa, ela deixa claro que não há como naturalizar/coisificar qualquer interpretação que seja, mesmo que assentada em pré-compreensões adequadas a esse ou àquele paradigma. A abertura ao novo, ao inusitado, ao questionamento inquietador que expõe as feridas de nossas próprias pré-compreensões é inevitável caso se pretenda trabalhar com o conceito de paradigma no âmbito do Direito, particularmente, no tocante à aplicação dos Direitos Humanos Fundamentais[414]. Neste trabalho, estamos conscientes dessa exigência.

Convém dizer que, sob a ótica de Habermas, essa abertura seria mesmo uma condição para a utilização de uma determinada pré-compreensão paradigmática do Direito como limitador de indeterminação do processo de decisão. Para ele, uma interpretação assentada em um dado paradigma do Direito só cumpriria sua função de garantir uma medida suficiente de segurança jurídica se expressasse uma autocompreensão constitutiva da identidade da comunidade jurídica, visto que compartilhada intersubjetivamente – ainda que potencialmente – por *todos* os cidadãos. Em outras palavras, a interpretação coerente dos princípios, apoiada em uma leitura paradigmática, haveria de ser aceitável, em vista de sua correção, por todos os cidadãos, afetados direta ou indiretamente pelos efeitos da decisão. Isso resultaria na insustentabilidade de um juízo monológico, nos moldes propostos por Dworkin (HABERMAS, 2003, p. 278)

---

[414] Se estamos a combater as diversas concepções positivistas e axiológicas de aplicação do Direito, somos permanentemente compelidos a refletir acerca dessas respectivas pré-compreensões, na tentativa de expor os seus furos. A crítica a essas teorias com base nos ganhos advindos da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* é apenas uma possibilidade. Isso, no entanto, não implica um fechar de olhos para os problemas advindos de nossa própria proposta, em especial, o rebuscamento excessivo decorrente das exigências de uma racionalidade pós-metafísica (a), a redução *paradoxal* do âmbito de leitores capazes de com ela dialogar, sobretudo em vista da inserção em dificílimas elucubrações filosóficas (b) e seu excessivo grau contraintuitivo (c).

Por isso a *argumentação de adequação*, a ser perseguida no curso da decisão, haveria de fundamentar-se em uma teoria da argumentação jurídica que arrogasse para si toda a complexa tarefa atribuída, por Dworkin, ao sobrehumano juiz Hércules. Por aceitar a concepção deontológica do Direito, carreada pelo próprio Dworkin, bem como as considerações da teoria da argumentação de autores como Aarnio, Alexy e Günther, Habermas aduziu que o discurso jurídico não poderia mover-se de forma autossuficiente num universo hermeneuticamente fechado, mas manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente os pragmáticos, éticos e morais que transparecessem no processo de legislação e fossem, exatamente por isso, incorporados às normas jurídicas, dotadas de pretensão de legitimidade. Ademais, aduziu que a correção das decisões judiciais medir-se-ia pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação imprescindíveis para a formação imparcial do juízo (HABERMAS, 2003, p. 287).

Essas condições de comunicação, no processo, coincidiriam com aquilo que chamamos de garantias constitucionais procedimentais, principalmente, a exigência de simetria entre as partes, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição. Ainda que o processo fosse caracterizado pela participação estratégica das partes, seria possível aduzir, com certo grau de plausibilidade, ao menos aos olhos de nosso autor, que todos os participantes do processo contribuiriam para a formação de um discurso, o qual serviria, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva seria constitutiva para a fundamentação da decisão (HABERMAS, 2003, p. 288) (OLIVEIRA, 2002, p. 93-94).

A legitimidade dessas decisões demandaria, portanto, um resgate discursivo das alegações e do produto probatório carreados nos autos, bem como a justificação interna e externa das premissas argumentativas nela delineadas. A diferença em relação à teoria argumentativa alexyana, nesse particular, localizar-se-ia na exigência habermasiana de tradução dos argumentos extralegais para a forma do Direito, e de limitação da argumentação jurisdicional à questão da adequação das normas. Nesse particular, os precedentes exerceriam um papel importante, exatamente por contribuírem para a manutenção da coerência do Direito. Também os argumentos fundados em Direitos Humanos Fundamentais[415] possuiriam primazia no âmbito desses discursos de aplicação (HABERMAS, 2003, p. 257/322-323).

Aos olhos de nosso autor, uma jurisprudência orientada por princípios precisaria definir qual pretensão e qual ação deveria ser exigida num determinado caso, ao invés de

[415] *"o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e publica dos cidadãos"* (HABERMAS, 2003, p. 326).

sopesar bens e valores, na busca por um equilíbrio gradual entre eles. A estrutura relacional flexível das normas válidas *prima facie,* decorrente da possibilidade de câmbio das relações de interação normativas em vista das especificidades de cada caso, estaria sob a reserva da coerência, que exigiria a manutenção hermenêutica da coesão do sistema jurídico, bem como uma *única resposta correta* para cada caso (HABERMAS, 2003, p. 323).

Mas essa *única resposta correta* teria que assumir-se desde sempre como provisória, porquanto passível de revisão. Fruto do contínuo processo de aprendizagem, ela deveria ser fundamentada através dos melhores argumentos de um presente que não desconsiderasse os erros e acertos do passado, estando igualmente preocupado com um presente futuro. Assim, o *falibilismo habermasiano,* inerente ao próprio processo do conhecer humano, alcançaria a noção de resposta correta, sobretudo para maculá-la de uma marca de previsibilidade[416].

4.5 Com Habermas para além de Habermas: por uma concepção pós-positivista dos Discursos jurisdicionais de aplicação

Quando, no início desse capítulo, dissemos que nossa concepção de *pós-positivismo* precisava ser complementada por uma análise mais aprofundada da situação de aplicação das normas jurídicas, especialmente, no tocante aos Direitos Humanos Fundamentais, referíamo-nos a todas as complexas considerações acerca da importância da argumentação no processo de fundamentação das decisões judiciais.

---

[416] *"A idéia de um processo interminável de argumentação, que se dirige em direção a uma linha-limite, implica, de um lado, a especificação de condições sob as quais ele pode visar uma meta, ao menos* ***in the long run****, e tornar possível o processo cumulativo de um processo de aprendizagem. Tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver-se de modo racional inerente a eles. O conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é um 'bom argumento', é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa. [...] A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à 'única decisão correta', de outro, é fechada* ***idealiter*** *(idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade"* (HABERMAS, 2003, p. 283). Essa noção de *resposta correta* deve ser atualizada com a proposta da obra *Verdade e Justificação*, sobretudo para assumir que a busca cooperativa alcança no máximo a justificação daquilo que *se-tem-por-verdadeiro* – isto é, a validade normativa. Para falar com Ferraz, "*a resposta correta deve ser entendida como algo provisório, falível, passível de revisão, e principalmente, como fruto de 'processos de aprendizagem', estabelecer a crença de que aprendendo com nossos erros, as decisões futuras podem ser melhores que as passadas. Interessante mencionar que esse caráter provisório do conhecimento não retira o ideal de correção dos juízos normativos, pois sua racionalidade está condicionada á busca de justificações que transcendem os contextos dados"* (FERRAZ, 2009, p. 169). Para a compreensão da distinção entre Verdade e Justificação, vide (HABERMAS, 2004, p. 46-48/53-54/282-284/290-291), (CRUZ, 2009a, p. 216-218).

A vantagem das teorias de Dworkin, Alexy, Günther e Habermas sobre a maior parte das concepções positivistas delineadas no terceiro capítulo encontra-se no *caráter normativo*[417] de suas respectivas abordagens acerca da interpretação/aplicação do Direito. As vertentes argumentativas delineadas por cada um desses quatro pensadores possuem pontos de contato e pontos de distanciamento, os quais não podem ser desconsiderados por uma abordagem que pretende ser pós-positivista.

Não vamos, a partir de agora, reafirmar esses pontos de contato e distanciamento. Por tudo o que já dissemos nos tópicos anteriores, entendemos já termos cumprido essa obrigação para com nossos eventuais leitores. Antes, intentamos, a partir de agora, dar um *passo além* dessas abordagens, a despeito de seguirmos de perto a concepção de Habermas. Somos movidos principalmente pelas críticas de Sampaio, a primeira delas no sentido de que:

> A questão do juiz dos direitos sociais prestacionais é outra clareira no projeto de aplicação discursiva, posto que são direitos, mas uma coisa é considerá-los de índole contratual ou de arranjos legais adaptados a contextos concretos; outra é reputá-los fundamentais e suscetíveis de concretização judicial plena. A esse respeito, a resposta de Habermas tem sido ambígua. Se é certo que tais direitos (ou serviços sociais) são vistos como os que fornecem as condições de vida que devem ser asseguradas no plano social, técnico e ecológico para que possam ser efetivamente usufruídas as oportunidades iguais de exercício das liberdades e dos direitos políticos, não é delírio imaginar que a sua concretização judicial foge do quadrante procedimental e talvez esteja, ao menos em parte, por trás da crítica ao ativismo axiológico do Tribunal Constitucional Federal alemão. Somente uma leitura dos direitos sociais como 'policies' ou 'política legislativa' e não como direitos e argumentos de princípio enverga a legitimidade judicial para efetivá-los (SAMPAIO, 2009a, p. 323).

Em nossa ótica, essa crítica, se tem alguma procedência, restringe-se à obscuridade da abordagem habermasiana. Encontramos em *Direito e Democracia* claras adesões de Habermas à argumentação principiológica nos moldes delineados por Dworkin, inclusive no que se refere à prevalência desse tipo de argumento sobre os argumentos de *policy*. A despeito disso, também vislumbramos afirmativas no sentido de que, uma vez traduzidos para a forma do Direito através dos discursos legislativos de fundamentação, os argumentos de *policy* – aquele tipo de padrão que estabeleceria um objetivo a ser alcançado, em geral, a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade – pudessem assumir uma *relevância moral*[418], própria dos Direitos Humanos Fundamentais[419] (HABERMAS, 2003, p. 255).

---

[417] Em contraposição ao caráter meramente descritivo de grande parte das abordagens positivistas, em relação à interpretação do Direito no âmbito de aplicação das normas.

[418] "[...] *conteúdos morais, na medida em que são traduzidos para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado.* [...] *As medidas morais, que servem ao legislador para o*

Se estivermos corretos, a possibilidade de assunção de conteúdo moral pelos argumentos definidores de objetivos – através do filtro dos discursos legislativos de fundamentação – estaria a indicar claramente uma alteração parcial, por parte de Habermas, do conceito dworkiano de argumentos de princípio – aquele tipo de padrão que, para o norteamericano, estabeleceria uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

A crítica anteriormente delineada, ainda que de forma não expressa, é também dirigida à posição defendida por Cruz (2007; 2008b), para quem seria possível tratar os Direitos sociais, no âmbito dos discursos jurisdicionais de aplicação, com base em argumentos de princípios. Como já discutimos nos tópicos 4.1.1, 4.1.2 e 4.1.3, se a posição defendida por Cruz é de fato problemática quando pautada unicamente na concepção dworkiana, talvez o mesmo não possa ser dito se ela for analisada à luz da concepção habermasiana. O problema é que o filósofo e sociólogo alemão não é nada claro nesse aspecto.

Foi também por esse motivo – mas não apenas por ele[420] – que preferimos abandonar, neste trabalho, a dicotomia entre argumentos de princípio e de *policy*. Para simplificar as coisas, preferimos defender que em discursos jurisdicionais de aplicação a argumentação deveria sempre seguir um traçado deontológico, exatamente por fundar-se em toda a gama de argumentos filtrados pelos discursos de fundamentação legislativos. Eis aí uma das questões que pretendemos aprofundar.

Sampaio ainda nos instigou a dar passos além de Habermas ao carrear as seguintes considerações críticas:

> Não há como deixar de perceber que o juiz mobiliza outras motivações para aceitar uma tese em lugar de outra, por mais esforço que faça de eqüidistância. Ele é humano, hermeneuta, comprometido com a sua visão-de-mundo e com os êxitos e recalques de sua experiência existencial, mas também suscetível à crítica de uma sociedade mobilizada.
> A questão de o juiz ir aos domínios ou não do legislador quando foge das linhas procedimentais da adjudicação também deve ser discutida, especialmente quando estamos a lidar com os discursos de aplicação de normas questionadas em sua validade por ferir enunciados constitucionais e daqueles que reconhecem os direitos prestacionais (SAMPAIO, 2009a, p. 322)

---

julgamento de políticas correspondentes, impregnam o conteúdo do direito, em cujas formas essas políticas são executadas. Portanto, os argumentos de colocação de objetivos, que Dworkin distingue dos argumentos de princípios, podem ter relevância moral" (HABERMAS, 2003, p. 254-255).

[419] *"O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que* ***os conteúdos*** *das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso se cruzam"* (HABERMAS, 2003, p. 256).

[420] Para mais detalhes, vide tópico 4.1.3.

A primeira consideração é inquestionável. E estamos certos de que Habermas não a desconsidere, sobretudo porque fazê-lo seria olvidar todo o legado da reviravolta hermenêutica propiciada por Heidegger e Gadamer. Não há como desconsiderar que qualquer hermeneuta faça uso de suas aberturas ao mundo para julgar o que quer que seja. É preciso lembrar, no entanto, que o esforço do frankfurtiano era dirigido ao *controle da validade* dos argumentos carreados nas decisões judiciais. E, se estivermos corretos, Sampaio não é contrário a esse tipo de esforço.

Quanto à segunda consideração, que questiona a suficiência da limitação dos discursos de aplicação à questão da adequação das normas, limitamo-nos a dizer que ela de fato representa uma das formas de coibir a desnaturação do Direito em política. Em todo caso, ficamos realmente na dúvida se ela nos oferece algum padrão para o Controle de Constitucionalidade das normas pela via de ação. Mesmo assim, a *argumentação de adequação* parece-nos muito útil ao Controle difuso de Constitucionalidade, inclusive no que se refere aos discursos de aplicação relativos aos Direitos Humanos Fundamentais. Eis aqui outra questão que intentamos aprofundar.

Nos tópicos seguintes, antes de abordar com maior grau de detalhamento essas duas questões, pretendemos depurar, com base nos ensinamentos de Cruz, a *argumentação de adequação* no tocante às regras, além de aferir se, de fato, a dicotomia entre princípios e regras deve subsistir nos dias atuais (4.5.1). Pretendemos, ainda, aprofundar as considerações relativas ao complexo processo de delineamento do âmbito normativo dos Direitos Fundamentais nos discursos de aplicação (4.5.2). Finalmente, intentamos sanar o déficit da teoria crítico-deliberativa em relação à análise do *custo dos Direitos,* o que talvez se deva à adesão parcial de Habermas à teoria do Direito desenvolvida por Dworkin – principalmente em relação à aplicação jurisdicional – e à concepção de que o sistema econômico sempre fosse um elemento colonizador do sistema jurídico e dos interesses emancipatórios da sociedade (4.5.3).

Com isso, pretendemos contribuir para o aperfeiçoamento da abordagem habermasiana atinente à aplicação dos Direitos Humanos Fundamentais. Em todo caso, não custa repetir que nossa concepção vai, nesse aspecto, além de Habermas, evitando, contudo, cair em um sincretismo teórico com efeitos nefastos para a legitimidade prática judicial.

4.5.1 A desnecessidade de distinção entre regras e princípios: a contribuição de Cruz para uma concepção pós-positivista da aplicação

Se atestarmos a racionalidade das teorias anteriormente delineadas a partir dos ganhos trazidos pela *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* veremos que, verdadeiramente, elas padecem de um problema no tocante à aplicação das regras. Ainda que atualmente isso não possa ser mais afirmado em relação a Ronald Dworkin, como antes já explicamos, quanto às demais teorios é correto afirmar que elas avançam muito em relação à aplicação dos princípios, mas continuam a conceber e aplicar as regras com base em premissas próprias às concepções positivistas delineadas no terceiro capítulo deste trabalho. Chegamos a essa conclusão graças aos ensinamentos de Cruz.

No sexto capítulo da obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*, nosso autor investigou a consistência da distinção normativa entre regras e princípios. Sua investigação propositalmente passou ao largo daquilo que, em sua ótica, seriam verdadeiros postulados jurídicos[421], isto é, *"condições de possibilidade para o conhecimento destranscendentalizado do sistema jurídico"* (CRUZ, 2007, p. 269).

Assumindo o risco de reducionismo, Cruz dividiu o estudo da principiologia jurídica em três paradigmas: o clássico (a), o moderno (b) e o contemporâneo (c). Aos seus olhos, (a) ignoraria ou, no máximo, atribuiria um papel secundário aos princípios jurídicos. (b) reconhecer-lhes-ia a juridicidade, colocando-os em posição de destaque no ordenamento jurídico – em função de sua *abstratividade, generalidade, abertura textual*. Assim, os princípios passariam a ser fundamentos axiológicos do Direito, principalmente em função de sua abstratividade, generalidade e abertura textual. Já as correntes contemporâneas (c), em especial aquelas delineadas por Dworkin até 2006, Alexy, Günther, Habermas, Gallupo, Streck e Ávila, para ficar em alguns nomes, esforçar-se-iam por reafirmar a distinção entre princípios e regras, na busca pela construção de bases pós-positivistas para a aplicação do Direito (CRUZ, 2007, p. 271).

Segundo Cruz, o paradigma clássico (a) teria aflorado no contexto do paradigma do Estado Liberal de Direito, época em que a hermenêutica limitar-se-ia à análise puramente sintática e semântica dos textos jurídicos. Sob esse pano de fundo, a visão predominante sustentaria que as regras jurídicas conviveriam em harmonia umas com as outras, regulamentado tudo quanto fosse juridicamente relevante. Os princípios nada mais

[421] Para Cruz (2007, p. 269), os postulados deveriam ser entendidos como elementos sem os quais soçobraria a coerência, a integridade e a consistência do Direito. Em sua ótica, era assim que deveriam ser entendidas, entre outras, a 'supremacia da Constituição', a 'unidade', 'a concordância prática', 'a subsidiariedade.

representariam que meras expressões de cunho político[422]. As sucessivas dificuldades de se encontrar, *a priori*, a norma da qual fosse possível subsumir a consequência jurídica decorrente da manifestação dos atos ou fatos advindos do caso levado a juízo, teriam ocasionado a crise do paradigma clássico. Nem mesmo os métodos clássicos de interpretação, os conceitos produzidos pela dogmática e o método teleológico puderam fazer frente à 'grandeza' desse desafio.

A reação da teoria do Direito, ante o fracasso do paradigma clássico, assumiria, então, uma dupla forma. De um lado, ela passou a admitir o emprego subsidiário da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito na tentativa da solução das antinomias e anomias, isto é, dos conflitos e da falta de normas. De outro lado, passou a difundir a tese da discricionariedade judicial, sobretudo pelo trabalho de *Kelsen*[423]. Contudo, a despeito de vislumbrarem um papel secundário aos princípios jurídicos, nenhuma dessas facetas teria conseguido alterar a postura legalista então adotada pelo Judiciário, além de mostrarem-se insuficientes na contenção dos excessos e horrores perpetrados pelo executivo nazista (CRUZ, 2007, p. 274).

Em decorrência disso, os novos 'ventos' do constitucionalismo teriam dado azo, no tocante à teoria dos princípios, ao nascimento de uma nova forma de abordagem. Conta-nos Cruz que, desde então, "*tanto positivistas, quanto os adeptos de um jusnaturalismo renascido*" passariam a se posicionar "*favoravelmente à juridicidade dos princípios*", concedendo-lhes uma posição de primazia dentro do ordenamento jurídico, sobretudo em vista de sua generalidade (2007, p. 274-275).

A despeito de questionada por Josef Esser já na década de 50, sob a alegação de que nem todo princípio originar-se-ia de um processo de generalização de regras, o paradigma moderno firmar-se-ia, desde então, em vista de sua grande aceitabilidade. Sua ressonância na língua portuguesa, aos olhos de Cruz, vislumbrar-se-ia nas teorias de Bandeira de Mello,

---

[422] *"Nesse contexto os princípios eram absorvidos como expressão de cunho político do legislador, típico do constitucionalismo do século XIX, no qual, seja pelas tradições revolucionárias francesas de oposição aos demandados do judiciário, seja pela ausência de uma formação democrática como na Prússia e na recém-criada Alemanha, as constituições eram vistas muito mais por seu caráter de documento político"*. Exatamente em vista disso é que Cruz sustenta não ser possível falar que a tese das normas programáticas, nascidas no princípio do século XX, tenha surgido apenas e tão somente como forma de dificultar, ou mesmo obstruir, a eficácia dos direitos sociais e coletivos. Para ele, essa reação contrária ao surgimento de um novo constitucionalismo, dito social, teria supedâneo em práticas constitucionais muito mais antigas (CRUZ, 2007, p. 273).

[423] A *Teoria Pura do Direito*, publicada pela primeira vez em maio de 1934, desenvolveu-se durante um período de difícil mensuração dos paradigmas de Estado. Se, por um lado, Constituições como a Mexicana (1917) e a de *Weimar* (1919) incorporavam ganhos sociais aos seus textos – pelo que posteriormente seriam caracterizadas como *marcos* do constitucionalismo social –, por outro, movimentos de viés absolutamente liberal e autoritário surgiam como forma não apenas de contenção do avanço socialista na Europa, mas, sobretudo, de reafirmação dos valores liberais.

Canotilho, Miguel Reale e Geraldo Ataliba, para ficar em apenas alguns nomes. Ela ainda viria a ser assumida por autores como Otto Bachof e Karl Larenz.

Para nosso autor, em suas mais diversas variantes, essas teorias diriam que os princípios seriam *metanormas* tradutoras dos valores vetores do ordenamento jurídico, normas com alto grau de abstração ou com elevada indeterminação da tipicidade. Todas sustentariam um papel de proeminência dos princípios no ordenamento jurídico, mas apenas algumas reconheceriam expressamente uma supremacia hierárquica dos princípios em relação às regras. Seu maior problema, sobretudo nas vertentes defendidas por Canotilho, Ataliba e Bachof, seria não distinguir as normas jurídicas dos valores a elas subjacentes. O outro erro seria não perceber a validade da proposição delineada por Esser (CRUZ, 2007: 275-280).

Mas o paradigma moderno da princípiologia ainda receberia outras contribuições. De Boulanger viria a tese de que o caráter distintivo seria a forma de incidência da generalidade, presente tanto nas regras, quanto nos princípios[424]. Segundo ele, a generalidade manifestar-se-ia de forma especial no caso das regras, visto que incidiria sobre uma situação jurídica determinada. Já no tocante aos princípios, não haveria situação determinada *a priori* para sua incidência. Cruz explica essa teoria por meio de duas metáforas. Segundo nosso autor, *Boulanger* encararia as normas como cartas de baralho em um "jogo de buraco", ou como as peças no "jogo de xadrez". Enquanto as regras assumiriam a posição de qualquer carta de baralho que possuisse um lugar certo para ser encaixada, os princípios espelhariam a figura do coringa. Da mesma forma, com base na metáfora do jogo de xadrez, as regras seriam como todas as peças que possuiriam uma forma específica de movimentação, enquanto os princípios espelhariam a rainha, que poderia se valer de mais de uma maneira de se mover (CRUZ, 2007: 280-281).

Seu problema seria não explicar a contento a questão da analogia, situação em que uma regra seria utilizada para uma situação absolutamente diversa daquela para o qual teria sido concebida originariamente pelo legislador. Por outro lado, essa tese ainda trabalharia com a suposição de uma possível dicotomia entre fato e norma, sobretudo por pautar-se, ainda, em uma análise meramente sintática e semântica dos textos legais. Além do mais, ela suporia que a baixa densidade dos princípios estivesse assentada tão-somente no emprego de expressões polissêmicas, vagas e porosas, olvidando que todo texto seria apto a inúmeras

[424] Essa tese também receberia o apoio de Crisafulli (CRUZ, 2007, p. 280).

interpretações[425], pelo que também as "regras" teriam uma tipicidade/conceitualidade aberta (CRUZ, 2007: 281-282).

Além da tese de Boulanger, mais duas outras teorias dariam sua contribuição para o paradigma moderno da principiologia. A primeira dessas ligar-se-ia à noção de positividade, ao passo que a segunda relacionar-se-ia à análise morfológica empreendida por Josef Esser. Da primeira teoria afluiria a tese de que os princípios poderiam ou não ser positivados, enquanto as regras necessariamente precisariam ser positivadas. Essa teoria olvidaria, no entanto, que o Direito não seria uma criação exclusiva do Estado, além da realidade de que os princípios não seriam criados pelo julgador ou pela doutrina, e sim reconstruídos a partir do Direito como um todo, algo que certamente transcenderia os textos positivados (CRUZ, 2007, p. 283-284).

Por sua vez, Esser ensinar-nos-ia que os princípios não configurariam mandamentos e sim diretrizes, critérios e justificação para a aplicação do Direito. Nesse sentido, *"o critério de distinção seria o fundamento que cada tipo de norma"* – regra ou princípio – *"exigiria para a tomada de uma decisão"*. Enquanto *"os princípios forneceriam motivos para que o intérprete pudesse empregar esse ou aquele mandamento*", as regras exigiriam uma argumentação ligada diretamente à própria decisão (CRUZ, 2003, p. 284).

Apesar de antecipar conceitos centrais do paradigma contemporâneo, a teoria de Esser ainda padeceria da falha de conceber como mandamentos jurídicos apenas normas descritas sob a roupagem da estrutura hipotético-condicional – se é A, deve ser B. Assim, enquanto as regras estruturar-se-iam sob uma dualidade hipótese/consequência, os princípios encerrariam apenas fundamentos para as decisões relativas à aplicação das regras. Sua falha seria não perceber que a forma de exteriorização do texto não seria suficiente para pré-fixar a maneira pela qual uma norma deveria ser compreendida pelo intérprete[426].

Aos olhos de Cruz, essa teoria poderia ser associada à tese de Summers, segundo a qual princípios produziriam razões substantivas ou finalísticas para a decisão, ao passo que as

---

[425] O exemplo mais claro dessa assertiva foi dado por Cruz, em aula de doutorado que assistíamos na qualidade de ouvinte. Na oportunidade, analisamos o texto do artigo 101, supostamente uma norma de textura cerrada: *"Art. 101 – O Supremo Tribunal Federal compõe-se de **onze Ministros**, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de **notável saber jurídico e reputação ilibada**"* (CR/88 – grifo nosso). A partir desse texto, Cruz nos fez as seguintes indagações: O Supremo poderia funcionar com menos de 11 ministros? Deveriam ser eles apenas homens? Ou aceitar-se-iam também mulheres? O que se entenderia por notável saber jurídico? E por reputação ilibada? Essas perguntas escancararam a abertura textual do aludido dispositivo. Esse exemplo encontra-se textualmente descrito na nova obra de Cruz, a saber, *A Resposta Correta*, que ainda não foi publicada.

[426] Segundo Cruz esse seria um esforço vão. Com Ávila, ele defendeu que a morfologia de uma norma não predeterminaria sua interpretação, uma vez que *"a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa"* (AVILA, 2008, p.41).

regras trariam consigo apenas razões de correção ou autorizativas para tanto. Essa concepção, contudo, padecia de uma série de problemas. Em primeiro lugar, Summers cairia na tentação de associar princípios a valores. Além disso, sua teoria pressuporia que apenas a aplicação de regras demandaria a consideração dos elementos específicos da situação concreta. Por fim, e esse era um problema mais sutil, Summers procuraria distinguir as espécies normativas com base na assertiva de que apenas as regras exigiriam uma argumentação específica para ser ou deixar de ser aplicadas. Com isso, ele estaria a se esquecer de que não apenas as regras exigiriam do intérprete o emprego de 'razões de correção', na busca pela resposta mais adequada para a solução dos casos levados a juízo: *"De fato, subjacente ao esforço de Summers está o 'preconceito', em sentido gadameriano, de que os princípios seriam por demais abstratos e que, por conseguinte, só poderiam colaborar através da consecução de fins para a aplicação do Direito"* (CRUZ, 2007, p. 288).

Por tudo isso, nosso autor acabou por ressaltar, após perpassar por todas essas teses ínsitas ao paradigma moderno da principiologia, que seus esforços de distinção normativa não resistiram ao teste de racionalidade pós-metafísico decorrente da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. Em vista disso, ele passou a examinar a racionalidade das propostas concernentes ao paradigma contemporâneo, na tentativa de aferir se ao menos elas conseguiriam sustentar-se à luz de padrões pós-convencionais de justiça.

Aos olhos de nosso autor, esse paradigma teria sido inaugurado por Dworkin, mais especificamente, pela sua tentativa de justificar a distinção entre regras e princípios com base no modo de operação/aplicação característico de cada uma dessas espécies normativas. Também as propostas de Alexy e Günther, aos olhos de Cruz, empenhar-se-iam por justificar uma distinção com base nesses elementos, a despeito de bastante diferentes em seus pressupostos e conteúdos, como já antes destacamos. Habermas, por sua vez, optaria por aderir sem maiores comentários à posição originalmente defendida por Dworkin[427].

Por já havermos delineado, nos tópicos imediatamente anteriores ao presente, todas as considerações pertinentes às concepções de Dworkin, Alexy, Günther e Habermas acerca da distinção entre princípios e regras, não repetiremos, aqui, as considerações de Cruz acerca do tema. Isso seria deveras repetitivo. Limitar-nos-emos a delinear as objeções de Cruz que mais de perto nos interessam, principalmente contra a aplicação – ainda positivista – das regras, marca ainda presente nas concepções de Alexy, Günther e Habermas (I). Também voltaremos nossos olhos para outras teses analisadas por nosso autor, que pretendiam trazer inovações para o debate em questão (II).

[427] Nesse sentido, vide (CRUZ, 2007, p. 315) e (HABERMAS, 2003, p. 258-259).

Começando por (I), é importante salientar que Cruz viu como um problema a manutenção do tratamento das regras sob os padrões da justiça convencional. Nesse sentido, ele criticou veementemente a proposta de Alexy – que continuaria a propugnar uma aplicação subsuntiva das regras – dizendo que seu 'pós-positivismo' limitar-se-ia à aplicação dos princípios. As regras, assim como inicialmente propusera Dworkin, continuariam a ser aplicadas à maneira do tudo ou nada, por colidirem no âmbito de sua validade. Ressalvadas as cláusulas de exceção[428], não deixariam ao operador do Direito outra opção: uma vez manifestas, deveriam ser aplicadas ou declaradas inválidas (CRUZ, 2007, p. 295-296).

É bem verdade que Cruz renovou as suas críticas a Dworkin, direcionando-as, desta feita, ao modo como este minimizou seu equívoco para afirmar que, desde a década de 1970, abandonara a dicotomia taxonômica. Incorporando ao seu texto um hipotético franciscano, deveras desconfiado e questionador, Cruz deu a entender que seu personagem preferia acreditar que a mudança de postura por parte de Dworkin se dera em vista das críticas por ele recebidas, por longos anos, da boca de Jules Coleman, Nicola Lacey, Joseph Raz e Scott Shapiro. O mais interessante, no entanto, é que Cruz fez seu personagem debochar de seu próprio criador, numa passagem que merece ser aqui reproduzida:

> E, então, se prestarmos bem atenção, poderemos ouvir a gargalhada do 'franciscano' e, quando indagamos sobre a razão do seu riso, não tarda a resposta: "De você, Matuto! Você escreve dois livros, artigos, aprofunda-se no Pragmatismo e na Fenomenologia para demonstrar que a distinção entre regras e princípios é metafísica. E, agora, a maioria das pessoas vai acreditar na falibilidade da dicotomia por mero 'argumento de autoridade'. Ou seja, vão dar crédito a você simplesmente porque, agora, Dworkin confirma o que você dissera. Tal como eu, você também não se livrou de Tomás de Aquino!" (CRUZ, obra ainda não publicada)

Entrelinhas à parte, o certo é que a tese de Dworkin, ao menos no tocante ao tema que estamos a discutir, se tornou imune às críticas desferidas pelo jurista mineiro. No entanto, em relação à Alexy, elas continuam a ecoar.

Aliás, Alexy entendeu que as extensões de conteúdo das regras encerrar-se-iam no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, visto que elas encerrariam mandamentos

---

[428] *"Por cláusulas de exceção podemos entender tanto a possibilidade de enumeração de hipóteses excepcionais para incidência das regras quanto as clássicas modalidades de afastamento da incidência de uma regra. No primeiro caso, estaria o exemplo da proibição dos discentes de deixar a sala de aula durante o período de magistério e a exceção em relação à eventual aviso de incêndio. De outro lado, além do* ***critério hierárquico*** *(pelo qual a regra hierarquicamente superior afasta a regra de condição inferior), que tecnicamente seria o único ligado à questão da validade, caso a entendamos, por conformidade com os ditames formais e materiais de norma superior, não seria irracional acrescentar outras soluções operadas no caso de antinomias de regras, quais sejam, pelo emprego ao recurso das chamadas cláusulas de exceção, os critérios* ***cronológico*** *(pelo qual a lei mais recente revoga/afasta a lei anterior), da* ***especialidade*** *(pelo qual a regra mais específica para o caso afasta a regra de caráter mais geral) e o da* ***territorialidade*** *(para a solução de colisões de normas jurídicas oriundas de ordenamentos jurídicos distintos)"* (CRUZ, 2007, p. 293-294).

definitivos, e não *prima facie*, como aconteceria com os princípios. Isso decorreria de sua diferença em relação ao modo gradual de aplicação dos princípios. O furo dessa parte da tese seria olvidar que não apenas as regras, mas também os princípios, como normas válidas *prima facie*, estabeleceriam obrigações definitivas[429]. A questão seria atentar, então, para a sua aplicabilidade ou não, no caso.

Por sua vez, ao advogar a possibilidade de desconsideração das especificidades do caso para a aplicação das regras, Günther também incorreria em uma recaída parcial de sua tese nos padrões do paradigma da *Filosofia da Consciência*. Isso foi demonstrado com certa veemência por Cruz:

> Günther afirma que as regras seriam fruto de uma argumentação excepcional no qual o aplicador poderia argumentar no sentido de desconsiderar as circunstâncias relevantes ao caso para simplesmente confirmar as reflexões prévias do legislador político em um caso de uma aplicação de uma 'justiça convencional'. Contudo, sua tese parece-nos tampouco convincente. Está claro que ele se esforça para não retornar a padrões positivistas quando insiste que devemos fundamentar nossa desconsideração das circunstâncias concretas, ou seja, se o fazemos é porque 'no fundo' não as estamos desconsiderando. Assim, o que devemos indagar é o que representa essa licença 'para levar em conta as circunstâncias mas, ao mesmo tempo, desconsiderá-las no caso concreto'?O que ele entende por um retorno consciente para os padrões da justiça convencional? [...] Simplesmente não conseguimos resposta para essa situação limite concebida por Günther sem que com isso tenhamos, agora sim, uma recaída nos padrões de uma filosofia da consciência. [...] ora, uma vez que alcançamos o patamar de uma justiça de padrões pós-convencionais por meio das conquistas do giro lingüístico, como é que poderíamos retornar a uma configuração convencional? De que modo o legislador poderia antecipar a forma de aplicação de uma norma sem que isso viole a hermenêutica como analítica existencial? Ora, se refletimos para afastar a consideração das circunstâncias específicas de um caso concreto, isso não implica dizer que as mesmas são irrelevantes e então de modo algum estaríamos nos afastando do princípio da aplicação imparcial de normas. Logo, sua tese não nos parece convincente para lograr demonstrar a cientificidade dessa distinção (CRUZ, 2007, p. 316-317).

Essas críticas tão veementes ao modo de aplicação das regras eram fruto de uma constatação proveniente de sua análise da teoria de Humberto Ávila. Antes de investigar essa teoria, no entanto, Cruz perpassou pela proposta de Ana Paula Barcellos, para quem, a identificação dos princípios demandaria a análise dos elementos apontados por *Alexy*, acrescidos de mais dois critérios adicionais: o da indeterminação de seus efeitos e o da multiplicidade de meios para atingi-los.

O problema dessa proposta, no tocante ao primeiro critério adicional, estaria em seu retorno ao tão criticado aspecto da generalidade. Já o segundo critério adicional olvidaria

[429] Essa questão já foi explicada quando abordamos a tese de Günther. Para mais detalhes, vide tópico 4.3.1.

tanto que a pluralidade de meios para alcançar um fim seria uma característica ínsita não apenas aos princípios, mas também às regras[430].

Por sua vez, sob a ótica de Cruz, a tese delineada por Ávila traria uma importante colaboração para o desenvolvimento da teoria dos princípios[431]. Ela lograria êxito parcial, sobretudo por desconstruir a tese segundo a qual as regras aplicar-se-iam com base no modelo subsuntivo do tudo ou nada. Partindo de casos levados a juízo, Ávila teria comprovado que a aplicação das regras também demandaria uma análise das especificidades fáticas e jurídicas, a qual, no entanto, estaria longe de ser meramente subsuntiva.

O primeiro desses casos englobava matéria de cunho penal, área do Direito comumente identificada como sendo de tipologia fechada. *In casu*, a despeito da existência da "regra" prevista no artigo 224 do Código Penal, segundo a qual a relação sexual praticada com menor de 14 anos caracterizaria o crime de estupro presumido, o Supremo teria levado em conta circunstâncias não previstas na norma – mas extremamente relevantes para que a resposta correta fosse atingida –, tais como a aquiescência da vítima (a) e sua aparência física e/ou mental de pessoa com idade superior ao limite do tipo (b), para afastar a sua incidência no caso, sem, no entanto, declarar sua invalidade (ÁVILA, 2008, p. 45).

No segundo caso, referente a uma suposta improbidade administrativa, o Supremo acabaria por absolver uma prefeita municipal que contratara um único gari, pelo período de nove meses, sem a realização prévia de concurso público, em desacato ao disposto no artigo 37, inciso II, da CR/88. Na ocasião, o Supremo entendeu que sua condenação feriria o princípio da razoabilidade, ante a ausência de comprovação de quaisquer prejuízos aos cofres públicos (ÁVILA, 2008, p. 45-46).

Já no terceiro caso, uma pequena empresa de sofás, inclusa no sistema de pagamento simplificado de tributos federais, teria efetuado uma importação que, nos termos da lei tributária específica acerca do tema, justificaria a sua exclusão do aludido programa[432]. Excluída do sistema de pagamento simplificado, a empresa teria recorrido da decisão. A

---

[430] *"Em nosso sentir, tal característica não logra distinguir as espécies normativas nem mesmo de forma parcial. Ora, quando se trata de direito à vida, decerto devemos incluir textos de cunho penal, tal como o que tipifica o homicídio, seja culposo ou doloso, por exemplo. Assim, todos e pelas mais variadas formas de abstenção (diligência no trânsito, cuidado na dispensação de remédios, vigilância para com as crianças, apenas a título de exemplificação) devem garantir o direito à vida, impedindo a prática de homicídios. Todavia, para os cultores de tal distinção, tal dispositivo não seria uma regra? Ora, mais uma vez o problema de não entender a hermenêutica de modo crítico, dentro do refinamento lingüístico-pragmático acaba acarretando esse tipo de distinção, a nosso ver desarrazoada"* (CRUZ, 2007, p. 299-300).

[431] Nesse sentido, vide (CRUZ, 2007, p. 301).

[432] Essa exclusão devia-se a legislação tributária nacional específica, segundo a qual o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicaria a proibição da importação de produtos estrangeiros. "*Se fosse feita importação, então a empresa seria excluída do programa de pagamento simplificado"* (ÁVILA, 2008: 46).

empresa de fato efetuara uma importação, contudo, uma única vez, e de quatro pés de sofás apenas, para um só sofá. O acórdão que modificou a decisão recorrida foi pautado no argumento de que, *in casu*, a aplicação da 'regra de exclusão' violaria o princípio da razoabilidade. A hipótese de incidência da regra acabou por se manifestar, mas a consequência jurídica previamente estabelecida não foi aplicada (AVILA, 2008, p. 46-47).

Em nenhum desses casos, no entanto, as aludidas regras acabariam por ser declaradas inválidas. Nas palavras de Ávila, que acabaram por receber o aval de Cruz:

> Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras 'possuem' um modo absoluto 'tudo ou nada' de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados (ÁVILA, 2008, p. 47).

Por certo, todas essas argumentações poderiam ser depuradas, isto é, melhor elaboradas para comprovar a *inadequação* da regra para a solução correta do caso levado a juízo, diante das especificidades circunstanciais. Mesmo assim, os exemplos acertavam em cheio o centro de gravidade das teorias de Dworkin[433] e Alexy em relação à aplicação das regras.

A despeito dessa imensa contribuição, o próprio Ávila acabaria por perseguir uma nova forma de distinguir as regras dos princípios. Com isso, ele próprio, aos olhos de Cruz, terminaria por recair nos problemas da cisão da ontologia hermenêutica e da violação do código binário do Direito (CRUZ, 2007, p. 304).

Não retomaremos, mais uma vez, a crítica de Cruz em relação à confusão entre princípios e valores, atrelada à crítica da perda do código binário (lícito/ilícito) do Direito. Quanto ao problema da cisão hermenêutica, a teoria de Ávila seria afetada por não conseguir se livrar dos problemas anteriormente descritos. Em outras palavras, nenhum dos critérios por ele estabelecidos conseguiria distinguir a contento as regras dos princípios.

Em primeiro lugar, o *critério da dissociação justificante*[434] (1) recairia no problema de considerar que os princípios seriam os alicerces do ordenamento jurídico, em uma clara confusão de normas jurídicas e valores. O *critério da dissociação abstrata e heurística*[435] (2), ao apostar em uma distinção entre as espécies normativas num "plano preliminar" de análise abstrata das normas, acabaria por retornar aos problemas inerentes aos critérios da

[433] Ao menos a tese que se popularizou no mundo todo e que, só em 2006, foi relativizada pelo norteamericano.
[434] Para detalhes acerca desse critério, vide (ÁVILA, 2008, p. 64-65).
[435] Para detalhes acerca desse critério, vide (ÁVILA, 2008, p.65-68).

generalidade, abstração e indeterminação tipológica. O *critério da dissociação em alternativas inclusivas*[436] (3) retomaria o problema consistente na cisão da operação hermenêutica. Nesse sentido, as regras operar-se-iam de modo silogístico, mecânico e formalista, ao passo que os princípios poderiam ser ponderados à luz das especificidades do caso concreto (CRUZ, 2007, p. 307).

Por sua vez, o *critério da natureza do comportamento prescrito*[437] (4) caminharia para uma distinção com base no modo de prescrição de comportamentos. Segundo ele, enquanto as regras estabeleceriam obrigações, permissões ou proibições por meio da discrição de uma conduta, os princípios limitar-se-iam a estabelecer um estado ideal de coisas a ser buscado. O problema desse critério, segundo Cruz, encontrar-se-ia na associação direta dos princípios aos valores, desconsiderando que também as regras possuiriam atrás de si, uma série de valores. Ademais, olvidaria que também os princípios estabeleceriam obrigações[438]. Já o *critério da natureza da justificação exigida*[439] (5) recairia em vários problemas, a se destacar o da suposição de que as regras possuiriam uma maior determinação em relação aos princípios. O último *critério*, a saber, *o da medida de contribuição para a decisão (6)*[440], sustentaria que os princípios não teriam a pretensão de gerar uma solução específica, mas tão-somente colaborar para a tomada de uma decisão, enquanto as regras teriam a aspiração de gerar uma decisão específica. Esse critério, além de reiterar a problemática concepção de que as regras possuiriam uma maior determinação em comparação com os princípios, ainda resvalaria perigosamente no paradigma clássico *"ao colocar os princípios apenas como uma razão que se coloca ao lado de outras para colaborar na aplicação do Direito"* (CRUZ, 2007, p. 310).

A essa altura, nosso autor já estava convencido de que nenhuma das teorias contemporâneas lograria êxito ao separar os princípios das regras. Nenhuma delas conseguiria sair ilesa das críticas pautadas na racionalidade pós-metafísica. No entanto, Cruz persistiu em sua exposição para, agora, investigar se a negativa da aludida dicotomia entre espécies normativas implicaria, necessariamente, em um retorno ao positivismo. Essa objeção fora levantada por Alexy e abraçada por Lênio Streck.

Streck consideraria a importância da dicotomia ao afirmar que jamais poderia haver colisão entre uma regra e um princípio e, ainda, que a prevalência de uma regra em face de um princípio significaria em um retorno ao positivismo. A fim de mensurar a racionalidade

---

[436] Para detalhes acerca desse critério, vide (ÁVILA, 2008, p.68-70).
[437] Para detalhes acerca desse critério, vide (ÁVILA, 2008, p. 71-73).
[438] Nas palavras de Cruz (2007: 309), contra esse critério caberia a seguinte indagação *"será que o princípio do duplo grau de jurisdição não estabelece em si uma obrigação"*. A resposta é um evidente e sonoro sim.
[439] Para detalhes acerca desse critério, vide (ÁVILA, 2008, p.73-76).
[440] Para detalhes acerca desse critério, vide (ÁVILA, 2008, p.76-78).

desse argumento, Cruz propôs um retorno à teoria dworkiana, a fim de reexaminar seus pressupostos de taxionomia das espécies normativas e, ainda, verificar se ela de fato daria aval à posição defendida pelo jurista gaucho. Mas, ao fazê-lo, acabou por constar mais uma vez o problema parcial da tese do norteamericano. Por isso, terminou por interpretar o 'modelo dos princípios' como um 'modelo hermenêutico', e não como uma forma de classificação de espécies normativas:

> A nosso ver, seria mais consentâneo reconhecer que todo o ordenamento jurídico contém tão somente normas *prima facie* vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso concreto para se tornarem uma norma jurídica definitiva. É assim, na forma de aplicação do Direito, que subjaz a distinção preconizada por Dworkin e acatada por Günther.
> [...]
> Assim, a escola hermenêutica [do Constitucionalismo brasileiro] não se dá conta de que não há que se sustentar uma 'essencial diferença' entre espécies normativas para que a interpretação se dê em bases pós-positivistas simplesmente porque são todas elas textos normativos. Claro que na aplicação do Direito, mais de um mandado *prima facie* será aplicado, mas isso não confere aos princípios uma condição especial, pois até onde compreendíamos Gadamer, não são os princípios que garantem o acontecer hermenêutico e sim a própria 'ek-sistência' do homem (CRUZ, 2007, p. 318-319/321).

Gostaríamos, no entanto, de fazer dois comentários em relação à assertiva acima reproduzida. Em primeiro lugar, reiteramos a diferença determinante entre normas válidas *prima facie* e ordens/obrigações/mandados *prima facie*[441]. Já deixamos isso claro na exposição da tese de Günther.

Se estivermos corretos, todas as normas estabelecem mandados/ordens/deveres definitivos(as). A condição de sua incidência no caso, isto é, de sua adequação para a solução da circunstância específica, não anula essa característica do dever. Se ela não for adequada, será preterida em prol da aplicação de outras normas. Mas então a ordem decorrente da norma – evidentemente extraída com/a partir de uma interpretação concretista[442], não deixará de ser definitiva, apenas não incidirá sobre o caso em análise.

---

[441] Em que pese essa ressalva, aprendemos com Hierro que "*el calificativo de* ***'prima facie'*** *se utiliza, al menos, em dos sentidos diferentes como he señalado en otra ocasión* [...]. ***Unas veces quiere decirse que no son derechos 'absolutos' porque pueden entrar en conflicto y, se bien se consideran como 'triunfos' a priori frente a otros valores o preferencias, ello no resuelve el problema cuando el conflicto es entre derechos humanos; en tal caso se requiere siempre una ponderación y un derecho (es decir, su satisfacción) puede tener que ceder total o parcialmente ante otro.*** (…) ***En este* sentido a *idea de derechos 'prima facie' se opone a la de derechos 'absolutos' en el sentido de no limitados. Otras veces quiere decirse que los derechos humanos requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos 'finales'. Estos compromisos son en todo caso necesarios para convertir los derechos morales abstractos en derechos constitucionales concretos bajo cuya forma 'final' los derechos normalmente 'complejos' de pretensiones, libertades, inmunidades y potestades.*** (…) ***En este sentido la idea de derechos 'prima facie' se opone a la de 'derechos finales'*** (HIERRO, 2009, p. 180-181 – nota 15).

[442] "*[...] a aplicação do Direito é um processo contínuo de construção da norma-caso que se dá com base na espiral hermenêutica tão bem delineada por Gadamer em* ***Verdade e Método***" (FERRAZ. 2009, p.70). Essa é

Isso, ao menos em nossa ótica, clareia a diferença existente entre uma aplicação deontológica do Direito, com suas necessárias análises reflexivas *in concreto*, e uma aplicação gradual de determinadas normas, como se elas de fato vinculassem obrigações meramente *prima facie* passíveis de otimização.

Ademais, gostaríamos apenas de ponderar o seguinte: talvez algumas normas 'com maior densidade normativa' precisem ser melhor justificadas, no plano dos discursos de fundamentação, a fim de evitar uma contradição direta entre seus sentidos. Duas normas que estabelecessem, respectivamente, que 'a importação implicaria a exclusão do sistema de pagamento simplificado de tributos federais' (a) e que 'a importação **não** implicaria a aludida exclusão', fatalmente, conteriam sentidos auto-excludentes, passíveis de serem anulados em discursos de fundamentação. Isso talvez nos levasse a insistir em uma distinção entre princípios e regras, não fosse o fato de essa realidade ser ínsita a todo e qualquer tipo de norma. Ademais, como bem esclarece Ávila, a formulação lingüística é apenas um artifício para a formulação das normas, não sendo, no entanto, suficiente para justificar uma distinção entre princípios e regras[443]. Mas, a despeito de sua notável contribuição, Ávila (2008, p. 40-43) acaba por cair na tentação de distinguir essas duas figuras normativas, o que, certamente, não faremos aqui.

Aderimos, assim, à posição originalmente defendida por Cruz. Tanto as regras quanto os princípios nada mais são que normas jurídicas válidas *prima facie*, cuja aplicação depende de uma análise das especificidades do caso, a qual não é meramente sintática e semântica, mas também pragmática. Toda a argumentação delineada busca fundamentar a decisão na tentativa de construção do sentido da norma adequada para a solução do caso. Essa é uma posição ainda contramajoritária e polêmica. Contudo, ao menos em nosso entendimento, é a única saída para a aplicação do Direito nos dias atuais.

---

uma questão que, inequivocamente, ganha em profundidade com a tese de Müller (2008). Trataremos do tema no próximo tópico.

[443] Por isso, entendemos que nem o critério de diferenciação levantado por Pereira é imune às críticas. Ao dizer que *"A diferença essencial é que as regras disciplinam a sua situação de aplicação e os princípios não* (PEREIRA, 2007, p. 179), ele olvida o ensinamento de Ávila no sentido de que *"qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir hipótese de incidência seguida de uma conseqüência"* (AVILA, 2008, p. 43).

4.5.2 O 'novo' paradigma do Direito: uma leitura a partir da Teoria Estruturante da norma jurídica de Friedrich Müller

4.5.2.1 Intróito: porque 'novo' paradigma?

Uma vez esclarecidos os ganhos provenientes dos ensinamentos de Cruz, passamos a analisar outros elementos capazes de contribuir para o refinamento de nossa concepção de *pós-positivismo*[444]. Referimo-nos a alguns elementos provenientes da metódica estruturante delineada por Friedrich Müller.

Inicialmente, é preciso dizer que Müller pretendia instaurar, a partir de sua teoria, um 'novo' paradigma[445] para a abordagem do Direito. Em sua ótica, o *modus operandi* da ciência jurídica deveria se tornar inteiramente indutivo, visto que seus conceitos não deveriam decorrer de deduções filosóficas, mas desenvolver-se de forma 'intrajurídica', isto é, a partir de problemas práticos próprios ao universo jurídico[446]. Sem se fechar para os influxos provenientes das ciências sociais – e da própria filosofia – sua abordagem pretendia partir dos problemas internos da prática jurídica a fim de evitar uma colonização externa da ciência do Direito pela filosofia[447].

Crítico tanto dos discursos positivistas[448], quanto dos discursos 'antipositivistas' desenvolvidos desde o final do século XIX – entre eles, os provenientes da Escola do Direito livre, do 'sociologismo', da análise econômica do Direito, da hermenêutica e da teoria do

---

[444] Há nove anos, Pereira tentou aprofundar a temática até então desenvolvida nas Minas Gerais acerca da aplicação do Direito. Sua proposta foi aproximar os contributos advindos de Gadamer, Dworkin, Günther e Habermas aos ganhos decorrentes da tese de Friedrich Müller. Essa proposta foi reeditada sem alterações em 2007, data da publicação da segunda edição da obra *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. O que pretendemos neste tópico é aprofundar a proposta de Pereira, chamando a atenção, contudo, para os pontos de distanciamento entre a tese de Müller e a concepção de *pós-positivismo* que estamos a defender.

[445] Müller trabalha com o conceito aristoteliano de paradigma, que assume o sentido de modelo.

[446] *"Esse novo paradigma é indutivo, à medida que desenvolve os seus esquemas conceituais e forma intrajurídica: partindo dos problemas do próprio universo jurídico, sem 'dedução' filosófica ou 'transferência' de cima e sem colonização por visões de mundo advindas de fora. Ele é indutivo por trabalhar de* ***baixo para cima****: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social. A partir daí ele desenvolve, em contato com essa realidade, gradualmente, esquemas conceituais teóricos. [...] Ele é, por fim, indutivo com vistas à questão da interdisciplinaridade: o seu conceito composto de norma inclui o trabalho das* ***ciências sociais*** *no trabalho jurídico. Ele concebe a atividade dos juristas como atividade social, [sendo] portanto refletido* ***em termos de teoria da ação****; e com vistas ao seu enfoque lingüístico ele abrange, por fim, decididamente a* ***dimensão pragmática****"* (MÜLLER, 2009b, p. 12). Para mais detalhes, vide ainda (CHRISTENSEN, 2009, p. 237).

[447] Para críticas a essa concepção, vide tópico 4.5.2.5.

[448] Sobretudo em suas vertentes clássicas, mas também da concepção que ele designou como 'normologismo' kelseniano. Para mais detalhes, vide (MÜLLER, 2009, p. 23 *et. seq.*) e (MÜLLER, 2009b, p. 115-121). Sobre as mais diversas vertentes de positivismo jurídico, vide o capítulo terceiro deste trabalho.

discurso neofrankfurtiana[449] – nosso autor intentou superar em sua abordagem dualismos que chamou de irrealistas, tais como 'ser/dever ser', 'norma/caso', 'direito/realidade' (MÜLLER, 2009b, p. 10-11).

Foi com base nesses pressupostos que ele apresentou ao mundo a sua Teoria Estruturante do Direito. Passemos à análise dessa tese.

4.5.2.2 Teoria Estruturante do Direito: estrutura normativa estática, processo de concretização dinâmico

Produzida na década de 60 e também chamada de metódica estruturante, a Teoria Estruturante do Direito renovou o conceito de norma tanto em sua faceta estática, quanto dinâmica. Em sua faceta estática, Müller concebeu as normas como o somatório de dois elementos estruturantes, o *programa* e o *âmbito normativo*. Em sua faceta dinâmica, concebeu-as como produto de um processo de concretização, distinguindo-as, assim, do simples texto normativo[*450*].

Começando pela faceta estática, nosso autor esclareceu que o programa normativo seria a '*expressão literal do texto*'[451], isto é, *"o conjunto de domínios lingüísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico"*. Esse elemento seria o ponto de partida e referência para a interpretação concretista (PEREIRA, 2007, p. 166).

Por sua vez, o âmbito normativo seria o elemento fático co-constitutivo da norma. Referido de forma incompleta no programa normativo, o âmbito normativo seria algo mais que a simples somatória de fatos[452]. Sua configuração demandaria uma análise sintático-semântica, além de um exame pragmático do texto normativo. Referido no programa normativo, esse conjunto de domínios da realidade afluiria concretamente no âmbito normativo, cujo exame daria azo aos sentidos concretos dos domínios lingüísticos previstos pelo programa normativo. Nesse sentido, a realidade englobaria o âmbito normativo, a saber, o setor daquilo que, além de possível, "*constitui não apenas o âmbito de sentido e de*

---

[449] Por tudo o que já dissemos, entendemos ser injusta a crítica de Müller a Habermas. A tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito, descrita pelo frankfurtiano, não se refere à usual concepção que enxerga um abismo ou uma contradição entre fato e norma (NEVES, 2008a, p:110). Para mais detalhes, vide tópico 2.1.4.1.

[450] Em Neves (2007, p. 83-86), o autor adere expressamente à formulação proposta por Müller.

[451] *"O programa normativo é elaborado por meio de todas as determinantes da concretização das leis, reconhecidas como legítimas, como tratamento do texto da norma desde as já mencionadas interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática, até as figuras interpretativas específicas das grandes áreas do direito penal, civil, da história do direito e do direito comparado"* (MÜLLER, 2009b, p. 227).

[452] *"Ele não é uma mera soma de fatos, mas um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou co-formados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real"* (MÜLLER, 2009, p. 249)

aplicação próprios da disposição, mas cuja estrutura básica é co-formadora da normatividade materialmente determinada da disposição" (MÜLLER, 2009, p. 198/215).

Esses dois elementos formariam uma elipse[453], o 'ponto cartesiano' central de duas partes idênticas que, acopladas, dariam ensejo à *norma jurídica*. A faceta dinâmica da metódica estruturante manifestar-se-ia exatamente no complexo processo de concretização da *norma jurídica* e de aferição de sua *normatividade*, o qual pressuporia uma diferença fundamental entre *texto* e *norma*.

Aos olhos de nosso autor, nesse processo de concretização, o jurista não partiria da norma pronta e acabada, passível de aplicação no caso concreto, mas apenas do "*texto da norma criado pelo legislador, bem como* [das] *circunstâncias factuais do caso"*. A norma jurídica seria, assim, o produto da hermenêutica concretista do texto, à luz das circunstâncias fáticas relevantes do caso. Com isso, ela só chegaria a ser produzida pelo aplicador do Direito[454] (CHRISTENSEN, 2009, p. 243).

Essa distinção entre texto e norma impediria que a interpretação se limitasse à análise filológica – etimológica, gramatical, sistemática – do texto. A despeito de vigente, o texto legislativo não seria dotado de normatividade. Esta seria uma propriedade dinâmica da norma, e, portanto, produto da concretização:

> [...] cabe vigência a textos de normas promulgados pelo legislador e publicados nos códigos legais, isto é, eles vinculam o trabalhador jurídico como **input** e parâmetro de atribuição. Em oposição à vigência, a **normatividade** é a regulamentação vinculante da vida social, não podendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador jurídico como sujeito do processo de concretização. 'Normatividade' é a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada) (CHRISTENSEN, 2009, p.240).

---

[453] *"O caráter da ligação elíptica do programa normativo e âmbito normativo, caráter esse que é sistemático e formador de sistema no sentido amplo, significa, de acordo com esses pressupostos, não um sistema no sentido dedutivo da axiomática prática ou da hierarquia que enfatiza valores,* ***mas sim a conexão, necessária e fundamentada na visão estruturante da norma jurídica, entre normatividade materialmente determinada e realidade fundamentada pela norma****"* (MÜLLER, 2009, p. 264 – grifo nosso).

[454] *"Partindo dos elementos dessas circunstâncias de fato, o juiz seleciona, recorrendo auxiliarmente à sua pré-compreensão treinada, hipóteses sobre o texto da norma em meio ao conjunto dos textos de normas publicadas nos códigos legais. Essa hipótese já aponta aqui a um determinado recorte da realidade social ao âmbito material: ao conjunto de todos os dados empíricos dos quais se pode supor que estejam em conexão com a norma. Mas só depois de um processamento abrangente de todos os dados de linguagem do texto da norma o jurista pode selecionar com ajuda do programa da norma o conjunto parcial de nexos empíricos, aos quais cabe um significado normativo e que constituem destarte o âmbito da norma. Somente com isso terá sido produzida, como resultado intermediário, a norma jurídica geral composta pelo programa e pelo âmbito da norma. Somente agora a premissa maior de uma subsunção estará definida e poderá iniciar o processo descrito exclusivamente pelo positivismo legal; i.e., a norma jurídica é individualizada em norma de decisão"* (CHRISTENSEN, 2009, p. 242-243).

Com isso o texto se tornava apenas o *ponto de partida e de referência* da concretização, que não prescindiria da análise contextualizada desses sentidos, isto é, da análise do âmbito normativo, para se materializar. Tal como na *Teoria dos Jogos* de Wittgenstein[455], os sentidos das palavras descritas no programa normativo (texto) só vislumbrar-se-iam à luz das circunstâncias fáticas de aplicação (âmbito da norma).

A *concretização* consistiria exatamente na construção da norma jurídica no caso concreto, uma vez que ela inexistiria *ante casum.* A norma consistiria, assim, na formulação geral da decisão jurídica, ao passo que a formulação individual – a saber, o teor da decisão – seria a *norma da decisão* (MÜLLER, 2009, p.305); (PEREIRA, 2007, p. 166).

Segundo nosso autor, a combinação entre as facetas estática e dinâmica da norma é que conduziria à relação entre estrutura normativa e normatividade. Isso daria ensejo ao pós-positivismo de sua tese: em primeiro lugar, a norma não estaria já pronta e acabada no texto normativo codificado, isto é, no produto da legislação, resultando, antes, do trabalho concretizante dos aplicadores do Direito; em segundo lugar, a norma não seria somente 'dever-ser', mas um fenômeno composto de linguagem – "*textos normativos amplamente concretizados* = ***programa da norma***" – e fatos – "***filtrados*** *pelas diretrizes do programa da norma*" (MÜLLER, 2009b, p.286).

De tudo isso, é interessante notar que a metódica estruturante instigaria os aplicadores do Direito, a partir do texto, bem como do contexto de aplicação, construir a norma adequada para a solução do litígio. A busca pelo âmbito da norma não se daria à margem do texto, nem se limitaria à sua literalidade. Tampouco decorreria de uma ponderação nos moldes desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional Federal alemão[456], ou na forma delineada por Robert Alexy. Isso significa que além de recusar a aproximação entre Direitos Fundamentais e valores, Müller refutaria as nefastas consequências de uma conexão absoluta entre as teorias externa, do suporte fático amplo e do conteúdo essencial relativo. Por isso, sua metódica estruturante procurava ser uma alternativa à ponderação de bens[457]:

---

[455] Ainda que tente negar a procedência desta 'dedução filosófica', o próprio Müller (2009b, p.222-223) dela se utiliza para exemplificar sua tese. Voltaremos a essa questão no tópico 4.5.2.5.

[456] Nesse sentido, vide (MÜLLER, 2009, p. 183).

[457] "[...] *do ponto de vista metódico, a idéia de ponderação de bens é questionável em vários aspectos* [...]. *A falta de esforço com a qual se procede, principalmente na mencionada jurisprudência* [do Tribunal Constitucional Federal], *de acordo com um modelo lingüístico de 'ponderação' adverte que se tenha grande reserva. A ponderação de diferentes pontos de vista da concretização da norma não pode substituir o esforço de interpretação.* [...] *Enquanto a ponderação de bens, em seu resultado, contribuir para contornar distinções estruturais em vez de finalmente conciliá-las e de atualizá-las no que diz respeito ao caso particular, ela não estará, com esse procedimento, servindo nem à metódica jurídica nem à clareza da concretização da norma, exigida pelo Estado de Direito*" (MÜLLER, 2009, p. 279-284)

> [...] nas atuais sociedades pluralistas, os ‘valores’ são extremamente controvertidos. Também por isso os direitos fundamentais e humanos não são meros ‘valores’, mas normas. Por trás deles encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas a partir do momento que uma Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como ‘valores’, paradoxalmente os desvaloriza (MÜLLER, 2009, p. 303-304).

A Teoria Estruturante partiria do pressuposto de que a legislação seria o suporte para a concretização. Na legislação questionar-se-iam quais os elementos estruturais da realidade fática o legislador deveria apreender normativamente, e quais deles ele deveria reconhecer ou alterar. Por isso a busca pela configuração do âmbito da norma, isto é, a concretização, não passaria ao largo do programa normativo, produto da legislação. O programa normativo, exatamente por constituir-se como ponto de referência inicial da interpretação, delimitaria, ainda que parcialmente, os sentidos possíveis do âmbito da norma (MÜLLER, 2009, p. 250-251).

Para a elaboração da norma jurídica, isto é, para sua construção baseada no caso e nos textos normativos, o jurista necessitaria dos dados linguísticos assim como dos dados reais. O resultado da interpretação de todos os dados lingüísticos representaria um resultado intermediário e provisório, denominado programa normativo. Aqui, analisar-se-iam os sentidos sintático-semânticos decorrentes do texto, como pontos de partida para a compreensão. Num segundo momento, o jurista precisaria delimitar o âmbito normativo, o que dependeria da submissão dos fatos a um duplo exame com base no programa normativo. Nesse momento, a análise pragmática do texto afluiria com toda força. Duas seriam as perguntas a ser respondidas nessa fase: *“primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado?”* e segundo, *“são compatíveis com o conteúdo do programa normativo?”*. Se essas perguntas fossem respondidas afirmativamente, os fatos poderiam ser justificadamente incorporados na decisão. Com isso, nosso autor não estava a renovar o processo de subsunção, uma vez que os sentidos das palavras descritas no programa normativo (texto) só poderiam ser vislumbrados ‘definitivamente’ à luz das circunstâncias fáticas de aplicação (âmbito da norma). Dessa somatória, proveniente da hermenêutica concretista, é que afluiria a norma jurídica.

4.5.2.3 Concepção estruturante dos Direitos Fundamentais, a alternativa à ponderação de bens e a sociedade fechada de intérpretes

No contexto que permeava o debate acerca dos Direitos Fundamentais na Alemanha entre as décadas de 60 e 70, Müller apresentou ao mundo sua concepção estruturante acerca do tema. Com os olhos voltados inicialmente para a Constituição de Bonn, ele concebeu os Direitos Fundamentais como *"normas em sentido amplo"*, isto é, concretizáveis a partir da análise do programa e do âmbito normativos[458]. Segundo nosso autor, esses Direitos deveriam ser entendidos como elementos normativos, não como valores. Por razões de ordem histórica, eles[459] configurariam ordens racionalmente coesas e, sob o ponto de vista do conteúdo, interrelacionadas. Seus respectivos âmbitos de garantia comportariam tanto uma face subjetiva, quanto teores normativos extra-individuais, objetivos e decisivamente co-determinantes para o todo do ordenamento jurídico, isto é, uma face objetiva (MÜLLER, 2009, p. 271/292/303-304).

A despeito de entendê-los como *"forças que* [assegurariam] *os âmbitos pessoais da vida social ou ordenamentos parciais da vida social"*, Müller defendeu que, ao menos na Constituição Federal Alemã, esses Direitos englobariam apenas as liberdades clássicas[460]. Ele até vislumbrou uma interpretação mais ampliada desse rol – à luz da concepção do Estado Social – segundo a qual *"os direitos fundamentais* [ofereceriam] ***sempre*** *e* ***principalmente*** *direitos a prestações estatais"*. Mas em sua ótica, essa interpretação desnaturaria as garantias decorrentes dos Direitos Fundamentais *"de maneira inaceitável do ponto de vista da metodologia própria do Estado de Direito"*. Assim, sua concepção final caminhou no sentido de que haveria *direitos prestacionais* apenas quando eles resultassem claramente da Constituição (MÜLLER, 2009, p. 275/304 –).

À luz dessa concepção deontológica e estruturante, nosso autor criticou a lógica interpretativa disseminada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Nesse sentido, ressaltou que, ao invés de ponderar valores supostamente em conflito, a argumentação relativa à aplicação dos Direitos Fundamentais deveria circunscrever-se à configuração dos respectivos âmbitos normativos, tendo em vista o ponto de partida referenciado pelos

---

[458] *"Tais Direitos ele [Müller] os compreende como normas positivas, que não se acham já 'contidas' no texto da lei, ou mais determinadamente no texto constitucional, porquanto o texto da norma significa tão somente o prelúdio da norma jurídica, ou, empregando todo o rigor metodológico, constitui apenas o ponto de partida do processo de concretização que o jurista, ou, mais precisamente, o juiz, vai levar a cabo"* (BONAVIDES, 2007, p. 611).

[459] Sua referência nesse ponto é expressa aos Direitos Fundamentais positivados na Constituição Federal de Bonn (MÜLLER, 2009, p. 292).

[460] A despeito disso, ele mesmo ressaltou que esse sistema não seria fechado (MÜLLER, 2009, p. 297).

programas normativos. Nesse ponto, sua metódica estruturante assumia-se como uma *"**teoria da argumentação no domínio do direito e da ciência**"* (MÜLLER, 2009b, p. 281 – grifo nosso):

> A análise - que ainda deve ser mais detida – do valor material intrínseco de âmbitos normativos dos direitos fundamentais contrapõe-se à sua ponderação verbal, à possibilidade de deixar um dos interesses jurídicos concorrentes ficar de fora, de levá-lo, no caso particular, fundamentalmente ao total desaparecimento, e de certo modo já se contrapõe à tese de que se pode constatar de um modo racionalmente passível de fundamentação um valor material de teores normativos específicos maior do que outros teores normativos da Constituição.
> A concretização materializada por meio da análise dos âmbitos normativos levará, **em muitos casos em que metaforicamente tem sido pressuposta uma colisão,** à conclusão de que o caso jurídico não seria um caso de âmbito normativo, sob o aspecto estrutural; e de que a norma (cuja normatividade é co-formada pelo teor material do âmbito normativo) não seria, com isso, 'aplicável' e, portanto, também não implicaria de modo algum uma colisão relevante do ponto de vista jurídico (MÜLLER, 2009, p. 286 – grifo nosso).

A busca pela configuração dos âmbitos normativos dos Direitos Fundamentais supostamente em conflito desvelaria, pois, que conflito real não haveria. Uma argumentação assim direcionada deveria buscar *harmonizar* esses Direitos não a partir de uma ponderação de valores, **mas mediante um exame dos âmbitos normativos das aludidas normas**. Se, *in casu,* a configuração de um âmbito impossibilitasse a configuração de outros, então a conclusão deveria caminhar no sentido de que, nessa situação, o Direito Fundamental 'deixado de lado' em verdade nem sequer existiria. Isso indica a adesão de Müller à teoria interna e à doutrina do suporte fático restrito.

Nesse contexto, o importante papel do direito infraconstitucional na concretização de Direitos Fundamentais não seria menosprezado. Sob a ótica de Müller, sua incidência variaria de acordo com o programa e o âmbito normativo dos Direitos Fundamentais, bem como com o grau de possibilidade de sua concretização. Em outras palavras, a relação entre as normas de direito infraconstitucional e as normas de Direitos Fundamentais mostrar-se-ia com tanto mais intensidade, quanto mais os programas e âmbitos normativos desses últimos fizessem menção àquelas normas.

Em todo caso, nosso autor ainda concentrou a tarefa decisória nas mãos de "*juristas profissionalizados como especialistas em ciências jurídicas e sociais*", a englobar os juízes e outros práticos, habilitados pela ordem jurídica, para decidir casos concretos. Com isso, ele passou muito ao largo de uma sociedade aberta de intérpretes do Direito[461], o que ficava ainda

[461] Tese de autoria de Peter Häberle (1997, p. 15), para quem "*todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do*

mais claro no tocante às questões constitucionais. Adepto da concentração dessas matérias nas mãos de Tribunais exclusivamente Constitucionais, sua abordagem nesse aspecto em muito se aproximou da concepção kelseniana – para ficar no exemplo mais emblemático – de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição (MÜLLER, 2009b, p. 230/286/290)[462].

4.5.2.4 A Teoria Estruturante no Brasil: o caso dos Direitos sociais

A Teoria Estruturante é aplicável Brasil. Quem diz isso é o próprio Friedrich Müller[463].

Em entrevista concedida a Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Gilberto Bercovici, publicada sob o título de *A Teoria Estruturante do Direito e o Brasil*, nosso autor respondeu a uma pergunta direcionada exatamente nesse sentido, deixando claramente expressa a pretensão de universalidade de sua tese:

> **Entrevistadores**: A teoria estruturante do direito foi elaborada a partir da teoria jurídica alemã e da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. A sua divulgação no Brasil, com uma cultura jurídica e uma construção jurisprudencial distintas das alemãs, não correria o risco de transformar a teoria estruturante em mais uma 'idéia fora do lugar', ou seja, uma teoria que não tem relação nenhuma com a realidade sociocultural do país?
> **Friedrich Müller:** Como eu já disse, a 'teoria jurídica alemã' não jogou um papel notável na elaboração da TED; muito mais importante foi minha análise da jurisprudência, da prática do Tribunal Constitucional alemão e de outros tribunais e cortes (por exemplo, o Superior Tribunal de justiça alemão, o Supremo Tribunal Administrativo, as cortes constitucionais dos Estados-membros etc.).
> Portanto, **eu não partilho da apreensão que se exprime em sua questão: por um lado, a teoria da estrutura da norma jurídica enquanto parte integrante da TED exige que se valorize adequadamente 'a realidade sociocultural do país', enquanto esta realidade é tocada pelo direito, em todos os processos de decisões práticas, isto é, no trabalho do direito cotidiano. Isto é verdadeiro para a Alemanha como igualmente para o Brasil. A TED criou noções operacionais, instrumentos analíticos e metodológicos que podem servir independentemente de cada Estado-nação, sua cultura social e sua cultura jurídica particulares.**
> [...] **A TED não se prende nem na Alemanha, nem por seu efeito sobre o Brasil 'fora do lugar', nem representa em seu país uma 'idéia fora de lugar'. O lugar**

---

processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição".

[462] Por isso, até entendemos a concepção defendida por Pereira em 2001, e reeditada em 2007, no sentido de que o fazer hermenêutico não poderia se restringir às instâncias oficiais, representando, antes, *"um assunto que diz respeito a todos"* (PEREIRA, 2007, p. 171). O jurista mineiro faz essa alegação com base na tese de Häberle. No entanto, trata da questão no mesmo tópico em que apresenta a tese concretista de Müller. Em nossa ótica, talvez valesse a pena ressaltar essa peculiaridade da posição de Müller. Mesmo assim, como veremos, nossa posição em muito se aproxima da proposta de Pereira, porquanto adere apenas parcialmente às ideias defendidas por Müller.

[463] *"**O Brasil, um país de dimensões continentais, deveria ser**, enquanto 'portentoso laboratório do futuro', **para uma tal teoria do direito** (que de resto foi aceita tanto pela Corte Constitucional Federal quanto pela corte constitucional espanhola com uma série de concepções parciais nas suas respectivas jurisprudências) **um terreno fértil: um campo de atuação para o caminho rumo a um novo paradigma que finalmente mereça esse nome**"* (MÜLLER, 2009, p. 13).

> **ao qual ela pertence é precisamente esta forma de Estado Democrático de Direito fundado nos direitos fundamentais das pessoas. Para um país como o Brasil, que vem lutando sempre contra alguns demônios do passado e para a realização do Estado Democrático de Direito, uma tal *transferência de teoria* parece, no entanto, muito judiciosa e útil – sobretudo porque se trata, no caso da TED, de uma teoria da práxis que não somente tem as bases na teoria da ação, mas também tem os fundamentos necessários de ordem ética** (MÜLLER, 2009b, p. 314-315 – grifo nosso).

É verdadeiramente questionável, diante de tudo o que estudamos no segundo capítulo, que a teoria jurídica alemã não tenha desempenhado um papel determinante para a elaboração da Teoria Estruturante do Direito. Com suporte em Heidegger e Gadamer, podemos dizer que ela jamais poderia ter sido descartada por Müller – por constituir-lhe a própria pré-compreensão sem a qual jamais teria iniciado qualquer tipo de trabalho investigativo na área do Direito. Até para negá-la ele precisava conhecê-la.

A despeito disso, não podemos desconsiderar o raciocínio universalista de nosso autor no tocante à hermenêutica concretista. Ela, inequivocamente, oferece elementos que contribuem para o refinamento da argumentação voltada para a aplicação dos Direitos Fundamentais. Por esse motivo, podemos sustentar que a Teoria Estruturante de Müller contribua, ainda que parcialmente, para a depuração da argumentação atinente à concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil, inclusive no que tange aos direitos sociais.

Ainda que não concordemos com seu critério formal de justificação – *"há direito à prestação quando aquele resulta claramente da Constituição"* – é inequívoco que Müller vislumbre a fundamentalidade desses Direitos no Brasil, sobretudo em virtude dos sentidos extraíveis do programa normativo da Constituição da Republica de 1988[464] (MÜLLER, 2009, p. 304).

4.5.2.5 Algumas objeções necessárias

A metódica estruturante possui uma série de problemas à luz de nossa concepção de pós-positivismo.

---

[464] Entendemos que a tese de Müller não coaduna com uma leitura formalista, tal qual aquela propugnada pela concepção formal-positivista, para usar a classificação de Sampaio. Adeptos dessa concepção, autores como Magano [...], e C. Silva [...], para ficar em dois exemplos trazidos por Sampaio, defendem *"a possibilidade de redução e mesmo retirada dos direitos sociais do texto constitucional, pois sua fundamentalidade seria de segundo nível ou meramente formal-procedimental, consistente nos requisitos agravados para mudança ou extinção, não, todavia, material ou de intocabilidade do conteúdo; em suma, pétria não seria sua existência, para empregar a metáfora corrente"*. Essa posição está fundada na pré-compreensão de que, ao instituir o bloqueio ao poder de emenda, o constituinte teria levado em conta apenas os 'direitos e garantias individuais', passando ao largo de toda a gama de 'direitos e garantias coletivas', 'direitos sociais', 'direitos de nacionalidade' e 'direitos políticos'. Para mais detalhes, vide (SAMPAIO, 2004, p. 265).

Em primeiro lugar, ao defender uma postura eminentemente indutiva da ciência jurídica, nosso autor sobrevalorizou um único método de trabalho, além de subestimar os ganhos de racionalidade que a Filosofia, sobretudo em decorrência da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, poderia oferecer aos pressupostos de sua teoria.

Não pretendemos retomar aqui toda a discussão atinente à renovação das condições de possibilidade e validade do conhecimento, decorrente da aludida reviravolta. Antes, nossa intenção é ressaltar que, se a Filosofia pode eventualmente colonizar a ciência, também a ciência pode colonizar-se a si mesma, a partir de dentro, na medida em que se apegue *a apenas um método de trabalho*.

Decerto, qualquer método já é 'em si' um elemento que nos afasta da verdade. Ele já está, desde sempre, condicionado às nossas prévias compreensões de mundo. Ainda que o conhecimento humano se paute em pressupostos metodológicos, ao menos no tocante à busca pela validade de nossas pré-compreensões, jamais poderemos abrir mão de uma bagagem linguística que nos é trazida pela própria cultura. Essa é condição de possibilidade para a compreensão do que quer que seja. Por isso, nosso conhecimento não pode se limitar a uma abordagem meramente indutiva:

> [...] qualquer argumento é aplicável ao conhecimento humano. Mas, aprendemos também que, dada nossa condição humana, todos esses argumentos, sejam a dedução, a indução, positiva ou negativa, a isegoria, a dialética, hegeliana ou gadameriana, o utilitarismo, a lógica formal aristoteliana, ou qualquer outro, seguramente tem limites e estes precisam ficar o mais claro possível para o cientista, social ou não. **Não é possível fetichizar qualquer forma de argumentação, teoria, marco teórico, eis que a condição antropológica de ser humano é a da permanente aprendizagem.**
> Sabemos dos problemas que a indução traduz, mas não deixamos ou deixaremos de trabalhar com exemplos para fortalecer uma dada tese. Fomos alertados por Hans Albert dos limites da dedução, mas não vamos por isso abandonar a lógica formal como se a mesma fosse inútil. Sabemos com Popper e os analíticos que a dialética não pode ser tratada em um plano meramente intuicionista, sob pena de fazê-la perder todo o seu valor. E, sabemos mais, que nem ela, nem qualquer outra forma de argumento, será capaz de fazer com que o conhecimento deixe de ser falível e provisório (CRUZ, 2009, p. 222 – grifo nosso).

Em nossa concepção, assim como os ganhos advindos do paradigma da Filosofia da Linguagem podem contribuir para a racionalização das ciências, estas também estão capacitadas a contribuir para a racionalização da Filosofia. É por isso que, com Habermas, visualizamos a possibilidade de complementaridade entre Filosofia e Ciência.

Nossa concepção de pós-positivismo vai além da simples separação entre texto e norma. Percebemos que a racionalidade do Direito está atrelada à possibilidade de resgate discursivo das pretensões de validade. Isso vale para os discursos de fundamentação das

normas, ou textos normativos como quer Müller, assim como para os argumentos que são delineados no momento da aplicação do Direito, na busca pela concretização da norma. Nesses particulares, o recurso à Filosofia nos oferece elementos de muita valia.

O próprio Müller não deixa de fazer menção à *Teoria dos Jogos* do segundo Wittgenstein, bem como aos ganhos decorrentes da *Hermenêutica Filosófica* gadameriana, a fim de explicar a racionalidade de sua proposta. No entanto, ele insiste que essas contribuições não poderiam colaborar para o aperfeiçoamento da abordagem jurídica[465]. Em nossa ótica, é evidente que elas poderiam, sobretudo por demonstrarem, e isso para além da ciência, a imprescindibilidade de uma hermenêutica concretista, pragmática, contextual, bem como o equívoco de uma racionalidade pautada em métodos clássicos de interpretação, apenas para ficar em dois exemplos.

Se a argumentação assume uma figura central na ciência jurídica, isso em muito se deve às contribuições dos autores que retratamos no segundo capítulo. Se a abordagem juspositivista, em suas mais variadas concepções, algumas delas reproduzidas no terceiro capítulo, dá sinais de falência, isso em muito se deve aos ganhos de racionalidade advindos do paradigma da Filosofia da Linguagem. É por isso que, em nossa ótica, ao se fechar para essas contribuições, a ciência acaba por colonizar-se a si mesma, sobretudo por retroceder em relação às atuais exigências de racionalidade intersubjetiva e interdisciplinar.

Sinais dessa colonização interna podem ser vislumbrados na **excessiva crença** de Müller na serventia dos métodos clássicos de interpretação. Ele até alega que essa serventia é relativa e limitada, mas acaba caindo na tentação de hierarquizar os aludidos cânones (MÜLLER, 2009, p. 83-85/90-91/210-211/247):

---

[465] *"A tese de que os fatos poderiam ter uma forma lógica é rejeitada por Wittgenstein nessa fase do seu pensamento. No* ***Tractatus*** *a palavra é considerada como nome; nas* ***Investigações filosóficas*** *ela é vista como momento de um modo concreto de uso. A função da linguagem já não é mais a de retratar o mundo. Um 'jogo de linguagem' é, muito pelo contrário, uma* ***situação lingüística****, dentro da qual se pode afirmar que aqui – mas precisamente só aqui' o significado das palavras é a coisa, à qual elas se referem'. Não se pode falar em um significado em si da palavra individual; só se pode dizer como a referida palavra é utilizada no âmbito de um determinado jogo de linguagem. Via de regra, o significado de uma palavra é seu uso na linguagem. Aqui é de importância decisiva a descoberta de que os jogos de linguagem expressam a forma de vida dos falantes: 'Conceber uma língua significa imaginar uma forma de vida'. Trata-se de um ponto de vista que não queremos usar como etiqueta, na intenção de, v.g.,'explorar a fecundidade de Wittgenstein para a ciência jurídica'. O contrário é o caso: as reflexões apresentadas até o momento, que não se originaram num esquema epistemológico abstrato, mas procuraram partir do efetivo modo de produzir efeitos, próprio do ordenamento jurídico, nos sugeriram que palavras e expressões como 'prédio', 'residência', 'espaço fechado' , invadir, no exemplo inicial extraído do direito penal, 'aptidão' (para o serviço público) no exemplo extraído do direito público, ou 'grave violação de obrigação matrimonial' no caso do direito de família não são palavras e expressões que têm, tomadas por si, 'em si', um sentido, um 'conteúdo', um 'significado', que deveriam agora ser 'extraídos' pela metódica jurídica por via da interpretação[...]"* (MÜLLER, 2009b, p. 223).

> Nessa medida, a regra de proporção de Savigny relativa aos elementos gramaticais, lógicos, históricos e sistemáticos da interpretação depara-se sempre com o problema da prática: eles não constituem diferentes tipos de interpretação, **mas sim fatores parciais distintos, ainda que interligados entre si, da operação interpretativa e dos questionamentos, dos quais 'ora um, ora outro são mais importantes e se sobressaem de forma mais visível', 'de modo que direcionar continuamente a atenção a todos esses lados é imprescindível'** (MÜLLER, 2009, p. 211).

Na atualidade, se a clareza é um ideal científico, esta deve ser buscada na argumentação, não em métodos *a priori*. Por outro lado, a serventia dos métodos clássicos de interpretação é mais que relativa. Eles apenas nos apresentam perspectivas que, sem dúvida, ampliam nossas pré-compreensões acerca dos sentidos possíveis do texto da norma. **Mas eles não podem ser hierarquizados como queria Müller**.

Como se não bastasse, e esse é mais um dos motivos pelos quais a ciência pode colonizar-se a si mesma, Müller ainda se vê aferrado ao conceito de validade positivista. Ao dizer que os textos normativos vigentes sejam dotados de validade, ele desconsidera a impossibilidade – pós-positivista – de cisão entre a *validade* e a *legitimidade*, isto é, entre a *validade* e a *justiça/correção* dos argumentos que justificam os textos normativos. Isso significa que ele acaba por igualar a validade à faticidade decorrente da impositividade dos textos. Também nesse aspecto, ao menos à luz de nossa concepção de pós-positivismo, sua teoria é problemática.

Finalmente, ao privilegiar uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição, Müller se aproxima em demasiado da concepção kelseniana. Nesse sentido, sua metódica estruturante está demasiadamente centrada nos argumentos construídos pela pessoa do aplicador técnico e instituído do Direito. No entanto, se ela pretende ser uma teoria da argumentação, não pode olvidar que também os cidadãos são participantes ativos do processo hermenêutico.

Por tudo isso, somos da opinião de que, se a tese de Müller traz algum ganho no tocante à aplicação do Direito, e pensamos sinceramente que o faça, esses se limitam à concepção estruturante pós-positivista da norma e à dinâmica do processo concretista.

4.5.3 O custo dos Direitos: é legítimo desconsiderar esse tema na aplicação do Direito?

Delineadas as contribuições de Cruz para a argumentação de adequação, bem como os avanços e problemas da Teoria Estruturante de Müller no que tange à hermenêutica concretista, resta-nos, respeitada a ordem anteriormente determinada, investigar se, e como, a

abordagem acerca do *custo dos Direitos* pode ser tratada no âmbito dos discursos jurisdicionais de aplicação.

Antes de discutirmos essa questão, contudo, é conveniente ressalvar o seguinte: pretendemos considerar o custo dos Direitos sem, com isso, colonizar o sistema jurídico pelo sistema econômico; almejamos manter o traçado deontológico dos Direitos Fundamentais sem, no entanto, continuar a apostar no *mito* de Direitos absolutos; além disso, intentamos investigar mais uma vez a hipótese de concorrência entre Direitos, sem apostar em análises de *custo e benefício*, nem olvidar a distinção – que particularmente consideramos muito importante – entre discursos de fundamentação e aplicação[466]. Por isso, seguimos de perto os ensinamentos de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999), Neves (2008a) e Cruz (2007; 2008b), na tentativa de construir uma *terceira via* para o tratamento do tema.

Começaremos pela abordagem de Holmes e Sunstein e, em seguida, procuraremos complementá-la e adequá-la aos pressupostos de nosso trabalho. Nesse ponto, faremos incursões em Neves (2008a) e Cruz (2007; 2008b), sem, no entanto, desconsiderar os desencontros dessas duas vertentes.

Pois bem; como nos explicam Holmes e Sunstein, é verdadeiramente impossível defender o caráter cogente e deontológico dos *Direitos Humanos Fundamentais*[467] sem fazer menção ao *custo orçamentário* para sua imposição e salvaguarda. Todos os Direitos possuem *custos*, o que significa que eles não podem ser protegidos ou cumpridos sem fundos e suporte financeiro-orçamentário. Em *The Cost of Rigths: Why Liberty Depends on Taxes*, nossos autores demonstraram que essa era uma realidade ínsita não apenas aos *welfare rights*, mas também as liberdades[468] sob a proteção do *Bill of Rigths*.

---

[466] Ao conceituar os princípios como *mandamentos de otimização*, Alexy (2009: 123) intentou reproduzir, no âmbito do Direito, critérios próprios à racionalidade funcional econômica. O problema é que a abordagem alexyana olvidou a importante distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, além de transformar obrigações válidas *prima facie* em obrigações apenas *prima facie*, uma distinção sutil que acabou dando ensejo a um trato gradual dos Direitos. Foi isso que deu ensejo à análise de *custos e vantagens no sopesamento dos Direitos conflitantes*, que pressupunha obrigações apenas *prima facie.* Em nossa abordagem, pretendemos incorporar a questão do custo dos Direitos ao debate relativo à sua fundamentação e aplicação, sem, com isso, recair naquilo que enxergamos como problemas da tese alexyana.

[467] Seguindo a tradição jurídica norteamericana, nossos autores preferem designar os Direitos Fundamentais como *Constitutional Rights*. Muitas vezes, essa conceituação engloba apenas as *liberties* salvaguardadas pela *Bill of Rights*. Em todo caso, Holmes e Sunstein (1999, p. 35 et. seq.; p. 219) são muito claros ao ressaltar a impropriedade de distinção entre *liberties* e *welfare rights* a partir do critério 'dependência de ações governamentais dispendiosas em termos orçamentários'. Para eles, todos os Direitos possuem custos e demandam uma ação para sua imposição e salvaguarda. No momento, essa é a característica que nos interessa acerca dos *Constitutional Rights*. No próximo capítulo, voltaremos nossos olhos com maior profundidade para os Direitos Sociais. Lá, retomaremos a abordagem de Holmes e Sunstein, a fim de perquirir a concepção de ambos acerca do tema.

[468] Tradução à palavra *liberties.* São elas, Direitos individuais e políticos.

Fundados em inúmeros argumentos, atestados por demonstrações empíricas de gastos orçamentários[469], despendidos pelo governo norteamericano para a salvaguarda de direitos como propriedade privada, liberdade de expressão, voto, vedação da tortura, acesso à jurisdição e apelação judicial, entre outros, nossos autores derrubaram a 'crença cultural' de que certos direitos fossem, por natureza, negativos[470] – como supunham, irrefletidamente, tanto a doutrina quanto a Suprema Corte dos Estados Unidos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35 *et. seq.*):

> Sem um governo efetivo, os cidadãos americanos não seriam capazes de aproveitar suas propriedades privadas do modo como aproveitam. Na realidade, eles aproveitariam pouco ou nada dos seus direitos individuais constitucionalmente garantidos. A liberdade pessoal, como os Americanos a valorizam e vivenciam, pressupõe uma cooperação social administrada pelos líderes do governo. O reino privado que certamente valorizamos, é sustentado, na verdade criado, pela ação pública. Nem mesmo ao cidadão mais autossuficiente é pedido que cuide individualmente de seu bem estar material, sem qualquer suporte dos seus colegas cidadãos ou das autoridades públicas (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 14-15 - tradução nossa)[471].

A abordagem de Holmes e Sunstein transcendeu os discursos jurisdicionais de aplicação, sobretudo por voltar os olhos para os custos orçamentários de uma forma ampliada, como condições sem as quais os Direitos nem sequer poderiam ser exercíveis diariamente[472].

---

[469] Holmes e Sunstein ressaltaram que, em 1995, o governo gastou cerca de 2.9 milhões de dólares apenas para a contenção de um incêndio em propriedades privadas localizadas em Westhampton/Nova York. Outros valores que nos chamaram a atenção foram aqueles relatados e despendidos para a manutenção do Tribunal do Júri, estimados em 13 mil dólares por pessoa, isso em 1989. Também nos surpreendemos com os valores pagos, apenas pela cidade de Nova York, em indenizações judiciais. Em 1987 os gastos teriam sido de 120 milhões de dólares, subindo para 282 milhões em 1996 (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 25). No final do livro, há uma tabela de custos despendidos para a garantia de uma série de Direitos nos Estados Unidos. Para mais detalhes, vide (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 234-236).

[470] Nas palavras de Holmes e Sunstein (1999: 29), *"The public costs of non-welfare rights show, among other things, that 'private wealth', as we Know it, exists only because of governmental institutes. Those who attack all welfare programs on principle should be encouraged to contemplate the obvious – namely, that the definition, assignment, interpretation, and protection of property rights is a government service that is delivered to those who currently own property, while being funded out of general revenues extracted from the public at large"*. Tradução nossa: Os custos públicos dos direitos individuais mostram, dentre outras coisas, que a riqueza privada, como nós a conhecemos, existe apenas por causa das instituições governamentais. Aqueles que, por princípio, atacam todos os programas de bem-estar, deveriam ser encorajados a contemplar o óbvio, a saber, que a definição, designação, interpretação e proteção dos direitos de propriedade são um serviço do governo, mesmo sendo financiado pela renda geral extraída do público como um todo, que é entregue àqueles que são titulares de propriedade.

[471] Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in way they do. Indeed, they would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights. Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we righty prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen is asked to look after his or her material welfare autonomously, without any support from fellow citizens or public officials

[472] *"This book does not focus exclusively on the budgetary costs of rights that are enforceable in courts of law, therefore, but also on the budgetary costs of making those rights exercisable or useful in daily life"*. Além disso, a despeito de passar ao largo de questões de cunho mais filosófico – como a distinção entre Direitos e

Em todo caso, os Direitos foram entendidos como 'interesses importantes que podiam ser seriamente protegidos por indivíduos ou grupos através do uso dos instrumentos de governo'[473]. Isso significava um rompimento com a tese de que Direitos fossem trunfos contra o governo. Mas não indicava um retorno ao conceito de Direito propagado pela Jurisprudência dos Interesses. No sexto capítulo da segunda parte da obra[474], intitulado *How Rights Differ From Interests*, nossos autores esclareceram melhor esse conceito, além delinear considerações imprescindíveis para a compreensão da discussão norteamericana atinente à aplicação dos Direitos constitucionais e legais (HOLMES, SUNSTEIN, 1999, p. 99 *et. seq*.).

Em síntese, eles esclareceram que a atenção ao custo dos Direitos não implicaria a perda do sentido da distinção *liberal* entre Direitos e interesses. Disseram que dentro da cultura jurídica norteamericana, esses Direitos seriam interesses de uma 'natureza' especial[475], exatamente por reportarem a questões consideradas especialmente importantes no interior da sociedade. Nesse sentido, aduziram que no discurso atinente a esses Direitos, alguns argumentos não seriam apenas insuficientemente de peso, mas totalmente inadimissíveis. Isso significa que quando Direitos constitucionais ou legais estivessem em jogo, determinados argumentos não podiam nem sequer ser trazidos à baila na discussão. Sob a ótica de Holmes e Sunstein, o regime norteamericano de Direitos seria 'absolutista' exatamente nesse sentido: ele eliminaria determinadas razões *incondicionalmente* enquanto proibiria ações e inações apenas *condicionalmente*[476].

O interessante é que essa tese esfacelava a visão dworkiana segundo a qual os *Political Rights* seriam *trumps against the government*, isto é, coringas contra o Estado, sem, no entanto, romper com a lógica deôntica própria ao sistema jurídico. Segundo nossos autores, a

---

valores, por exemplo – a obra não deixou de mencioná-las e, muitas vezes, discuti-las (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p.20).

473 *"[...] rights Will be degined as important interests that can be reliably protected by individuals or groups using the instrumentalities of government"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 16).

474 A segunda parte da obra é intitulada *Why Rights cannot be Absolutes.*

475 Essa conceituação não é de todo desprovida de problemas. A despeito disso, ela não desconsidera a posição especial dos Direitos.

476 *"Within American legal culture, rights are interests of a special kind. Attention to the cost of rights does not render meaningless the fundamental liberal distinction between interests and rights. 'Rights talk' is essential because it raises the threshold of justification for interfering with interest deemed especially important. When rights are at issue, some arguments are not merely insufficiently weighty but altogether inadmissible. This is true in private law as well as constitutional law.(…)America's rights regime is 'absolutist' in this sense: it rules out certain reasons unconditionally while proscribing actions and inactions only conditionally"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 104-106) Tradução nossa: Dentro da cultura legal americana, os direitos são interesses de um tipo especial. A atenção ao custo dos direitos não torna a distinção liberal fundamental entre os interesses e os direitos insignificante. 'O discurso sobre os direitos' é essencial porque ele faz surgir o limiar da justificação por interferir no interesse considerado especialmente importante. Quando os direitos estão em questão, alguns argumentos não são meramente insuficientemente fortes, mas totalmente inadimissíveis. Isto é verdade no direito privado como também o é no direito constitucional. [...] O regime americano dos direitos é 'absolutista' neste sentido: ele elimina determinadas razões incondicionalmente, enquanto proíbe ações e inações apenas condicionalmente.

despeito de a visão dworkiana ser perfeitamente correta para a explicação de situações de 'conflito' entre Direitos, ela negligenciaria a dependência orçamentária desses Direitos: "*it neglects the idea that rights cannot be absolute because their enforcement depends on the timely delivery of limited public money to the agents charged with enforcing them*"[477] (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 101).

Tão enganosa quanto a tese dos Direitos absolutos seria a *metáfora do balanceamento*:

> Mas a metáfora do 'balanceamento' é tão enganosa quanto a vaga noção de que os direitos são absolutos. Se todas as declarações rivais devem ser sopesadas umas contra as outras, então as declarações de Direitos não são essencialmente diferentes das declarações de interesses. Mas isto é uma simplificação, porque quando um Direito está em jogo, o governo não pode justificar a não imposição e salvaguarda simplesmente declarando que alguns interesses discerníveis estão localizados do outro lado. [...] **Para o âmbito em que determinadas justificações são inadmissíveis, o direito de fato trabalha, por propósitos restritos, de forma absolutista**. Mas porque outras tantas justificações persuasivas continuam admissíveis, direitos nunca são qualificadas como descompromissados quando o violador dos direitos pretendidos surge com fundamentos legítimos e suficientemente pesados para negligenciá-los. A escassez de recursos é uma razão legítima, porém lamentável, para falha em proteger os direitos. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 107-108 – grifo e tradução nossos)[478].

Segundo Holmes e Sunstein, a diferença entre Direitos e interesses encontrar-se-ia justamente na condição especial dos primeiros, que não poderiam ser preteridos mediante qualquer tipo de alegação/argumentação. Para afastar a aplicação de um Direito, o aplicador teria que justificar sua conduta com base em razões igualmente fortes e, em vista da situação concreta, passíveis de demonstrar a adequação de outra norma em detrimento daquela definidora do Direito constitucional ou legal supostamente 'em vias de violação'. Se, contudo, as especificidades do caso apontassem para a necessária garantia do Direito, este sempre deveria ser salvaguardado – o que significa dizer que operaria de forma 'absolutista'. No entanto, essa salvaguarda dependia de suporte financeiro-orçamentário.

Convém questionar, nesse ponto, se isso indicaria uma adesão de nossos autores ao conceito alexyano dos Direitos Fundamentais. Eis uma questão difícil, cuja resposta – ao

---

[477] Tradução nossa: [...] ela negligencia a ideia de que os direitos não podem ser absolutos porque a sua obrigatoriedade depende da devida entrega de dinheiro público limitado aos agentes responsáveis por salvaguardá-los.

[478] But the 'balancing' metaphor is just as misleading as the vague notion that rights are absolutes. **If all rival claims must be weighed against one another, then claims of rights are not essentially different from claims of interest. But this metaphor is a simplification, for when a right is in play, government cannot justify non-enforcement simply by claiming that some discernible interests lie on the other side.** (…) **To the extent that certain justifications are inadmissible, the right does indeed work, for restricted purposes, in absolutist fashion.** But because more persuasive justifications always remain admissible, rights never qualify as uncompromisable when the would-be rights violator comes up with legitimate and sufficiently weighty grounds for neglecting them. **Scarcity of resources is a legitimate, however regrettable, reason for failure to protect rights.**

menos em nossa ótica – parece ser negativa. Em primeiro lugar, Holmes e Sunstein parecem recusar a necessária vinculação, pressuposta por Alexy, entre o conceito de Direitos Fundamentais e a máxima da proporcionalidade. A alegação de que o balanceamento seria uma *metáfora* enganosa já indicaria a correção de nossa argumentação. Em segundo lugar, Holmes e Sunstein supõem que os Direitos, em certa medida, trabalhariam de forma absoluta. Isso contraria a própria noção segundo a qual, como *mandados de otimização*, esses Direitos pudessem ser satisfeitos em graus variados. Em terceiro lugar, são também contrários às teorias do suporte fático amplo e do conteúdo essencial relativo desses Direitos:

> Um Direito é um poder e qualquer poder pode ser mau empregado. [...] Mas quais princípios nos ajudam a separar o discurso protegido constitucionalmente daquele não protegido constitucionalmente? Os advogados constitucionais tem sido extraordinariamente criativos ao elaborar tais princípios. Mas nos Estados Unidos sempre que o Direito à liberdade de expressão é amplamente compreendido como trazendo conseqüências socialmente inaceitáveis (incluindo os custos sociais indesejáveis de injúria e outros atos ilícitos de discurso citados acima), este direito é reduzido sem muita dificuldade. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 108-109 – tradução nossa)[479]

Em nossa concepção, essa argumentação comporta a interpretação de que suporte fático amplo não haveria, nem conteúdo essencial relativo. A liberdade de expressão não englobaria o Direito de caluniar, injuriar ou difamar outras pessoas, porquanto esses seriam atos previamente considerados ilícitos, isto é, excluídos do âmbito normativo do Direito de expressão. Por todos esses motivos, somos da opinião de que a concepção de Holmes e Sunstein acerca dos Direitos constitucionais e legais em muito se distanciaria da visão alexyana[480] sobre o tema.

Voltando especificamente à abordagem de nossos autores, podemos então concluir que Direitos 'não brotam do nada'. Holmes e Sunstein nos incitam a refletir sobre questões ainda não suficientemente respondidas, a saber: a) quem deveria decidir como alocar recursos escassos para a proteção de direitos? b) quem deveriam ser os titulares dos direitos garantidos por esses recursos escassos? c) quais seriam os princípios comumente invocados para guiar essas alocações? d) esses princípios poderiam ser defendidos à luz de uma interpretação

---

[479] A right is a power, and any power can be misused. (…) But what principles help us separate constitutionally protected speech from constitutionally unprotected speech? Constitutional lawyers have been extraordinarily creative in elaborating such principles. **But in the United States, whenever the right to free speech is widely perceived to have socially unacceptable consequences (including the undesirable social costs of perjury and the other illicit speech acts listed above)**, **this right is abridged without much embarrassment.**

[480] Mesmo assim, cabe aqui a ressalva de que, até onde estudamos, Holmes e Sunstein não se manifestaram expressamente sobre a tese alexyana.

coerente e holística do Direito? No entanto, eles mesmos não nos oferecem respostas profundas para essas perguntas (HOLMES; SUNSTEIN,1999, p. 31).

Poderíamos certamente acrescer a essas perguntas a seguinte indagação: e) tendo em vista sua dependência financeiro-orçamentária, até que ponto seria possível sustentar que um Direito estabeleceria uma obrigação absoluta? Essa indagação, que já abre margens para a discussão da reserva do possível no âmbito dos discursos relativos a Direitos Fundamentais, só é inovadora na medida em que se apresenta também em relação a Direitos que, classicamente ao menos, eram concebidos como independentes de uma ação estatal e, além disso, completamente desprovidos de custos.

Em vista de todas essas considerações, somos da opinião de que não é legítimo desconsiderar a questão do custo dos Direitos nos discursos jurisdicionais de aplicação. Mas essa discussão não pode passar ao largo de argumentos filtrados mediante discursos de fundamentação, sob pena de a jurisdição transmudar-se em política. Aqui entram as contribuições de Neves (2008a) e Cruz (2008b) acerca do modo de operação do sistema jurídico no interior do Estado Democrático de Direito[481].

Na obra *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, Neves apresentou ao mundo uma tese que ousou, entre outras coisas, enfrentar as divergências entre as concepções 'sistêmica luhmanniana' e 'crítico-delibarativa habermasiana' acerca do Estado Democrático de Direito. Sua intenção não foi procurar *"um denominador comum ou simplesmente proceder uma crítica ao suposto unilateralismo de ambos os modelos"*, mas explorar as divergências e complementaridades dessas duas concepções, na tentativa de apresentar uma *terceira via* que possibilitasse *"uma melhor compreensão do Estado Democrático de Direito na modernidade"* (NEVES, 2008a, p. XVII).

A riqueza da tese de Neves já podia ser vislumbrada pelo título de sua obra. A metafórica 'relação entre Têmis e Leviatã'[482] delineava exatamente o problema, ínsito ao

[481] Como já dissemos anteriormente, o Estado Democrático de Direito comporta inúmeras concepções. As concepções de Neves e Cruz acerca desse paradigma são, em certa medida, conflitantes. Enquanto o primeiro promove uma releitura das teorias sistêmica e discursiva para, em seguida, reconstruir-lhes os elementos a fim de delinear uma terceira via acerca do tema, Cruz em muito se aproxima da posição defendida por Habermas. A despeito de distintas, no entanto, as aludidas concepções podem nortear nossa posição acerca do trato do custo dos Direitos no interior de discursos jurisdicionais de aplicação. É o que pretendemos explicar a partir de agora.

[482] *"Na tradição ocidental, Leviatã apresenta-se como símbolo do poder expansivo do Estado. Têmis, antes de tudo, representa a justiça abstrata. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se precisamente por ser uma tentativa de construir uma relação sólida e fecunda entre Têmis e Leviatã – portanto, de superar a contradição tradicional entre justiça divina e poder terreno (um paradoxo!); uma tentativa no sentido de que a justiça deveria perder sua dimensão transcendente e o poder não mais ser considerado mera facticidade: o Estado Democrático de Direito como invenção da modernidade"* (NEVES, 2008a, p. XVIII-XIX).

Estado Democrático de Direito, *"de como conciliar poder eficiente com direito legitimador"* (NEVES, 2008a, p. XVIII):

> Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna (NEVES, 2008a, p. XIX).

Sob a ótica de nosso autor, o Estado Democrático de Direito pressuporia um *acoplamento estrutural* entre o Direito e a política – a saber, a Constituição –, além de uma esfera pública[483] que fosse capaz de servir como caixa de ressonância do *dissenso* manifesto no interior do mundo da vida[484] (NEVES, 2008, p. 123 *et. seq.*). Como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, a Constituição ofereceria os procedimentos consensualmente aceitos, capazes de filtrar e absorver os influxos do ambiente – o amplo *dissenso conteudístico* acerca dos *valores, expectativas e interesses*[485] – a fim de transformá-los em normas vigentes e decisões vinculantes.

Como *arena do dissenso*, a esfera pública faria justamente a intermediação entre o consenso procedimental advindo da Constituição e as inúmeras pretensões que almejariam generalização na forma do Direito e da política. Também integrariam a esfera pública aquelas exigências que, emergentes dos diferentes subsistemas da sociedade, perdiam o seu sentido

---

[483] Nas palavras de Neves (2008: 132), a esfera pública é *"arena do dissenso"*.

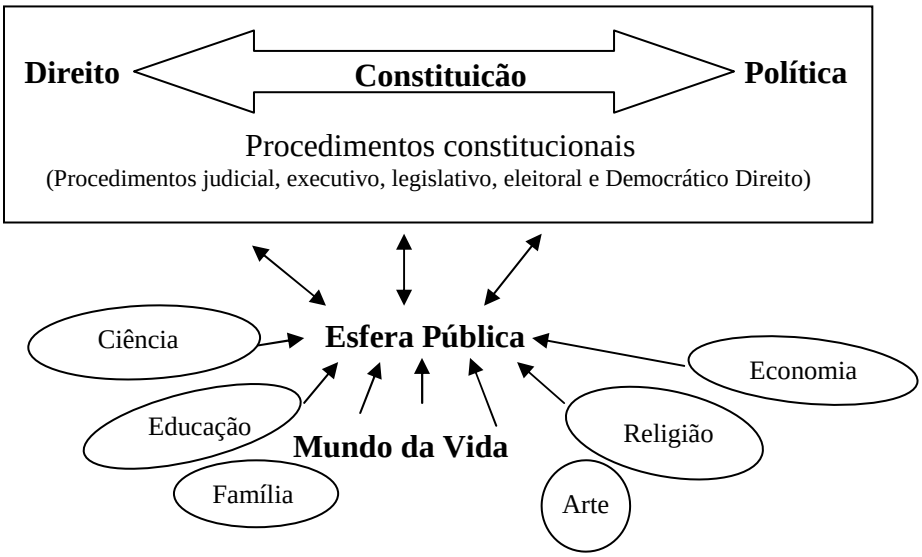
[484] Sob a ótica de Neves, *"Habermas sobrecarrega, com sua pretensão consensualista, o mundo da vida enquanto horizonte dos agentes comunicativos ou da construção da intersubjetividade. A 'racionalidade discursiva do mundo da vida', relacionada à sua diferenciação do 'sistema', seria o elemento identificador da modernidadade*" (NEVES, 2008, p. 125). Exatamente por isso, o brasileiro é da opinião de que "*embora a contribuição habermasiana sobre o mundo da vida e a ação comunicativa não seja imprestável no que concerne à consideração das esferas de comunicação não estruturadas sistemicamente*, [seria] *imprescindível a sua releitura à luz da teoria dos sistemas"* (NEVES, 2008a, p. 125). À luz de sua concepção, *"o mundo da vida pode ser considerado a esfera social em que a comunicação é reproduzida através da linguagem natural cotidiana, não de acordo com uma linguagem sistêmica especializada. Ele não se subordina a códigos de preferência entre um 'sim' e um 'não' sistemicamente delimitados ('lícito/ilícito', 'poder/não poder', 'ter/não ter' etc.). A preferência entre 'sim' e 'não' é difusa e imprecisa. Evidentemente, o mundo da vida está em constante interferência com os diversos sistemas funcionais, uma vez que a comunicação é comum a todas as esferas sociais. Pode-se afirmar que os sistemas emergem quando uma linguagem especial diferencia-se da linguagem comum da sociedade. Nesse sentido, o mundo da vida é base da construção sistêmica"* (NEVES, 2008a, p. 125-126). Além de possibilitar formação de consensos conteudísticos, aos olhos de Neves cada vez mais raros, o mundo da vida ainda possibilitaria a manifestação do dissenso. Por isso, em sua ótica, "na sociedade moderna, o mundo da vida [apresentar-se-ia] **como espaço de reprodução do dissenso intersubjetivo**" (NEVES, 2008a, p. 128 – grifo nosso).

[485] Neves define "*valores como preferências individuais ou coletivas com relação ao (bom?) modo de viver (valores preferência)* [...] *ou como as evidências (formas indiscutíveis de agir e de viven*ciar*) que são constitutivas da formação da identidade de indivíduos e grupos (valores-identidade)"*. Por sua vez, concebe os interesses *"como as formas em que as relações entre meios e fins manifestam-se no comportamento e nas comunicações de indivíduos e grupos"*. Já as expectativas normativas ele conceitua *"como as expectativas contrafáticas de comportamento e, por seu turno, expectativas de comportamento como os padrões comportamentais projetados no plano do vivenciar de indivíduos e grupos"* (NEVES, 2008a, p. 134 – nota 16).

sistêmico específico e pretendiam ser generalizadas jurídica e politicamente através dos procedimentos constitucionais (NEVES, 2008a, p. 132 -133). Daí Neves sustentar que:

> A esfera pública como arena do dissenso apresenta-se, em princípio, inteiramente desestruturada. Ela só se torna, em certa medida, estruturada quando há perspectivas de que as expectativas, os valores, os interesses e os discursos que lhe são constitutivos sejam generalizadas pelos procedimentos constitucionais. Estes estruturam a esfera pública mediante a canalização de suas exigências dissensuais.[...] **Este é o desafio fundamental do Estado Democrático de Direito em face da esfera pública**, isto é, **a estruturação dela através da canalização e intermediação procedimental (universalista e pluralista) dos enormes conflitos que a caracterizam,** conflitos de expectativas, valores, interesses e discursos (NEVES, 2008a, p. 135 – grifo nosso).

Nosso autor exemplificou esse complexo processo de estruturação da esfera pública com a seguinte representação esquemática[486]:



O que o esquema e as explicações acima transcritos deixam transparecer, particularmente no que se refere à análise do custo dos Direitos, é que como elemento proveniente do sistema econômico, ele só não provocaria uma des-diferenciação entre o sistema econômico e o jurídico na medida em que fosse traduzido para o código do Direito – o código-diferença 'lícito-ilícito'. Isso aconteceria, por exemplo, na medida em que o Direito incorporasse ao seu código disposições referentes à arrecadação e afetação de receitas direcionadas para a implementação e garantia direta de Direitos Fundamentais[487].

[486] A representação esquemática encontra-se em (NEVES, 2008a, p. 133).

[487] No caso brasileiro, existem previsões expressas nesse sentido. Só para ficar em alguns exemplos, existem receitas destinadas pela Constituição para serem gastas com a área de: a) Saúde (Art. 198, § 2º e 3º c/c ADCT art. 77) – 15% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Municípios; 12% da receita de todos os impostos arrecadados pelos Estados; percentual a ser estabelecido por Lei Complementar (ainda em discussão)

Ocorre que, por concordarmos com a concepção habermasiana sobre a esfera pública e o mundo da vida, jamais poderíamos anuir acriticamente à tese delineada por Neves, sem, com isso, cair em um sincretismo teórico[488]. Ainda assim, não há como discordar de Neves em três aspectos importantíssimos: verdadeiramente, o *mundo da vida* engloba todos os sistemas sociais funcionais, os quais nem sempre agem como colonizadores desse pano de fundo intersubjetivo, linguisticamente mediado; de fato, a Constituição pode servir como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico; por sua vez, também parece ser verdade que o *mundo da vida* comporta além do "*risco permanente do dissenso"* – como já dizia Habermas (2003, p.40) – *"a manifestação do desentendimento"* – que, na visão de Neves, difere do primeiro por não vislumbrar o dissenso como um risco, mas como um produto mesmo da relação interpessoal humana[489] (NEVES, 2008a, p. 127).

Neste trabalho e, particularmente no presente tópico, interessam-nos mais de perto as duas primeiras assertivas. A primeira transcende a concepção habermasiana segundo a qual o Direito poderia cumprir a função de dobradiça entre *mundo da vida* e sistemas sociais funcionais (como a economia e o poder administrativo). Ela nos permite enxergar os sistemas sociais funcionais sob outra perspectiva, não apenas como simples colonizadores do *mundo da vida*. A segunda enfatiza uma conexão que, ao menos em nosso sentir, não seria problemática aos olhos de Habermas[490]. A única ressalva ficaria por conta de sua concepção de que, como sistemas empíricos de ação, o Direito e a política seriam integrados por pessoas. Eis o ponto de conexão que buscávamos com a tese delineada por Cruz (2007; 2008b).

---

para a União; b) Educação (Art. 212) – 25% da receita de todos os impostos arrecadados por cada Estado, Distrito Federal e Município brasileiro; 18% da receita de todos os impostos da União; 100% da Contribuição para o Salário Educação; c) Erradicação da Pobreza (ADCT arts. 80 e 82) – 0,5% do ISS municipal cobrado sobre serviços supérfluos; 2% do ICMS estadual sobre produtos supérfluos; 5% do IPI federal sobre produtos supérfluos e todo o produto arrecadado com o Imposto sobre Grandes Fortunas (até hoje não regulamentado); d) Fundo de amparo ao Trabalhador – FAT (Art. 239, §1º e 3º) – 60% da arrecadação das contribuições para o PIS/PASEP; e) Seguridade social (Art. 195) – 100% da Cofins, da CSLL (contribuição social sobre o lucro líquido) e das Contribuições previdenciárias; f) Meio Ambiente (Art. 177, §4º) – 100% da CIDE (contribuição de intervenção sobre o Domínio Econômico) (SCAFF, 2010, p. 27-28).

[488] Igualmente, por concordarmos com a *condição de validade* decorrente dos ensinamentos da segunda geração da Escola de Frankfurt – o *consenso discursivamente alcançado* – bem como com o falibilismo habermasiano, somos levados a questionar se o simples recurso aos procedimentos constitucionalmente estabelecidos poderia garantir a *legitimidade* da transformação do conteúdo dissensual em normas jurídicas vigentes e decisões políticas vinculantes. A resposta a esse questionamento parece apontar na direção negativa. Ao menos à luz da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, o simples recurso aos procedimentos constitucionais não seria suficiente para garantir essa legitimidade (validade normativa).

[489] Não discutiremos essa questão neste trabalho, sobretudo pela sua elevada complexidade. Isso em muito nos afastaria de nossos objetivos centrais.

[490] Certamente, ao sustentar a existência de uma relação interna entre o Direito e a política, Habermas pretendia ressaltar a relação de co-originalidade entre Direitos Humanos Fundamentais e soberania popular, não o acoplamento estrutural, nos moldes traçados por Neves, entre o sistema jurídico e o político. No entanto, não há mesmo uma contradição entre as duas teses nesse particular.

Sinteticamente, convém dizer que Cruz apegou-se à *teoria sistêmica* para aduzir que o Direito seria um sistema empírico de ação que se relacionaria com outros sistemas no interior do *mundo da vida.* Fiel à vertente delineada por Günther Teubner, ele sustentou que esses sistemas provocariam irritações no Direito, as quais deveriam ser reconstruídas como conflitos de expectativas jurídicas e processadas através de normas, processos e doutrinas intrinsecamente jurídicas. Caso essa reconstrução não ocorresse, os influxos provenientes desses sistemas acabariam por colonizar o Direito, uma vez que pretendessem pautar diretamente operações concretizadas no interior do sistema jurídico (CRUZ, 2007, p. 368-370; 2008b, p. 119-121).

Consciente da rejeição parcial de Habermas à teoria sistêmica – particularmente no que dizia respeito à exclusão das pessoas do interior dos sistemas sociais (a) e da existência apenas de linguagens específicas no interior dos mesmos (b) – Cruz anuiu à visão (habermasiana) de que os sistemas não seriam autopoieticamente fechados, *"eis que abertos permanentemente para a linguagem comum proveniente do mundo da vida"*. Aos seus olhos:

> Isso permite, por exemplo, que, de um lado, o Direito possa ainda garantir sua linguagem própria de lidar com as expectativas de comportamento, respondendo a todas com um sim ou com um não e, de outro lado, incorpore aos processos institucionalizados de formação da vontade e opinião contribuições oriundas dos contextos informais de comunicação encontrados nesse mundo da vida (CRUZ, 2007, p. 369; 2008b, p. 120).

Assentado nesses pressupostos, Cruz sustentou que o Direito deveria fornecer decisões dentro do 'possível', lidando ainda com o risco permanente de arbitrariedade e ilegitimidade. Uma vez que assimilasse influxos do sistema econômico, por exemplo, o Direito passaria a legitimar ações sociais que, ao lidar com a escassez de recursos[491], poderiam seguir uma direção claramente anti-econômica, isto é, contrária à lógica da eficiência, lucro e produtividade.

Como exemplo dessa situação, poderíamos destacar o fornecimento de serviços universais e gratuitos pelo Sistema Único de Saúde – criado constitucionalmente e regulamentado por leis, entre elas as de nº 8.080/90, 8.142/90, 9.677/98, 9695/98, para ficar em alguns exemplos, além de portarias e resoluções editadas pelo Ministério da Saúde, pela ANVISA e pela ANS. Nesses casos, ao se deparar com limites orçamentários, por exemplo, os aplicadores do Direito precisariam estar cientes de que, no trato do Direito, lidariam com

[491] Que em muito transcende a simples escassez orçamentária: *"A escassez liga-se a noções de mão de obra qualificada, de tecnologia, de recursos naturais, de energia, de matéria prima, de leitos de hospital, vagas para ensino, desde o infantil até o universitário, de órgãos para transplantes, fertilidade dos solos etc."* (CRUZ, 2007, p. 370; 2008b, p. 121)

obrigações – não com preferências. No entanto, precisariam se 'dar conta' de que essas obrigações dependeriam da existência de recursos – não apenas orçamentários – para sua salvaguarda. Eis uma realidade ínsita *a todos* os Direitos Fundamentais.

Em nossa ótica, só assim a lógica econômica da escassez – neste tópico limitada à reserva orçamentário-financeira – poderia ser incorporada aos discursos de fundamentação e aplicação do Direito. Nos discursos de fundamentação haveria uma liberdade muito maior para a aferição dos montantes destinados à salvaguarda dos Direitos. Argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, desfiados no interior desses discursos, poderiam abrir-se às contingências diretas provenientes do sistema econômico, sem, no entanto, deixar-se colonizar por sua lógica interna. Se esses discursos filtrassem os aludidos influxos, transformando algo carente de recursos em uma obrigação, deveriam, pois, fazer referência, ainda que implícita, às fontes de arrecadação e ao montante em dinheiro necessário para sua salvaguarda. Em todo caso, esses argumentos precisariam preencher a pretensão de universalidade, sob pena de ser considerados ilegítimos e inconstitucionais em vista das situações concretas de aplicação[492]. Já no interior dos discursos de aplicação, o *custo dos Direitos* deveria ser discutido com base na lógica de funcionamento interna do sistema jurídico. Essa discussão seria legítima desde que não subvertesse o código binário do Direito (lícito/ilícito) nem desprezasse seu caráter deontológico e cogente.

Isso exigiria, ao menos em nossa ótica, uma 'certa' vinculação argumentativa dos discursos de aplicação ao produto dos discursos de fundamentação. Mesmo assim, os discursos de aplicação não deveriam apenas *reproduzir o produto dos discursos de fundamentação,* nem simplesmente repetir a complexa história jurisprudencial acerca do tema, mas estar atentos às normas legítimas, à luz do horizonte de um futuro presente. Para ficar em um exemplo, só seria legítimo ao judiciário *alterar* dotações orçamentárias previamente definidas em discursos de fundamentação, por meio de discursos de aplicação jurisdicionais, por via reflexa. Em outras palavras, essa seria uma hipótese justificável apenas se vislumbrada a ilegitimidade das rubricas orçamentárias[493] diante da Constituição. *In casu,* a reconstrução, agora em discursos de aplicação, dos argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos previamente desfiados nos discursos de fundamentação, subordinar-se-ia à exigência de manutenção hermenêutica da coesão do sistema jurídico. Apenas uma

[492] Voltaremos a essas questões com muito mais profundidade nos capítulos subseqüentes.

[493] Somos da opinião de que o produto das deliberações parlamentares e do executivo acerca do tema se tornaria tanto mais democrático, quanto mais incorporasse os inúmeros influxos provenientes da sociedade civil, e quanto mais esta controlasse sua qualidade. O problema é que no Brasil a atuação da sociedade civil na esfera pública ainda é ínfima e centrada nas mãos de poucos. E esse é também um entrave à constante construção, em nosso país, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

argumentação nesse sentido poderia conduzir o controle da *legitimidade* dessas dotações orçamentárias e justificar a declaração de inconstitucionalidade[494] das normas válidas *prima facie*. Em nossa ótica, a desconsideração desse *grau de subordinação*, como acontece no Brasil, acaba por ser um entrave à construção de um Estado Democrático de Direito por essas bandas.

Por isso, convém sustentar a compatibilidade de nossa concepção de Estado Democrático de Direito, com a preocupação de Neves em relação à ausência de diferenciação funcional no Brasil[495]. Se continuarmos a trazer para o Direito argumentos próprios a outros sistemas sociais, sem a sua devida filtragem por meio de discursos de fundamentação, fatalmente veremos juízes a desconsiderar irrefletidamente dotações orçamentárias, além de advogados, promotores e defensores públicos a patrocinar ações judiciais fundadas na suposta defesa de uma 'justiça social' que, no fim das contas, trará como resultado a injustiça social – eis aqui um paradoxo. Evidentemente, o controle reflexivo da legitimidade das leis orçamentárias, para ficar no exemplo que viemos trabalhando até o momento, *pode resultar em um remanejamento das receitas previamente definidas*. No entanto, essa é uma situação excepcional, que carece de uma justificação argumentativa mais exigente do que, no Brasil, tem sido majoritariamente defendida[496].

Enquanto, no Brasil, a Constituição não for levada a sério como *acoplamento estrutural* entre o Direito e a política (a), e os influxos dos sistemas sociais – antes de ser transportados para o Direito – não forem filtrados por seus procedimentos, *bem como por discursos* assentados no princípio da democracia, manifestos no interior de nosso mundo da vida (b), o discurso acerca do *custo dos Direitos* continuará a ser visto com desconfiança em nosso país. Além disso, continuará a servir apenas à lógica do sistema econômico, colonizando o Direito a partir de fora.

---

494 *"O judiciário deixa de aplicar um texto normativo ordinário, válido prima facie, para empregar diretamente o texto constitucional ao caso concreto. Contudo, tal aplicação não pode se dar a partir da construção de novos argumentos pragmáticos ou ético-políticos"* (CRUZ, 2008a, p. 125).

495 *A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania*. ***Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito****"* (NEVES, 2008a, p. 244 – grifo nosso).

496 Essa é uma questão central em nossa pesquisa. Voltaremos a esse tema nos próximos dois capítulos com um grau 'infinitamente' maior de detalhamento.

4.5.4 Encontros e desencontros: por uma concepção pós-positivista dos discursos de aplicação atinentes aos Direitos Fundamentais

Uma vez delineadas as considerações anteriores, é chegado o momento de agregá-las à concepção habermasiana relativa aos discursos de aplicação do Direito. Uma vez feito isso, concluída estará a complementação de nossa concepção pós-positivista acerca da situação de aplicação atinente aos Direitos Humanos Fundamentais. Se conseguirmos atestar a coerência de nossa abordagem, lograremos seguir 'com Habermas, para além de Habermas'.

Pois bem; em primeiro lugar, convém repetir que a tese de Cruz encerra uma celeuma acerca da aplicação das normas jurídicas, na medida em que demonstra a falta de racionalidade da distinção entre regras e princípios, à luz dos ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*[497]. Com isso, ela invalida as propostas de cisão normativo-aplicativa, justificando racionalmente a constatação de Pereira no sentido de que "*toda aplicação do Direito demanda um* ***juízo de adequabilidade*** *a fim de determinar qual o conjunto normativo que, respeitando o dever de* ***coerência****, deve regular o problema concreto*" (PEREIRA, 2007, p. 179).

Essa justificação facilita o engate da proposta habermasiana atinente à aplicação do Direito com aquilo que adotamos da concepção concretista de Müller. Em síntese, o juízo de adequabilidade – ou argumentação de adequação – concernente na busca pela norma adequada para a solução do caso concreto, nada mais representa que uma hermenêutica concretista[498]. Ao preocupar-se com a exaustão *de todas* as variantes de sentido das normas supostamente adequadas para a solução do caso, bem como *de todas* as especificidades atinentes ao litígio, na tentativa de encontrar *o sentido normativo adequado*, isto é, a chave correta para abrir e fechar a porta, *sem perda da coesão* do sistema jurídico, essa argumentação pretende fazer justamente aquilo que Müller chamou de concretização.

Certamente, Müller não enxerga essa proximidade, sobretudo em decorrência de sua pré-compreensão equivocada acerca de um suposto 'novo' paradigma do Direito. No entanto, se suas concepções (ainda) positivistas[499], tais como a busca por uma racionalidade metodológica, forem deixadas de lado, poderemos certamente agregar sua contribuição atinente à concretização da norma jurídica à nossa concepção pós-positivista de aplicação do Direito. Se assim o fizermos, a complementação dos discursos de fundamentação pelos

---

[497] Talvez o fato de Dworkin dizer o mesmo contribua ainda mais para a aceitação de nossas considerações. Pena que isso, muitas vezes, não se faça reflexivamente, mas por adesão a um argumento de autoridade.
[498] O próprio Günther é expresso nesse sentido.
[499] Para mais detalhes, remetemos nossos eventuais leitores mais uma vez ao tópico 4.5.2.5.

discursos de aplicação, isto é, da ‘fundamentação imparcial’ pela ‘aplicação imparcial’, restará mais clarificada do que nunca.

Em síntese, poderemos explicar a imprescindibilidade de *discurso de aplicação*, próprios de um estágio pós-convencional da justiça e da moralidade, como uma exigência para a concretização da norma jurídica. Assim, as ‘normas’ válidas *prima facie* de Günther e Habermas passarão a ser vistas como textos normativos e, nesse sentido, serão igualadas àquilo que Müller chamou de programa normativo – o ponto de partida para a concretização da norma jurídica[500]. Certamente, teremos que ampliar o conceito de validade de Müller. Mas, ainda assim, poderemos sustentar que a concretização da norma jurídica só se manifestará na medida em que a análise pragmática da situação de aplicação desvelar as características inerentes ao âmbito da norma. Ora, é exatamente isso o que, agora, fazemos.

Por certo, **não estamos a pré-ordenar a argumentação de adequação**. Recusamos abertamente a ‘esquizofrenia’ metódica de Müller, principalmente no que se refere à hierarquização dos métodos clássicos de interpretação[501]. Antes, agregamos conteúdo à *argumentação de adequação* por meio de sua junção com a concepção estruturante da norma, a fim de delinear nossa concepção pós-positivista do *suporte fático restrito* e da *teoria do conteúdo essencial absoluto-dinâmico* dos Direitos Fundamentais. Convém, no entanto, fazermo-nos mais claros nesse aspecto.

O *suporte fático restrito*, que Alexy e seus seguidores mais fiéis entenderam como a exclusão *a priori* de algumas ações, estados ou posições jurídicas do ‘âmbito de proteção’ do Direito Fundamental, mostrar-se-á agora como uma conseqüência do filtro argumentativo fornecido pelos discursos de fundamentação dos textos normativos. Com isso, algumas possibilidades de interpretação do programa normativo, isto é, do texto, serão excluídas quando do processo legislativo – para ficar no exemplo mais usual. Isso, por certo, não se dará de costas para a realidade, uma vez que os discursos de fundamentação jamais deixarão de estar impregnados pela ‘concreticidade’ do *mundo da vida*. No entanto, como nenhum texto poderá gerar uma norma independentemente das especificidades fáticas de aplicação, essas limitações textuais ver-se-ão, quando da aplicação, reduzidas diante dos novos sentidos decorrentes do exame pragmático do âmbito normativo do Direito Fundamental. Eis o caráter pós-positivista de nossa proposta, que não implica uma recaída no conceito alexyano de *suporte fático amplo*.

---

[500] *“Nesse contexto, não se fala de legislação e de atividade constituinte como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto legal [...] ou de emissão de texto constitucional [...]. A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorre do processo de concretização.”* (NEVES, 2007, p. 85).

[501] No tópico 4.5.2.5 já explicamos suficientemente essa questão.

Decerto, se sob a perspectiva dos discursos de fundamentação a lógica do suporte fático amplo parece ser a mais plausível, sob o enfoque dos discursos de aplicação – voltados para a concretização da norma – essa lógica se torna inadmissível. Que a abertura textual seja um legado para o Direito da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* não há como duvidar. Mas que, mesmo dotado de abertura, o texto, como ponto de partida analisável à luz de contextos de aplicação, restrinja o seleto rol de possibilidades interpretativas, não há, igualmente, como negar. Estamos, com essa argumentação, retornando à subsunção no ato de aplicação dos textos normativos? Evidentemente que não. Apenas constatamos que, se legitimamente construído, isto é, pautado em discursos de fundamentação ou em negociações depuradas pelo procedimento, as limitações a Direitos Fundamentais – verdadeiras regulamentações – tornam, em certa medida, menor a liberdade interpretativa, ainda quando esta é pensada tendo como pano de fundo os três aspectos da linguagem, isto é, o sintático, o semântico e o pragmático. Ora, se o suporte fático é restringido pelos discursos de fundamentação, torna-se ilegítimo tratá-lo como se amplo – como de início – ainda fosse. A despeito disso, ainda que restrito, o suporte fático dos Direitos Fundamentais é bastante 'amplo' – porquanto fluido –, tendo em vista sua abertura textual ampliada pelos incontáveis casos de aplicação. A cada nova interpretação, a cada nova leitura, a complexa relação entre os programas e âmbitos normativos se modifica. Com isso, no entanto, não se eliminam os limites textuais decorrentes dos discursos de fundamentação.

No que toca à teoria do conteúdo essencial absoluto – segundo a qual o núcleo essencial do Direito Fundamental deveria ser entendido como um limite absoluto a restrições – convém, igualmente, realizar adequações. Como já dissemos, com Habermas, percebemos que Constituição *assume conteúdo a cada nova leitura*, assim como os *Direitos Humanos Fundamentais*. Nesse sentido, entendemos que a Constituição não possui um conteúdo fixo, mas *fluido*, o que, no entanto, não implica uma desconsideração do seu aspecto conteudístico. Este é inerente aos discursos de fundamentação e aplicação. A cada nova leitura, a cada novo discurso de fundamentação ou aplicação, mais conteúdo é agregado à Constituição. Esses *novos* sentidos em termos de conteúdo passam a *constituir a pré-compreensão* dos intérpretes acerca da Constituição, não podendo ser desconsiderados em cada novo projeto de construção ou concretização jurídica, nem se estabilizar para evitar novos questionamentos. É justamente essa fluidez que habita no núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. **Dinâmico, ele não pode ser reduzido a nada**. Isso reduz a liberdade de sua relativização em decorrência de

situações urgentes e contingentes[502]. Estamos, aqui, diante de um limite imanente do Direito. Essa é uma questão que ganha centralidade no tocante à restrição de Direitos Fundamentais.

Sem dúvida, as restrições a Direitos Fundamentais podem decorrer de dentro e de fora. Existem aquelas que decorrem dos limites imanentes dos Direitos Fundamentais. Outras, no entanto, as verdadeiras restrições, decorrem de intervenções legítimas aos Direitos Fundamentais. Vemos nessas duas situações uma oposição que pode ser conciliada *dialeticamente*[503]. Assim, se descabe por completo a Teoria externa, dentre outras razões, por uma visão metafísica das normas jurídicas, a Teoria interna deve ser concebida por parâmetros que superem o positivismo. Em outras palavras, o desafio é justamente afastar quaisquer noções 'essencialistas' ou de enquadramento meramente prévio dos Direitos Fundamentais. Seria, portanto, preciso alterar a formulação originária da Teoria interna, a fim de que ela se adequasse aos pressupostos da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*[504]. No mais, entendemos que a razão esteja na complementaridade *dialética* entre a percepção de um suporte fático amplo e restrito, uma vez que é impossível escavar um Direito legitimamente, a partir de fora, sem levar em conta seus limites internos, da mesma forma que é impossível definir os limites internos de um Direito sem olhar para fora, isto é, para os limites dos outros Direitos[505]. Eis aqui, finalmente, o complexo problema das 'colisões' entre Direitos Fundamentais.

A pergunta que obrigatoriamente se coloca nesse ponto é a seguinte: como resolver essas supostas colisões? Como estamos com Habermas, vemos no projeto de uma interpretação holística, coerente e deontológica a saída para essa questão. Mas esse projeto é permeado pela argumentação de adequação – e não por uma *ponderação*[506] nos moldes disseminados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão ou por Alexy e seus seguidores. Essa argumentação ou juízo de adequação envolve tanto as regras quanto os princípios, para

---

[502] Por certo, vislumbramos hipóteses como o estado de sítio, de guerra e de calamidade pública. Mas nessas situações excepcionais, há quase que uma suspensão dos pressupostos ínsitos ao Estado de Direito. Em todo caso, ele só se mantém se, e apenas se, os Direitos Humanos Fundamentais forem respeitados em seu conteúdo essencial. Se assim não for, Estado de Direito não haverá.

[503] Por certo, uma dialética que não é categorial, mas eksistencial, isto é, que incorpore todos os ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. É nesse sentido que Habermas fala em dialética *destranscendentalizada*. Para mais detalhes, vide capítulo segundo deste trabalho.

[504] Percebemos, pois, a grandeza do desafio, mas deixamos para outra oportunidade a formulação de uma tese mais específica acerca do tema.

[505] Não há como deixar de fazer menção, nesse ponto, às aulas de mestrado ministradas por Cruz. Jamais chegaríamos a essa formulação, não fossem os ensinamentos desse que é também nosso orientador. Em vista disso, vale aqui a ressalva de que essa tese não é simplesmente nossa. Ela é também de Cruz. Contudo, ao menos até onde pesquisamos, ela não está formulada em nenhuma obra escrita.

[506] Veja que fazemos menção à terceira submáxima do 'princípio' (máxima) da proporcionalidade. É nela que, segundo Alexy, são analisadas as possibilidades jurídicas de otimização dos princípios. Nesse sentido, é nela que são procedidos os exames de *custo e benefício* no contexto de uma colisão de princípios. Portanto, é essa etapa que, particularmente, mais nos incomoda.

falar com Cruz. Mas em relação a ela, para além do que já se escreveu acerca do tema[507], agregamos um pouco mais de informação.

Por assimilarmos alguns aspectos da Teoria estruturante à argumentação de adequação que Habermas legou de Günther, defendemos que as 'colisões' entre Direitos Fundamentais são apenas aparentes. Mas somos obrigados, antes de entrar em detalhes, a esclarecer que, com isso, não retornamos ao paradigma positivista clássico, tributário de uma harmonia apriorística entre as normas que integravam o sistema jurídico. Primeiro porque distinguimos essas normas dos textos normativos; segundo porque, em nossa ótica, essa harmonia é fruto do complexo processo hermenêutico de concretização.

Isso significa que, aos nossos olhos, as 'colisões' são verdadeiras concorrências passíveis de solução pela/com a interpretação concretista, cuja racionalidade deve ser controlada a partir da análise da validade dos argumentos que a fundamentam. Por certo, jamais poderemos solver essas eventuais concorrências sem recorrer às características de cada caso. Mas o recurso a padrões *pré-estabelecidos de peso ou intensidade*, como aqueles delineados por Alexy – e posteriormente relativizados pelo próprio jusfilósofo – em nada nos auxiliará nesse intento. Antes, para falar com Velasco, isso acabará por infirmar se não a racionalidade, a legitimidade de nossa argumentação[508]. Até aqui, no entanto, não há nenhuma novidade.

O que trazemos de novidade é a conexão da argumentação de adequação com a 'retórica' de Müller acerca do processo de concretização da norma jurídica. Assim, o que antes era visto como uma colisão real pode passar a ser vislumbrado como uma concorrência aparente. Em outras palavras, temos ao invés de uma colisão entre suportes fáticos amplos, o problema de definição do *âmbito normativo* dos diversos Direitos supostamente em conflito. Isso não importa em uma ponderação de Direitos – ao menos não nos moldes descritos por Alexy. Se estivermos corretos, a busca pelo âmbito normativo do Direito Fundamental implica uma negativa da existência de colisões reais. Isso porque, com Müller, podemos dizer que a norma só se completa após uma análise fática, o que significa que, num caso de dois Direitos contrapostos – como acontece todo tempo na tese alexyana – ou há de se manifestar

---

[507] Referimo-nos implicitamente a Günther, Habermas e seus respectivos seguidores, puristas ou não.

[508] *"Talvez a crítica de Habermas não tenha sido bem formulada. A meu ver, da perspectiva deontológica de Habermas, o problema não consiste na irracionalidade da ponderação de Alexy. Os padrões fornecidos são* ***racionais****. O problema é que esses padrões são racionais no sentido da racionalidade teleológica e não no sentido da razão prática kantiana. E a aplicação do princípio da proporcionalidade não garante a imparcialidade das decisões. Não se vê, pois, como ele possa satisfazer a pretensão de correção em sentido forte (ou seja, moral) que, para Alexy, todo enunciado jurídico levanta"* (VELASCO apud FERRAZ, 2009, p. 158).

um ou o outro[509]. Manifesto será aquele que, normativamente, afigurar-se como o adequado para a solução do caso.

Ora, na busca pela aferição do âmbito normativo do Direito Fundamental, a argumentação terá necessariamente de levar em conta o programa normativo, com seus limites textuais. Este programa certamente poderá ser reestruturado ante as especificidades do caso, em virtude dos novos sentidos que esse texto poderá assumir por conta do âmbito normativo. Mas a análise das especificidades desvelará o sentido adequado da norma aplicável ao caso. Em outras palavras, elas darão ensejo à manifestação concreta de apenas um dentre os Direitos Fundamentais supostamente em conflito. Esse processo hermenêutico gerará resultados tanto mais legítimos quanto mais puder se sustentar interna e externamente. Em outras palavras, quanto mais for capaz de ser aceito pelas partes litigantes, em vista de sua consistência argumentativa.

Em nossa ótica, uma argumentação 'assim construída' segue o traçado deontológico, holístico e coerente que tanto primamos. Ela é suficientemente profunda para o trato de *todos Direitos Fundamentais*. E mais, presta-se inclusive ao Controle de Constitucionalidade pela via de ação. Essa realidade é esclarecida através de sua vinculação com a tese delineada por Holmes e Sunstein, adequada aos contributos de Neves e Cruz, naquilo que eles se compatibilizam.

Nossa concepção pós-positivista dos discursos de aplicação agrega conteúdo à argumentação voltada para a salvaguarda dos Direitos Fundamentais, na medida em que reconhece a dependência desses últimos em relação a recursos escassos – não apenas orçamentários. Ela demanda uma consideração dessa realidade, dentro das noções de *macro* e *microjustiça*[510]. Ademais, exige a tradução desse tipo de influxo argumentativo para o código do sistema jurídico. Em nossa ótica, só assim a lógica econômica da escassez pode ser incorporada aos discursos de aplicação do Direito.

Responsáveis pela construção da norma adequada para a solução do caso, no sentido combinado das teorias de Müller e Habermas, os aplicadores do Direito precisariam zelar pela

---

[509] Isso dá ensejo à consideração de que a norma definitiva se volta contra um suposto sentido de outras normas, e isso para dizer, metaforicamente, "aqui não", ou melhor, "não nesse caso"! Nesse sentido, essa tese nos permite defender, por exemplo, que o Direito à liberdade de imprensa, *in concreto*, não colide *realmente* com os Direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, apenas aparentemente. Isso porque o Direito à Liberdade de Imprensa, *in concreto*, não possui um conteúdo tal que o permite entrar em conflito com outros Direitos, nem tampouco estes o possuem. Portanto, o problema real consiste em definir a *dimensão de conteúdo* dos Direitos, o que, necessariamente, deve levar em conta todo o ordenamento jurídico, as decisões já existentes acerca do tema, as especificidades de cada caso, a noção paradigmática reflexiva, dentre outras questões como busca pelo âmbito normativo, tendo em vista os pontos de partida fornecidos pelos respectivos programas normativos.

[510] Explicaremos esses conceitos nos capítulos subseqüentes.

adequação da interpretação e pela legitimidade *in concreto* da norma. Na aplicação imparcial, cabe a eles exercer um juízo de adequação, afastando do caso os sentidos normativos inadmissíveis para a sua solução. No controle da legitimidade *in concreto* das normas, a reconstrução dos argumentos previamente desfiados nos discursos de fundamentação subordina-se à exigência de manutenção hermenêutica da coesão do sistema jurídico. Nesse sentido, tanto *pela via de ação*, quanto *pela via de exceção*, a desconsideração do sentido do texto infraconstitucional em nome da aplicação direta do texto constitucional implica a declaração de inconstitucionalidade dos sentidos ilegítimos. Contudo, no primeiro caso esses textos são expurgados do ordenamento, ao passo que, no segundo, apenas deixam de ser aplicados, tendo em vista a não configuração do âmbito normativo, sem o qual a norma jurídica jamais se completa.

Com essas considerações, esperamos ter dado um passo além da abordagem habermasiana no que tange aos discursos de aplicação do Direito. No mais, nossa concepção pós-positivista segue de perto os ensinamentos do filósofo e sociólogo alemão, evitando recair em argumentações próprias ao positivismo clássico e contemporâneo e à abordagem axiologizante do Direito.

No próximo capítulo, analisaremos a fundo a argumentação atinente aos Direitos Fundamentais sociais, a fim de agregar ainda mais conteúdo à nossa abordagem. Feito isso, estaremos preparados para investigar, com toda a profundidade exigida pelo tema, a peculiaridade dos discursos jurisdicionais atinentes ao Direito Fundamental à saúde, na busca final por sua legitimidade.

5 UM DISCURSO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS DIVERSOS CONCEITOS AFETOS AO TEMA E ÀS INÚMERAS CONCEPÇÕES EXISTENTES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

5.1 Intróito transitivo: o porquê de uma narrativa acerca dos Direitos sociais

No capítulo anterior, com os olhos claramente direcionados para os discursos jurisdicionais de aplicação atinentes aos Direitos Humanos Fundamentais, perpassamos por diversas teorias do Direito e da argumentação jurídica na tentativa de, ao final, complementar nossa concepção *pós-positivista* acerca do tema. Desde o início, nossa intenção era seguir 'com Habermas, para além de Habermas', evitando argumentações próprias ao positivismo clássico e contemporâneo, bem como abordagens axiologizantes do Direito. Como explicamos, buscamos a todo tempo delinear uma argumentação que fosse adequada ao trato de *todos os Direitos Humanos Fundamentais*[511].

Ocorre que, ainda hoje, várias são as críticas dirigidas às inúmeras propostas de equiparação entre os Direitos Humanos Fundamentais, as quais, inequivocamente, alcançam a nossa abordagem. Em linhas gerais, questionam-se não apenas a *justiciabilidade/*possibilidade de *judicialização*[512] dos Direitos sociais[513] – ou das políticas públicas destinadas à sua garantia –, mas a própria *fundamentalidade* desses Direitos. Como essas são questões intimamente intrincadas com o tema de nossa pesquisa, sentimo-nos forçados a abordá-las neste capítulo.

Desde já, convém explicar que nossa exposição terá no fundo três objetivos distintos, a saber: a) o de criar condições para que possamos discutir as diversas concepções existentes no Brasil e no mundo acerca dos Direitos sociais, sob as exigências reflexivas que antes já assentamos; b) o de cumprir o objetivo de encerramento do estado da arte acerca do tema; e, finalmente, c) o de preparar o terreno para a abordagem específica dos discursos de aplicação atinentes ao Direito Fundamental à saúde. É o que passamos a perseguir.

---

[511] Como deixamos claro no capítulo segundo, mais especificamente, no tópico 2.1.4.3, em nossa ótica, a cisão entre Direitos Fundamentais cumpriria uma função puramente didática. *Critico-deliberativamente* concebidos, esses Direitos constituir-se-iam em verdadeiras condições sem as quais feneceria a pretensão de validade normativa, porquanto constitutivos da própria possibilidade de discurso.

[512] Importamos ambas as expressões de Souza Neto (2008), o que não significa que elas não sejam utilizadas por outros autores.

[513] Esses Direitos são designados comumente como *Direitos sociais, econômicos e culturais*, ou, ainda, como *Direitos de segunda geração ou dimensão*, como já tivemos a oportunidade de esclarecer na nota 198, localizada no segundo capítulo.

5.2 As inúmeras concepções relativas aos Direitos Sociais

Inúmeras são, no Brasil e no mundo, as concepções relativas aos Direitos Sociais. Tão grande é a diversidade e hibridez dessas concepções que mesmo abordagens minimamente didáticas encontram sérias dificuldades para distingui-las e agrupá-las. Cientes dessas dificuldades, bem como da imperfeição e do risco de reducionismo de nossa abordagem, tentaremos, a seguir, reunir essas concepções em grupos distintos, tendo em vista algumas características relevantes.

Primeiramente, trataremos de concepções que negam absolutamente o caráter jurídico-vinculante e a fundamentalidade dos Direitos Sociais (Grupo A); em seguida, analisaremos aquelas que reconhecem certa vinculabilidade a esses Direitos, na forma de uma faceta objetiva (Grupo B); logo após, abordaremos algumas posições intermediárias entre (A) e (B), que chamaremos, para fins didáticos, de *conservadoras moderadas* (Grupo C); feito isso, investigaremos algumas propostas que transcendem as concepções anteriormente delineadas, na direção do reconhecimento de uma faceta subjetiva aos Direitos Sociais (Grupo D); nesse ponto, para fins didáticos, dividiremos as posições que integram este grande grupo em dois subgrupos, tendo em vista a amplitude da dimensão subjetiva reconhecida aos aludidos Direitos. Como antes dissemos, durante essa exposição perpassamos por inúmeras concepções acerca de conceitos como proibição de retrocesso (i), mínimo existencial (ii), reserva do possível (iii), micro e macrojustiça (iv), escassez de recursos (v), limite dos limites (vi), núcleo essencial dos Direitos Fundamentais (vii), entre vários outros. Apenas ao final desse empreendimento, poderemos delinear qual dentre essas concepções é a que seguimos e, principalmente, sob quais fundamentos.

5.2.1 As concepções que negam qualquer caráter jurídico-vinculante aos Direitos Sociais

Começando pelo grupo (A), podemos elencar entre suas concepções mais significativas, as que consideram os Direitos sociais como disposições de caráter meramente programático[514] (A.1), e as que, por distintos fundamentos, se negam a reconhecê-los como verdadeiros Direitos Fundamentais (A.2).

---

[514] Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 137), teria sido Crisafulli o primeiro a desenvolver uma série de estudos sucessivos, ainda na década de 1950, acerca das normas constitucionais programáticas. Essas seriam *"aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização de fins sociais do Estado"* (SILVA, 2007, p.138). Conta-nos o jurista brasileiro que viria

Segundo Pulido, os adeptos de (A.1) negam terminantemente o caráter jurídico-vinculante e, consequentemente, a *fundamentalidade* dos Direitos Sociais, outorgando-lhes uma função meramente política[515] – aderindo, assim, ao sentido mais clássico das normas programáticas (2008: 152). Para esses pensadores, as disposições de Direitos Sociais não passam de palavrórios dotados de alto grau de indeterminação (a), insuscetíveis de gerar diretamente um direito subjetivo (b), porquanto dependentes, necessariamente, de mediação legislativa (c) e efetivação pela Administração (d)[516]. Como simples disposições políticas, esses 'Direitos' nem sequer seriam capazes de gerar uma obrigação objetiva ao Estado (e), sobretudo por apenas facultar, mas nunca impor ao legislador e à administração uma direção a ser seguida (f).

No Brasil, essa posição foi sustentada por parte da doutrina e pela maioria da jurisprudência[517] até meados da década de 1990, quando, já sob influência de concepções 'mais progressistas', ainda que minoritárias, as primeiras decisões judiciais concessivas de prestações materiais fundadas em Direitos Sociais começaram a ser proferidas, destacando-se

---

daí o tradicional conceito de *constituição-dirigente*, comumente identificado, no Brasil, como de autoria de J.J. Gomes Canotilho. Apenas para constar, dirigentes seriam justamente aquelas Constituições que trariam em seu texto normas de conteúdo programático, normas-programa destinadas a contribuir para a transformação da realidade social. Essas constituições, portanto, pré-ordenariam uma determinada forma de sociedade, cujo Estado teria de perseguir. A despeito disso, em entrevista a Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Gilberto Bercovici, Friedrich Müller chamou a atenção para o fato de que, *vinte anos antes de Canotilho*, Peter Lerche, um constitucionalista de Munique, teria sido o primeiro a falar em 'constituição dirigente' (MÜLLER, 2009b, p. 312).

[515] Esse é o sentido clássico, o primeiro que foi tradicionalmente atribuído às normas de conteúdo programático. Ele decorre da vertente tradicional acerca do tema, e enfatiza que essas 'normas' não passariam de simples promessas de caráter meramente moral, a serem ulteriormente desenvolvidas pelos legisladores. Essa vertente negava a qualidade jurídico-vinculante a essas 'normas', assim como se fazia, nos primórdios do Constitucionalismo liberal, com as Constituições (BONAVIDES, 2007, p. 233-234). Autores como Del Vecchio aderiam a essa primeira concepção (SILVA, 2007, p. 152-153).

[516] *"Esse argumento sustenta que a escolha de meios idôneos para o cumprimento de fins prescritos pelos direitos sociais e a determinação da oportunidade mais indicada para empregá-los cabem inteiramente ao legislador e à administração. A adoção de meios ou de estratégias de ação para alcançar os objetivos sociais pressupõe efetuar uma composição de interesses dos grupos que resultam afetados, apropriar recursos financeiros para tal efeito – que em condições normais de escassez de fundos públicos implica decidir acerca da prioridade das inversões orçamentárias autorizadoras – e criar infra-estruturas técnicas e burocráticas. Estas decisões são tipicamente políticas"* (PULIDO, 2008, p. 153).

[517] Conforme nos conta Sarmento, *"exemplo típico desta orientação foi o acórdão proferido à unanimidade pela 1ª Turma do STJ no ROMS 6.564/RS, julgado em 23/05/1996, da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto:* ***'Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários deste interesse, o poder de exigir sua satisfação****... Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras,* ***não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente****, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que* ***dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm o direito e o Estado o dever' – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes'.*** *No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas"* (SARMENTO, 2008, p. 553-554 – nota de rodapé nº 2).

aquelas relativas ao Direito à saúde[518]. Autores como José Alfredo de Oliveira Baracho (2008) e Raul Machado Horta (1995) podem ser citados como os maiores exemplares brasileiros dessa concepção. O primeiro, ao referir-se à proteção judicial dos Direitos Fundamentais, mesmo após a década de 1990, em momento algum fez menção expressa aos Direitos sociais, preferindo referir-se apenas aos Direitos e liberdades fundamentais[519]. O segundo, a despeito de classificar os Direitos sociais como *"novos direitos individuais,*

---

[518] *"PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF"* (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). No capítulo sexto discutiremos a legitimidade dos argumentos delineados nesta e em outras decisões afetas ao tema.

[519] *"Os direitos fundamentais e as liberdades públicas, com o surgimento da Teoria da liberdade e a Teoria Geral das Liberdades Públicas, partem de considerações de ordem geral, sobre os direitos naturais e sua positivação. Teoricamente reconheciam-se direitos fundamentais, que eram inexistentes na prática, desde que sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior, por não serem auto-aplicáveis. A própria prática dos poderes públicos impossibilitava o exercício real dos direitos fundamentais. O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornam eficazes. O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se por sua viabilização em sede jurisdicional.* [...] *As categorias de Direitos Fundamentais, comuns ou particulares, promovem a classificação desses direitos, quanto à sua titularidade (status libertatis, status civitatis e status activae civitatis)"* (BARACHO, 2008, p. 177/179). Em outro estudo, desta feita sobre a Jurisdição Constitucional da Liberdade, Baracho segue a mesma trilha: *"A jurisdição constitucional da liberdade é a atividade jurisdicional à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício ocorre por meio de um conjunto de instrumentos jurídico-processuais destinados a levar à apreciação dos tribunais questões que suscitam a infringência dos direitos humanos fundamentais. [...] A proteção constitucional dos direitos e liberdades fundamentais parte, atualmente, da compreensão de suas fontes, no plano internacional (a Carta da ONU, de 26 de junho de 1945) e o Pacto internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. No plano europeu, a Convenção Européia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, e o Direito Comunitário promovem importantes acréscimos a esses direitos"* (BARACHO, 2003, p. 26/37).

direitos concretos", continuou a referir-se às normas definidoras dos aludidos Direitos como programáticas. Convém salientar, no entanto, que a posição defendida por este último por vezes resvalou nas concepções defendidas pelo grupo (B) (HORTA, 1995, p. 221 *et. seq.*)

Na Europa, conforme Sánchez (2010)[520] e Herrera, essa ainda é a posição majoritariamente defendida sobre a questão:

> Com efeito, quando se encontram enunciados normativos sobre os 'direitos sociais' na maior parte das constituições ocidentais redigidas nos últimos trinta anos, **a doutrina dominante na maioria dos países europeus se mostra sempre disposta a sustentar que eles não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico jurídico do termo, mas pelo contrário 'objetivos', 'fins', 'princípios', não justificáveis perante (e pelos) tribunais**. Não seriam exigíveis porque o Estado, e menos ainda o Estado Democrático, não pode ser obrigado por uma autoridade judicial a fazer algo, enquanto que, pelo contrário, pode ser compelido a abster-se no campo dos direitos e liberdades individuais (HERRERA, 2008, p. 5 – grifo nosso)

Ainda no grupo (A), vários são aqueles que – como já dissemos – pautados em concepções diferenciadas[521], negam-se a reconhecer os Direitos sociais como verdadeiros Direitos Fundamentais (A.2).

Alguns destes, por exemplo, fazem uso de uma *objeção funcional contra os Direitos sociais* para sustentar a sua incompatibilidade com o Estado de Direito (f.1), com o sistema de liberdades (f.2) ou com um sistema de economia de mercado (f.3). Aderem a essa objeção, desde autores reputados *"menos 'progressistas' ou 'conservadores', 'libertarianistas' na linguagem estadunidense"*, a exemplo de Forsthoff[522], Hayek, Milton e Rose Friedman, até alguns designados *"'progressistas' ou menos 'conservadores', simplesmente liberais para os norteamericanos, do naipe de Popper e Berlin, a incluir o social-democrata Bobbio*[523]*"*, além de pensadores como Babelet, Jori e Zolo (SAMPAIO, 2004, p. 267-268).

---

[520] Segundo Sánchez, que é um crítico dessa posição, esta seria a concepção tradicional da doutrina espanhola atinente aos Direitos sociais (2010: 45-52).

[521] Estas concepções serão retratadas a partir das objeções que lançam contra os Direitos sociais. Quanto à classificação das objeções, por questões de economia didática, seguiremos as opções escolhidas por Sampaio (2004, p. 264)

[522] Segundo Pulido, Forsthoff também poderia ser considerado um adepto da concepção (A.1), principalmente por sustentar que, a partir da fórmula de Estado Social, não poderiam ser derivados direitos nem deveres jurídicos concretos. Essa tese teria sido originalmente defendida por C. Schmitt em relação a alguns dispositivos da Constituição de Weimar (PULIDO, 2008, p. 152).

[523] Sampaio ainda inclui, entre esses autores, o social-democrata Norberto Bobbio, ao que parece, em vista de comentários como os que passamos a reproduzir: *"Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de encontrarem condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito do trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica"*(BOBBIO, 1992, p. 45). Esse trecho talvez sirva como

Outros, a exemplo de Cranston, valendo-se de uma *objeção particularista,* recusam igualar os Direitos sociais aos de *primeira dimensão*[524], sobretudo por pressupor que apenas os segundos seriam *universais*[525]. Aos olhos desses críticos, os Direitos sociais decorreriam de uma situação concreta do indivíduo no interior da sociedade, em especial, uma condição de hipossuficiência, não podendo ser universalizados a todos os seres humanos irrestritamente. Como se não bastasse, dizem eles, os Direitos sociais não estariam tão fortemente vinculados à dignidade humana quanto os de primeira dimensão (SAMPAIO, 2004, p. 269-270).

Existem, ainda, pensadores que se valem de uma *objeção pragmática*[526] para dizer, conforme nos conta Sampaio, que se fundamentais fossem, os Direitos sociais *"tornariam mais agudas as crises econômicas que ciclicamente surgem no cenário econômico, transformando-as subseqüentemente em crises políticas e sociais"*, e isso por dificultar alterações constitucionais referentes ao tema. Dentre os adeptos dessa concepção, destacam-se alguns realistas norte-americanos (SAMPAIO, 2004, p. 272).

Por sua vez, autores como Weber, Martens, Vierdag, para ficar em três exemplos, lançam mão de uma *objeção deontológica*[527] para afirmar que as disposições de Direitos sociais não passam de *"direitos morais e valores de eficácia meramente simbólica"*, incorporando simples *"anseios e aspirações"* de toda a sociedade ou de parcelas da mesma, *"como forma de ventilar entrechoques de interesses"*. Dentro dessa concepção, encontramos posições muito próximas da primeira vertente analisada neste tópico (A.1), a afirmar que os

---

guarita à opção de Sampaio. Em todo caso, é o mesmo Bobbio (1992, p. 21) quem assevera o seguinte: *"Do caso até agora exposto, no qual se revela um contraste entre o direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito igualmente fundamental de uma outra categoria, é preciso distinguir um caso que põe ainda mais gravemente em perigo a busca do fundamento absoluto: aquele no qual se revela uma antinomia entre Direitos invocados pelas mesmas pessoas.* ***Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes****"*. Como para Bobbio (1992, p. 15) não importa tanto o Direito como "deveria ser", mas o *"Direito como ele é"*, aquele expresso em um dado *"ordenamento jurídico positivo"*, parece claro que ele adere a um *fundamento positivista* dos Direitos Fundamentais. Isso talvez desse ensejo a uma posição contrária à defendida por Sampaio, desde que os Direitos sociais estivessem inscritos no ordenamento jurídico positivo a se analisar.

[524] Utilizaremos esse designativo para fins unicamente didáticos.

[525] Conforme ainda veremos, Hierro (2009, p. 177) combate habilidosamente essa objeção: *"Parece fácil concluir que ciertos derechos universales se prediquen de los seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, o que su desfrute dependa de una cierta configuración, no es un óbice a su pretendida universalidad. En todo caso no es una característica exclusiva de los derechos económicos-sociales el que se trate de derechos que se predican del ser-humano-que-trabaja o del ser-humano-que-carece o, dicho en la otra forma, que su disfrute depende de cierta situación laboral o de cierta situación de carencia"*.

[526] Cumpre alertar que essa objeção em nada tem a ver com a *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*.

[527] *"A objeção deontológica diz respeito à tecnicalidade dos direitos humanos ou fundamentais assimilados a direitos públicos subjetivos, postuláveis sempre e imediatamente perante o Estado na hipótese de descumprimento da obrigação devida. Direitos com deveres correlatos e sujeitos precisos"* (SAMPAIO, 2004, p. 273). Nos capítulos anteriores, quando delineamos as marcas de nossa *concepção pós-positivista*, primamos pela manutenção do *caráter deontológico* do Direito. Naquela oportunidade, explicamos os pressupostos de nossa concepção, o que nos permite, agora, apenas alertar nossos eventuais leitores de que não anuímos à objeção deontológica acima descrita.

enunciados de Direitos sociais contêm uma *"'programaticidade não vinculante' ou uma simples 'intenção de dever'"*, bem como inúmeras outras que mais se aproximam das posições que reconhecerem certa vinculabilidade aos Direitos Sociais (Grupo B), sobre as quais ainda nos pronunciaremos. Em vista disso, para falar com Sampaio, existem correntes *"sob tal feitio"* que *"recusam juridicidade aos direitos sociais e outras, gradativamente mais atenuadas, que os reduzem a direitos-reflexos, direitos de efeitos puramente negativos e a direitos condicionados* (SAMPAIO, 2004, p. 273).

Prosseguindo na esteira de (A.2), não podemos deixar de citar os adeptos da *objeção contratualista,* para quem os Direitos Sociais trariam para o sistema jurídico uma perda de transparência, dificultando o controle das ações estatais, justamente por sobrecarregarem o Estado com tarefas supostamente dúbias de igualdade social. Essa concepção parte do pressuposto de que *"quanto mais governo menos liberdade e eficiência"*, para usarmos a mesma expressão delineada por Sampaio, quando da análise crítica desta vertente (SAMAPIO, 2004, p. 286).

Há ainda uma concepção fundada puramente em uma *objeção institucional*. Seus adeptos – como Dahrendorf – são contrários à *justiciabilidade/judicialização* dos Direitos sociais, por verem nestes uma *questão apenas de política*, cuja análise pelos Tribunais implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes. Os pressupostos dessa concepção são compartilhados por vários adeptos da objeção deontológica (SAMPAIO, 2004, p. 279 *et. seq.*).

Encontramos, também, pensadores que, a exemplo de Boaz, aderem a uma *objeção democrática* para sustentar que os Direitos sociais não seriam materialmente constitucionais, mas questões legais e contratuais. Seus adeptos salientam que, ao contrário das liberdades, os Direitos sociais *"não seriam decorrência imediata da natureza humana, nem predicados inatos do homem, mas posições de vantagem constituídas pelo variante comércio dos desejos e aspirações temporais"* e locais (SAMPAIO, 2004, p. 287). Em que pese esta não ser a tese de *justificação dos Direitos* assumida por Dworkin[528], e tendo em vista toda a dificuldade inerente a qualquer tipo de classificação, somos do entendimento de que sua concepção acerca dos Direitos sociais caminhe entre a ora analisada e aquela baseada na objeção institucional[529][530].

---

[528] Concordamos com Sampaio no sentido de que Dworkin seja adepto de uma *Teoria moral dos Direitos Humanos*, e não de um *Jusnaturalismo deontológico*. Para mais detalhes, vide (SAMPAIO, 2004, p. 71 *et. seq.*).

[529] Analisamos a posição de Dworkin acerca dos Direitos sociais, com o devido cuidado, no capítulo quarto, notadamente no tópico 4.1.2. Optamos por encaixar sua posição entre essas duas categorias, ao contrário de Sampaio, justamente por levar em consideração não apenas os escritos do norteamericano, mas o recado do

Finalmente, existe no Brasil um grupo de pensadores que infirma a fundamentalidade dos Direitos sociais a partir de uma *exegese* estrita e literal do artigo 60, §4º, IV, inscrito na Constituição da República de 1988. Valendo-se de uma *objeção formal-positivista*[531], Otávio Magano e Gustavo Just da Silva, dois exemplares dessa vertente, afirmam que os verdadeiros Direitos Fundamentais seriam apenas os 'direitos e garantias individuais', cuja abolição por meio de Emenda Constitucional teria sido vedada pelo Constituinte. Essa concepção *"rebaixa o **status** de fundamentalidade dos Direitos sociais ao dissociar seu regime de proteção contra mudanças daquele que foi conferido aos direitos liberais"* (SAMPAIO, 2004, p. 264).

Extasia-nos o quão retrógradas são todas essas concepções. Elas desconsideram por completo a importância de uma visão dialética entre igualdade de fato e de Direito. E, com isso, terminam por negar os próprios pressupostos daquilo que supõem defender, o ideal democrático e o Estado de Direito, para ficar em apenas dois exemplos. Ademais, a última concepção desconsidera por completo os ganhos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. Conforme já dissemos, na esteira de Habermas, entendemos que não pode haver Estado de Direito sem democracia radical. Da mesma forma, não há Estado Democrático de Direito sem igualdade social, a qual só é alcançada se for entendida como condição e conseqüência concomitante do exercício de uma cidadania ativa e efetiva[532]. Por sua vez, leituras como a defendida pelos adeptos da *objeção formal-positivista,* além de propor a separação daquilo que é incindível, se prendem a uma leitura estrita e fixa da Constituição, que nem um positivista (contemporâneo) ousaria defender nos dias de hoje[533].

Com este comentário, encerramos a abordagem das concepções que integram o grupo (A). A partir de agora, passaremos a analisar algumas das concepções que reconhecem certa vinculabilidade aos Direitos sociais (Grupo B).

---

jurista mineiro no sentido de que *"Os liberais deontológicos, a exemplo de Rawls e Dworkin, se não admitem os direitos sociais como direitos fundamentais propriamente, não deixam de frisar que o liberalismo sempre devotou preocupação com a igualdade, tanto em sua forma geral, de igualdade perante a lei, como também de 'iguais liberdades para todos', não sendo incompatível a tese de admissibilidade dos direitos sociais para os 'liberais europeus' e mesmo para correntes de pensamento norte-americano"* (SAMPAIO, 2004, p. 269).

[530] No capítulo sexto deste trabalho, discutiremos a proposta de Dworkin para o trato do Direito à saúde no campo das políticas públicas.

[531] A expressão é de autoria de Sampaio. Certamente, o autor se refere aqui a uma objeção tributária de um viés de *positivismo clássico*.

[532] Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao tópico 2.1.3.4, inscrito no capítulo segundo deste trabalho.

[533] Para mais detalhes, sugerimos a leitura do capítulo terceiro deste trabalho, notadamente do tópico 3.1.1.

5.2.2 As concepções que reconhecem uma faceta objetiva aos Direitos Sociais

Dentre as concepções que integram o grupo (B) – justamente por reconhecer uma *faceta objetiva*[534] aos Direitos Sociais – destacam-se, particularmente, a que vê os aludidos Direitos como *normas* fins do Estado (B.1) e a que eleva o grau de amplitude desta última para entendê-los como verdadeiros *comandos objetivos*[535] (B.2).

Antes de analisar cada uma dessas concepções, é importante dizer que ambas superam as integrantes do grupo (A), na medida em que reconhecem um caráter normativo às disposições definidoras de Direitos Sociais. No entanto, nenhuma delas avança suficientemente a ponto de vislumbrar uma faceta subjetiva a esses Direitos. Para falar com Bonavides, nesse momento as disposições definidoras de Direitos Sociais passam de um

---

[534] Existem várias concepções acerca da faceta, face ou dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais. Segundo Sarmento *"o tema da dimensão objetiva, conquanto deite raízes em conceitos aflorados durante o constitucionalismo de Weimar, só aparece de forma mais clara na doutrina e na jurisprudência constitucional alemã do 2º pós-guerra, já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Naquele momento, numa reação natural contra os horrores do holocausto, toda a atenção dos juristas germânicos volta-se para o estudo dos direitos humanos, que haviam galgado* ***o pedestal axiológico*** *na nova ordem constitucional daquele país* [...]*"* (SARMENTO, 2003, p. 257; 2004, p. 137). Esclarecendo essas considerações, Sarmento explica que teriam sido C. Schmitt e R. Smend os primeiros a romper com uma lógica privatista dos Direito Fundamentais, que concebia apenas uma faceta, face ou dimensão subjetiva aos Direitos Humanos (especificamente, os clássicos Direitos liberais). Com C. Schmitt, a aludida dimensão afloraria na proteção das instituições de direito público e dos institutos de direito privado contra tentativas de supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial por parte do Estado-legislador. Fala-se de dimensão objetiva porque não se cuida, nesse caso, da salvaguarda de nenhum Direito de titularidade individual, mas da *"proteção de bens jurídicos coletivos, reputados essenciais para um ordenamento constitucional"* (SARMENTO, 2003, p. 260; 2004, p.139). **Aqui a faceta objetiva não estava relacionada com os Direitos sociais.** Por sua vez, para R. Smend, a faceta objetiva manifestar-se-ia na concepção axiológica dos Direitos Fundamentais. Para falar com Sarmento, *"a concepção axiológica dos direitos formulada por Smend, se por um lado, implica certo menoscabo em relação à sua eficácia normativa, por outro, já abre a possibilidade para que tais direitos desempenhem novas funções na ordem jurídica, ligada à legitimação do Estado e à hermenêutica em geral. À medida que os direitos fundamentais proclamam um sistema de valores sobre o qual repousa a unidade da ordem jurídica, já será possível postular a irradiação dos seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico"* (SARMENTO, 2003, p. 261). Pós-segunda Guerra Mundial, esse segundo sentido da dimensão, face ou faceta objetiva, vinculado aos Direitos Fundamentais, viria a ser explicitamente consagrada pelo Tribunal Constitucional alemão, notadamente, a partir do julgamento do caso Luth (1958). Nesse julgamento, como já dissemos, consagrou-se a doutrina da constituição como ordem de valores, bem como a tese da eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais. Para mais detalhes acerca do tema, sugere-se a leitura de (SARMENTO, 2004, p. 138 *et. seq*.). Não podemos esquecer de que a dimensão objetiva já havia sido desenvolvida, principalmente por Kelsen, no sentido de dever assegurado normativamente. Como já dissemos no capítulo terceiro, aos seus olhos, o Direito destacar-se-ia pela sua prerrogativa de impor objetivamente um dever ser. Nesse sentido, a faceta objetiva constitui o verso da moeda, a face reflexa que dá guarita à pretensão subjetiva (Direito subjetivo). Nesse sentido, as normas de Direitos Fundamentais ainda serviriam de parâmetro para controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Há, ainda, um último sentido historicamente atribuído à faceta objetiva dos Direitos Fundamentais. Para falar com Sarlet, *"outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais"* (SARLET, 2009, p. 146). É basicamente este último sentido que será reconhecido aos Direitos sociais pelas teorias que analisaremos neste tópico.

[535] Segundo Canotilho (1993a: 533 – grifo nosso), *"uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que* ***não estão em relação a qualquer titular concreto****"*.

primeiro estágio, em que tinham sua juridicidade questionada, a uma fase de *programaticidade vinculante*[536].

Segundo Pulido, os adeptos desse ponto de vista (B.1) destacam que o *legislador* estaria *"vinculado à obrigação de perseguir o fim constitucionalmente estabelecido"* pela disposição definidora do Direito social, ainda reconhecendo a sua *"plena liberdade para decidir acerca dos meios e da oportunidade para pô-los em prática"* (PULIDO, 2008, p. 156). Essa concepção *se aproxima* de um segundo sentido historicamente atribuído às normas de conteúdo programático, na medida em que reconhece uma *faceta objetiva* aos Direitos sociais, a qual, entretanto, é ainda bastante restrita, porquanto direcionada apenas ao legislador:

> [De acordo com a concepção das normas de programação final] as constituições deixam aberta a discussão acerca dos meios mais idôneos e da oportunidade precisa para obter os objetivos traçados. Esta discussão deve ser levada a cabo **no terreno da política**. Em dita discussão são relevantes muitos fatores atinentes às circunstâncias fáticas (econômicas e políticas) da sociedade, ao grau em que se pretende alcançar as metas constitucionais, ao prognóstico de quais podem ser as melhores estratégias e à programação de inversões de recursos.
> **É no seio do parlamento onde deve-se levar ao cabo uma deliberação sobre todos esses fatores.** Esta é uma exigência do princípio democrático, que, sem embargo, não impede de se reconhecer que os direitos prestacionais estão dotados de força vinculante (PULIDO, 2008, p. 155-156 – grifo nosso).

O maior desafio dessa concepção é compactuar *a vinculação do legislador ao fim constitucional* pré-ordenado com uma *ausência de vinculação quanto aos meios para alcançá-lo*. Em busca desse objetivo, muitos de seus adeptos recorrem à noção de *conteúdo essencial* (PULIDO, 2008, p. 156).

---

[536] Estamos a caminhar, pois, para um segundo sentido historicamente atribuído às normas de conteúdo programático, o qual, com o passar do tempo (cronológico), foi assumindo a condição de concepção majoritária acerca do aludido conceito. Os autores que aderem a esse segundo sentido, dentre os quais podemos citar, exemplificativamente, Crisafulli, Pontes de Miranda, Alfredo Buzaid, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Gilberto Bercovici, J.J. Gomes Canotilho, Lênio Streck e Ingo Sarlet, defendem a juridicidade das normas programáticas, assim como o seu caráter vinculante, afirmando, por exemplo, *"que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados"* (SILVA, 2007, p. 139), ou, ainda, que *"o sentido dessas normas não é [...] o assinalado pela doutrina tradicional: 'simples programas', 'exortações morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer juridicidade'. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.* [...] *a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam* (CANOTILHO, 1999, p. 1102-1103)". Para mais detalhes acerca do tema, vide (SILVA, 2007, p. 152-155); (SARLET, 2009, p. 295-298) e (BONAVIDES, 2007, p. 564-565).

Aferido a partir da análise de todas as disposições de fins do Estado, entre elas aquelas referentes aos Direitos sociais, esse *conteúdo essencial* constitui-se em limite da liberdade de configuração do legislador. O problema, para falar com Pulido, é que também um dos inconvenientes dessa noção consiste justamente em aferir devidamente o *"conteúdo essencial do fim"*:

> Qualquer participante na prática constitucional haverá de ser consciente das dificuldades para precisar qual é o conteúdo essencial dos fins: 'proteção à saúde', 'organizar e tutelar a saúde pública', 'fomentar a educação sanitária', a educação física e o esporte', estabelecidos, por exemplo, pelo artigo 43 da Constituição espanhola. É bastante complicado concretizar este conteúdo essencial e, mais ainda, determinar com precisão quais são as medidas legislativas indispensáveis ou as mais adequadas para realizar este conteúdo essencial. Se o objetivo consiste, *verbigracia*, que todos os enfermos possam dispor de um serviço de saúde, parece difícil poder extrair do enunciado constitucional informação suficiente para precisar que nível deve ter esse serviço de saúde e como deve ser prestado – por exemplo, mediante a criação de hospitais, mediante o financiamento direto da demanda por saúde etc. (PULIDO, 2008, p. 158)

Sabemos que as críticas de Pulido ao *conceito de conteúdo essencial* decorrem, principalmente, de sua adesão à tese do conteúdo ou 'núcleo essencial relativo', bem como à doutrina do suporte fático amplo e à teoria externa dos Direitos Fundamentais, cujos pressupostos já estudamos quando da análise da teoria de Robert Alexy. Isso ainda restará evidente quando discorrermos sobre a concepção por ele defendida acerca dos Direitos sociais. Em todo caso, suas considerações críticas não podem ser completamente desconsideradas, uma vez que, verdadeiramente, infirmam não a tese do núcleo essencial, mas a concepção (B.1) atinente aos Direitos sociais. De fato, é impossível definir completamente *a priori* o conteúdo essencial do que quer que seja[537], ainda mais de supostos fins pré-ordenados ao Estado. Além disso, o vínculo-jurídico reconhecido pela concepção (B.1) às normas definidoras de Direitos sociais é tímido em demasia. Isso para ficar em apenas dois problemas.

Com isso, passamos à análise da concepção (B.2), aquela defendida por pensadores que entendem os Direitos sociais como uma fonte de deveres estatais objetivos. Em linhas gerais, seus adeptos assumem quase completamente a concepção majoritária acerca das normas programáticas para reconhecer uma *faceta objetiva* ampliada aos Direitos sociais. Segundo eles, a despeito de sua incapacidade de gerar diretamente pretensões subjetivas, porquanto sempre dependentes de concretização mediante políticas legislativas, os Direitos sociais gozam de um caráter jurídico-vinculativo que se projeta em três dimensões: primeiramente, eles vinculam o legislador a perseguir um determinado fim (i); em segundo

[537] Já esclarecemos nossa posição sobre essa questão no capítulo anterior, especificamente no tópico 4.5.4.

lugar, estabelecem limites à omissão estatal, ao proibir uma inação evidente e grosseira ao fim pré-ordenado (ii); e em terceiro lugar, proíbem a supressão definitiva de medidas legislativas, uma vez que elas tenham sido implementadas (iii), ou, ainda, uma redução que ultrapasse os limites da desatenção abusiva do fim (vedação do retrocesso social) (iv) (PULIDO, 2008, p. 160).

Esta é a posição defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ainda que ele chegue a afirmar que os Direitos sociais, *"como liberdades públicas"*, seriam sim, direitos subjetivos, poderes de agir e de exigir – isto é, verdadeiros direitos de crédito. A coerência de nossa assertiva pode ser vislumbrada pela análise das considerações de Ferreira Filho, imediatamente posteriores a esta manifestação, relativa à justiciabilidade desses Direitos:

> [...] a proteção judicial dos direitos sociais não oferece dúvida **quando encarada do ângulo da repressão às suas violações.** [...] **Mas do ângulo positivo, em que medida é ela possível e efetiva? Uma, por exemplo, é a ação de inconstitucionalidade por omissão.** Esta se acha na Constituição brasileira, no art. 103, §2. Tal ação, com efeito, visa a levar o Poder Público a efetivar **uma norma programática da Constituição. Ora, freqüentemente os direitos sociais estão nesse caso.** Igualmente a Constituição de 1988 prevê, no art. 5º, LXXI, um mandado de injunção que pode servir para o mesmo objetivo. **A experiência prática, todavia, não é animadora. Ademais, a efetivação dos direitos sociais, quando reclama a instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial. Tal instituição depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial. Por isso, a inconstitucionalidade por omissão tem sido letra morta e o mandado de injunção pouco tem servido** (FERREIRA FILHO, 1999, p. 52 – grifo nosso).

Aos olhos de Pulido, essa reconstrução da faceta objetiva dos Direitos sociais, também defendida por Böckenförde, possui a virtude de oferecer pelo menos algum parâmetro para a aferição substancial do grau de vinculação do legislador, a uma por estabelecer uma "*proibição da inatividade absoluta, a qual implica a proibição de não adotar nenhum meio idôneo"* para atingir o fim pré-estabelecido pela norma (1); a duas, pela proibição de adoção de "*meios tão iníquos ou irrisórios"* que implicam uma *"desatenção evidente e grosseira do fim"* (2)*;* e finalmente, *"pela proibição de suprimir as medidas legislativas que tendem a realizar o fim constitucionalmente previsto, uma vez que tenham sido adotadas"* (3), ou, ainda, pela proibição de uma *"redução que ultrapasse os limites da desatenção grosseira do fim"* (4), estas duas últimas manifestas na cláusula de proibição do retrocesso social (PULIDO, 2008, p. 160-161).

O problema é que essa concepção, assim como a anterior, continua a acreditar na superioridade dos Direitos de *primeira geração* sobre os Direitos sociais e econômicos. Ambas mantêm-se fiéis à crença de que estes últimos viriam positivados em disposições marcadas por alto grau de indeterminação (i). Ambas acreditam que os Direitos de *primeira*

dimensão seriam meramente negativos, ao passo que os Direitos sociais e econômicos seriam positivos 'por natureza' (ii) [538]. E isso acaba por levá-las a acreditar que a proteção dos primeiros seria mais fácil que a proteção destes últimos (iii). Como ainda teremos a oportunidade de explicar, (i) e (ii) não resistem ao teste de racionalidade pós-metafísico decorrente da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. Aliás, desde a tese de Holmes e Sunstein – que já tivemos a oportunidade de estudar no capítulo anterior –, (ii) vem sendo sistematicamente abandonada como critério capaz de distinguir os Direitos de *primeira* dos de *segunda dimensão*. Para completar, (iii) é completamente esfacelada pelas argumentações carreadas por Hierro:

> É difícil, se não impossível, conceber como poder-se-ia levar a cabo uma fácil e imediata proteção o direito de propriedade, do direito de sufragio, do direito à vida, da liberdade de expressão ou do direito à honra sem a mediação da legislação civil, da legislação eleitoral, da legislação penal e da legislação procesual. A principal diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais não se localiza, no tocante aos efeitos de sua justiciabilidade, em que os primeiros não requerem a mediação do legislador e os segundos sim, mas em que a mediação legislativa para configurar os direitos já estaba, em grande medida, satisfeita na tradição jurídica occidental (vida, propriedade, liberdade de comercio, honra etc.) e foi corrigida e completada – principalmente mediante sua generalização formal e sua sistematização – no período das revoluções burguesas enquanto que tal mediação para configurar os direitos sociais se inicia, básica e tímidamente, no século XX e está todavía fazendo-se (HIERRO, 2009, p. 197-198) [539].

Não estamos, com esse argumento, negando as considerações desfiadas nos capítulos anteriores, legadas de uma hermenêutica concretista. O que estamos a dizer é que a mediação

---

[538] Por muito tempo, essa foi uma das *principais* teses invocadas para a distinção entre Direitos individuais e políticos (a) e Direitos sociais, econômicos e culturais (b). Autores clássicos do constitucionalismo brasileiro, a despeito de reconhecerem a fundamentalidade dos Direitos Sociais, nem sequer questionam essa tese, salientando, por exemplo, que os Direitos Fundamentais de primeira geração *"ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim,* ***são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado****"* (BONAVIDES, 2007, p. 563-564 – grifo nosso). Posição idêntica é defendida por Ferreira Filho, para quem *"Tais direitos, na verdade,* ***correspondem a um dever de abstenção, de não intervir por parte do Estado****."* (FERREIRA FILHO, 2003, p.246 – grifo nosso). Em contrapartida, os Direitos Fundamentais de segunda geração *"reclamam uma ação positiva por parte do Estado, um prestar, sem o que eles são direitos inefetivos"* (FERREIRA FILHO, 2003, p. 247). Segundo Bonavides, estes Direitos Fundamentais *"passaram primeiro por um período de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa,* ***em virtude de sua natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos****"* (BONAVIDES, 2007, p. 564 – grifo nosso). Para mais detalhes acerca da tese de Bonavides, vide tópico 5.2.4.2.

[539] Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevar-se a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor etc.) y fue corregida y completada – principalmente mediante su generalización formal y su sistematización – en el período de las revoluciones burguesas mientras que tal mediación para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose.

legislativa agrega conteúdo ao programa normativo constitucional, ao carrear novos pontos de partida que não podem ser desconsiderados quando da concretização da norma. Em outros termos, estamos apenas reiterando que os discursos de fundamentação agregam conteúdo à Constituição, assim como os discursos de aplicação, que complementam os primeiros.

O que mais intriga é ver como os pressupostos de concepções tão frágeis continuam a ser reiterados por inúmeros pensadores, desde aqueles que são adeptos de posições cuja marca característica é a cisão dos Direitos sociais em fundamentais e não-fundamentais, até outros que defendem posições 'mais progressistas'. Em momento oportuno, voltaremos com mais cuidado a essa questão.

5.2.3 As concepções intermediárias: o 'conservadorismo moderado'

Após tratar de todas as posições anteriores, podemos passar à análise de algumas concepções intermediárias entre (A) e (B). Conforme já dissemos, referir-nos-emos a essas concepções pelo nome de *conservadoras moderadas* (Grupo C).

A hibridez e a proposta de cisão dos Diretos Sociais em fundamentais e não-fundamentais são as marcas compartilhadas pelas duas concepções que abordaremos, a saber, a delineada, na Espanha, por Gregorio Peces-Barba (C.1), e a desenvolvida, no Brasil, por Ricardo Lobo Torres (C.2).

Começando por (C.1), é oportuno dizer que seus pressupostos, sobretudo em relação a uma categoria de Direitos que Peces-Barba chama de *Sociais incompletos,* em muito se parecem com os que acabamos de estudar. Nosso autor distingue os Direitos Sociais em três categorias distintas, a saber, aqueles que poderiam ser totalmente equiparados aos Direitos de liberdade ou de participação política (1)[540]; aqueles que possuiriam uma estrutura e uma organização similar à dos Direitos clássicos (2)[541]; e, finalmente, aqueles *Direitos Sociais incompletos,* dotados apenas de uma faceta objetiva, porquanto dependentes da ação deliberativa do legislador para adquirir fundamentalidade plena(3) (PECES-BARBA, 2009: 93-94).

---

[540] *"En primer lugar, están los derechos sociales que se encuentran totalmente equiparados a los derechos de libertad o de participación política, porque están plenamente desarrollados con financiación total y son justiciables plenamente, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El ejemplo claro en el derecho español es el reconocimiento y la garantía de la enseñanza básica, obligatoria e gratuita (art. 27.4), en el marco genérico del derecho a la educación y de la libertad religiosa"* (PECES-BARBA, 2009, p. 93).

[541] *"En según lugar, están los derechos sociales, que tienen una estructura y una organización similar a los derechos clásicos de libertad y que, por consiguiente, no tienen problemas de financiación, ni suponen dificultad para ser justiciables: lo son en plenitud, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Me refiero a la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28.1 y 28.2)*" (PECES-BARBA, 2009, p. 93).

Entre os *Direitos Sociais incompletos*, Peces-Barba ressalta o direito à proteção social da família, dos filhos e das mães (art. 39), o direito à formação e readaptação profissional, à seguridade e higiene no trabalho (art. 42.2), à seguridade social (art. 41), **à proteção da saúde** (art. 43), ao acesso à cultura (art. 44.1), o direito ao meio ambiente e à utilização racional dos recursos naturais (art. 45), à habitação (art. 47), à suficiência econômica dos cidadãos de terceira idade (art. 50), à defesa dos consumidores e usuários (art. 51) (2009: 94).

Aos seus olhos, esses Direitos possuem como destinatários não os cidadãos, mas os representantes das três funções estatais (executiva, legislativa e judiciária), estando condicionados, ainda, à existência de recursos econômicos para sua salvaguarda[542]. Em que pese essa condicionante, nosso autor reconhece uma qualidade jurídico-vinculante a essas normas, nos moldes, agora sim, da defendida pela vertente majoritária das normas programáticas:

> No se puede exigir su garantía y reconocimiento por los tribunales si no existe ley que los desarrolle, **pero los posibles beneficiarios están protegidos porque sí es obligatorio su respeto por los tres poderes del estado, que no podrán actuar contra ellos, que no podrán realizar políticas ni construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros** (PECES-BARBA, 2009, p. 94-95 – grifo nosso).

Nesse sentido, ele chega a vislumbrar um controle jurisdicional das leis e políticas públicas implementadas, respectivamente, pelo Legislativo e pelo Executivo[543].

No Brasil, talvez o autor que mais se aproxime desse viés de *conservadorismo moderado* seja Ricardo Lobo Torres (C.2). Ele também compartilha da proposta de cisão dos Direitos sociais em fundamentais e não-fundamentais, além de ver uma condicionante destes últimos à *reserva do possível* e à *reserva orçamentária*, conceitos que opta por distinguir[544]. Mas os pontos de convergência entre (C.1) e (C.2) encerram-se nessas características.

---

[542] *"Es verdad, como dice el profesor Alexy, que existe una dificultad para la consideración de los derechos sociales como derechos plenos por ser difícilmente justificables y también,* ***porque suponen un esfuerzo económico cuantioso que choca con la escasez, que es una realidad en la que se encuentran*** *todas las sociedades. En todo caso, esas dificultades no diluyen el mandato radical de la constitución de remover los obstáculos y promover las condiciones para que la libertad y la igualdad puedan ser reales y efectivas para todos, aunque sí obligan a distinguir entre los derechos sociales en distintas categorías"* (PECES-BARBA, 2009, p. 92 – grifo nosso).

[543] "[...] *es adecuada la acción del juez constitucional para controlar el desarrollo legislativo de los derechos sociales constitucionales y del juez contencioso-administrativo para realizar la misma tarea en relación con los reglamentos y con su conformidad con la constitución y las leyes. Es especialmente relevante la acción del juez constitucional en los derechos incompletos del grupo tercero* (…). *En estos casos, el juez actúa en garantía de la constitución y también de esos derechos sociales no desarrollados pero que poseen un contenido esencial constitucional que no puede ser transgredido"* (PECES-BARBA, 2009, p. 100-101).

[544] Aos olhos de Torres, a *reserva do possível* não caracterizaria um princípio jurídico, muito menos um limite dos limites dos Direitos Fundamentais, "*mas um conceito heurístico aplicado aos Direitos sociais, que na Alemanha não se consideram fundamentais.* ***Equivale à 'reserva democrática', no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador****. Não se confunde com a expressão reserva do orçamento, que pode se incorporar se a*

Torres trabalha com uma noção de *mínimo existencial* que norteia toda a sua concepção. Aos seus olhos, esse *mínimo* equivale ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais, mais especificamente, ao núcleo intocável e irrestringível desses Direitos. Fundamentais, diz ele, são apenas os Direitos Sociais vinculados a essa noção de *mínimo existencial*, especificamente, aqueles que compõem o núcleo essencial dos Direitos de justiça. Em outras palavras, Direitos Sociais Fundamentais são *apenas* aqueles Direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, ou seja, aqueles que se transformam em condições de liberdade[545][546] (TORRES, 2001, p. 281-298; 2008ª, p. 315-316; 2008b, p. 75).

Esses pressupostos aproximam a concepção de nosso autor de algumas daquelas que integram o grupo (D), especificamente por compartilhar com estas a tese do mínimo existencial como conteúdo essencial duro dos Direitos Fundamentais liberais e sociais[547]. Sob

---

pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo legislativo. [...] ***A 'reserva do possível' não é aplicável ao mínimo existencial****, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa"* (TORRES, 2008a, p. 324-325).

[545] *"Os Direitos Fundamentais originários são os direitos de liberdade, ou direitos individuais, ou liberdades públicas, declarados no artigo 5º da CF e nos grandes textos internacionais. Aproximam-se do que alguns autores chamaram de direitos humanos de 1ª geração.* ***Os direitos fundamentais sociais, que também compõem o quadro do mínimo existencial, são os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, e que se transformam em condições da liberdade.*** *Os Direitos sociais, enumerados nos arts. 6º e 7º e em inúmeros documentos internacionais, que não sejam tocados pelos interesses fundamentais, permanecem como direitos não-fundamentais, estranhos ao campo do mínimo existencial"* (TORRES, 2008, p. 315-316 – grifo nosso). Para mais detalhes acerca da posição de Torres, vide (TORRES, 2001, p. 281-298)

[546] A posição majoritariamente defendia pela Jurisprudência Constitucional Colombiana acerca do Direito à saúde também está assentada nesses pressupostos. Segundo Arango, *"[...] a jurisprudência constitucional reconhece o duplo caráter do direito à saúde, às vezes como fundamental e outras como direito constitucional de ordem social. Na sentença T-484 de 1992, a Corte expressa este caráter duplo, em ocasiões somente discerníveis no caso concreto. Tal tese é calcada na doutrina constitucional que distingue entre os direitos fundamentais como direitos subjetivos e diretamente exigíveis por seus titulares e os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, que requereriam, para sua exigibilidade, desenvolvimento legal prévio (sic.). Não obstante, a jurisprudência constitucional vem sustentando de maneira contínua e consistente que direitos do segundo grupo apresentam, em certos momentos, o caráter de fundamentais, especialmente perante a tese da similaridade inseparável entre o direito social, neste caso a saúde, e outros direitos fundamentais* ***de per si****, como por exemplo o direito à vida, no sentido de que a prestação do serviço de saúde é condição* ***sine qua non*** *para a proteção adequada deste direito. Na sentença T-533 de 1992, a Corte mostra como, no caso concreto de um indigente que requeira uma intervenção cirúrgica para não perder a visão, o direito à saúde adquire o caráter fundamental, posto que as conseqüências, de maneira imediata, se revelam como um estado de coisas contrárias ao quisto pela ordem constitucional, a qual protege a vida e a integridade física das pessoas. [...] A discussão da jurisprudência constitucional centrou-se no alcance da similaridade, isto é, na determinação de quais são os respectivos direitos fundamentais aos quais cabe reconhecer a similaridade do direito à saúde e, em conseqüência, se tutela como direito fundamental. Ao passo que na sentença T-499 de 1992 se extende à vida digna, à integridade, ao livre desenvolvimento da personalidade. Porém, tal variação tem-se apoiado, basicamente, na doutrina do direito fundamental ao mínimo vital, fórmula esta que resume todos os direitos fundamentais em cuja semelhança o direito à saúde adquire o caráter fundamental. Por direito fundamental ao mínimo vital a Corte vem entendendo como a posição jurídico-constitucional que assegura o mínimo material necessário para garantir as condições de uma subsistência de acordo com a dignidade humana"*(ARANGO, 2008, p. 723-725).

[547] Na concepção de Torres essa cisão faz todo o sentido.

a ótica de Torres, esse conteúdo essencial equivalente ao *mínimo existencial*, que se manifesta de três formas distintas: como mínimo do mínimo, em seu *status negativus libertatis* (i); como mínimo do mínimo em seu *status positivus libertatis* (ii); e como máximo do mínimo, aberto para as políticas públicas (iii).

Segundo ele, do ponto de vista do *status negativus libertatis*, o mínimo existencial sofre limitações fáticas que podem comprometer seu exercício. Isso acontece em *"casos de extrema injustiça ou insegurança decorrentes de subversão da ordem pública, de guerra e calamidades públicas"*, quando as ofensas à vida e à dignidade humana *"não podem ser evitadas pelo Estado nem geram responsabilidade civil"* (TORRES, 2008a, p. 329).

Já como *status positivus libertatis*, referente à proteção positiva dos Direitos Fundamentais liberais e sociais, esse mínimo está condicionado à *reserva orçamentária e à liberdade fática*, que devem ser ponderados com o princípio democrático e com o princípio da competência do legislador (TORRES, 2008a, p. 331). Segundo nosso autor, isso significa que a superação *"de eventual omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários"*, os quais abrangem instrumentos de despesa pública e privada. Caso não haja dotação orçamentária, *"a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário*". A este compete apenas reconhecer *"a intangibilidade do mínimo existencial"* e determinar aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis (TORRES, 2008b, p. 83).

Para dizer de forma mais simples, a imunidade tributária no uso de serviço público divisível e específico por pessoas 'necessitadas', como o serviço judicial gratuito[548](a), bem como o recebimento de serviços gratuitos na área da educação e da saúde (b), e, ainda, de *bens públicos*[549] como roupas, remédios e alimentos em casos de calamidade pública (c) ou dentro de programas de assistência à população carente (d), jamais poderiam ser deixados à discricionariedade judicial (reserva do possível), mas estariam condicionados às limitações fáticas e jurídicas desafiadas pela atividade orçamentária (reserva do orçamento).

---

[548] No Brasil esse serviço é regulado pela lei 1060/50.

[549] Segundo Murphy e Nagel, os bens públicos *"consistem nas condições mínimas que, em qualquer teoria do governo, são consideradas necessárias para todas as demais vantagens da civilização: paz e segurança dentro do país, algum tipo de sistema jurídico e proteção contra invasões estrangeiras. Os bens públicos* ***são definidos como aqueles que não podem ser fornecidos a ninguém a menos que sejam fornecidos a todos.*** *Se os crimes violentos, a poluição ambiental, o risco de incêndio e a ameaça de doenças transmissíveis são mantidos sob controle dentro do território, todos os que vivem nesse território beneficiam-se disso automaticamente e ninguém pode ser excluído desses benefícios"* (2005:62 – grifo nosso). Ao que parece, o raciocínio de Torres até se coaduna com essa concepção no que tange aos serviços (c), mas não é compatível com ele no que se refere aos serviços (d). Em todo caso, ele tenta amenizar essa contradição ao sustentar que *"As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva.* ***Embora paradoxal, o mínimo existencial protege pobres e ricos dentro do limite necessário da liberdade****"* (TORRES, 2008a, p. 333 – grifo nosso).

Esse raciocínio é complementado por Torres com a consideração de que, especialmente em países em desenvolvimento, as prestações positivas e negativas afetas ao mínimo existencial, inclusive as decorrentes de políticas públicas judicializadas, *"devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo"* (TORRES, 2008a, p. 333).

No que se refere aos Direitos sociais não-fundamentais, no entanto, a situação muda drasticamente. Quanto a estes, Torres repete literalmente a posição (A.1), analisada no tópico 5.2.1. Aos seus olhos, os Direitos sociais não-fundamentais jamais se confundem com o mínimo existencial. Enquanto este prescinde da mediação legislativa, os Direitos sociais e econômicos dependem integralmente da concessão do legislador. Expressos por normas de conteúdo meramente programático, *esses Direitos* restringir-se-iam a fornecer diretivas ou orientações para o legislador, não gozando, portanto, de *eficácia vinculante* (sentido clássico) (TORRES, 2008b, p. 80):

> Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a 'reserva do possível' ou da 'soberania orçamentária do legislador', ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos (TORRES, 2008b, p. 81).

Com isso, nosso autor termina por defender uma posição muito parecida com a de Peces-Barba em relação aos Direitos sociais não-fundamentais, a despeito de negar, ao contrário do último, qualquer vínculo jurídico aos aludidos 'Direitos'.

O que nos deixa pasmos, com o devido respeito, é a quantidade de contradições existentes principalmente na concepção defendida por Torres. Surpreende-nos a facilidade com que este aproxima algumas concepções de Alexy, tais como a *lógica da ponderação*[550] inerente aos Direitos sociais, de outras posições próprias à teoria interna dos Direitos Fundamentais. Ele nem sequer se dá ao trabalho de justificar sua posição, pressupondo uma compatibilidade que, em verdade, não existe. Para sermos mais diretos, sua concepção de mínimo existencial como conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais é clara e

---

[550] *"Alexy já havia percebido que 'uma posição jurídica prestacional está garantida definitiva e jusfundamentalmente quando: (1) a exige urgentemente o princípio da liberdade fática [...], (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio da democracia (incluída a competência orçamentária do Parlamento [...]), assim como (3) os princípios materiais opostos (especialmente aqueles que entendem com a liberdade jurídica dos outros) são afetados de modo relativamente reduzido através da garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional'"* (TORRES, 2008b, p. 82).

evidentemente tributária da noção de limites imanentes, conceito que é proveniente da Teoria interna, com a qual Alexy não trabalha[551]. Isso fica evidente nas seguintes considerações:

> [...] **o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente** porque constitui **o conteúdo essencial dos direitos fundamentais**, que é **irredutível por definição** e **insuscetível de sopesamento.**
> **O mínimo existencial é regra,** porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e **não se sujeita à ponderação.** [...]
> O conteúdo essencial é o **núcleo intocável** e **irrestringível** dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado (TORRES, 2008a, p. 316-317 – grifo nosso).

Ora, se é assim, só nos resta perguntar a Torres como algo imponderável sujeitar-se-ia, sobretudo em seu *status positivus libertatis*, a ponderações jurídicas próprias à *submáxima do sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito*. Isso não seria, conforme já explicamos no capítulo anterior, notadamente no tópico 4.2.2, como tentar misturar água e óleo, para usarmos uma metáfora de todos conhecida? Se tivermos algum compromisso com um mínimo de coerência teórica, a resposta é obviamente positiva. Como se não bastasse esse problema, que, como ainda veremos, se repete em algumas das concepções 'mais progressistas' sobre os Direitos sociais, a posição defendida por Torres ainda está fundada em uma visão liberal – ou no mínimo minoritária – acerca das normas constitucionais programáticas[552].

Quanto a Peces-Barba, o cerne de sua concepção encontra-se ainda fincado na diferença entre 'Direitos negativos' e 'positivos'. Mas, a nosso ver, essa é uma pré-compreensão ultrapassada, conforme percebem Holmes e Sunstein (1999), e com eles quase toda a doutrina nacional e estrangeira que se volta para o tema[553].

---

[551] Para mais detalhes, remetemos nossos eventuais leitores ao tópico 4.2.2, localizado no capítulo anterior.

[552] Há muito se firmou como majoritária a concepção que enxerga o caráter jurídico-vinculante das aludidas disposições normativas (NEVES, 2007, p. 113-114).

[553] Recentemente, quase todas as abordagens acerca dos Direitos Fundamentais, no Brasil e no mundo, fazem referência a essas teses. Dos autores que estudamos, encontramos menção ao tema em (SARLET, 2009, p. 285; 2008b, p. 190; SARMENTO, 2008, p. 555; BELLO, 2008, p. 182; MENDONÇA, 2008, p. 231; CRUZ, 2007; 2008b; LEIVAS, 2008, p. 289; BRANDÃO, 2008, p. 464; COURTIS, 2008, p. 490; SOUZA NETO, 2008, p. 527; SILVA, 2008, p. 591-594; BARROSO, 2008, p. 877; SCAFF, 2010, p. 24-25; SCAFF, M. 2010, p.290; FIGUEIREDO, 2007, p.35; LEAL, 2009, p.100; LOPES, 2008, p. 175-176; ZANITELLI, 2008, p. 209 e HIERRO, 2008, p. 191, para ficar em apenas alguns exemplos). Isso só demonstra como o debate lançado por Holmes e Sunstein (1999) transcendeu o horizonte norteamericano. No entanto, as concepções e abordagens dos autores referenciados são bastante ecléticas. A despeito disso, todos eles reconhecerem, ainda que alguns o façam com muita resistência e com inúmeras ressalvas, a face onerosa comum a todos os Direitos Fundamentais. Ainda analisaremos essa questão com mais detalhes no curso deste capítulo.

5.2.4 As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva aos Direitos Sociais

Até agora, nenhuma das concepções anteriormente analisadas reconhecia suficientemente a normatividade dos Direitos Sociais. Isso se devia, principalmente, à negativa de uma *faceta subjetiva*[554] aos aludidos Direitos, o que inviabilizava seu resgate pela via judicial, independentemente de mediação legislativa.

---

[554] O conceito de direito subjetivo, conforme ensina Lima (2008), comporta inúmeras concepções. Em sua ótica, a primeira concepção acerca do tema, proveniente do Direito privado, possui raízes no pensamento de Ockham, para quem a *"a noção de direito passa a ser identificada como poder"*, tendo sido *"desenvolvida por Hugo Grotius e Samuel Pufendorf, recebendo consagração legislativa no Código Civil de 1804"*. Tais formulações estariam *"na base do conceito que restou marcado no século XIX – quando se constroem os conceitos até hoje usados pelos civilistas – pelo debate teórico entre Savigny e Jhering"* (LIMA, 2008, p. 272). Essas considerações estão corretas, mas merecem ser complementadas. Em nossa ótica, o conceito clássico de *Direito subjetivo* também recebeu influência da noção de *Direito de resistência*, desenvolvida no início da era moderna, a partir das leituras atribuídas às teorias reformistas de *Lutero* e *Calvino*. É verdade, como explicamos em (DUARTE, 2008b), que *Lutero* e *Calvino* nunca pretenderam construir uma teoria política que fundamentasse o Direito de resistir, mas acabaram por dar oportunidade ao seu surgimento: *"Ambos despenderam esforços para reafirmar a ideia bíblica de salvação eterna, fruto da graça de Deus, consubstanciada por meio da morte de Cristo na cruz, e que se confirmaria ao cristão por meio da Fé, e Fé em Jesus Cristo apenas.* ***Ocorre que a revolução religiosa, provocada pelas teses de Lutero e Calvino, a despeito de umbilicalmente ligada às questões da Fé, não se limitou a essa seara, dando azo a que, à perseguição dos novos convertidos ao protestantismo a partir de 1530, se opusessem teorias que culminaram na concepção do Direito/dever de Resistir.*** [...] *até 1530, era evidente que Lutero não balizava a noção do Direito ativo de resistência, porquanto sua posição consistia em que, diante de um governante indigno, o cristão devesse, no máximo, desobedecer passivamente às suas ordens. [...] Daí dizer-se, e com razão, que Lutero coadunasse com as monarquias absolutistas, as quais já começavam a surgir na Europa.* ***Ocorre que "após anos de vacilações e concessões, os governos católicos do Norte da Europa voltaram-se com violência contra os reformadores", o que, por conseguinte, ocasionou no rompimento da paz entre o catolicismo e o protestantismo, a começar na Alemanha e seguida na Inglaterra, Escócia e França. Essa ocasião levou os seguidores do luteranismo e do calvinismo a reagirem, primeiro com pena, e depois com espada*** **[...]** *como bem noticia Skinner (2004), (sic.) no início da crise, os Calvinistas ainda manifestavam apoio à obediência política passiva, postura muito parecida com a dos Luteranos de 1520.* [...] *Ao contrário dos Calvinistas, os Luteranos encontraram pouca dificuldade para defender a ideia da resistência ativa ao Imperador quando, em 1546, resolveram declarar (sic) guerra a Carlos V, na Alemanha, ante a desconsideração do protesto formal por eles dirigido à 'Dieta Imperial de 1530'.* ***À época, duas teorias já haviam se afirmado para fundamentar juridicamente o Direito de resistir: a Teoria do Direito Privado concebida por Brück, a qual foi posteriormente seguida pelos Calvinistas do Norte Europeu, na Escócia e na Inglaterra; e a Teoria Constitucionalista, de Felipe de Hesse (1529), reiterada nos anos que se seguiram por Bucer, Osiander e outros autores luteranos, à qual aderiram os Calvinistas do continente (centro da Europa)"*** (DUARTE, 2009b, p. 6833-6834 – grifo nosso). Essas questões, ao menos em nossa visão, contribuem para a consolidação da concepção do Direito subjetivo como *poder absoluto*, sobretudo por reforçar o conceito de liberdade como livre-arbítrio (autonomia privada) – legado de uma vasta *ala* do cristianismo, a englobar católicos e muitos vieses protestantes, que complementou a noção de liberdade que vinha da Grécia, a liberdade como autogoverno (autonomia pública) (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 117-118). É sob influência desses ideais que Kant fornecerá *"as bases filosóficas para a construção do conceito de direito privado como um sistema de atributos jurídicos do sujeito postos para a consecução de seus fins, segundo a lógica individualista. A ordem liberal subjacente necessitava, para seu funcionamento ideal, que o homem fosse entendido como sujeito de direito abstrato, dotado de igualdade formal, e de uma esfera de direitos tendencialmente ilimitados"* (LIMA, 2008, p. 272-273). Influenciadas pelas bases kantianas, surgirão, no século XIX, a *teoria da vontade*, segundo a qual *"O direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade livre do homem, que o ordenamento protege e confere"*, e a *Teoria do Interesse* (Ihering), que altera o conceito de direito subjetivo para entendê-lo como *"interesse juridicamente protegido"* (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 119). Essas são as noções que serão transplantadas para o Direito Constitucional pela teoria liberal (SARMENTO, 2004, p. 133). Mas com a transição do paradigma constitucional liberal para o paradigma constitucional social, e posteriormente, deste para o paradigma constitucional democrático, releituras serão procedidas não apenas ao conceito clássico de

É bem verdade que os *conservadores moderados,* cujas concepções analisamos no tópico anterior, chegaram a aproximar-se bastante de algumas das vertentes integrantes do grupo (D), sobretudo no tocante aos Direitos por eles identificados como Sociais Fundamentais. No entanto, essa aproximação foi tímida. Além de não trazer benefícios para os Direitos identificados como Sociais não-fundamentais, os pressupostos compartilhados pelas concepções do grupo (C) mostraram-se sobremodo problemáticos, a começar pela própria cisão *a priori* entre Direitos Fundamentais.

Neste tópico, como inicialmente já dissemos, pretendemos investigar algumas propostas que transcendem as concepções anteriormente delineadas, na direção do reconhecimento de uma faceta subjetiva aos Direitos sociais (Grupo D). Para facilitar a exposição, dividiremos essas posições em dois subgrupos, tendo em vista a amplitude da dimensão subjetiva reconhecida aos aludidos Direitos.

5.2.4.1 As concepções que reconhecem uma *faceta subjetiva* restrita aos Direitos Sociais

A primeira das concepções que reconhece, em sua inteireza, uma dimensão subjetiva aos Direitos Sociais o faz de uma forma um tanto tímida. Essa concepção é defendida, dentre outros, por J. J. Gomes Canotilho, particularmente, na primeira fase de seu pensamento, e, no Brasil, por José Afonso da Silva.

Antes de qualquer outra coisa, convém esclarecer que, em sua primeira fase, o pensamento de Canotilho encontrava-se 'essencialmente' assentado na leitura *pré-ordenante*[555] da Constituição dirigente[556]. É essa fase de seu pensamento que influencia sobremaneira a doutrina constitucional no Brasil[557]. Já a segunda fase de sua 'obra', iniciada principalmente a partir de meados da década de 1990, caracteriza-se por incorporar,

---

Direito subjetivo, mas também ao de Direitos Fundamentais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34 *et. seq.*). Neste tópico, tentaremos explicar como alguns pensadores, a partir da releitura dos Direitos Humanos Fundamentais – a englobar agora, dentre outros, os Direitos sociais, econômicos e culturais – passaram a defender *a extensão da face subjetiva* também a estes últimos.

[555] A expressão Constituição *pré-ordenante* foi criada por Rodolfo Viana Pereira em sua tese de doutoramento, que foi convertida, em parte, no livro *Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da Constitucionalidade.* Em suas palavras, a constituição pré-ordenante é impositiva, *"eis que sustentada sobre uma legitimação substancial, um núcleo ético-moral bem definido acerca dos valores fundamentais da sociedade e dos objetivos prioritários do Estado"* (PEREIRA, 2008, p. 83). *"Os direitos fundamentais pressupõem* ***concepções de Estado e de constituição*** *decisivamente operante na actividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais. Significa isso* ***pré-compreende*** *uma teoria dos direitos fundamentais, no sentido de uma concepção sistemanticamente orientada para o caráter feral, finalidade e alcance intrínseco dos direitos fundamentais"* (CANOTILHO, 1993a, p.: 505).

[556] *"A teoria da Constituição dirigente procurou associar o recorte categorial de tipos de normas constitucionais – normas-fim, normas-tarefa, imposições constitucionais – a uma teoria das* ***tarefas do Estado****"* (CANOTILHO, 2001, p. 15).

[557] Ainda trataremos essa questão com maior grau de detalhamento no tópico seguinte.

gradativamente, o viés *moralmente reflexivo*[558] originalmente desenvolvido por Ulrich Preuss. Nela, Canotilho não abdica totalmente da leitura *pré-ordenante* da Constituição, mas procura equilibrá-la dialeticamente[559][560] com uma postura *pós-ordenante*[561], isto é, "*dialógica, eis que sustentada sobre uma legitimidade procedimental, um núcleo ético-discursivo aberto à multiplicidade dos valores sociais e dos objetivos fundamentais"* (PEREIRA, 2008, p. 83).

Esclarecido esse ponto, podemos dizer que, durante a fase do dirigismo *puro*, Canotilho avançou de uma concepção segundo a qual os Direitos Sociais seriam verdadeiros *comandos objetivos* (B.2) – defendida na primeira edição da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (1982) – para, quase dez anos depois[562], reconhecer os aludidos

---

[558] Segundo Pereira, o Constitucionalismo moralmente reflexivo, originalmente desenvolvido por Ulrich Preuss e seguido de perto por Canotilho, "*designa um modo específico do operar constitucional que se torna sensível a questões morais, sem que perca a capacidade de construir e reconstruir processos de ajustamento e de crítica. A constitucionalidade se permite, assim, assumir o risco de incorporar em sua dimensão pré-discursiva certos postulados éticos e problemas morais que permitem o amálgama político-social, ainda que sob um título potencialmente provisório, não absoluto e contextualizado, já que também funda, paralelamente, foros, instituições e procedimentos habilitados ao exercício da revisão"* (PEREIRA, 2008:, p. 103-104). Particularmente, ao contrário do que pensa Pereira (2008: 86 *et. seq.*), vemos entre essa concepção e aquela delineada por Habermas – que em nossa exposição chamamos de *crítico-deliberativa*, seguindo a Cittadino (2000) e Cruz (2007) – uma grande proximidade. Nossa leitura é corroborada por Canotilho, que ao referir-se à concepção habermasiana acerca dos Direitos Humanos Fundamentais, a ela se reporta justamente como *moralmente reflexiva* (CANOTILHO, 2008c, p. 125-126). Aos nossos olhos, 'o rótulo' imputado à concepção habermasiana pouco importa. Mas é importante que fique claro que a concepção de Habermas está assentada em uma moralidade *pós-convencional*, que justamente por ser reflexiva e discursiva, procura racionalizar a moralidade *convencional* (ética) proveniente do *mundo da vida*. E, sinceramente, precisaríamos fazer uma pesquisa mais aprofundada na vertente moralmente refexiva para dizer, com mais firmeza, que esse seja o nível de moralidade por ela trabalhado. Isso, no entanto, deslocar-nos-ia em demasia de nossos objetivos, pelo que deixamos essa investigação para uma outra oportunidade.

[559] *"Na medida em que a constituição transita contextualmente pelos universos da* ***pré e pós-ordenação, do discurso e do comando, do procedimentalismo e da substância, os termos capacidade de ajuste e possibilidade de compatibilização substituem, de modo mais adequado, conceitos como dialógica e dirigismo****. Evitando qualquer dicotomia discursiva rígida, essa funcionalidade do controle evidencia a competência constitucional para fixar trilhas procedimentais que estruturem –* ***controlem –*** *os modos através dos quais a soberania popular será potencializada, assegurados o pluralismo e o exercício da crítica"* (PEREIRA, 2008, p. 106).

[560] *"Como se verá, a ideia de diretividade constitucional terá ainda hoje sentido* ***quando inserida numa compreensão crítica próxima ao chamado constitucionalismo moralmente reflexivo"*** (CANOTILHO, 2001, p. IX – grifo nosso).

[561] As expressões *pré* e *pós-ordenante*, claramente, estão assentadas em uma noção de tempo cronológico. Exatamente por isso, a despeito de seu inegável teor didático, entendemos que o termo *pós-ordenante* não seja o mais adequado para designar a concepção habermasiana acerca da constituição, como o faz Pereira (2008: 86). Não menos problemática é a tentativa de combinar as duas expressões para se referir à aludida vertente teórica, justamente por passar a impressão de que exista algo pré-discursivo e algo pós-discursivo, o que contraria a noção de *tempo kairológico* que já antes explicamos no capítulo segundo. Por esse motivo, revemos nesse particular a nossa opção em (DUARTE, 2009). Não podemos deixar de agradecer a Cruz por ter chamado a nossa atenção para essa questão, além de ter pacientemente nos explicado a noção de *tempo kairológico*.

[562] Essa mudança foi influenciada pela *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy: "*O problema actual dos 'direitos sociais' ou direitos a prestações em sentido estrito está em 'levarmos a sério' o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efectivação prática (= accionalidade), não podemos considerar como 'aleluia jurídico' (C.Schmitt) o facto de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de*

Direitos como *"autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão"* (CANOTILHO, 1993a).

Basicamente, ele acoplou uma faceta subjetiva à anteriormente reconhecida dimensão objetiva[563][564] dos Direitos Sociais, para entendê-los como *direitos originários*[565][566]. Seu intento, nessa fase, era sustentar que os Direitos em análise, gozariam de *"uma posição jurídico-prestacional com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa"*, ainda que não fossem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses Direitos (2008a, p. 53 *et. seq.*; 1993a, p. 666).

Segundo Canotilho, a concepção dos Direitos Sociais como *direitos originários* acarretaria uma mudança na função dos Direitos Fundamentais, além de chamar a atenção para o problema de sua efetivação. A despeito de essa efetivação, em sua ótica, estar vinculada à 'reserva do possível' – concebida como a "*dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos 'recursos económicos'*" – ela não se reduziria a um simples 'apelo' ao legislador. Isso porque existiria uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas fossem necessárias para a efetivação desses Direitos (CANOTILHO, 1993a, p. 544).

O problema, nesse particular, é que tal como os adeptos das concepções integrantes dos grupos (A), (B) e (C), Canotilho continuava a vislumbrar *a dependência de recursos econômicos* como um limitador da efetividade *apenas* dos Direitos Sociais. Ademais, assim

---

tal modo fundamentais que a sua garantia, ou a falta desta, não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares. Nesse sentido se acolherá, como ponto de partida, a recente formulação de Alexy: 1) Direitos Fundamentais são posições de tal modo importantes que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares; 2) Um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa ***posição jurídico-prestacional****, quando esta for de tal modo importante, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia, não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares"* (CANOTILHO, 2008a, p. 52-53).

563 *"As normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objetiva de duas formas: (1)* ***imposições legiferantes****, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...]; (2) fornecimento de* ***prestações*** *aos cidadãos,* ***densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais****"* (CANOTILHO, 1993a, p. 667 – grifo nosso).

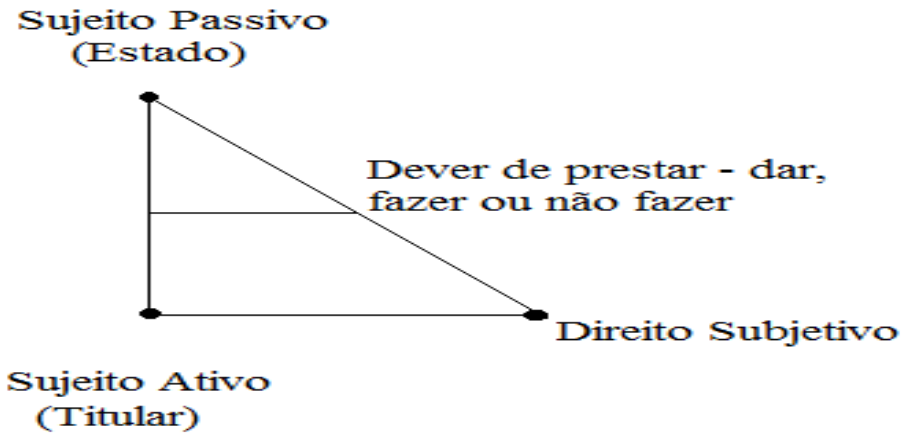
564 "[...] aos direitos fundamentais **não poderá hoje assinalar-se uma única dimensão (subjetiva) e apenas uma função (proteção da esfera livre e individual do cidadão).** Atribui-se aos direitos fundamentais **uma multifuncionalidade**, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente" (CANOTILHO, 1993a, p. 512).

565 *"Afirma-se a existência de* ***direitos originários*** *a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos"* (CANOTILHO, 1993a, p. 543).

566 *"A normatização expressa de direitos sociais, económicos e culturais na Constituiçao de 1976 significa o reconhecimento do proncípio da democracia económica, social e cultural não apenas como princípio* ***objectivo****, conformador de medidas estaduais, mas também como princípio fundamentador de* ***pretensões subjetivas****. [...] Trata-se de sublinhar que o* ***status*** *social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino [...]"* (CANOTILHO, 1993a, p.: 544).

como Peces-Barba, – e esta era uma pré-compreensão que relativizava seu desígnio inicial – ele continuava a acreditar que, a despeito de existirem alguns Direitos econômicos, sociais e culturais *"self-executing"*[567], a maioria deles assumiria a forma de *"direitos a prestações dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos"* (CANOTILHO, 1993a, p. 543).

A diferença em relação à concepção de Peces-Barba, e, sobretudo, à de Torres, ficava por conta da oposição, por parte de Canotilho, da tese de que esses Direitos não fossem verdadeiros Direitos Fundamentais[568]. Firme em sua compreensão *pré-ordenada* da Constituição portuguesa, nosso autor realmente parecia vislumbrar os Direitos sociais, sobretudo nessa primeira fase, dentro de uma estrutura obrigacional tridimensional e verticalizada (PULIDO, 2008, p. 163). Essa estrutura pressupunha a existência de *"um dever relacional do Estado e um direito subjetivo por parte do cidadão"* (CANOTILHO, 2008ª, p. 55). Podemos representar essa relação obrigacional da seguinte maneira:



Em síntese, os aludidos Direitos gerariam para o Estado (sujeito passivo) (i) um dever correlato à posição jurídico-subjetiva pertencente ao titular do Direito (sujeito ativo) (ii). Assim, a obrigação a ser adimplida pelo Estado consistiria justamente no *objeto do dever* (iii) (PULIDO, 2008, p. 163).

Aos olhos de Canotilho, o objeto da prestação concretizar-se-ia justamente nas posições jurídicas definitivas a alguns deveres de abstenção (a), no direito à vedação da

---

[567] *"Alguns direitos económicos, sociais e culturais não implicam, de forma automática, um* ***modus*** *de normatização uniforme, ou seja, uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos. Alguns direitos econômicos, sociais e culturais são direitos* ***self executing*** *(ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical e igualdade no trabalho)"* (CANOTILHO, 1993a, p. 543).

[568] *"O facto de estes direitos estarem dependentes da acção do Estado e apresentarem um inequívoco défice de exequibilidade e justificialidade, leva os autores a falarem de* ***aporia*** *dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, e a reconduzir a problemática dos direitos sociais para o campo da 'política social', ao mesmo tempo que se reduz o princípio da democracia econômica, social e cultural a uma* ***linha de direcção da actividade estadual.*** *Esté não é, contudo, o entendimento constitucional"* (CANOTILHO, 1993a, p. 544)

extrema inatividade, sobretudo legislativa (b)[569], no direito à interpretação conforme das leis em relação às disposições consagradoras de Direitos Sociais (c), no direito a igual participação nos direitos sociais derivados[570][571] (d), no direito à satisfação de um mínimo existencial (e), no direito ao não retrocesso social (f) (1993a, p. 541-542/668); (PULIDO, 2008, p. 164):

> Embora os direitos sociais, económicos e culturais estejam dependentes de uma reserva de medida legislativa (a *Messgabevorbehalt* de Häberle), e sejam considerados como *leges inperfectae* (Martens), eles possum relevante significado jurídico como direitos subjetivos. **Por um lado, as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas [...] Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão* [...] considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida** (CANOTILHO, 1993a, p. 545)

Aos olhos de Pulido, essa teoria deixa claro, apesar de se reconhecer ao legislador uma liberdade de configuração dos Direitos Sociais, que a aludida liberdade deveria respeitar um mínimo existencial consistente em: *"um mínimo de atividade legislativa, a satisfação do mínimo existencial e o direito ao não retrocesso nas prestações correspondentes ao núcleo essencial dos direitos sociais"* (PULIDO, 2008, p. 166).

---

[569] Como deveres de abstenção (a), *"os direitos sociais funcionam como posições de defesa que impõem ao legislador o dever de não restringir o direito dos particulares a trabalhar, a educar-se, a convocar uma greve"*, a zelar pela própria saúde mediante a prática de esportes e de uma alimentação balanceada ou a participar de negociações trabalhistas coletivas, para ficar em apenas alguns exemplos possíveis. Por sua vez, como vedação à extrema inatividade (b), esses Direitos manifestam *"proibições dirigidas ao legislador e à administração de menosprezar os fins que eles estabelecem"* (PULIDO, 2008, p. 164)

[570] Pulido esclarece que *"na doutrina alemã se distinguiu entre os direitos sociais originários e derivados. **Os direitos sociais originários** são posições jurídicas fundamentadas diretamente na Constituição, que prescrevem que um sujeito ativo (o indivíduo) tem direito a obter de um sujeito passivo (o legislador) uma prestação determinada (o objeto). **Os direitos sociais derivados** são, paralelamente, posições jurídicas fundamentadas nas leis que desenvolvem as disposições constitucionais, segundo as quais um sujeito ativo (o indivíduo) tem direito a obter de um sujeito passivo (a administração) uma certa prestação (o objeto) fixada pela lei"* (2008: 164 – grifo nosso). Canotilho incorpora essa dicotomia para sustentar que *"os Direitos económicos, sociais e culturais estão configurados na CRP* [Constituição da República Portuguesa] *como **direitos originários a prestações**, isto é, direitos fundados na constituição e não na lei. Alguns desses direitos têm vindo a ser paulatinamente concretizados através do legislador, falando-se em **direitos derivados a prestações**. [...] Esses direitos consideram-se radicados subjetivamente nos cidadãos, sendo inconstitucionais as medidas normativas que os eliminem ou restrinjam, violando os princípios da protecção e da confiança no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais"* (CANOTILHO, 1993a: 668).

[571] *"À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar **prestações existenciais dos cidadãos** (é o fenômeno que a doutrina alemã chama de **Daseinvorsorge**), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: "o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, **igual acesso aos serviços de saúde**, igual acesso à utilização das vias e transporte públicos); o direito **de igual quota-parte (participação)** nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez)"* (CANOTILHO, 1993a, p. 541-542).

Essa visão demasiadamente *pré-ordenada,* verticalizada e, a nosso ver, ainda tímida dos Direitos Sociais[572] só começará a ser revista por Canotilho a partir de 1996, quando, então, sua concepção permeará algumas das vertentes que serão investigadas mais adiante[573]. Em que pese essa realidade, será certamente a primeira fase de seu pensamento – somada a uma série de teorias desenvolvidas nos Estados Unidos e na Itália[574] – que influenciará sobremaneira a concepção de José Afonso da Silva acerca dos Direitos Sociais. Mas isso não significa que a concepção defendida por Afonso da Silva seja idêntica àquela delineada pelo 'primeiro' Canotilho.

Assim como o jurista português, Afonso da Silva fundamentou sua concepção em uma leitura *pré-ordenante* da Constituição da República Brasileira de 1988[575]. Ele também entendeu os Direitos Sociais dentro de uma estrutura obrigacional tridimensional e verticalizada. E, para completar, ainda possuía uma concepção igualmente tímida acerca da faceta subjetiva dos aludidos Direitos.

Para se ter uma noção, Afonso da Silva entendia que o grande desafio da Doutrina consistia em buscar os mecanismos constitucionais e os fundamentos teóricos hábeis para superar o "*caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de Direitos Sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática"* (SILVA, 2007, p. 140). Com isso, ele continuava a imputar a *falta de concretização* dos Direitos

---

[572] Até meados da década de 1990, Canotilho permanecia firme no sentido de vislumbrar os Direitos Sociais como direitos subjetivos a prestações oponíveis ao Estado. As ressalvas a essa leitura verticalizada eram **pontuais**, relacionadas com uma faceta negativa desses Direitos, como podemos vislumbrar, por exemplo, no caso do Direito à saúde: *"Tal como muitos outros 'direitos econômicos, sociais e culturais', também o* ***direito à proteção à saúde*** *comporta duas vertentes:* ***uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde****;* ***outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais*** *visando a prevenção das doenças e o tratamento delas"* (MOREIRA; CANOTILHO, 1993b, p. 342). Em regra, o regime misto da *eficácia vertical e horizontal* era incutido no Regime específico dos Direitos, liberdades e garantias. Para mais detalhes, vide (CANOTILHO, 1993a, p. 592 *et. seq.*)

[573] Para mais detalhes, vide tópico 5.2.4.2.3, na parte em que nos referimos à concepção *moralmente reflexiva* acerca dos Direitos Sociais.

[574] Referimo-nos às teses norte-americanas das normas *self-executing provisions and not self-executing provisions* e às teorias italianas acerca das *normas meramente diretivas* e das *normas preceptivas.* As teses norte-americanas, desenvolvidas no Brasil por Rui Barbosa, dividiam as normas em auto-aplicáveis, ou bastantes em si, e não auto-aplicáveis. Já as teorias italianas, para ficar em uma exposição sucinta, diziam que as normas preceptivas seriam aquelas que possuiriam natureza jurídica, enquanto as meramente diretivas seriam aquelas puramente programáticas, e, consequentemente, não dotadas de juridicidade. As normas preceptivas subdividir-se-iam em preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata (a) e preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata (b). Enquanto as primeiras conteriam comandos de aplicação direta e imediata, as segundas careceriam de normas jurídicas integrativas, sendo, pois, de aplicação direta mas não imediata. Já as normas diretivas se limitariam a indicar uma via ao legislador futuro, não excluindo, de modo absoluto, a possibilidade de que fossem emanadas leis que não lhes fossem conformes. Para mais detalhes acerca do tema, vide (SILVA, 2007, p. 73 *et. seq.*).

[575] A despeito de a primeira edição da obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* remontar a 1967, a versão a que tivemos acesso encontra-se devidamente atualizada com a Constituição da República de 1988. Utilizamos a sétima edição da referida obra.

Sociais ao simples fato de eles virem expressos na forma de normas programáticas, principalmente por insistir na tentativa de pré-definir a *eficácia da norma* com base em uma análise meramente sintática e semântica dos textos constitucionais.

Mas é igualmente importante salientar que, sob a ótica de Afonso da Silva, os Direitos Sociais seriam autênticos Direitos Fundamentais[576]. Além de normas de conteúdo programático dotadas de caráter jurídico-vinculante (dimensão objetivo-programática[577]), eles também gozariam de uma faceta jurídico-subjetiva[578], ainda que inexistissem as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição (SILVA, 2007, p. 151-152). Eles seriam Direitos a *prestações estatais positivas,* enunciados em normas constitucionais, que possibilitariam melhores condições de vida aos mais fracos, estando, pois, vinculados ao direito de igualdade. Ademais, seriam pressupostos para o gozo dos Direitos Individuais, justamente por criarem condições materiais para o aferimento da igualdade material e o exercício efetivo da liberdade. No tocante à aplicabilidade imediata, no entanto, a questão se tornava um pouco mais complexa:

---

[576] *"Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhe a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais conseqüente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do homem-social, e até 'se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real a uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades'.* ***A Constituição seguiu essa doutrina, incluindo-os entre os direitos fundamentais no seu Título II. Não lhes tira essa natureza o fato de sua realização poder depender de providências positivas do Poder Público****"* (SILVA, 2007:, p. 151 – grifo nosso).

[577] Convém ressaltar que, aos olhos de Afonso da Silva, as normas programáticas possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: *"I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça sociais e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem"* (SILVA, 2007: 164).

[578] Essa questão é claramente vislumbrada no paralelo por ele depreendido entre os Direitos individuais e os Direitos econômicos, sociais e culturais: *"'Pois as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta. Sua eficácia não depende da intermediação do legislador, desde que, "no curso do séc. XIX, (como denota Biscatti di Ruffia) a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação)'.* ***Esse fenômeno de subjetivação e de positivação começa a concretizar-se também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a disciplinã-las, sistematicamente, como elementos sócio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito****"* (SILVA, 2007, p. 140 – grifo nosso).

> O título II da Constituição contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos. O art. 5, §1º, por seu lado, estatui que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. **Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas definidoras de direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta** (SILVA, 2007, p. 165 – grifo nosso).

Em verdade, sob a ótica de Afonso da Silva, nem todos os Direitos Sociais seriam acobertados pelo disposto no texto do artigo 5º, §1º, da CR/88. Isso significa, para dizer de outra forma, que nem todas as normas de conteúdo programático descritas nos artigos 6º a 11º, também da Constituição, possuiriam aplicabilidade imediata, a despeito de todas elas consagrarem Direitos e Garantias Fundamentais. Eis a timidez a que nos referíamos.

Para o jurista brasileiro, as normas definidoras de Direitos Sociais seriam aplicáveis 'até onde pudessem', isto é, *"até onde as instituições* [oferecessem] *condições para seu atendimento"*. Em sendo invocado para garantir situações concretas por elas acobertadas, o Poder Judiciário não poderia deixar de aplicá-las, devendo conferir *"ao interessado o Direito reclamado, segundo as instituições existentes"*. Esses seriam os dois sentidos gerados pelo disposto artigo 5º, §1º, da CR/88, em relação aos Direitos Sociais (SILVA, 2007, p. 165).

Ainda assim, convém notar que a concepção de Afonso da Silva superava a defendida pelo 'primeiro' Canotilho. Ao contrário do português, ele reconheceu a possibilidade de *concessão jurisdicional de prestações afetas aos Direitos Sociais*, e isso independentemente de mediação legislativa, até onde permitissem as condições para tal prestação. Mas essas condições, como antes dissemos, acabariam por ser aferidas da mesma forma que os graus de eficácia e aplicabilidade das 'normas constitucionais', isto é, a partir, unicamente, da estrutura do texto/programa normativo[579]. Exatamente por isso, essa concepção terminaria por passar ao largo da dimensão pragmática de aplicação.

Em todo caso, ela já representa um avanço considerável em relação a todas as concepções anteriormente analisadas.

---

[579] Convém ressaltar, também nesse sentido, a crítica dirigida à tese de José Afonso da Silva por seu filho, o já mencionado e referenciado Virgílio Afonso da Silva. Em suas palavras, *"todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. [...]* ***se tudo é restringível****, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível. Além disso,* ***se tudo é regulamentável*** *e, mais que isso,* ***depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos,*** *perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada"* (SILVA, 2009, p. 246-247).

5.2.4.2 As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva ampliada aos Direitos Sociais

No Brasil, a influência exercida sobre os constitucionalistas pelas concepções de Afonso da Silva e do 'primeiro' Canotilho[580] é considerável. Se não estivermos enganados, a síntese dessas duas teorias é a raiz mais profunda daquilo que hoje identificamos como *constitucionalismo brasileiro da efetividade*[581].

Em nosso país, talvez o primeiro autor a *desenvolver* esse viés de pensamento tenha sido Paulo Bonavides (1982[582]). Ele foi um dos primeiros pensadores a acoplar uma leitura *dirigente*[583] e *axiológica*[584] da Constituição, aos contributos da Tópica (Viehweg), Nova

---

[580] Além de SILVA (2007), autores como Paulo Bonavides (2007; 2008), Ingo Sarlet (2009); Gilberto Bercovici (2008), Lênio Streck (2005; 2008), Andreas Krell (200; 2002), Rodrigo Brandão (2008) e Felipe Derbli (2008), para ficar em apenas alguns nomes que perpassam três gerações de constitucionalistas brasileiros, continuam a trabalhar com o conceito de Constituição Dirigente, nos moldes desenvolvidos pelo 'primeiro' Canotilho. Para se ter uma ideia, Krell chega, inclusive, a negar a adequação da segunda fase do pensamento de Canotilho ante o modelo supostamente fixo e pré-estabelecido pelo constituinte brasileiro de 1987/1988. Para detalhes nesse sentido, vide Krell (2000, p. 45 *et. seq.*; 2002, p. 68 *et. seq.*).

[581] A expressão *Constitucionalismo da Efetividade* foi cunhada, para se referir a uma ala de pensadores do Direito no Brasil, por Claudio Pereira Souza Neto, conforme dão conta tanto Cruz (2008a, p.6) quanto Barroso (2008, p. 877 – nota 1). Segundo Cruz, *"o 'constitucionalismo brasileiro da efetividade' permitiu que se procedesse por aqui uma abertura de horizontes científicos na filosofia jurídica brasileira pela incorporação de elementos teóricos da Tópica, da Nova Retórica, da perspectiva da filosofia da linguagem e das Teorias argumentativas do Direito, com destaque na obra de Alexy. Autores como Viana nomeiam essa corrente do constitucionalismo pátrio de* ***substancialismo****, Bonavides de* ***constitucionalismo dirigente****, enquanto Oliveira, Carvalho Netto e Cittadino preferem a designação de* ***comunitarismo****, reconhecendo influência decisiva nessa forma de pensar o Direito em estudos científicos oriundos de Portugal e Espanha"* (CRUZ, 2008a, p. 7). Segundo Barroso, *"Para realizar seus propósitos, o movimento da efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano* ***jurídico****, atribuiu normatividade à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista* ***científico*** *ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto autônomo, estremando-o do discurso puramente político e sociológico. E, por fim, sob o aspecto* ***institucional****, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores constitucionais"* (BARROSO, 2008, p. 878 – nota 3). Uma leitura crítica desse viés é realizada por Cruz, para quem, *"no Brasil, o comunitarismo liga-se ao cumprimento das promessas do* ***Welfare State****, nunca efetivamente concretizadas em benefício do povo brasileiro. E, o Direito e a Constituição são entendidos como mecanismos instrumentais de inclusão social, ao confiarem ao Estado tarefas positivas de promoção de prestações sociais por meio de serviços públicos e de fomento à atividade econômica dos menos favorecidos. [...] espera-se da Constituição dirigente [...] uma força normativa suficiente para conduzir o Estado à promoção de serviços adequados de saúde, educação, previdência, transporte e habitação. De outro lado, as intervenções econômicas do Estado devem priorizar o pleno emprego e favorecer os economicamente hipossuficientes, tais como acionistas minoritários, os micro e pequeno-empresários e as cooperativas"* (CRUZ, 2004, p. 187-188).

[582] A primeira edição da obra *Direito Constitucional* foi publicada em 1982. Com esse nome, a obra ainda foi publicada em 1985 (2ª edição) e 1988 (3ª edição). Com novo título, o agora *Curso de Direito Constitucional* já estava, em 2007, na 20ª edição. Esta foi a versão da obra de que nos servimos.

[583] É oportuno ressaltar que, ainda em 1958, data da publicação de *Do Estado Liberal ao Estado Social*, tese do concurso de cátedra a que se submeteu na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Paulo Bonavides já trabalhava com as premissas *pré-ordenantes* do dirigismo. Em suas palavras, *"Distinguimos em nosso estudo duas modalidades principais de Estado social: o Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infra-estrutura capitalista, e a conseqüente apropriação dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade, eliminado-se, desta forma, a contradição, apontada por Engels no* ***Anti-Duehring*** *entre a produção social e a apropriação privada, típica*

Retórica (Perelman), Jurisprudência dos Valores alemã e, ainda, Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy), Metódica Jurídica (Müller), Teoria dos Direitos Fundamentais (Alexy), dentre outros, para defender uma *faceta subjetiva* mais ampliada aos Direitos Sociais.

Aos olhos de Bonavides, ainda que, por natureza, os Direitos Sociais exigissem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis em virtude da escassez, carência e limitação de meios e recursos, gozariam eles de uma dupla dimensão: uma subjetiva e outra *objetivo-programática*. Pertencentes não a um indivíduo apenas, mas *"ao grupo"*, caberia ao Poder Judiciário, – em vista de uma primazia supostamente conquistada em relação às demais funções estatais[585] – garantir a sua efetividade a partir de otimizações e ponderações de princípios, valores e interesses no caso concreto, sobretudo em vista do disposto no artigo 5º, §1º, da CR/88 (BONAVIDES, 2008, p. 79; 2007, p. 564/581/635).

Em verdade, para fazer 'eficazes' os Direitos Sociais, o Estado precisaria *"ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal; a segunda de natureza material"*. Assim, o manejo de questões econômicas e reais se faria decisivo para a efetivação desses Direitos, uma vez que *"quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos"* tornar-se-ia. Essa era uma contingência decorrente da própria natureza dos aludidos Direitos, sempre a demandar uma ação positiva e dispendiosa por parte do Estado para a sua concretização (BONAVIDES, 2007, p. 644).

Exatamente por isso, para Bonavides, apenas *"uma hermenêutica dos Direitos Fundamentais"*, em harmonia com os postulados do Direito Social e Democrático de Direito, poderia *"iluminar e guiar a reflexão do jurista para uma resposta"* suficientemente legítima para superar a contingência da escassez. Essa legitimidade poderia ser encontrada *"na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (art. 1º, 3º e 170)"*, que, ademais, faria

---

da economia lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo. [...] O Estado social do moderno constitucionalismo europeu e americano emprega assim, nos países de sua órbita, como último recurso, técnica de compromisso, que, embora consagre modificações secundárias e progressistas, deixa, contudo, conforme vimos, intacta, em grande parte, a infra-estrutura do capitalismo" (BONAVIDES, 2008 [1958], p. 64-65).

584 *"De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais,* ***traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito*** *onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição"* (BONAVIDES, 2007, p. 581 – grifo nosso)

585 *"Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política:* ***a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência"*** (BONAVIDES, 2007, p. 635 – grifo nosso).

"irrecusavelmente inconstitucional a inteligência restritiva da locução jurídica 'direitos e garantias individuais' (art. 60, §4º, IV)", a qual não poderia *"servir de argumento nem de esteio à exclusão dos Direitos Sociais"* (BONAVIDES, 2007, p. 644-645).

Em resumo, uma vez instalados pleitos com base nos artigos da Constituição, através dos quais fossem questionadas as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material, necessários à concretização dos Direitos Sociais, não poderia *"a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou legislativa"*, exonerar-se *"da obrigação de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema"* (BONAVIDES, 2007, p. 645):

> De tal sorte que **os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira**; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. [...]
> Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metódica clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.
> Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhe conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica. [...] **A partir daí se coloca, obviamente, o recurso ao princípio da proporcionalidade, que também serve de apoio à metodologia da Nova Hermenêutica.**
> [...] diante de eventual e flagrante limitação ou carência de recursos, a manutenção dos comandos normativos da Constituição recomenda ao tratamento da controvérsia pelos órgãos do poder estatal na esfera respectiva dos três ramos da soberania o **emprego do princípio da proporcionalidade. Por obra deste, mediante ponderação de interesses e exame de elementos de necessidade e adequação, recresce a margem de possibilidade de lograr-se uma solução jurídica compatível com os ditames do Estatuto Fundamental que governa o ordenamento jurídico** (BONAVIDES, 2007, p. 565/592-593/645).

O que Bonavides não percebeu, talvez pela ânsia de superar a 'velha hermenêutica', e, ainda, de defender uma leitura que garantisse maior efetividade aos Direitos Fundamentais, foi que a suposta 'nova hermenêutica' enveredava pelos mesmos caminhos tortuosos que pretendida superar: **uma racionalidade metódica e pré-ordenada**. Pelos mesmos motivos, talvez ele não tenha percebido que os métodos clássicos, de *neutros*, nada tinham, como sobejamente explicamos nos capítulos anteriores.

Sua intenção, ao menos aos nossos olhos, era excelente: superar as *aporias* do discurso positivista – sobretudo em seu viés clássico (a), e uma postura formalista dos Tribunais diante da Constituição e, principalmente, dos Direitos Sociais (b). No entanto, suas pré-compreensões o impediram de enxergar que nem todos os autores por ele referidos, como

Friedrich Müller, por exemplo, eram afetos a uma Jurisprudência assentada em juízos de valor. Apesar de perceber as críticas do alemão à referida prática, o jurista brasileiro acabou por defender a existência de uma *terceira fase da teoria axiológica*[586], assentada numa suposta proximidade entre princípios e valores, cujos pressupostos, acreditava, seriam aceitos inclusive por Müller. O problema é que esse raciocínio estava equivocado.

Como se não bastasse, sua tese acabava por justificar uma postura extremamente 'ativista', por parte dos Tribunais, a beirar o decisionismo. Esse risco não seria eliminado, nem diminuía, como ele supunha, pelo *simples emprego correto* da máxima da proporcionalidade[587].

O interessante é que a concepção defendida por Bonavides abriu caminho para pelo menos duas abordagens distintas acerca dos Direitos Sociais. Alguns pensadores, como Andreas Krell (2000; 2002), suprimiram as exigências de ponderação de suas abordagens e passaram a advogar a tese de que os Direitos Sociais seriam *absolutos e* passíveis de ser resgatados pela via judicial em caso de omissões legislativas e/ou do Executivo (i); outros autores, por sua vez, como Virgílio Afonso da Silva (2009), Daniel Sarmento (2001; 2008), Ingo Wolfgang Sarlet (2008; 2009), Mariana Filchtiner Figueiredo (2007), Luís Roberto Barroso (2008) e Paulo Gilberto Leivas (2008), para ficar em apenas alguns daqueles que efetivamente estudamos, preferiram aprofundar-se nos pressupostos da teoria alexyana, uns de forma mais fidedigna, outros nem tanto, para defender que esses Direitos gerariam obrigações *prima facie*, resgatáveis apenas quando a omissão estatal se mostrasse desproporcional (em sentido lato) (ii)[588].

---

[586] *"**Nova teoria axiológica** ou simplesmente **teoria dos valores da terceira fase** – a concepção valorativa a que ora nos reportamos no tocante aos direitos fundamentais, sobre ter um largo alcance hermenêutico, conforme já se demonstrou, produz mudanças de sentido na consideração conceitual de certas noções básicas, quais as de direito fundamental, Constituição, hermenêutica, liberdade, separação de Poderes e proporcionalidade. [...] A mudança atinge também a Constituição. Deixa ela de ser um sistema de normas na imagem clássica do positivismo para **se transverter num sistema de valores e, a seguir, num sistema de princípios, sendo esse o ponto inquestionavelmente crítico em que a passagem do sistema valorativo ao principial faz surgir o embrião da nova teoria dos valores, desde muito em gestação jurisprudencial.** [...] em a Nova Hermenêutica [...] concretiza-se o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. **Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam**"* (BONAVIDES, 2007, p. 631/632-633).

[587] Esse pressuposto encontra-se presente no pensamento de inúmeros alexyanos, tanto puristas como alternativos. Ainda seremos mais explícitos nesse aspecto no tópico 5.2.4.2.2.

[588] Convém dizer que, hoje em dia, autores como Sarmento (2008) e Barroso (2008) já estejam a falar em *standards* argumentativos a estruturar e limitar a ponderação (terceira submáxima da proporcionalidade *lato sensu*). A despeito de continuarmos a discordar da legitimidade e da racionalidade da máxima da proporcionalidade em discursos de aplicação jurisdicional, e isso em relação às suas três submáximas, vemos como um avanço a tentativa de Sarmento e Barroso em construir *standards* a estruturar e limitar a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Nas palavras do primeiro, "*falar em ponderação é pouco. A ponderação, desacompanhada de **standards** que a estruturem e limitem, pode transformar-se numa 'caixa preta', de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo*" (SARMENTO, 2008, p. 568 – grifo nosso). Para detalhes acerca da posição

Com isso, a despeito de uma ‘raiz’ comum, essas duas abordagens em muito se afastaram nos seus resultados finais, pelo que as trataremos separadamente nos tópicos subseqüentes.

5.2.4.2.1. A concepção segundo a qual os Direitos Sociais seriam absolutos

No final dos anos 1990, a despeito dos noticiados avanços no campo da dogmática, vivia-se no Brasil um misto de frustração e esperança, decorrente de dois discursos acerca da Constituição que, à época, já se faziam ouvir – e que, até hoje, continuam a ressoar em nosso *mundo da vida.*

Por um lado, discursos políticos deveras tendenciosos começavam a ser manejados com o objetivo de disseminar um descrédito em relação à Constituição da República de 1988. Envoltos numa ‘máscara’ estratégica, a aparentar um pretenso inconformismo com a situação de desigualdade social que assolava – e ainda assola – nosso país, alguns parlamentares começaram a sustentar que a Constituição, por eles identificada como dirigente, teria se mostrado impotente para gerar as mudanças e atingir os ideais promulgados em seu texto[589]. A solução variava entre propostas pela instauração de Assembléia Revisora e, o que é mais grave, pela convocação de uma nova Assembléia Nacional Constituinte[590].

Paradoxalmente, esse discurso era fortalecido pela jurisprudência majoritária de nossos Tribunais Superiores, sobretudo em questões afetas a Direitos Fundamentais Sociais. Como dissemos, prevaleciam nessa época as concepções que negavam qualquer caráter jurídico-vinculante aos aludidos Direitos e a outras normas constitucionais. Seriam ‘declarações políticas’, exortações ao legislador. No Supremo Tribunal Federal, a despeito dos ‘avanços pontuais’ – sobretudo após 1996, em demandas afetas ao Direito à saúde (caso AIDS/HIV) –, permanecia a *mancha* causada pelas emblemáticas decisões que acabaram por comprometer radicalmente a utilidade do Mandado de Injunção para a salvaguarda deste e de

---

de Barroso, vide (2008, p. 897 *et. seq.*) Ainda trataremos pormenorizadamente de suas propostas em momento oportuno.

[589] Conforme já nos posicionamos em outra oportunidade, uma das estratégias desse tipo de discurso é tentar camuflar que o problema da falta de efetividade da Constituição não está em seu texto, mas na forma como ele é entendido pelos diversos segmentos da sociedade brasileira e, sobretudo, na forma como ele é operado e posto em prática, ou desconsiderado, pelos mais diversos aplicadores do Direito (seja no Executivo, no Legislativo, no Judiciário, ou na sociedade civil). As formas de entender e aplicar a Constituição é que precisam mudar, caso a pretensão em torno dela seja, de fato, uma maior concretização dos Direitos nela (por ela e através dela) reconhecidos (DUARTE, 2008b).

[590] Para mais detalhes, sugere-se a leitura de (CRUZ; BREGUNCI, 2008c, p. 35-55) e (DUARTE, 2008b).

outros Direitos e liberdades constitucionais, além de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania[591].

Em geral, portanto, os Direitos Sociais – tanto em sua dimensão objetiva, quanto subjetiva – esbarravam nos sobrevalorizados 'argumento da reserva do possível' e 'princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária'. Com isso, *"as prestações positivas exigíveis ao Estado no tocante aos direitos sociais e econômicos"* acabavam por se submeter *"aos seguintes condicionamentos: (a) gradualidade de sua concretização; (b)* ***disponibilidade financeira/orçamentária prévia****; (c)* ***liberdade de conformação do legislador****"*, não podendo as políticas legislativas e administrativas, afetas ao tema, sofrer qualquer tipo de controle judicial, em nome do princípio da separação dos poderes (CRUZ, 2004, p. 241 – nota 126). Com isso, a concepção (A.1), estudada no tópico 5.2.1 deste capítulo, mostrava-se de fato predominante no debate brasileiro acerca dos Direitos Sociais.

Por outro lado, uma série de pensadores constitucionalistas buscava combater essas tendências, em nome de um novo discurso voltado para a efetivação dos Direitos Sociais no Brasil. Em síntese, uma das alas desse *discurso da efetividade* tentava radicalizar a concepção defendida por Bonavides, eliminando qualquer tipo de limitação que pudesse ser oposta à concretização dos aludidos Direitos. Um dos maiores exemplos dessa estratégia é a abordagem delineada por Andreas Krell (2000; 2002).

Conforme já dissemos, Krell suprimiu de sua abordagem atinente aos Direitos Sociais as exigências de ponderação, ao menos no sentido alexyano da palavra. Em sua ótica, a *"****negação de qualquer tipo de obrigação*** *a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais"* teria *"como* ***conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos****"* (KRELL, 2002, p. 23).

Em verdade, os Direitos Sociais seriam *absolutos e* passíveis de ser resgatadas pela via judicial em caso de omissões legislativas e/ou do Executivo. Contra essas obrigações o Estado não teria como se esquivar, porquanto decorrentes não de "*meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva"*, mas de *"Direito diretamente aplicável"* (KRELL, 2002, p. 20). Para dizer de outra forma, a despeito da resistência da doutrina e da jurisprudência então majoritárias, esses Direitos gerariam *"uma* ***obrigação*** *do Estado* ***de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada*** *de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação"*. Seriam, pois, verdadeiros *"princípios-condição da justiça social"* (KRELL, 2002, p. 23 – grifo nosso).

---

[591] Para mais detalhes acerca do tema, sugere-se a leitura de (OLIVEIRA, 1998); (RIBEIRO; DUARTE, 2008) e (RIBEIRO; DUARTE, 2008c).

Segundo Krell, não haveria como cindir os Direitos Fundamentais em termos de importância. Em primeiro lugar, haveria entre muitos deles uma íntima ligação, como aquela entre Direitos Básicos à vida e à integridade física e os Direitos Sociais à saúde e assistência social. Além disso, a distinção entre Direitos meramente negativos e Direitos meramente positivos mostrar-se-ia também falaciosa, ante a constatação de que *todos os Direitos* conteriam, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas[592]. Ademais, também a tradicional distinção entre os 'direitos da primeira' e os 'da segunda geração' (ou dimensão) perderia sentido, porquanto meramente gradual, mas não substancial[593]. A reinterpretação de vários Direitos Fundamentais tradicionais como Direitos Sociais atestaria cabalmente a racionalidade dessa última consideração (KRELL, 2002, p. 48-49).

Para além disso, também não faria sentido transportar para o Brasil, como limite fático e jurídico à implementação de Direitos Sociais, o argumento atinente à 'reserva do possível' (KRELL, 2002, p. 52 *et. seq.*).

Esse argumento remontaria a um julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1972, "*que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de número maior de candidatos"* (SARMENTO, 2008, p. 569). No comumente identificado caso *Numerus Clausus,* o Tribunal consagrou a tese segundo a qual estariam sob a 'reserva do possível' as prestações relativas ao aludido Direito, uma vez que os indivíduos só poderiam exigir aquilo que *razoavelmente* pudessem esperar receber da sociedade. Essa seria uma avaliação que, em primeira linha, caberia ao legislador. Com base nesse argumento, o Tribunal recusou-se a

---

[592] Nesse aspecto, o autor fez referência a Sarlet (2009 [1998]), cuja concepção será estudada no próximo tópico deste trabalho.

[593] No capítulo segundo, no tópico 2.1.4.3, também nos posicionamos criticamente em relação a essa proposta de distinção, ressaltando, no entanto, a sua elevada prestabilidade didática. A posição de Krell também parece se desenvolver nesse sentido, porquanto ele não abre mão do designativo 'segunda geração (dimensão)' para se referir aos Direitos Sociais: *"Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos da 'segunda geração' surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da república Alemã (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Seus pressupostos devem ser criados pelo Estado, como agente para que eles se concretizem"* (KRELL, 2000: 27). Convém apenas destacar, com base nos ensinamentos de Sampaio, que os aludidos Direitos, em sua faceta objetiva, apareceriam já na Constituição Francesa de 1791. Herrera, por sua vez, sustenta que o "*caráter social dos direitos do homem encontra-se de maneira explícita nos Trabalhos do Comitê de Mendicância da Constituinte, que considera, em seu plano de trabalho de 1790, que 'todo homem tem direito à sua subsistência'"* (HERRERA, 2008, p. 8). A noção de 'Direitos assistenciais', ou de 'assistências públicas' para garantir a subsistência dos necessitados instalar-se-ia ainda com mais força no discurso da Assembléia Nacional Constituinte Francesa de 1848 (HERRERA, 2008, p. 9-10). Além disso, com apoio em Sampaio (2004) e Sarlet (2009), é oportuno salientar que os Direitos sociais aparecem, na forma de *seguro público* às crianças abandonadas, aos pobres enfermos e inválidos, na Constituição Brasileira de 1824.

criar vagas na Universidade de Medicina para candidatos habilitados no vestibular, mas não classificados[594].

Por aqui, alguns autores estariam a aceitar impropriamente esse argumento para negar de maneira categórica a competência do Judiciário para dispor sobre políticas públicas dependentes de gastos orçamentários. Outros, por sua vez, a exemplo de Amaral (2010 [2001]), agarrar-se-iam a uma abordagem pautada na doutrina norte-americana da *análise econômica do Direito* para exigir, em caso de existência de limites fáticos, uma análise comparativa por parte do Judiciário do grau de essencialidade da prestação e de excepcionalidade da situação concreta[595]. Também aos olhos destes, *"o Judiciário não* [seria] *nem o* ***único****, nem o* ***melhor intérprete*** *quando a afirmação de direitos* [envolvesse] *alocação de recursos"* (AMARAL, 2010, p. 177).

Mas, para Krell, a situação não deveria ser tratada nem da primeira, nem da segunda forma. Em sua ótica, levar os Direitos a sério significaria, por exemplo, entre escolher tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável, **optar por *"tratar todos"***. E caso os recursos não fossem suficientes, dever-se-ia *"retirá-los de outras áreas – como transporte, fomento econômico, serviço da dívida"* – onde sua aplicação não estaria *"ligada aos Direitos mais essenciais do homem: sua vida, sua integridade física e saúde"* (KRELL, 2002, p. 53)[596]:

---

[594] Acerca do tema, confira-se (KRELL, 2002, p. 52), ou, ainda, (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29); (SARMENTO, 2008, p. 569) e (TORRES, 2008, p. 324).

[595] Para mais detalhes, vide tópico 5.2.4.2.3.

[596] Na mesma direção de Krell – no entanto, com os olhos voltados exclusivamente para o Direito Fundamental à saúde –, José Carlos Francisco assevera o seguinte: *"[...]* ***o acesso à saúde abrange tratamento médico e hospitalar (tanto a cirurgia como o remédio, inclusive reabilitação), odontológico, oftalmológico, e psicológico, dentre outros, devendo ser os mais eficazes e sem impor sacrifícios desproporcionais ou dolorosos ao doente.*** *O E.STJ, no RESP 325.337, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03.09. 2001, p. 159, assegurou tratamento integral no combate ao HIV e AIDS, afastando os limites da Lei 9.313/1996, ao passo em que, no RESP 430.526/SP, STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28.10.2002, contemplou-se o tratamento e medicamentos para a hepatite 'C' pelo SUS, falando expressamente 'em qualquer grau de complexidade' (devendo o mesmo ser pago a todo aquele que não dispõe de meios sem o sacrifício de seu sustento ou de sua família, já que deve prevalecer a vida como princípio maior).* ***Observe-se que a envergadura do direito à saúde impõe que o Estado assegure o tratamento disponível e eficaz, mesmo aquele que seja ministrado no exterior.*** *O E.STJ, no RESP 353.147, Rel. Min, Franciulli Netto, j. 21.10.2002, ainda deixou assentado que o direito de bancário fazer tratamento contra cegueira em Havana/Cuba, não obstante a Portaria MPAS 763/1994 vedar o tratamento fora do país. [...]* ***O titular do direito à vida e à saúde é todo ser humano, consoante expressa previsão constitucional do art. 196, caput, da Constituição, o qual afirma que a saúde é direito de todos, com acesso universal e igualitário. Desse modo, qualquer pessoa que esteja no Brasil pode reclamar o direito à saúde, seja brasileiro ou estrangeiro (conforme coerente interpretação do art. 5º, caput, da Constituição, sendo irrelevante o fato de o indivíduo ser residente ou não no Brasil, ou estar apenas em trânsito). É inexigível idade ou outro requisito especial para assegurar essa proteção, alcançando o trabalhador, o estudante, a dona de casa, o preso por crime hediondo etc.*** *[...]O magistrado não deve temer o argumento da escassez de recursos para deferir o pedido judicial, presentes os requisitos acima enfocados* [comprovação da doença por laudo médico do SUS ou particular (a); comprovação de que o procedimento ou medicamento é eficaz para o tratamento da patologia que acomete o pleiteante (b); comprovação de que o requerente não pode custeá-lo (c)] . ***O fornecimento desses tratamentos não pode ser negado sob a pálida***

> Um relativismo nessa área pode levar a 'ponderações' perigosas e anti-humanas do tipo 'por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais'. [...] parece difícil que um ente público não possa conseguir 'justificar' sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas). Resta observar que não se trata definitivamente de 'conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional', mas simplesmente de levá-lo a sério (KRELL, 2002, p. 53)

Assim, ao contrário do que estariam a propugnar diversas alas do pensamento constitucional brasileiro, *"a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos"* não poderia, absolutamente, *"ser transferida para o Brasil, onde o Estado providência nunca* [fora] *implantado"* (KRELL, 2002, p. 54). Discutir questões afetas à reserva do possível fática e jurídica no Brasil seria, então, uma questão sem liga, ou melhor, sem ambiente. Em países periféricos como o nosso, caberia ao Judiciário abandonar uma postura 'formalista' e 'partir ao ataque', para compelir o Estado a agir no sentido de prestar políticas públicas voltadas para a concretização dos Direitos Sociais – combate à omissão total –, ou mesmo, corrigir aquelas que, a despeito de existentes, se mostrassem precárias ou insuficientes para atingir os objetivos fixados na Constituição[597] – combate à omissão parcial (KRELL, 2002, p. 56).

Nesse sentido, em países periféricos como o nosso, mostrar-se-ia necessário repensar o princípio da separação dos poderes, para conceder ao Judiciário uma função de primazia ante as funções legislativa e administrativa. Seria, pois, desejável que cada vez mais os juízes

---

argumentação de custo econômico ou de ausência de previsão orçamentária, porque a vida e a saúde se inserem no mínimo existencial e essencial necessário à dignidade humana, de maneira que todo aquele que não puder custear (sic.) esses medicamentos ou tratamentos sem prejuízo de suas condições de vida poderá recebê-los do Poder Público" (FRANCISCO, 2008, p. 864-864/869 – grifo nosso). Em que pese tudo isso, Francisco fez uma pequena ressalva no tocante aos tratamentos não inseridos nos padrões básicos do SUS, a qual é digna de ser reproduzida, sobretudo por estabelecer um limite não ao Direito à saúde, mas à pretensão de custeio de prestações pelo Poder Público: *"É ainda importante destacar que todos terão acesso à saúde, independentemente de sua condição financeira individual,* ***mas o tratamento não inserido nos padrões básicos do Sistema Único de Saúde – SUS (ou seja, aqueles disponíveis apenas na rede privada, no Brasil ou no exterior) poderá ser reclamado pelo Poder Público apenas quando imprescindíveis, tanto pelos brasileiros quanto pelos estrangeiros, tão somente se a pessoa não tiver meios de custeá-los sem prejudicar suas condições mínimas de sobrevivência.*** *[...] se esses tratamentos estiverem disponíveis apenas na rede privada (ou seja, não são prestados pelo SUS), a responsabilidade estatal é subsidiária, alcançando exclusivamente aqueles que não puderem custear esse tratamento com recursos próprios sem prejudicar a sobrevivência"* (FRANCISO, 2008, p. 865).

[597] *"Bercovici está coberto de razão quando salienta que a Constituição Dirigente, que é um modelo da Carta de 1988, não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo de maneira a prescrever uma linha única de atuação para a política, mas estabelece um fundamento constitucional para a política, tornando-se sua premissa material. Assim, Canotilho sempre viu a realização dos direitos sociais mais na dependência da participação política da população do que numa atuação expressiva dos tribunais. Essa posição dominante no constitucionalismo alemão, no entanto, não nos parece transponível, sem as devidas adaptações, para o Brasil. Na medida em que é melhor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem alta carga valorativa e ideológica"* (KRELL, 2002, p. 60-70).

tornassem-se 'ativistas', a fim de que, vinculados às diretivas materiais da Constituição, pudessem lutar por sua plena realização. Para tanto, exigir-se-ia o abandono de uma *self-restraint* judicial e uma nova postura hermenêutica da parte dos mesmos, vinculada a uma leitura axiológica da ordem Constitucional. Como guardião último dos valores principiológicos expressos na Constituição, o Judiciário transformar-se-ia, assim, num instrumento para o resgate de Direitos não realizados[598] (KRELL, 2000, p. 52-55; 2002, p. 77 *et. seq.*).

[598] Krell busca essa idéia, dentre outros, de Lênio Streck. Também este pressupunha sem maiores ressalvas, ao menos até 2007, que ***"o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta****, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira"*. E concluía ser "***inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário*** *(e, em especial a justiça constitucional)* ***passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional"*** (STRECK, 2005, p. 45-46/51 – grifo nosso). Recentemente, no entanto, após receber severas críticas de Cruz (2007), Streck (2008; 2009) incorporou algumas considerações do mineiro em seu discurso, ainda que não tenha feito qualquer referência quanto a isso em seus textos – ao menos naqueles a que tivemos acesso. Para se ter uma noção, além de passar a criticar a 'teoria da argumentação alexyana' atinente aos Direitos Fundamentais (1), ele incorporou a distinção dworkiana entre argumentos de *policy* e de princípio, agregando conteúdo à limitação de uma postura 'ativista' por parte do Poder Judiciário, que antes aceitava sem muitas restrições (2): *"[...] há que se dar razão a Habermas e aos adeptos de sua teoria, sobre as críticas ao 'uso discricionário da ponderação' e à 'ponderação discricionária' (aliás, a própria ponderação passa a ser, por si só, instrumento para o 'livre exercício' da relação sujeito-objeto) [...] Na verdade, segundo as críticas de Habermas – com as quais deve haver a concordância da hermenêutica – não se deve ponderar valores, nem no abstrato, nem no concreto. Por isso a proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão (****aqui há uma aproximação de Habermas com Dworkin****). Na verdade, ao invés de proporcionalidade – que acaba sendo utilizada como uma panacéia para resolver 'qualquer problema', parece mais indicado utilizar as suas duas faces: a proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)"* (STRECK, 2008, p. 298) (1); *"A hermenêutica filosófica assume, pois, uma postura não relativista, circunstância que a aproxima, sobremodo, da posição antidemocrática de Dworkin. Há, nesse sentido, um distanciamento de ambos das teorias dicursivo-procedurais, em especial a teoria da argumentação de Robert Alexy. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana – tese que, reconheça-se, mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas em terrae brasilis – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade"* (STRECK, 2009, p. 23) (1); *"Essa consciência histórico-efeitual – no que tange às especificidades do conhecimento jurídico – pressupõe que* ***todas as decisões e pareceres subscritos pelos juristas devem estar detalhadamente fundamentados, e essa fundamentação deve estar baseada em argumentos de princípio, e não de política*** *(política entendida no sentido apontado por Dworkin: um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político, criminal ou social, ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).* ***Portanto, os argumentos de política que devem ser evitados são argumentos com base em fins coletivos****, fins sociais, como na tradição utilitarista (v.g. argumentos como 'combate à impunidade', 'resguardo da moralidade pública', 'adequação social da conduta', 'reserva do possível', para apenas referir alguns); tal circunstância evidentemente – e até para evitar mal-entendidos – não retira o caráter político do empreendimento coletivo que é o direito; não há dúvidas de que o direito é 'political' no sentido de politics, assim como as decisões judiciais. Mas* ***não se pode 'criar um grau zero de sentido' a partir de argumentos de política (policy), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégicas econômicas, sociais ou morais****"* (STRECK, 2009, p. 20-21 – grifo nosso) (2). Quanto a essa última consideração, dirigimos as mesmas críticas anteriormente delineadas a Dworkin e Cruz, especificamente, no tópico 4.1.3, inscrito no capítulo anterior.

Segundo Krell (2002, p. 103 *et. seq.*), o melhor meio de acionar o Judiciário, mas não o único, seria a Ação Civil Pública, a ser manejada pelos legitimados, em especial, pelo Ministério Público, em nome da defesa dos Direitos difusos dos cidadãos[599].

Para ficar em apenas algumas críticas, de início, essa concepção está assentada em uma leitura axiológica da Constituição que, além de romper o código binário do Direito, paradoxalmente, para falar com Müller, acaba por desvalorizá-la. Além disso, ao depositar quase todas as suas 'fichas' nos juízes e nos membros do Ministério Público, ela valoriza um modelo que, apesar de pressupor inclusão social, acaba por gerar mais exclusão e dependência que emancipação[600]. Nesse aspecto, convém trazer alguns resultados interessantíssimos de um estudo empírico acerca do tema, realizado em cinco Estados brasileiros, a saber: Bahia, Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul:

> No tocante aos índices de litigiosidade, um recente estudo de caso da Universidade de Brasília mostra que, em um universo de 100.000 habitantes, os índices de casos nos tribunais de justiça de primeira instância seguem o mesmo padrão da composição sócio-econômica de cada Estado: o Rio Grande do Sul lidera em quantidade, por alta margem, sobre o Rio de Janeiro, que é seguido de Goiás, e logo depois por Pernambuco e Bahia. Efetivamente, a população gaúcha recorre aos tribunais mais de três vezes mais do que a pernambucana ou a baiana, e um pouco menos de três vezes mais do que a população fluminense. **De um modo geral, parece existir forte correlação entre renda, níveis de educação e litigiosidade.**
> [...] Quanto mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a existência de uma estrutura jurídica nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução nos pleitos em torno de direitos sociais.
> [...] Constatou-se que atores judiciais na litigância em direitos sociais acreditam numa 'aura de eficiência' do MP, que, por sua vez, assume papel de vanguarda jurídica progressiva. Isso cria um efeito centrípeto, graças ao qual são encaminhadas demandas que estariam normalmente fora de sua atuação normal. Esta força atrativa pode ser a conseqüência de um MP em expansão que deliberadamente granjeia causas, como acontece no Rio Grande do Sul, ou conseqüência de outros atores judiciais ou não-judiciais impelirem as causas na direção do MP. **No Rio Grande do Sul, por exemplo, o MP se queixa de que muitas ONGs preferem pressionar ou representar ao MP para que este acate determinadas causas, ao invés de prover, elas mesmas, a assistência litigiosa.**
> **Assim, se por um lado o MP pode ser crucial, ao inserir questões previamente subvalorizadas na agenda judiciária e também, virtualmente, na agenda política, ele, por outro lado, pode enfraquecer inadivertidamente a atuação**

---

599 *"Um dos pontos centrais dessa mudança é a crescente utilização da ação civil pública (lei nº 7.347/85) por parte do Ministério Público e da sociedade civil para a defesa dos chamados direitos difusos, que são também ligados à implementação dos direitos sociais pelo Estado, direitos básicos estes que compõem o arcabouço da cidadania. A garantia de padrões mínimos de serviços sociais básicos se tornam também uma questão da realização dos interesses transindividuais (difusos), especialmente o direito tradicional à saúde [...] Nessa visão, a ação civil pública vem se tornando o meio processual mais importante para a juridicização de demandas coletivas pela realização de direitos assegurados pela ordem social constitucional"* (KRELL, 2002, p. 104).

600 Nesse sentido, é oportuno salientar, com Cruz, que *"não faz mal a ninguém saber que, se até mesmo países como os Estados Unidos têm problemas orçamentários para a implementação de direitos sociais, no Brasil o problema é exponencializado.* ***Assim, será demais esclarecer aos operadores do Direito que, em geral, infelizmente, quem tem acesso ao judiciário são ainda pessoas privilegiadas****?"* (CRUZ, 2007, p. 385).

> **judicial dos atores individuais e os mecanismos existentes para servi-lo** (HOFFMANN; BENTES, 2008, p. 384-385).

Diante desses resultados, poderíamos indagar se, de fato, o modelo de Estado Judicial Social proposto, na década de 1990, por Bonavides, Streck e Krell, implicaria maior inclusão social, emancipação cidadã e diminuição das desigualdades existentes em nosso país. Os desvalidos teriam, verdadeiramente, vez em um Estado como esse? Através dele, a desigualdade regional que, em nosso país é alarmante, não se tornaria cada vez mais acentuada? A relativização corriqueira e inadvertida de políticas públicas pelo Judiciário, a partir da estreita visão da microjustiça[601], não acabaria por provocar mais exclusão social que emancipação cidadã? E mais: modelo de Estado Judicial Social não acarretaria, paradoxalmente, a estagnação dos parcos momentos de mobilização da sociedade civil neste país[602]? O que queremos com essas perguntas não é propugnar um 'passivismo' judicial no tocante aos Direitos Sociais. Ao contrário; queremos apenas mostrar que, ao menos em vista dos resultados do estudo acima descrito, a euforia de Bonavides, Streck e Krell com um Judiciário 'ativista' não era para tanto.

Se nossa intenção for, verdadeiramente, construir no Brasil um Estado Democrático e de Direito, precisaremos nos dar conta de que, talvez, isso demande mais participação efetiva da sociedade civil, controle social e equilíbrio/harmonia entre as funções estatais[603], que a

---

[601] Nos casos por eles analisados, Hoffmann e Bentes (200, p. 415) constataram que *"os juízes não se comprometem em grande parte com qualquer forma de análise substancial do custo ou impacto econômico de suas sentenças e, na verdade, eles costumam refutar o argumento da autoridade pública reclamada, com base no custo, aludindo ao caráter absoluto do direito em apreço"*.

[602] *"É consenso que foram a sociedade civil e as ONGs que trabalharam com pacientes de HIV/AIDS e com comunidades de alto risco, as principais responsáveis pela educação cívica do público em geral e pela mobilização dos atores governamentais no sentido de descartarem a visão da infecção como um 'câncer gay', quando foram registrados no Brasil os primeiros casos de HIV/AIDS, no início da década de 1980, e de adotarem uma postura agressiva no combate à epidemia, nos anos 1990. Para não fugir à matéria delimitada, ou seja, a exigência de uma política pública que funciona bem e inusitadamente somada ao envolvimento de alto perfil das ONGs, o caso HIV/AIDS chega a funcionar como uma espécie de experiência controlada em laboratório, sobre litígios envolvendo os direitos à saúde no Brasil"* (Hoffmann; Bentes, 2008, p. 399). No mesmo sentido, salienta Virgílio Afonso da Silva: "*Uma informação importante diz respeito àqueles que colocaram essa política* [de combate à AIDS] *em prática. Segundo a Organização Mundial de Saúde: 'A viabilidade do programa HIV/AIDS brasileiro, incluindo a distribuição de remédios, é devida em grande parte* ***à mobilização social****, incluindo a representação de comunidades afetadas no governo, as organizações não-governamentais e outros fóruns. A distribuição gratuita de antiretrovirais evitou problemas associados ao mercado negro ou a regimes abaixo do standard'*" (SILVA, 2008: 594-595).

[603] *"Por certo, o descrédito e a crise de identidade, eficácia e eficiência dos Poderes Legislativos e Executivo, notadamente no cenário latino-americano, são notórias, agora,* ***daí a dizer que isto autoriza a supressão de competências e funções institucionais, ou mesmo permite uma nova concentração de poder nas mãos de poucos – não possuidores da anuência direta da soberania popular -, parece agonizar ainda mais nossa experiência de emancipação política da cidadania. Veja-se que o próprio instituto da balança e contrapeso das funções estatais tem como fundamento exatamente o necessário equilíbrio institucional e o respeito às deliberações da soberania popular.*** [...] não estou a propagar a neutralidade do Poder Judiciário e o seu imobilismo em face dos cenários societais que se apresentam, notadamente no âmbito da violação de direitos (fundamentais ou não), pelo contrário, **só estou destacando a necessidade de se pensar que a substituição de**

'tutela' paternalista irrefletida do menos democrático dos Poderes. Trabalhar *limites* à discricionariedade judicial, na busca pelo **controle da validade dos argumentos manejados nessa seara**, com o intento de perseguir um discurso cada vez mais legítimo no controle jurisdicional das políticas públicas é, em nossa ótica, uma das formas de zelar por esse equilíbrio e pela construção de uma democracia constitucional[604].

É justamente por isso que não vemos com bons olhos propostas assentadas na premissa de que juízes, desembargadores e ministros, no ato de suas decisões, possam exercer *discursos de fundamentação/justificação* em sede de *discurso de aplicação*. Em discursos de aplicação jurisdicional, o livre trânsito argumentativo acaba por desnaturar um discurso que devia ser *jurídico*, isto é, centrado no código binário do Direito, num novo discurso político, econômico, moral, pragmático, utilitarista etc. E isso só aumenta a discricionariedade judicial e a ilegitimidade de suas decisões.

Não que estejamos a negar a influência desses discursos sobre o Direito, o que, aliás, os capítulos anteriores já devem ter deixado bem claro. Apenas reiteramos que a seara mais adequada para a filtragem democrática desses argumentos não é a jurisdicional. Se, portanto, pretendemos levar em contra, no âmbito dos discursos de aplicação, argumentos morais, pragmáticos, ético-políticos ou econômicos, o mínimo que exigimos é que eles tenham sido filtrados através do *princípio da Democracia*, em discursos de fundamentação. Só assim poderemos reconstruí-los em discurso de aplicação sem, com isso, romper o código binário e o caráter deontológico do Direito.

Caso contrário, da mesma forma que os positivistas contemporâneos, acabaremos por abrir as portas para a *discricionariedade judicial*, permitindo que juízes, desembargadores e ministros se convertam em verdadeiros legisladores anômalos. Assim, paradoxalmente, na ânsia de superar e evitar o discurso positivista, acabaremos por retornar a um de seus mais notáveis pressupostos, com o que o produto da soberania popular acabará por ficar à mercê, como já antes alertamos, das vontades de uma "aristocracia de toga".

Esses comentários também se aplicam às concepções que, na esteira do pensamento alexyano, concebem os Direitos sociais como obrigações *prima facie*[605]. É o que veremos, com mais detalhes, no tópico seguinte.

---

um dirigismo sempre estatal centrado no Executivo para um focado no Judiciário ainda mantém a Sociedade como mera assistente do fenômeno político de organização da sua própria vida" (GESTA LEAL, 2009, p. 89-90 – grifo nosso).

[604] Esse é o recado, desde há muito, passado pela Escola Mineira do Direito Constitucional.

[605] Para mais detalhes, confira-se o tópico 4.2.4, inscrito no capítulo anterior, bem como o tópico seguinte do presente capítulo.

5.2.4.2.2 As concepções que entendem os Direitos Sociais como obrigações prima facie

Conforme dissemos no tópico 5.2.4.2, outra concepção atinente aos Direitos sociais ainda viria a se desenvolver no Brasil. Autores como Virgílio Afonso da Silva, Daniel Sarmento, Luiz Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo, Paulo Gilberto Cogo Leivas, dentre vários outros, passaram a defender, influenciados sobremaneira pelos ensinamentos de Robert Alexy, que os Direitos sociais seriam obrigações *prima facie*, realizáveis, na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes[606]. No entanto, alguns foram mais fidedignos aos pressupostos da Teoria alexyana dos Direitos Fundamentais que outros.

Virgílio Afonso da Silva (2009), por exemplo, aproximando-se de um *alexyanismo purista*[607], aderiu às premissas da **teoria externa (a)**, da **doutrina do suporte fático amplo (b)[608]** e do **conteúdo essencial relativo (c)** dos Direitos Fundamentais para delinear a sua abordagem acerca dos Direitos sociais[609].

Em sua ótica, como *mandamentos de otimização* – conexos, pois, à máxima (regra) da proporcionalidade – esses Direitos a prestação em *sentido estrito* **somente** gerariam *direitos subjetivos definitivos* quando as restrições/intervenções legislativas, incidentes sobre as **posições jurídicas *prima facie*** deles decorrentes, comprovassem-se inidôneas (inadequadas),

---

606 Nesse sentido, vide (SILVA, 2009, p. 77-78); (SARMENTO, 2008, p. 567-568); (LEIVAS, 2008, p. 280-282); (BARROSO, 2008, p. 880); (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 15 *et. seq.*) (FIGUEIREDO, 2007, p. 119). A mesma ótica é defendida, na Colômbia, por (PULIDO, 2008, p. 168).

607 No capítulo quarto deste trabalho, ressaltamos pelo menos duas divergências de Virgílio Afonso da Silva em relação à teoria alexyana dos Direitos Fundamentais. Cumpre apenas ressaltar que a distinção entre 'alexyanos puristas' e 'alternativos' foi inicialmente proposta por Cruz (2007: 298), tendo em vista a fidedignidade de cada um em relação à proposta do jusfilósofo alemão atinente à distinção entre princípios e regras.

608 Já esclarecemos que Virgílio não concorda com o conceito de suporte fático fornecido por Alexy e Borowski – a englobar os elementos 'âmbito de proteção' e 'intervenção'. Em todo caso, ele é expresso em anuir à doutrina do suporte fático amplo, aos seus olhos, conexa à teoria externa. Mas, sinceramente, ficamos na dúvida se o conceito de suporte fático proposto por Virgílio – a englobar o 'âmbito de proteção' do Direito, a 'intervenção estatal' e a 'não-fundamentação constitucional' – seria realmente compatível com a versão de suporte fático amplo. Parece-nos que, se inserida no conceito de suporte fático, a 'não-fundamentação constitucional' aproxima-o da versão do suporte fático restrito. Afinal, o que decorre de sua análise é a conseqüência jurídica definitiva. Talvez Virgílio nos objetasse para dizer que estaríamos a confundir o elemento 'âmbito de proteção' com o conceito de suporte fático. E mais, poderia nos dizer que, por trabalhar com o conceito de intervenção, estaria a se afastar, e não a se aproximar do conceito de suporte fático restrito. Mas sinceramente, pensamos que esse contra-argumento só indicaria que ele não aceita os pressupostos da Teoria interna. E como ele mesmo indicou, há autores como Pieroth e Schlink, que discordariam da proposta de Alexy e trabalhariam com a Teoria Externa e com o suporte fático restrito (SILVA, 2009: 159-162).

609 "*Como foi visto no capítulo anterior, quando se parte de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais há, automaticamente, um aumento na colisão entre direitos fundamentais, pois, ao aumentar a quantidade de condutas, situações e posições jurídicas protegidas por direitos fundamentais, há, inevitavelmente, uma maior quantidade de choques no exercício desses direitos. Além disso, a ampliação do conceito de intervenção estatal, em conjunto com a adoção de uma teoria externa, tende a ampliar o número de ações estatais que são consideradas como restrição a direitos fundamentais. Por fim, sedimentou-se a idéia de que tais restrições, para que possam ser consideradas* ***restrições constitucionalmente fundamentadas****, e não* ***violações*** *a direitos, têm que passar no exame da proporcionalidade*" (SILVA, 2009, p. 181).

desnecessárias e desproporcionais em sentido estrito[610]. Com isso, por se mostrarem proporcionais, algumas omissões estatais – totais ou parciais – restringiriam constitucionalmente Direitos sociais[611].

Para Virgílio, os cidadãos[612] possuiriam *prima facie* não o direito a um mínimo[613], senão a todos os meios materiais necessários ao atendimento de suas liberdades e de suas necessidades básicas. No entanto, esse máximo não seria exigível do Estado de maneira definitiva, mesmo porque limitações econômicas ou exigências advindas de outros Direitos Fundamentais, para ficar em dois exemplos, poderiam justificar a restrição dessas posições jurídicas *prima facie*. Se, portanto, a ampliação da proteção *prima facie* aumentaria o número de colisões entre Direitos Fundamentais, necessária se tornava a restrição desses Direitos para a solução dessas colisões (SILVA, 2009, p. 253).

Essa abordagem *diminuía* as diferenças classicamente delineadas entre os Direitos sociais e as 'Liberdades públicas'/'direitos de defesa', na medida em que infirmava distinções pautadas *no grau de eficácia* de suas respectivas normas garantidoras. Se todas as normas dependiam de intervenções e regulamentações para gerar efeitos, perdia sentido distingui-las em normas de eficácia plena e de eficácia limitada (SILVA, 2009, p. 240).

Mas próximo ao esquema de Alexy, Virgílio continuou a apostar em uma *diferença estrutural* entre as 'duas categorias' de Direitos. E para tanto, ele buscou enfatizar os fatores que justificariam/explicariam os diferentes graus de efetividade e justiciabilidade dos Direitos sociais, quando comparados àqueles inerentes às liberdades públicas. Essa abordagem transcendeu a 'alexyana', a despeito de estar pautada no mesmo pressuposto, a saber, que

---

[610] *"[...] o que acontece quando uma ação estatal poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada e, para isso, não há fundamentação constitucional? A resposta somente pode ser: há um* ***direito definitivo*** *à realização dessa ação. Em resumo, se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (– FC), então, a conseqüência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox)"* (SILVA. 2009: 78).

[611] Salvo no tocante ao conceito de suporte fático, nesse particular a concepção defendida por SILVA é idêntica àquela defendida por Pulido, para quem *"[...] as disposições de direitos sociais devem ser concretizadas com vantagem como posições jurídicas com caráter* ***prima facie****. De acordo com essa concepção, já exposta por Alexy e Borowski, os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições* ***prima facie****, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam desproporcionadas. Essas restrições podem estar justificadas em razão das limitações econômicas, e ainda em razão das exigências que se desprendem de outros bens constitucionais. Desta perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua como critério definidor da vinculação que emana dos enunciados dos direitos sociais. A análise da proporcionalidade das restrições a esses direitos indica se, nos casos concretos, as posições em que se concretizam estes direitos valem apenas* ***prima facie****, ou se também valem de maneira definitiva"* (PULIDO, 2008, p. 168).

[612] Na ótica de Virgílio (2009, p. 243), esses Direitos possuiriam principalmente um caráter coletivo.

[613] A despeito de que, as posições jurídicas definitivas, ao menos para Alexy, parecem dizer respeito aos direitos mínimos. Nesse sentido, vide novamente o tópico 4.2.3, inscrito no capítulo anterior.

"Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos" (ALEXY, 2008, p. 510).

Aos seus olhos, enquanto as condições para o exercício efetivo dos Direitos sociais ainda precisariam ser criadas, *"boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para uma produção (quase) plena dos efeitos das liberdades públicas"* já existiria (i). Além disso – e nesse ponto sua posição coincidia com a de Alexy – a criação das condições de exercício dos Direito Sociais seria, *"pura e simplesmente, mais cara"* que a dos direitos de defesa[614] (ii) (SILVA, 2009, p. 241).

Segundo Virgílio, o custo mais elevado (ii) dos Direitos sociais devia-se a um 'algo a mais' exigido para a sua efetivação: além dos gastos para a manutenção de instituições e procedimentos – que também poderiam ser incluídos na conta dos direitos de defesa – eles ainda demandariam uma prestação específica, diretamente relacionada com o objeto do Direito cuja proteção estivesse sendo perseguida. Assim, *"enquanto boa parte dos custos das liberdades"* acabaria sendo aproveitada *"de maneira global por todas elas – legislação, organização judiciária etc."*, cada Direito Social exigiria uma prestação estatal exclusiva que só poderia ser aproveitada na sua realização específica, *"mas não na realização de outros"* (SILVA, 2009, p. 241):

> [...] a construção e a manutenção de hospitais, contratação de médicos, compra de caros materiais hospitalares, organização de programas de combate a epidemias, entre outras coisas, só são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde. O mesmo vale para a construção e a manutenção de escolas, contratação de professores, compra de material escolar e de alimentos para a merenda, organização de programas de aperfeiçoamento didático para professores, no caso do direito à educação; de construção de casas e abertura de créditos habitacionais, no caso do direito à moradia (SILVA, 2009, p. 242).

Em verdade, na esteira dos ensinamentos de Alexy, Virgílio continuou a apostar que o *cerne* das liberdades públicas encontrar-se-ia na exigência de uma abstenção estatal[615],

---

[614] *"Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa* ***mais dinheiro****. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias. Diante disso, esses 'gastos institucionais', que são diluídos na efetivação de* ***qualquer tipo de direito****, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro"* (SILVA, 2009, p. 593).

[615] Isso fica evidenciado na proposta alexyana de distinção entre os Direitos de defesa e os Direitos a ação positiva. Segundo Hierro, *"El problema comienza (…) cuando Alexy trata de diferenciar entre los derechos a*

enquanto que o 'coração' dos Direitos sociais localizar-se-ia na faculdade de *exigir do Estado* uma prestação positiva[616]. Ao contrário do alemão, no entanto, salientou que o caráter dessa prestação seria primordialmente coletivo. Para ele, esses eram dois fatores que justificavam a difícil justiciabilidade dos Direitos sociais[617].

Apesar de não negar a juridicidade dos Direitos sociais, Virgílio procurou enfatizar que eles, além de não possuírem a mesma estrutura dos Direitos Civis e Políticos, não poderiam ser justiciáveis da mesma maneira. Nesse aspecto, ele se afastou de Alexy, para quem os problemas de justiciabilidade que surgiriam no âmbito do modelo de proteção de Direitos sociais não seriam distintos, *"em sua essência, daqueles que existem no caso dos direitos fundamentais tradicionais"* (ALEXY, 2008, p. 514).

Em síntese, Virgílio sustentou que talvez a tarefa dos juízes em demandas afetas ao tema não fosse conceder remédios, tratamentos médicos, vagas em escolas etc. a todos aqueles que recorressem ao Judiciário[618]. A eles (os juízes) caberia, antes, controlar a *"execução das políticas já existentes"*, canalizando as demandas individuais de forma a promover uma espécie de diálogo constitucional com os demais poderes. Em outras palavras, caberia ao Judiciário exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que fosse necessário. Como "*controlador da*

---

protección y los derechos de defensa. La diferencia nuclear entre los meros derechos de defesa y los derechos a protección estriba en que respecto a los primeros el estado sólo tiene 'el deber de omitir intervenciones' mientras que respecto a los segundos tiene 'el deber de encargarse de que terceros omitan intervenciones" (HIERRO, 2009, p. 205).

616 É bem verdade que, aos olhos de Virgílio, algumas demandas judiciais voltadas para a proteção das liberdades públicas podiam apresentar dificuldades, a exemplo daquelas que exigissem uma maior atuação estatal para a garantia da imprensa plural e independente – como forma de otimização do Direito à informação – ou que determinassem a construção de mais delegacias policiais em determinada cidade – a fim de garantir a segurança de propriedades privadas de fazendeiros. Nesses casos excepcionais, a tutela jurisdicional apresentar-se-ia tão problemática e complexa quanto no âmbito dos Direitos Sociais. Ainda assim, segundo ele, essa não seria a forma corriqueira de demandas afetas às liberdades públicas/direitos de defesa (SILVA, 2009, p. 244).

617 *"Em primeiro lugar, a dificuldade de obter uma tutela jurisdicional satisfatória no âmbito dos direitos sociais reside no caráter coletivo desses direitos. Ainda que se possa dizer que cada indivíduo tenha um direito à saúde, um direito à educação, ao trabalho e à moradia, a realização desses direitos é algo que só é possível se pensada coletivamente. Os procedimentos judiciais, sobretudo no Brasil, não estão, contudo, aptos a dar vazão a pretensões judiciais dessa natureza. [...] Em segundo lugar, há uma questão ligada à diferença que costuma ser apontada entre liberdades públicas e direitos sociais. [...]: enquanto as* ***liberdades públicas*** *exigem,* ***em geral****, um não-fazer, os* ***direitos sociais*** *exigem, também* ***em geral****, um fazer. O* ***cerne*** *das liberdades públicas é, portanto, a exigência de uma abstenção estatal. Enquanto direitos sociais exigem* ***sobretudo*** *prestações estatais"* (SILVA, 2009, p.243).

618 *"[...] talvez a tarefa dos juízes não seja a de conceder remédios, tratamentos médicos, vagas em escolas etc. a todos aquelas que recorrerem ao Judiciário. Mas, nesse caso, qual poderia ser o papel dos juízes no processo de realização dos direitos sociais? Embora haja diversas respostas positivas a essa pergunta, eu sustento que todas elas devem partir do pressuposto de que esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor"* (SILVA, 2008, p. 597).

execução de políticas já existentes", o Judiciário conseguiria, *"ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos"* e, principalmente, realizar com maior eficiência os Direitos sociais (SILVA, 2008, p. 598).

Com isso, ela não estava a abandonar completamente *o modelo alexyano de ponderação*[619] no tocante aos Direitos sociais. Tanto é verdade que, na sua trilha, ele manteve a tese segundo a qual o *conteúdo essencial* dos aludidos Direitos – equivalente ao *mínimo existencial* – deveria ser garantido judicialmente em caso de omissões estatais inconstitucionais. A racionalidade das decisões concessivas, nesses casos, estaria vinculada ao emprego correto da regra da proporcionalidade:

> Quando se analisou o suporte fático dos direitos sociais, o resultado foi um suporte nos seguintes moldes: se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x não é fundamentada constitucionalmente (– FC(IEx)), então, a conseqüência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox). O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. **Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na melhor medida do possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições.** [...] Ou seja, **o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas**, que, por sua vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível (SILVA, 2009, p. 205).

Para Virgílio, portanto, o que precisava ficar claro era que *"soluções simples, como a distribuição de remédios de forma desordenada, irracional e individualista"*, por exemplo, jamais contribuiriam para a real efetivação dos Direitos sociais em nosso país (SILVA, 2008, p. 598).

Ao contrário de Virgílio, autores como Daniel Sarmento, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Luiz Roberto Barroso, a despeito de manterem-se fiéis ao conceito alexyano de Direitos sociais, acabaram por aproximar-se de um '*alexyanismo alternativo'* no tocante ao *controle* da racionalidade da otimização dos aludidos Direitos.

A despeito de continuar a vincular tanto o conteúdo (i), quanto a possibilidade de tutela jurisdicional dos Direitos sociais (ii), ao resultado de uma otimização[620] pautada na

---

[619] Que, aliás, é seguido à risca por (PULIDO, 2008, p. 169-172).

[620] No trecho *"A possibilidade de tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade"*, Sarmento parece identificar a *ponderação correta* como aquela que decorre do emprego correto do *princípio da proporcionalidade* (SARMENTO, 2008, p. 567). No entanto, mantido um rigor científico, essa opção não se coaduna com a proposta de Alexy, para quem a *ponderação/sopesamento* equivale apenas à *submáxima da*

máxima (*princípio*[621]) da proporcionalidade (iii), Sarmento salientou que o *sopesamento* atinente aos aludidos Direitos deveria opor *o próprio Direito social em jogo*, de um lado[622] – e não o princípio da liberdade fática (material) como sustentava Alexy[623] –, aos princípios da democracia e da separação dos poderes, além de eventuais Direitos de terceiros, de outro (SARMENTO, 2008, p. 568).

Além disso, em sua ótica, a mencionada ponderação deveria ser acoplada a *standards* argumentativos que fossem capazes de estruturá-la e limitá-la, a fim de que dela não resultassem simples decisionismos 'travestidos' de decisão dotada de racionalidade (SARMENTO, 2008, p. 568).

Nesse sentido, levando em conta a face onerosa desses Direitos e mais, contra a tese delineada por Krell, primeiramente Sarmento procurou traçar um conceito constitucionalmente correto acerca da *reserva do possível*, iniciando pelo seu componente fático. Após criticar algumas concepções que ele considerava equivocadas acerca do tema[624], defendeu que a *reserva do possível fática* deveria ser concebida como *"a razoabilidade da*

---

proporcionalidade em sentido estrito, e não ao emprego da proporcionalidade *lato sensu*. Para mais detalhes, vide Ferraz (2009).

621 Sarmento (2001; 2008: 567) emprega a terminologia 'princípio' para designar a *máxima da proporcionalidade*.

622 *"É verdade que no modelo de ponderação proposto por Alexy, o que figura em um dos lados da balança não é o próprio direito social vinculado, mas a liberdade material que este assegura. Provavelmente, este modelo foi concebido dessa forma em razão do fato de a Constituição alemã não consagrar direitos sociais em seu texto. Daí o recurso a um meio indireto para exigibilidade destes direitos, que permitisse a superação da omissão do constituinte germânico. Contudo, no ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram expressamente positivados e são considerados plenamente justiciáveis. Ademais, a liberdade material não é a única razão que justifica a proteção dos direitos sociais. Esta pode ser fundamentada também em outros objetivos, como o atendimento das necessidades humanas básicas, a viabilização da democracia etc.* ***Por isso, entendo que a ponderação não deve ser feita com a liberdade material, como sustenta Alexy, mas com o próprio direito social em jogo****"* (SARMENTO, 2008, p. 568 – grifo nosso).

623 *"De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o principio da separação de poderes, alem de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos"* (ALEXY, 2008, p. 512).

624 *"Uma possibilidade extrema, que deve ser desde já descartada, seria associar a reserva do possível fática à absoluta exaustão dos recursos públicos.* ***De acordo com esta exegese, uma postulação em juízo compreendida no âmbito de proteção de direito social somente poderia ser denegada se ficasse evidenciada a completa falta de recursos do Estado de satisfazê-la****. Esta compreensão me parece incorreta, pois ignora a necessidade do Poder Público de atender a uma infinidade de outras demandas onerosas – muitas delas igualmente alicerçadas na Constituição. Ela permitiria que, em nome da proteção do direito de uma pessoa, todos os direitos e interesses legítimos das demais que necessitassem de recursos públicos fossem completamente sacrificados.* ***Outra interpretação seria a de compreender a reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo de recursos públicos existentes.*** *[...] Porém, entendi que esta posição também não é correta, falhando por não levar a sério a igualdade entre as pessoas. [...] o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que não tiver condições de dar a todos os que se encontrem na mesma posição"* (SARMENTO, 2008, p. 571 – grifo nosso).

universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes" (SARMENTO, 2008, p. 572):

> Por esse critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável pelo Estado. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar esse tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta (SARMENTO, 2008, p. 572)

Em síntese, Sarmento vinculou a sua concepção de reserva do possível fática a uma noção de razoabilidade[625] como reciprocidade, atrelada, pois, ao princípio da isonomia. Em sua ótica, a correta resolução dos casos atinentes a Direitos sociais exigiria além de uma análise do caso *sub judice* (microjustiça), um olhar para além do caso (macrojustiça)[626], a fim de aferir a razoabilidade do eventual deferimento ou indeferimento do pedido. Ao Estado incumbiria o ônus da demonstração de que o Direito pleiteado esbarraria na reserva do possível fática. Não bastaria a ele, no entanto, simplesmente alegar a reserva do possível como forma de se eximir da obrigação, mas, efetivamente, produzir prova suficiente dessa alegação[627].

Para além desse padrão, o jurista fluminense procurou investigar o componente jurídico da reserva do possível. Esse componente, segundo ele, estaria atrelado à *"existência de embasamento legal"* capaz de exigir do Estado um gasto necessário para a satisfação do Direito Social reclamado. Em outras palavras, diria respeito à *"existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa"* (SARMENTO, 2008, p. 573).

Aos olhos de Sarmento, não seria válido ignorar, no equacionamento da questão, *"nem a prioridade do legislador democrático na realização de 'escolhas trágicas' sobre gastos públicos"*, nem tampouco a faceta vinculante dos Direitos sociais em relação ao legislador.

---

[625] Para mais detalhes acerca dos diversos sentidos atribuídos à razoabilidade desde a tradição grega (como racionalidade) até a modernidade, vide (SAMPAIO, 2003, p. 45 *et. seq.*).

[626] *"Não quero com isso dizer que as decisões em matéria de direitos sociais não devem avaliar as singularidades de cada caso, contentando-se com generalizações. Pelo contrário, a análise pormenorizada do caso sub judice é uma obrigação incontornável do juiz, que não deve e não pode tratar as pessoas como se fossem números, abstraindo de suas necessidades e de seus sofrimentos. O que pretendo salientar é apenas que, em razão do princípio da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições"* (SARMENTO, 2008, p. 572).

[627] No próximo capítulo, analisaremos com mais detalhes esse padrão argumentativo.

Nesse sentido, caberia reconhecer-se que, se por um lado o legislador de fato disporia de uma ampla margem de manobra sobre a matéria, sobretudo em vista de sua legitimidade democrática, por outro, suas escolhas estariam vinculadas à Constituição. Portanto, também a margem de manobra legislativa estaria, em certa medida, sujeita ao crivo do Poder Judiciário[628] (SARMENTO, 2008, p. 574).

Analisada essa questão, por pressupor que seria papel do Estado assegurar as condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas, ele passou a investigar o *standard* atinente ao mínimo existencial. Após perpassar por três argumentos morais utilizados para justificar a aludida obrigação estatal, – dois instrumentais e um não-instrumental – ele acatou ao último, para sustentar que o atendimento das necessidades humanas mais básicas seria *"uma exigência autônoma de justiça"*, a se impor independentemente de suas consequências para a promoção de outros objetivos, tais como a promoção da democracia[629] ou a garantia da liberdade[630]:

> Na minha opinião, a teoria não instrumental é a mais correta. É óbvio que a garantia do mínimo existencial constitui também, em geral, um pressuposto fático seja para o gozo das liberdades individuais, seja para o exercício da cidadania política. Contudo, ainda que assim não fosse, uma compreensão correta da idéia de justiça teria de envolver a obrigação moral do Estado e da sociedade de combater o sofrimento e a miséria humanas, através da garantia das condições mínimas de vida para os necessitados. Veja-se o exemplo de um indivíduo que padeça de deficiência mental severa e incurável e que esteja em situação de absoluta penúria material. Poucos discutirão que ele também faz jus à proteção do mínimo existencial, em que pese não fazer muito sentido falar dessa garantia como pressuposto para o exercício da sua liberdade material ou do seu direito à participação política (SARMENTO, 2008, p. 576).

Assentado nesses pressupostos, Sarmento acabou por identificar o fundamento normativo do mínimo existencial no princípio da dignidade humana, principalmente por

---

628 *"A virtude, como sói acontecer, está no meio. Penso, em síntese, que a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos sociais previstos de forma principiológica. Trata-se de um fator relevante, mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso"* (SARMENTO, 2008, p.574).

629 *"O argumento democrático [...] se baseia na idéia, defendida por pensadores como Jürgen Habermas e juristas como Friedrich Müller, de que a democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação dos cidadãos no espaço público. Dentre os direitos garantidos, é necessário que figure a satisfação das necessidades materiais básicas das pessoas mais carentes, sem o que restaria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas na sociedade"* (SARMENTO, 2008, p. 575). Ainda discutiremos essa questão com mais detalhes no tópico 5.4.3.4.

630 *"O argumento da liberdade material tem muito prestígio dentre os adeptos do liberalismo igualitário, e foi defendido por filósofos como John Rawls, economistas como Amartya Sem, assim como juristas como Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres. A idéia fundamental aqui é a de que sem o atendimento de certas condições materiais básicas, esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade concreta do seu exercício. A liberdade, segundo essa visão, não se esgota na ausência de impedimentos externos à ação do agente, envolvendo também a possibilidade real de seu exercício. Esta, por sua vez, demanda que sejam garantidas certas condições materiais mínimas para os necessitados"* (SARMENTO, 2008, p. 575).

considerar que este apelaria tanto à liberdade material, quanto à democracia, como ao atendimento de necessidades básicas das pessoas. Só então, asseverou que o direito ao mínimo existencial corresponderia *"à garantia das condições materiais básicas de vida"*, englobando tanto uma dimensão negativa – a impedir a prática de atos, pelo Estado e pelos particulares, que fossem capazes de subtrair do indivíduo as referidas condições indispensáveis à vida digna –, quanto uma dimensão positiva – consistente em um conjunto essencial de direitos prestacionais (SARMENTO, 2008, p. 576).

Sem qualquer pretensão de pré-estabelecer o elenco de Direitos que constituiria o Direito ao mínimo existencial, o jurista fluminense esclareceu que *"a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não* [poderia] *ser realizada in abstrato, ignorando a condição específica do titular do Direito"*. Segundo ele, a definição do aludido padrão não prescindiria da análise da situação *in concreto*, e isso por estar intimamente ligada à *necessidade vital* do titular do Direito. Justamente em vista disso, aos seus olhos, faria todo o sentido perquirir, p. ex., a condição financeira do demandante em casos afetos ao Direito à saúde, sobretudo porque, se este possuísse condições econômico-financeiras para arcar com os custos do seu pleito, extrapolado estaria o mínimo existencial[631], não fazendo sentido exigir do Estado o custeio do tratamento no aludido caso[632] (SARMENTO, 2008, p. 577).

Aqui, no entanto, convém abrir 'um parêntese' na exposição da concepção de Sarmento, a fim de trazer ao debate uma outra proposta referente ao mínimo existencial, mais

---

631 *"Um exemplo: o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna.* ***Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as conseqüências para ele da omissão estatal impugnada.*** *Por isso, não concordo com a argumentação aduzida em algumas decisões judiciais em matéria de saúde, no sentido de que tendo em vista a universalidade deste direito, seria irrelevante analisar se o autor da ação possui ou não os recursos necessários à aquisição da prestação demandada do Estado. Este dado me parece fundamental, pois, num caso, o sacrifício eventualmente imposto pela denegação da pretensão repercute tão somente sobre o patrimônio do paciente, enquanto no outro pode estar em jogo a sua própria vida"* (SARMENTO, 2008, p. 577 – grifo nosso).

632 Convém aqui uma ressalva pertinente, para a qual Cruz nos chamou a atenção: mesmo em casos em que o cidadão fosse mais abastado, não faria sentido excluir *a priori* a possibilidade de o Estado custear um atendimento, ou tratamento – ainda que, posteriormente, fosse pertinente aferir a possibilidade de regresso do dinheiro pago, seja perante o próprio assistido, seja perante uma seguradora privada que, eventualmente, com ele possuísse um vínculo contratual. Portanto, nem nesses casos seria possível dizer, *a priori*, em vista das condições econômicas do cidadão, que um eventual atendimento não estaria incluído dentro do que, em termos de reciprocidade, pode ser entendido como Direito ao mínimo existencial. Ou alguém discordaria que um milionário que sofresse um acidente de carro, por exemplo, não apenas poderia como deveria ser atendido na emergência de um Pronto Socorro público, caso, por exemplo, inexistisse hospital privado nas proximidades? O fato de que possa existir um dever de reembolso posterior ao SUS, portanto, não elimina a necessidade de uma análise caso a caso.

especificamente, a delineada por Ana Paula Barcellos[633]. A jurista do Rio de Janeiro, em sentido diametralmente oposto àquele delineado por Sarmento, se dispôs em estudos sucessivos, a formular elencos de prestações que estariam compreendidas pelo mínimo existencial, sem, no entanto, desconsiderar a fluidez temporal do aludido conceito[634]. Para se ter uma idéia, em relação ao Direito à Saúde, partindo de uma crítica às análises de *cunho utilitarista* atinentes à definição do mínimo existencial – aquelas que levariam em consideração, por exemplo, uma relação de custo da prestação de saúde em face do benefício que ela poderia proporcionar para o maior número de pessoas, tendo em vista a quantidade daqueles que precisariam dessa espécie de prestação – Barcellos defendeu a inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram (I), necessitam (II) ou ainda haveria de necessitar (III). Dentre as prestações que todos os indivíduos necessitaram, ela incluiu **o atendimento no parto** (I.1) e **o acompanhamento da criança no pós-natal** (I.2); dentre as que todos necessitam, destacou **o saneamento básico** (II.1) e **o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica e ginecológica** (II.2); por fim, dentre as que todos provavelmente hão de necessitar, elencou **o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, entre outros** (III.1).

Esse elenco de prestações constitutivas do mínimo existencial, na visão de Barcellos, seria meramente exemplificativo. Ela seguia a lógica de um parâmetro que procurava sanar os vícios de um critério utilitarista, justamente por estar pautado em uma noção de reciprocidade:

> A lógica desse critério é assegurar que **todos** tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigi-lo caso ele não seja prestado pelo Poder Público. Isso, lembre-se, afora tudo o que venha a ser decidido politicamente e juridicizado pelos grupos eleitos a cada momento. É interessante observar que as conclusões acima harmonizam-se em boa parte com as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área da saúde, a saber: (i) a prestação do serviço de saneamento (arts. 23, IX; 198, II; e 200, IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, §1º, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II)"(2008: 810-811) (BARCELLOS, 2008, p. 810-811).

O interessante é que, a despeito de também nortear a sua concepção de mínimo existencial pelo *princípio da dignidade da pessoa humana* – tal como Sarmento – sua proposta em muito se afastou da delineada por seu conterrâneo. Isso se deveu a uma questão

---

[633] Aos olhos de Cruz (2007, p. 298), uma 'alexyana alternativa' no tocante à distinção entre princípios e regras.

[634] *"O conceito de mínimo existencial é construído historicamente, em face das circunstâncias e possibilidades da sociedade, tanto financeiras e econômicas quanto culturais, tomando o termo em sentido abrangente. A alteração desse quadro, ao longo do tempo, justificará a rediscussão e adaptação daquele conceito, sobretudo para fins de ampliação"* (BARCELLOS, 2008, p. 821).

muito simples: os dois partiam de concepções diferenciadas acerca da dignidade da pessoa humana. Enquanto Barcellos defendeu uma noção de que a *dignidade da pessoa humana* como **núcleo intangível/duro dos Direitos**, e, portanto, como parâmetro limitador e norteador da otimização de princípios – aproximando-se, assim, da concepção defendida pelo Tribunal Constitucional alemão acerca do tema – Sarmento pareceu, ao menos neste trabalho[635], guardar uma coerência com a concepção alexyana, ao aduzir que também as prestações estatais destinadas a garantir vida digna de um jurisdicionado poderiam ceder ante uma ponderação, ainda que, nesses casos, fosse maior o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido.

Gostaríamos apenas de ressaltar, para fechar esse parêntese, que se é assim *o princípio da dignidade humana* não pode ser mais tomado como algo auto-evidente. É também ele um conceito que comporta inúmeras concepções, ao menos em sociedades pluralistas e profanizadas como a nossa. Ainda apresentaremos nossa concepção acerca do tema, mas, por ora, convém apenas indagar: 'seria ele o núcleo duro do Direito? (a)', ou 'apenas o que sobrasse de uma ponderação de princípios?(b)'. Ou, mais especificamente: 'possuiria o princípio da dignidade humana um núcleo essencial absoluto próprio?(c)'; ou 'um núcleo essencial relativo, passível de ponderação com outros princípios e questões constitucionais como a reserva do possível (d)?'; ou 'habitaria no núcleo essencial absoluto dos Direitos Fundamentais (e)?' A opção escolhida, fatalmente, acarreta uma variação da concepção de mínimo existencial, sobretudo se esta estiver atrelada ao aludido princípio.

Ao que parece, Sarmento optou pela opção 'd'. No entanto, especificamente em relação ao mínimo existencial, ele agregou a exigência de que nessa ponderação fosse levada em conta a possibilidade de universalização das prestações demandadas. Ademais, como já antes dissemos, ele defendeu que *"a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial* [tendia] *a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do*

---

[635] Em trabalhos anteriores, Sarmento em muito se aproximou da concepção do princípio da *dignidade da pessoa humana* defendida, dentre outros, por Sarlet e Barcellos. Nesse sentido, ele aduziu que *"o princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha um papel essencial na relação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade. É importante destacar que o princípio em pauta não representa apenas um limite para os Poderes Públicos, que devem abster-se de atentar contra ele. Mais do que isso, o princípio traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação comissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da pessoa humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade. É por isso que, do princípio em tela, é possível extrair prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial, mesmo quando relacionadas a direitos não contemplados expressamente no texto constitucional (e.g. direito à alimentação). Cabe também ao Estado impedir os atentados à dignidade humana cometidos por terceiros, coibindo-os e reprimindo-os, após a sua prática"* (SARMENTO, 2004, p. 113-114).

direito vindicado", a despeito de insistir que, ainda assim, inexistiria um direito definitivo à garantia do referido mínimo, imune a ponderações e à reserva do possível (SARMENTO, 2008, p. 579).

Feito isso, nosso autor passou a discutir especificamente o controle judicial de políticas públicas. Nesse ponto, aduziu que o fato de os Direitos sociais serem garantidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas não os tornaria imunes ao controle judicial. Salientou que, como verdadeiros Direitos, eles não apenas poderiam, mas deveriam ser garantidos pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou de arbitrariedade das autoridades competentes. E refutou as antigas teses opostos contra a justiciabilidade dos Direitos sociais, a exemplo da doutrina do mérito administrativo[636] (SARMENTO, 2008, p. 580-581).

Além disso, Sarmento questionou a adequação de teorias 'idealizadoras' da figura do juiz, crédulas num poder messiânico do Judiciário – com expressa menção à tese dworkiana[637]. Chamou atenção, ainda, para o fato de que esse controle não poderia ser realizado sem que se atentasse, devidamente, para a real capacidade institucional dos aplicadores do Direito:

> Na teoria jurídica contemporânea, há uma corrente importante que preconiza a necessidade de que as capacidades institucionais comparativas dos agentes envolvidos na aplicação do Direito seja levada em conta na definição das teorias de interpretação mais adequadas a cada contexto. Esta sensibilidade diante das vicissitudes concretas dos aplicadores do Direito leva estes autores a defenderem a idéia de que a **teoria interpretativa preferível não é aquela que, em tese, tenha como conduzir algum intérprete ideal a resultados perfeitos, mas sim aquela que seja mais apta a otimizar os resultados, considerando as capacidades específicas de intérpretes reais e falíveis, e o risco de que cometam erros** (SARMENTO, 2008: 581 – grifo nosso).

---

636 *"Atualmente, a melhor doutrina não mais aceita a idéia de que existiria uma esfera do poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo no campo envolvendo direitos fundamentais. Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência"* (SARMENTO, 2008, p. 580-581).

637 Convém reproduzir, aqui, a nota de rodapé explicativa, na qual Sarmento esclarece sua crítica à transposição da visão dworkiana para o contexto jurídico brasileiro, especialmente no que se refere à aplicação dos Direitos Sociais "[...] *cabe destacar que dificilmente a teoria de Dworkin - que justifica um forte ativismo judicial na defesa dos direitos individuais - poderia ser empregada em matéria de direitos sociais. Isto porque, o jusfilósofo norte-americano baseia o seu raciocínio em uma diferenciação absoluta entre direitos e políticas (policies), afirmando que o Judiciário deve atuar com firmeza em relação aos primeiros, mas que os poderes eleitos teriam mais legitimidade e capacidade para deliberar no campo das segundas. Ocorre que é praticamente impossível separar os direitos das políticas em matéria de direitos sociais, pois tais direitos só são realizados através de políticas públicas. Aliás, quando Ronald Dworkin esteve no Brasil no ano de 2006, em pelo menos três palestras que proferiu (em São Paulo, no CEBRAP, e no Rio de Janeiro, nos auditórios da Procuradoria-Geral do Município e da EMERJ), ele manifestou o seu ceticismo sobre a viabilidade da tutela judicial de direitos sociais"* (SARMENTO, 2008, p. 581 – nota 93). Concordamos em grande medida com a análise de Sarmento, como, aliás, demonstramos no tópico 4.1.3, inscrito no capítulo quarto.

Ele também anotou que, em matéria de controle judicial de políticas públicas, enfrentar-se-ia, ainda, o problema resultante da própria dinâmica dos processos judiciais. Em sua ótica, esse problema decorria da lógica bilateral proveniente da justiça comutativa, típica dos litígios para cuja resolução os processos judiciais teriam sido originalmente pensados, em que os interesses em disputa se restringiam aos das partes devidamente representadas. Esse seria, portanto, mais um entrave à solução da *"problemática subjacente aos direitos sociais"*, a envolver, principalmente, *"questões de justiça distributiva, de natureza multilateral"* (SARMENTO, 2008, p. 582).

Isso agravaria as dificuldades encontradas para o trato jurisdicional da matéria, atestando que o Judiciário[638] nem de perto seria o "*ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos"* (SARMENTO, 2008, p. 582).

Para Sarmento, tais problemas poderiam até ser amenizados, mas não completamente eliminados, através do *"recurso mais freqüente a peritos e a instituições independentes e imparciais com reconhecida capacidade técnica na área em discussão",* uma medida que considerou importante, no que concerne ao "*déficit de conhecimentos especializados dos magistrados*". Já a limitação de informações e de pontos de vista diversificados, decorrente da própria lógica do processo judicial, poderia ser atenuada *"pelo exercício mais firme dos poderes de instrução conferidos aos juízes"*, bem como *"pela maior participação de terceiros nas lides, como, por exemplo, através da atuação dos amici curiae"*. Ainda assim, essas seriam providências paliativas, algumas delas, inclusive, de difícil operacionalização nas ações individuais (SARMENTO, 2008, p. 582-583)[639].

Por fim, o jurista fluminense ressaltou a sua preferência pelo trato da matéria em demandas coletivas, sem, no entanto, desconhecer o cabimento de ações individuais voltada para a proteção judicial dos Direitos sociais (SARMENTO, 2008, p. 583 *et. seq.*).

Em seus argumentos, como crítica à tendência majoritariamente individualista das ações, bem como à maior benevolência jurisdicional em demandas desta estirpe, primeiramente ele destacou os avanços atinentes ao acesso à Justiça no Brasil não alterariam a realidade de que a principal camada a fazer uso desse serviço, mesmo em demandas envolvendo Direitos sociais, continuaria sendo a classe média. Ressaltou, ainda, que os mais excluídos, até por questões de desconhecimento, dificilmente fariam uso da Justiça para

---

[638] *"Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma 'visão de túnel', em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes"* (SARMENTO, 2008, p. 582).

[639] Convém ressaltar que, quando da publicação de *Jurisdição Constitucional Democrática*, ainda em 2004, a abertura discursiva do Judiciário já era uma das principais bandeiras de Cruz.

reclamar a proteção de seus Direitos. E completou com a constatação de que *"o foco centrado nas ações individuais"* poderia *"acabar funcionando como uma espécie de 'Robin Wood às avessas', ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média"* (SARMENTO, 2008, p. 584).

Em sua visão, essa seria uma tendência atenuada em demandas coletivas, principalmente porque, nessa seara, os magistrados dificilmente escapariam de uma reflexão atinente ao potencial de universalização do pedido:

> Não há como decidir uma ação civil pública que afete a todo um amplo universo de pessoas sem considerar o seu efeito sobre as políticas públicas em vigor e as verbas existentes. O impacto aqui é inequívoco e por isso tem de ser enfrentado. O julgamento força uma análise de "macrojustiça", que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos. [...] Ademais, as ações coletivas tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com as inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais, que tenderiam a ser negligenciadas nas ações individuais. Isto, evidentemente, possibilita a adoção de decisões mais informadas, a partir de uma visão mais abrangente da problemática subjacente à adjudicação de cada direito social (SARMENTO, 2008, p. 584-585)

Este também deveria ser o raciocínio nas ações individuais, a despeito da existência de uma tendência a apontar na direção contrária[640]. Essas seriam demandas que jamais poderiam ser desconsideradas, sobretudo em nome do raciocínio segundo o qual os Direitos sociais configurariam autênticos Direitos Fundamentais, e, ainda, em razão da garantia proveniente do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (SARMENTO, 2008, p. 585).

Segundo Sarmento, esses seriam alguns dos *standards* argumentativos capazes de estruturar a ponderação nas demandas judiciais relativas aos Direitos sociais, e que, fatalmente, contribuiriam para sua a racionalização[641].

---

[640] *"Nas ações individuais o raciocínio deveria ser o mesmo. Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz 'tapar o sol com a peneira', e conceder 'com o coração' qualquer prestação demandada, já que os efeitos concretos de cada decisão sobre o orçamento público costumam ser diminutos e existe todo um apelo emocional que inclina os magistrados a decidirem com maior generosidade em favor das pessoas concretas, de carne e osso, cujas carências e necessidades foram explicitadas no processo. Assim, muitas vezes o Judiciário acaba assegurando direitos que, diante dos recursos disponíveis e da existência de outras necessidades igualmente importantes, não teriam como ser universalizados. Ocorre que estas decisões tendem a se multiplicar, comprometendo a racionalidade das políticas públicas e criando implicitamente preferências para algumas pessoas sobre bens escassos, fora de qualquer parâmetro ético ou jurídico. Finge-se que a escassez não existe, o que, obviamente, não a elimina, mas apenas 'empurra para debaixo do debate', suprimindo o espaço para a discussão dos critérios de justiça na partilha do bolo"* (SARMENTO, 2008, p. 584-585).

[641] Uma concepção muito próxima à de Sarmento é defendida por *Fátima Vieira Henriques*, cuja dissertação de mestrado, intitulada *O Direito Prestacional à Saúde e sua Implementação Judicial – Limites e Possibilidade*, foi inclusive referenciada pelo primeiro no trabalho que deu ensejo às posições que acabamos de referenciar. Para Henriques, no tocante especificamente ao Direito à saúde, *"mais do que discutir se é possível instituir limites à assistência sanitária [...] a questão fundamental – em todas as partes do mundo, aliás – **parece estar***

Também na trilha de um 'alexyanismo alternativo', Luís Roberto Barroso partiu do pressuposto de que os elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo seriam a atribuição de normatividade aos princípios (i) e o reconhecimento da distinção entre estes e as regras (ii); aderiu ao conceito de Direitos Fundamentais Sociais como mandamentos de otimização (iii) e à noção de ponderação de princípios (iv); para, após discutir uma série de fatores afetos à efetividade do Direito à saúde, apresentar uma série de parâmetros para a racionalização e uniformização da atuação judicial no fornecimento de medicamentos (iv) (2008: 878 *et. seq.*). Como esses parâmetros estão diretamente relacionados a uma prestação específica, relativa ao Direito à saúde, deixaremos para abordá-los e discuti-los no próximo capítulo.

Por sua vez, Paulo Gilberto Cogo Leivas, além de entender os Direitos sociais como *Mandados de Ação Universais*[642] (i), isto é, como obrigações *prima facie* realizáveis na medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e de também vincular a passagem desses mandamentos *prima facie* para mandados definitivos ao desenvolvimento da máxima (*preceito*[643]) da proporcionalidade (ii), em sua versão de *proibição de proteção deficiente*[644], seguiu igualmente a tônica de tentar incrementar o método de otimização com outros *"critérios de escolha"* (LEIVAS, 2008, p. 281 *et. seq.*).

---

na escolha de balizas corretas: *ora, em ambientes de escassez de recursos públicos e imensas disparidades sociais, racionalizar gastos com eficiência revela-se verdadeiro imperativo moral, mas ter como objetivo o atendimento da maior quantidade possível de pessoas não pode, também por razões morais, implicar a adoção pura e simples de critérios econômicos utilitaristas. Ocorre que a própria Constituição de 1988 foi pródiga ao prever e regular o direito à saúde, delimitando sua implementação positiva – tanto sob o aspecto da saúde coletiva, quanto das prestações de saúde individualizáveis.* ***Para além dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, ao tratar da seguridade social, especialmente nos artigos 196 a 200, o constituinte estabeleceu diversos critérios de observação obrigatória, depois esmiuçados por normas infraconstitucionais e, ainda assim, corriqueiramente ignorados ou mal interpretados pelos tribunais"*** (HENRIQUES, 2008, p. 829 – grifo nosso). No próximo capítulo, analisaremos com mais detalhes os *standards* argumentativos destacados por Henriques.

642 *"Destarte, focalizando os direitos a ações positivas como princípios, ou seja, como obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigem* ***prima facie*** *o* ***cumprimento de todas as ações que favorecem a sua realização****. Nesse sentido, os direitos a ações positivas* ***prima facie*** *podem ser classificados como mandados de ações universais* [ou seja, como mandamentos de otimização]*"* (LEIVAS, 2008, p. 281 – grifo nosso).

643 É essa a terminologia por ele utilizada para se referir à máxima da proporcionalidade. Nesse sentido, confira-se (LEIVAS, 2008, p. 282).

644 *"Trata-se de conceito equivalente à proibição do excesso e deixa-se deduzir logicamente do caráter principiológico das obrigações de ação estatais. A proibição da não-suficiência exige que o legislador (e também o administrador), se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. [...] A apreciação de um meio de promoção individual resulta da aplicação do preceito da proporcionalidade em sentido amplo. Do mesmo modo que na proibição do excesso, no sentido da proibição da não suficiência, deixa-se dividir em três preceitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito"* (LEIVAS, 2008, p. 283). No mesmo sentido, esclarece Pulido: *"A primeira particularidade da proibição de proteção deficiente consiste em que, as intervenções do Estado nos direitos sociais não se concretizam em atuações, mas em omissões. O objeto do controle de constitucionalidade na proibição de proteção deficiente é uma omissão legislativa ou administrativa absoluta ou parcial. Uma omissão parcial é uma atuação estatal que não protege o direito social ou que o protege deficientemente por não favorecer a satisfação da*

Aos seus olhos, após conferir, respectivamente, a idoneidade e a 'menor gravosidade' dos meios legislativos escolhidos para alcançar o fim descrito na norma que obrigaria o Estado a agir (preceitos da adequação e da necessidade), e, em seguida, realizar uma análise de custo/benefício entre os graus de satisfação e não-afetação dos princípios colidentes (preceito da proporcionalidade em sentido estrito), poderia ser que o aplicador do Direito se deparasse com situação em que vários meios satisfizessem os requisitos requeridos. Nesses casos, surgiriam das seguintes possibilidades: (a) o Estado possuiria a livre escolha do meio; (b) aplicar-se-iam outros critérios de escolha.

No primeiro caso, reconhecer-se-ia a discricionariedade do Estado para escolher um meio para atingir o fim descrito na norma. No segundo, no entanto, apresentar-se-iam ao aplicador (juiz) os seguintes critérios de escolha: maximização da intensidade de assistência (b.1) e maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo (b.2). Esses 'critérios' nada mais representariam que uma forma de reedição da análise da *proporcionalidade em sentido estrito*:

> **A maximização da intensidade de assistência consiste na escolha do meio com a mais alta intensidade absoluta de assistência.** Portanto, dentre os meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, elege-se aquele que oferece **a mais alta satisfação do princípio que impõe uma obrigação de ação positiva ao Estado**, sem levar em consideração os princípios colidentes.
> Assim, por exemplo, se o meio M1 oferece uma alta intensidade de satisfação do princípio P1 e o meio M2 oferece uma média intensidade de satisfação do mesmo princípio P1, então M1 é exigido definitivamente.
> [...]
> **A maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo constitui uma ponderação de segundo nível**. Baseia-se ele em uma relação entre a intensidade de assistência e a intensidade do prejuízo aos princípios colidentes.
> **O primeiro critério é o da diferença absoluta entre intensidade da assistência e intensidade do prejuízo.** Essa diferença é determinada mediante a mera subtração do valor da intensidade do prejuízo pela intensidade da assistência, o que pressupõe a fixação de valores numéricos para os graus de assistência e prejuízo. A escolha recairia sobre o meio que resultasse, após a operação subtrativa, com o maior valor absoluto. Por exemplo, para o meio M1 o resultado é 50 (=100-50), sendo 100 para assistência e 50 para prejuízo), para M2 é igualmente 50 (=80-30), para M3 70 (=75-5) e para M4 17 (= 20-3). M3 seria escolhido definitivamente. [...]
> **O segundo critério é o do quociente de intensidade entre assistência e prejuízo, elegendo-se o quociente de maior valor.** Exemplo, para M1 seria 2:1 (=100:50), M2 em torno de 2,7:1 (=80:30), M3 15:1 (= 75:5) e M4 em torno de 7:1(=20:3). M3, com maior quociente, seria exigido de modo definitivo (LEIVAS, 2008, p. 285-286 – grifo nosso).

---

necessidade básica implícita no direito na maior medida possível. Trata-se da execução de uma prestação deficiente por parte do Estado, como, por exemplo, uma prestação precária dos serviços de saúde, que não cumpra sequer os serviços de urgência. Nesse sentido, produz-se uma intervenção no direito social se a atuação estatal não consegue satisfazer por completo as necessidades básicas pelo direito. Toda omissão absoluta ou relativa que constitui uma intervenção em um direito social é inconstitucional, ao menos que esteja justificada pelas exigências dos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito" (PULIDO, 2008, p. 170-171). Essa também é a lição de (ALEXY, 2009b: 70 – nota 21).

Convém, aqui, abrir um pequeno parêntese. Caberia perguntar a Leivas se a sua proposta não reforçaria a 'nossa' tese no sentido de que, tanto Alexy[645], quanto seus adeptos mundo afora, recairiam nos pressupostos positivistas[646] ao insistir freneticamente em pré-ordenar a argumentação[647] e, mais ainda, em perseguir os ideais de 'objetividade' e 'certeza matemática' da argumentação[648]. Sinceramente, pensamos que sim, e a própria tentativa de demonstração da racionalidade da argumentação fincada na *proporcionalidade em sentido estrito,* ou em seus congêneres, por meio de fórmulas matemáticas, já indicaria a coerência de nossa acusação.

Feita essa ressalva, convém investigar as posições de Leivas em relação à reserva do possível (i) e ao mínimo existencial (ii).

No tocante ao primeiro conceito, após citar o caso *Numerus Clausus* julgado na Alemanha, ressaltou que a condicionante dos Direitos sociais estaria em que indivíduo só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente poderia esperar da sociedade. Feito isso, ele acoplou essa razoabilidade à ponderação/sopesamento de princípios[649] para dizer que *"a colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental* ***prima facie*** *diz nada mais que os direitos sociais* ***prima facie*** *exigem a ponderação com outros direitos fundamentais"* (LEIVAS, 2008, p. 287).

Para além disso, ressaltou que a competência do legislador para estabelecer as leis orçamentárias configuraria um princípio que deveria ser levado em conta na apreciação de direitos definitivos a prestações fáticas positivas. Aos seus olhos, inclusive, esse princípio restringiria os Direitos Fundamentais Sociais *prima facie,* impedindo o reconhecimento das prestações definitivas. No entanto, como esse princípio não seria absoluto, ele poderia ceder em uma situação em que a dimensão de peso dos Direitos sociais se mostrasse suficiente para afastá-lo no caso concreto (LEIVAS, 2008, p. 288 *et. seq.*).

Essa situação poderia ser vislumbrada, segundo Leivas, nos casos em que as prestações positivas exigíveis do Estado condissessem com o mínimo existencial, aos seus olhos, *"um núcleo de essencialidade ou necessidade dos direitos fundamentais sociais que, se*

---

[645] Nesse sentido, vide tópico 4.2.1.1, inscrito no capítulo quatro deste trabalho.

[646] Para mais detalhes acerca dos pressupostos positivistas, sugerimos um retorno ao capítulo terceiro deste trabalho.

[647] Não somos, *a priori*, contra a fixação de *standards argumentativos.* Somos, todavia, completamente contrários à crença na racionalidade metodológica proveniente do emprego acrítico e pré-ordenado da máxima da proporcionalidade.

[648] Em verdade, essa tese tem sido reiteradamente repetida pelos integrantes da Escola Mineira do Direito Constitucional. Para um exemplo disso, vide (CRUZ, 2007) e (FERRAZ, 2009).

[649] *"**Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade** significa então que o indíviduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental"* (LEIVAS, 2008: 287).

não atendidos [colocaria] *o indivíduo em risco de sofrer um dano grave"*. Nesses casos, salvo por impossibilidade absoluta, quando o máximo que se poderia admitir seria a fixação de prazo razoável para que as necessidades fossem satisfeitas, o Estado seria obrigado a prestar a assistência (LEIVAS, 2008, p. 295).

Aos seus olhos, contudo, nem mesmo esse núcleo essencial correspondente ao mínimo existencial escaparia da ponderação – amoldada, como já dissemos, no rastro de um 'alexyanismo alternativo'. Com isso, ele acabou por aderir, concomitantemente, aos pressupostos da teoria externa e da tese do núcleo essencial relativo dos Direitos Fundamentais[650]:

> Em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direito de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes. Posso então, afirmar, que a importância da satisfação do mínimo existencial e o grau de afetação dos princípios colidentes conduzem, considerando as condições econômicas e sociais do Brasil atual, a direitos definitivos ao mínimo existencial. Não posso excluir, contudo, que circunstâncias excepcionais impeçam que o direito *prima facie* ao mínimo existencial seja reconhecido como direito definitivo (LEIVAS, 2008, p. 299).

Em que pese essa realidade, Leivas optou por definir *a priori* o Direito ao mínimo existencial, asseverando, com base nos ensinamentos de Doyal e Gough, que ele seria *"o direito à satisfação das necessidades básicas"*, ou melhor, a objetos, atividades e relações *"que garantem a saúde e autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência do dano grave ou sofrimento em razão de deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia"*. Ao final, contudo, na tentativa de manter 'certa coerência' com os pressupostos por ele mesmo assumidos, acabou dando sucessivos exemplos em que esse Direito era aferido a partir do emprego da máxima (preceito) da proporcionalidade, nos moldes por ele estabelecidos (LEIVAS, 2008, p. 300 *et. seq.*)

Com isso, concluímos a exposição de uma segunda vertente atinente aos Direitos sociais, inclusa dentro do que designamos 'alexyanismo alternativo' brasileiro. No entanto, resta explorar um terceiro viés, presente na concepção defendida por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, e que talvez marque um 'tipo' de 'alexyanismo ultra-alternativo'[651], sobretudo em vista de alguns pressupostos por eles compartilhados.

---

[650] É oportuno dizer que, quando da definição dos Direitos Sociais como mandamentos de otimização, ele aceitou, igualmente, os pressupostos da doutrina do suporte fático amplo.

[651] A menos de um ano, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, presenciamos a defesa de dissertação de Débora Cardoso de Souza – hoje Mestre em Direito Público pela PUC/MG –, cuja banca examinadora foi composta pelos professores Ingo Wolfgang Sarlet, Edimur Ferreira de Faria e Álvaro Ricardo

De início, é importante reiterar que, a exemplo de todos os autores trabalhados neste tópico, Sarlet e Figueiredo também consideraram os Direitos sociais como *mandamentos de otimização* (i). Além disso, também eles atribuíram uma importância central à máxima (*princípio*[652]) da proporcionalidade na correta aplicação dos aludidos Direitos[653] (ii). Sarlet, aliás, foi expresso no sentido de considerá-lo um dos *limites aos limites*[654] dos Direitos Fundamentais.

No entanto, Sarlet – no que foi seguido por Figueiredo – defendeu uma concepção acerca do *princípio da dignidade da pessoa humana* que, ao menos aos nossos olhos, afastou a sua posição de um 'alexyanismo genuíno', aproximando-a da vertente defendida pelo Tribunal Constitucional alemão[655].

---

de Souza Cruz (Orientador). Na oportunidade, Sarlet se mostrou simpático à 'alcunha' de 'alexyano alternativo'. Essa designação é coerente com os conceitos alexyanos por ele trabalhados, como o de *Mandamento de Otimização*, para ficar naquele que mais de perto nos interessa. No entanto, em vista de sua concepção acerca do *princípio da dignidade da pessoa humana,* e, principalmente, em razão da posição que este princípio ocupa em seus trabalhos, parece-nos abusivo nomeá-los dessa forma. Justamente por isto, preferimos designá-lo 'alexyano ultra-alternativo', juntamente com Figueiredo, sua ex-orientanda de mestrado – e hoje, já portadora do título de Mestre –, autora da obra *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade,* e co-autora, com Sarlet, do artigo intitulado *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.*

[652] É essa a terminologia por eles utilizada para se referir à máxima da proporcionalidade. Nesse sentido, confira-se (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 46); (SARLET, 2009, p. 395) (FIGUEIREDO, 2007, p.119)

[653] Nesse sentido, confira-se (SARLET, 2009, p. 396-398) e (FIGUEIREDO, 2007, p. 125-130).

[654] *"Até o século XX, por conta de uma tradição fortemente vinculada à postura reverencial em relação ao legislador, os direitos fundamentais tinham sua eficácia esvaziada pela atuação erosiva dos poderes constituídos. Ao longo da evolução dogmática e jurisprudencial, todavia, com destaque merecido para o labor da doutrina e jurisprudência constitucional germânicas, foram desenvolvidos uma série de instrumentos, destinados a controlar as ingerências exercidas sobre os direitos fundamentais, evitando ao máximo a sua fragilização. [...] O controle da constitucionalidade formal e material dos limites dos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos,* ***bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se convencionou chamar de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais****, muito embora a controvérsia que paira sobre a correção da inclusão da proibição de retrocesso nesse contexto.* ***Os limites aos limites dos [Direitos] (sic) fundamentais funcionam, portanto, como verdadeiras barreiras à limitação (restrições) destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas múltiplas dimensões e funções****"* (SARLET, 2009, p. 394-395 – grifo nosso). A propósito, vale ressaltar que, aos olhos de Sarlet, independentemente *"da discussão em torno da maior ou menor autonomia (se é que tal autonomia – pelo menos no sentido de autonomia absoluta – de fato existe, visto que sempre apontamos a conexão da proibição de retrocesso com outras categorias, como a segurança jurídica e a proporcionalidade, por exemplo) da proibição de retrocesso em relação ao regime jurídico dos limites dos direitos fundamentais – no contexto do qual* ***a proibição de retrocesso atuaria, segundo já se apontou, como limite dos limites,*** *merece acolhida a tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida 'suspeita' e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne á sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências"* (SARLET, 2009, p. 453-454).

[655] Alguns elementos que marcam a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e de muitas outras Cortes Constitucionais na Europa são a concepção axiológica da Constituição, a convergir para o 'valor da dignidade da pessoa humana' – *"elevado à condição máxima dentro de uma hierarquia de valores"*, que não poderia *"ser ponderado com outros valores, de modo algum"* – (núcleo duro da Constituição), além da pretensão de 'controle' do subjetivismo do juiz a partir de sua junção com o princípio da proporcionalidade (CRUZ, 2004,

Em síntese, ele salientou que a dignidade humana constituiria *"**o reduto intangível de cada indivíduo**, e, nesse sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas"*. Em sua visão, ela seria uma 'norma generalíssima' em relação aos Direitos Fundamentais[656], e, em sua dimensão axiológica[657], não admitiria restrições (SARLET, 2009: 108-109).

Segundo Sarlet, na condição de princípio fundamental, a dignidade de pessoa humana manifestar-se-ia como *"valor guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional"*. Justamente por essa razão, seria plenamente justificável *"sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa"* – a despeito da ressalva de Figueiredo neste particular[658]. Ademais, a dignidade da pessoa humana possuiria, inclusive, uma função instrumental integradora e hermenêutica, na medida em que, como princípio, serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, *"imprimindo-lhe, além disso, coerência interna"* (SARLET, 2009: 105-107).

É bem verdade que nosso autor até incorporou a dualidade normativa proposta por Alexy em relação à dignidade humana, para vislumbrá-la, concomitantemente, como princípio e regra. No entanto, ele se afastou da concepção defendida pelo jusfilósofo alemão, sobretudo por aduzir que, a despeito de sua dimensão principiológica, que atuaria como *mandamento de otimização,* seu núcleo essencial normativo seria intangível contra qualquer tipo de

---

p. 159 *et. seq.*). Já nos expressamos sobre as inovações trazidas pela teoria alexyana acerca do tema no capítulo quarto.

656 *"Nesse sentido, há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de **lex generalis**, já que, quando suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexiste razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode propriamente ser considerado de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente pode constituir ofensa ao seu conteúdo de dignidade"* (SARLET, 2009, p. 110-110).

657 *"Admitindo-se a viabilidade de eventuais restrições ao próprio princípio (**mas não ao valor!**) da dignidade humana – como aceita parte da doutrina, inclusive entre nós – **não há como transigir no que tange à preservação de sua essência, já que sem dignidade o ser humano estaria renunciando à própria humanidade**"* (SARLET, 2009, p. 109).

658 Nesse ponto, Figueiredo se aproxima de um alexyanismo purista e genuíno: *"[...] não se pode concordar, pelo menos num juízo **a priori**, que em favor da dignidade nunca possa haver dúvidas, nem que essa constitua o princípio/valor de maior hierarquia da ordem jurídica. A ponderação e/ou hierarquização de bens jurídicos é juízo efetuado **in concreto**, e admitir-se a prevalência absoluta da dignidade da pessoa humana contradiz com a natureza principiológica que lhe foi pressuposta"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 58). No entanto, na trilha de Sarlet, ela continua a defender que *"a dignidade da pessoa humana aparece como critério para a construção do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 60). Além disso, ela compartilha da posição segundo a qual a dignidade humana possui *"o papel de elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional: unidade de sentido por operar como elemento de integração e critério hermenêutico, enquanto referencial axiológico de hierarquização da ordem jurídica; e elemento de legitimidade, por dizer respeito à razão de ser do próprio poder estatal"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 59). Daí a coerência de imputá-la 'alexyana ultra-alternativa'.

intervenção – tal qual sua dimensão axiológica – atuando, assim, como uma regra (núcleo duro)[659]. Com base nisso, pôde defender que a dignidade da pessoa humana constituiria *"limite material implícito autônomo ao poder de reforma da Constituição"* (SARLET, 2009, p. 108).

Essa ressalva é de suma importância para a intelecção de algumas posições compartilhadas por Sarlet e Figueiredo, além de servir de base para críticas quanto à consistência e coerência de suas respectivas abordagens em relação à teoria alexyana dos Direitos Fundamentais. Antes de adentrarmos esses fatores, contudo, convém explicitar a posição de ambos acerca dos Direitos sociais.

Sob a ótica de Sarlet e de Figueiredo, os Direitos sociais (de segunda dimensão) seriam tão fundamentais quanto os clássicos Direitos Individuais e políticos (de primeira dimensão)[660]. Eles possuiriam uma dupla dimensão – positiva e negativa –, a demandar tanto um agir, quanto um abster-se para sua garantia efetiva, característica que compartilhariam com os demais Direitos Fundamentais. Em outras palavras, da mesma forma que os direitos de defesa, normalmente vinculados à dimensão negativa, por vezes reclamariam uma conduta positiva (um fazer) por parte do Estado, também os Direitos sociais, além da dimensão positiva/prestacional, demandariam por vezes uma abstenção estatal para sua salvaguarda (SARLET, 2003, p. 96; 2009[1998], p. 283) (FIGUEIREDO, 2007, p. 40 *et. seq.*).

Originalmente, essa tese não levara em conta a *faceta onerosa* comum a todos os Direitos Fundamentais. Contudo, após a formulação da tese de Holmes e Sunstein, Sarlet procurou adequá-la a esse pressuposto, passando a aduzir que todos os Direitos Fundamentais – inclusive os assim chamados direitos de defesa – seriam sempre positivos, *"no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral* [exigiriam] *– para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público"*, as quais

---

[659] Nesse aspecto, Sarlet recebe a anuência de Figueiredo: *"Concorda-se, pois, com Sarlet, ao afirmar que, numa dimensão principiológica, 'a dignidade da pessoa atua [...] como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida do possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes'. Esclareça-se, ademais, que a dupla dimensão princípio-regra da norma constitucional brasileira (CF, art.1, III) não permite que se compartilhe da posição que vê na dignidade da pessoa humana um princípio absoluto"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 57-58).

[660] *"Firma-se aqui a posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo –* ***todos os direitos sociais são fundamentais,*** *tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF [...] ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil"* (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 17 – grifo nosso). Vide, ainda, (SARLET, 2009, p. 200) e (FIGUEIREDO, 2007, p. 64). É oportuno chamar a atenção para o fato de que, ao contrário de Alexy, Sarlet inicia a sua investigação acerca dos Direitos Fundamentais a partir de uma perspectiva histórica, estratégia seguida por Figueiredo. Nesse sentido, vide (SARLET, 2009, p. 36 *et. seq.*) e (FIGUEIREDO, 2007, p. 64-65).

abrangeriam a alocação de recursos materiais e humanos *"para sua proteção e implementação"* (SARLET, 2009, p. 285).

A despeito dessa ressalva, Sarlet continuou a insistir que o 'fator custo' nunca teria constituído um elemento impeditivo para a efetivação dos Direitos subjetivos de conteúdo 'negativo' pela via jurisdicional. Por outro lado, prosseguiu na tese de que, no caso dos Direitos sociais a prestações, esse 'custo' assumiria especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, exigindo que a efetiva realização das prestações reclamadas, necessariamente, perpassaria pelo dispêndio de algum recurso – *"dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas"*. Com base nessas considerações, sustentou que ainda seria possível defender uma 'neutralidade' econômico-financeira dos direitos de defesa, além de aduzir que a realização dos Direitos sociais 'custaria muito mais dinheiro' que a realização dos anteriores (SARLET, 2009, p. 285-286); Essa tese foi repetida em outra oportunidade, quando recebeu a anuência de Figueiredo (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 28).

No entanto, essa *diferença* não seria suficiente para infirmar a *fundamentalidade* dos Direitos sociais, sobretudo porque também eles seriam protegidos contra a supressão e erosão pelo poder constituinte reformador (art. 60, §4, inciso IV, CR/88) (i), e sujeitos à auto-aplicabilidade na maior medida do possível, aferida da lógica do artigo 5º, §1º, da CR/88 (ii):

> [...] por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, §4, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, §1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 17-18)

Há nessa alegação um esforço de combinação de três teses distintas: a dos Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas (1)[661]; a dos Direitos sociais como mandamentos de

[661] *"Portanto, seja qual for o tipo de direito fundamental em questão, a incidência material das 'cláusulas pétreas' deverá ser (sic) máxima (no sentido de que deve abranger e proteger todos os direitos fundamentais – inclusive os direitos sociais – mesmo quando sediados fora do título II da Constituição). Convém relembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em seu* ***leading case*** *sobre a matéria, além de haver reconhecido*

otimização (2); e a da aplicabilidade imediata das normas definidoras de Direitos Fundamentais (3) – que, aliás, também é entendida por Sarlet como um mandado de otimização[662]. É dessa combinação que Sarlet e Figueiredo justificam a *faceta subjetiva* dos Direitos sociais, a despeito de discordarem quanto à possibilidade imediata, ou não, de sua universalidade[663][664].

Por sua vez, nossos autores derivam sua noção de mínimo existencial de *um elo* entre os direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, o qual diria respeito às necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo. Nesse aspecto, eles se aproximam da tradicional leitura que o *mínimo existencial* recebeu na Alemanha.

Segundo Sarlet e Figueiredo, já no primeiro ano de sua existência, o *Tribunal Federal Administrativo* teria reconhecido um direito subjetivo, ao indivíduo carente, de receber auxílio material por parte do Estado. A argumentação do Tribunal teria se fundado no princípio da dignidade humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida. Segundo os julgadores, na qualidade de pessoa autônoma, o indivíduo seria titular de Direitos e obrigações, entre eles, os relativos à manutenção de suas condições de existência (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 19).

(com base no artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta Magna) a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, coerentemente outorgou a estes direitos a proteção das 'cláusulas pétreas' da Constituição" (SARLET, 2003, p 73).

662 "[...] *somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º,§1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, como uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais* [...]*"* (SARLET, 2009, p. 270).

663 Para Sarlet, *"os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma* ***interpositio legislatoris*** *– geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta, consoante assinalado alhures, em sentido amplo, e não restrita à concepção de* ***um direito subjetivo individual*** *a determinada prestação estatal, possibilidade esta que continua suscitando acirrada controvérsia e que será oportunamente retomada no curso deste estudo. Neste particular, a doutrina nacional tem sustentado que em qualquer caso um direito fundamental que possa ser enquadrado nesta categoria gera,* ***no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo*** *que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental. Cuida-se, nesse particular, da assim denominada dimensão negativa dos direitos a prestações, à qual já se fez referência"* (SARLET, 2009, p. 297). Já para Figueiredo, "*Nota-se, então, que a universalidade dos direitos sociais opera como objetivo a ser alcançado no ponto de chegada; ou seja, não se trata de um pressuposto, mas do fim a que se dirige o direito. [...] devem ser titulares de direitos econômicos, sociais e culturais aquelas pessoas que tenham necessidade de ajuda, jamais quem assim não se apresente"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 65).

664 A crença de que os Direitos Sociais não seriam universais deu ensejo a uma crítica em relação à sua fundamentalidade. Essa crítica foi bem respondida por Hierro, nos seguintes termos: *"Si los derechos humanos tienen que ser derechos universales y la universalidad de los derechos consistiera en que el derecho en cuestión debe ser actualmente disfrutado por todos los seres humanos, sea cual sea la ocasión en que se encuentren, entonces algunos derechos individuales clásicos no son, ni han sido nunca, universales y, en consecuencia, no serían derechos humanos. (…) Más llamativo es el derecho de propiedad, predicado como derecho natural de todo ser humano, nadie pretendió que el mero hecho de ser un ser humano concediese a nadie el derecho a ser propietario de algo (nunca, por lo que yo sé, el derecho de propiedad ha sido concebido como una pretensión)"* (HIERRO, 2009, p. 175).

Mais tarde, o próprio Tribunal Constitucional alemão viria a reconhecer um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Ainda viria dele, e também da doutrina constitucional alemã, o desdobramento do mínimo existencial em um *mínimo fisiológico* – conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial[665] – e um *mínimo existencial social* – que para além das prestações básicas, tenderia a assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 22).

Aos olhos de nossos autores, de fato seria válido fundamentar o mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, mas o mesmo não poderia ser dito acerca da distinção entre um mínimo fisiológico e um mínimo sociocultural. Segundo eles, a limitação do núcleo essencial do mínimo existencial ao mínimo fisiológico poderia servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente ao mínimo vital. A própria dignidade humana demandaria uma dimensão sociocultural do mínimo existencial, que também constituiria, assim, elemento nuclear a ser respeitado e provido. Por essa razão, determinadas prestações relativas a direitos culturais sempre deveriam estar incluídas no conteúdo essencial do mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 22).

Segundo Sarlet e Figueiredo, a partir daí seria possível sustentar que o *conteúdo do assim chamado mínimo existencial* jamais poderia ser confundido com o de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, estando, antes, vinculado à sobrevivência física em condições dignas, e, portanto, de uma vida com certa qualidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 22).

Haveria, no entanto, uma infinidade de maneiras de realização dessas condições mínimas, "*incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma de prestação, seu montante, as condições para sua fruição"*, e aos tribunais "*decidir sobre este padrão existencial mínimo, **nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes***". Nesse sentido, a liberdade do legislador encontraria seu limite no momento em que "*o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna"* não fosse respeitado, cabendo aos tribunais controlar essas situações de omissão e/ou desvios de finalidade por meio do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 22-23 – grifo nosso).

---

[665] *"Ao passo que – na Alemanha e segundo orientação doutrina e jurisprudencial prevalente – o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material"* (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 22).

Para nossos autores, os Direitos sociais não se limitariam ao mínimo existencial, conquanto seu núcleo essencial compreendesse justamente a garantia deste último. Esse núcleo não seria fixo, justamente por poder variar com o contexto de aplicação do Direito[666]. Justamente em vista disso, seria mesmo impossível estabelecer *a priori* e taxativamente um elenco de elementos nucleares do mínimo existencial – *"no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial"* (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 26).

Em todo caso, na ótica de Sarlet e Figueiredo, a despeito de fluido, o mínimo existencial constituiria um direito definitivo, impassível, pois, de ponderação e de redução em face de contingências advindas da reserva do possível. Em outras palavras, enquanto os Direitos sociais a prestações encontrar-se-iam *condicionados* à 'reserva do possível', bem como à relação que esta guardaria com as competências constitucionais, o princípio da separação dos poderes, a reserva de lei orçamentária e o princípio federativo[667], o mesmo não aconteceria com o seu núcleo essencial, idêntico ao mínimo existencial:

> [...] reafirmamos aqui nosso entendimento de que embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, **quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que se reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações** [...] e, portanto, plenamente exigível também pela via judicial. **As objeções atreladas à reserva do possível não poderão** prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 37)

A reserva do possível constituiria, pois, uma **espécie de limite externo, de caráter fático e jurídico,** ao exercício dos Direitos Fundamentais. Originada na Alemanha, como já explicamos, ela comportaria uma **dimensão tríplice**, a englobar a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos Direitos Fundamentais (a); a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guardaria íntima conexão com a distribuição de

---

666 "[...] *o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas* [...]. *O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial"* (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 26).

667 Como já dissemos, nossos autores não desconsideravam a face onerosa de todos os Direitos, mas, na esteira do alexyanismo, continuavam a defender uma 'neutralidade' econômico-financeira dos direitos de defesa no âmbito do resgate jurisdicional, além de aduzir que a realização dos Direitos Sociais 'custaria muito mais dinheiro' que a realização dos anteriores.

receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas[668] (b); e o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação pretendida (c). Esses fatores teriam de ser levados em conta pelos Tribunais na busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo os Sociais. Exatamente por serem externas aos Direitos, seria incorreto conceber essas dimensões da reserva do possível como integrantes do núcleo essencial dos mesmos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 30).

De tudo, pensamos apenas que a coerência teórica exigiria de Sarlet e Figueiredo uma opção muito clara: ou eles deveriam aceitar o **núcleo duro** proveniente da dignidade humana, tal como o Tribunal Constitucional alemão (a), ou aderir aos pressupostos da teoria alexyana – teoria externa, suporte fático amplo e, principalmente, **núcleo essencial relativo** dos Direitos Fundamentais (b).

Em nossa ótica, na esteira dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, e, principalmente, por tudo o que já dissemos no capítulo anterior, mais especificamente, no tópico 4.2.2, não há como trabalhar coerentemente com o marco teórico da Teoria dos Direitos Fundamentais (de Alexy) e defender, ao mesmo tempo, uma concepção de *mínimo existencial* que, fortemente vinculado à dignidade da pessoa humana, atua como reduto intangível de cada indivíduo, isto é, como núcleo essencial absoluto dos Direitos Fundamentais.

Entendemos, ainda, e essa é uma crítica que dirigimos diretamente a Virgílio Afonso da Silva, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, que a maior facilidade da proteção jurisdicional dos Direitos individuais e políticos, em comparação com a dos Direitos sociais, deve-se mais a pré-compreensões equivocadas compartilhadas em todo o mundo, que aos fatores por eles levantados. Com isso, não estamos a negar que a existência de toda uma estrutura institucional e legal facilite a concretização dos primeiros – sobretudo no plano internacional. Mas estamos a esbravejar 'aos sete cantos' que tanto a 'neutralidade' da face onerosa dos Direitos individuais e políticos, no que toca à sua garantia jurisdicional (a), quanto o não aproveitamento global das prestações estatais afetas a Direitos sociais[669] (b) não passam de

---

[668] Questões ainda mais complexas no contexto do sistema constitucional federativo brasileiro.

[669] Esse argumento olvida a interdependência e interconexão dos Direitos Humanos Fundamentais. Esse também é o entendimento de Courtis, para quem *"um dos possíveis significados das noções de interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos é o fato de que deveres decorrentes de diferentes direitos podem se sobrepor – de forma que o mesmo dever pode ser identificado com diferentes direitos. Um exemplo típico desse fenômeno é a ideia de que o direito à vida envolve obrigações positivas, incluindo o acesso a um nível básico de serviços de saúde – um dever que também pode ser identificado com o direito à saúde. Finalmente, alguns direitos resistem à compartimentalização estrita – por exemplo, o direito à educação vem sendo considerado um direito civil, político, econômico, social e cultural"* (COURTIS, 2008, p. 490-491) Para mais detalhes acerca de nossa concepção atinente à interdependência e interconexão dos Direitos Humanos Fundamentais, vide, mais uma vez, o tópico 2.1.4.3, inscrito no capítulo segundo.

conceitos prévios indevidamente compartilhados até hoje pela *maioria dos pensadores* no Brasil e no mundo.

Em primeiro lugar, não conseguimos entender como a construção e a manutenção de escolas, contratação de professores, compra de material escolar e de alimentos para merenda, organização de aperfeiçoamento didático para professores, para ficar nos exemplos levantados por Virgílio Afonso da Silva, seriam ações aproveitáveis apenas para a realização do Direito à educação. Conquanto estejamos convencidos da deficiência de argumentos puramente lineares, pautados exclusivamente *no princípio da causalidade* (relação causa-efeito), apenas em nome do debate, gostaríamos de indagar a Virgílio, se essas ações não poderiam, eventualmente, contribuir para a ampliação do Direito à liberdade de expressão de um incontável número de pessoas (1)? Se elas, de alguma forma, não poderiam contribuir para a valorização do trabalho humano (2)? Se não afetariam o Direito à saúde, sobretudo por interferir na alimentação dos alunos (3)? Se em nada teriam a ver com segurança pública (4)? Ou com garantia do Direito à igualdade (5)? E mais: gostaríamos de perguntar se a construção e a manutenção de hospitais, a contratação de médicos e compra de caros materiais hospitalares, assim como a organização de programas de combate a epidemias, entre outras coisas, aproveitar-se-iam para a realização de um único direito social, o direito à saúde? Elas não teriam nada a ver com o Direito à vida (1), Direito de ir e vir (2), Direito à assistência aos desamparados (3), Direito do trabalho (4)? Ou ainda: a construção de casas e abertura de créditos habitacionais, não afetaria, além do direito à moradia, o Direito à saúde psicológica (1) e o Direito à intimidade privada (2), para ficar em dois exemplos? É evidente que as respostas a todas essas perguntas podem ser afirmativas, ainda que, repita-se, de uma ação não se possa simplesmente deduzir uma reação, sobretudo no campo social.

Em segundo lugar, convém indagar o seguinte: as garantias jurisdicionais da segurança pública, da higidez da propriedade privada contra assaltos e invasões totais ou parciais, ou do Direito de ir e vir não implicam gastos para sua salvaguarda? A desapropriação não gera, por parte do proprietário, um direito a indenização que fenece caso não seja adimplida, pelo Estado, uma obrigação de dar dinheiro? A condenação a vinte anos de reclusão, em presídio de segurança máxima, de um indivíduo pela prática de um homicídio doloso, não subentende gastos com o deslocamento do condenado, com sua manutenção, sua alimentação etc.? A resposta para essas perguntas também é positiva.

Esses argumentos já são suficientes para infirmar a pretensa racionalidade da alegação de que existam diferenças estruturais entre os Direitos de primeira e segunda dimensão. Gostaríamos de indagar, no entanto, para dar mais um passo na direção da ‘destruição’ da pré-

compreensão compartilhada por Virgílio, Sarlet e Figueiredo, se o raciocínio por eles defendido ainda perduraria caso as demandas pela salvaguarda do Direito à liberdade de expressão fossem ajuizadas por alguém sem voz na sociedade, e não por aqueles que, a despeito de gozarem cotidianamente desse Direito, tivessem seu exercício privado em determinada situação. Faria, nesse caso, algum sentido continuar a apostar que o *cerne* das liberdades públicas encontrar-se-ia na exigência de uma abstenção estatal? Sinceramente, pensamos que não!

No mais, somos da posição de que todas as críticas formuladas à concepção de Alexy no capítulo anterior, mais especificamente, no tópico 4.2.4, se estendem às vertentes alexyanas espalhadas mundo afora – desde as mais 'puristas', até as 'ultra-alternativas'[670].

5.2.4.2.3 Outras concepções acerca dos Direitos Sociais

A fim de encerrar o *estado da arte* das posições atinentes aos Direitos sociais, precisamos, finalmente, investigar algumas abordagens centradas nos pressupostos da análise econômica do Direito (i), da teoria sistêmica (ii), do constitucionalismo moralmente reflexivo (iii), além de perpassar pela posição defendida por Holmes e Sunstein (iv) e, finalmente, por aquela delineada por Sampaio (v)[671]. Só então poderemos, nos próximos tópicos, aprofundar nossa concepção *crítico-deliberativa* acerca do tema – que, aliás, já foi apresentada no segundo capítulo deste trabalho[672][673].

[670] Obviamente, naquilo que reproduzem a tese alexyana.

[671] Como, ao menos aos nossos olhos, essas posições não guardam entre si uma necessária identidade, optamos por tratá-las neste tópico separado.

[672] Nesse ponto, remetemos nossos leitores ao tópico 2.1.3.4, inscrito no capítulo segundo deste trabalho.

[673] Não olvidamos algumas abordagens que, de modo até certo ponto sincrético, combinam uma série de aspectos tratados nas concepções anteriormente analisadas e que, em vista disso, são de difícil classificação. A maior parte dessas concepções acaba por se aproximar da posição defendida por Sarlet, a exemplo das defendidas por Paulo Caliendo (2008, p.195 et. seq.) e de Ricardo Seibel de Freitas Lima (2008, p. 265 *et. seq*.). No presente tópico, no entanto, deixaremos de tratar dessas posições, principalmente por entender que elas nada mais representam que uma 'mistura' das posições analisadas nos tópicos anteriores.

Começando pelas abordagens tributárias da análise econômica do Direito[674] (i), convém dizer que, segundo seus adeptos, *eficiência*[675] *e escassez*[676], dois importantes conceitos trabalhados pela Economia, deveriam ser incluídos na análise da ciência jurídica. Para eles, diariamente as decisões atinentes aos Direitos Fundamentais deparar-se-iam com a paradoxal realidade da demanda 'infinita' e dos recursos escassos. Essa escassez de recursos – não simplesmente orçamentários[677] – obrigaria o Estado, na pessoa de gestores públicos, legisladores e juízes, e mesmo a sociedade civil, a tomar decisões e fazer escolhas verdadeiramente 'trágicas'[678], pautadas na escolha de prioridades alocativas. Um dos pioneiros desse discurso, no Brasil, foi Gustavo Amaral (2001[679]):

> Se recursos são escassos, como o são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gasto, por ex.)? **Quem consegue primeiro uma liminar?** Tratando-se de uma decisão, nos

[674] Se não estivermos enganados, Richard A. Posner, nos Estados Unidos, foi um dos primeiros pensadores a desenvolver essa concepção. Ela também é defendida por autores como Friedrich A. Hayek, Rachel Stztajn, Décio Zylberstajn e, no Brasil, por Gustavo Amaral, Danielle Melo, Luciano Benetti Timm, para ficar em apenas alguns nomes. Nas palavras de Dworkin, em referência à abordagem delineada por Posner, *"Essa teoria oferece uma interpretação geral das decisões que nossos juízes tomaram sobre* ***acidentes, ilícitos civis e danos não intencionais****. A chave para essas decisões é encontrada no* ***princípio 'econômico'*** *de que* ***é preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade****"* (DWORKIN, 2001, p. 333 – grifo nosso). A questão central para essa vertente de pensamento consiste em que *"certamente deve a Ciência Econômica orientar as decisões em favor do bem comum, evitando desperdícios de recursos públicos (leia-se eficiência), ou mesmo evitando discussões por vezes meramente retóricas e vazias. [...] A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar 'trágicas', mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendem a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa"* (TIMM, 2008, p. 59)

[675] *"Para não ficar em uma discussão por demais abstrata, consideraremos a definição de Rachel Sztajn que conceitua eficiência assim: 'Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação á função'. Em suma,* ***é a busca pelo ótimo, evitando-se o desperdício na utilização de recursos****"* (TIMM, 2008, p. 58 – grifo nosso).

[676] *"Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos"* (AMARAL, 2010, p. 143). Ainda voltaremos a esse conceito, de forma mais aprofundada, neste e no próximo capítulo.

[677] *"A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outro. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos"* (AMARAL, 2010, p. 144).

[678] Segundo Sarmento, a expressão 'escolhas trágicas' foi cunhada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, para referir-se às difíceis opções alocativas que deveriam ser realizadas num ambiente de escassez de recursos (SARMENTO, 2008, p. 555 – nota 8). No mesmo sentido, vide (BARCELLOS, 2008, p. 805).

[679] Essa é a data da primeira edição de *Direito, Escassez e Escolha: critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Atualmente a obra está na sua segunda edição (2010), versão que utilizamos como fonte de pesquisa, e que vem acompanhada de um *post scriptum* em que o autor aprofunda uma série de questões abordadas na primeira edição.

> parece intuitiva a necessidade de **motivação** e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do **porquê** preferiu-se atender a uma situação e não a outra.
> Imaginar que não haja **escolhas trágicas**, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escrito aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos Direitos individuais (AMARAL, 2010, p. 17).

Com os olhos claramente voltados para a questão das decisões judiciais afetas ao Direito à saúde, o jurista fluminense não deixou de assentar a sua concepção acerca dos Direitos sociais, sua exigibilidade e as complexidades relativas à sua concretização pelo Poder Judiciário.

A despeito de influenciado pela obra de Holmes e Sunstein, ele descartou a tese de que todos os Direitos fossem *positivos* – no sentido de demandarem uma ação dispendiosa por parte do governo para sua salvaguarda. Da mesma forma, recusou a clássica distinção entre os Direitos Civis e Políticos (a), suposta e exclusivamente 'negativos', e os Diretos Sociais (b), supostamente positivos por excelência. Em sua ótica, conquanto os chamados 'direitos negativos' ou Direitos de Liberdade geralmente possuíssem maior conteúdo de pretensão negativa e os chamados Direitos sociais, ao contrário, maior conteúdo de pretensão positiva[680], a divisão nesses termos seria incorreta. De um mesmo Direito, como a liberdade de ir e vir, acesso à justiça e à educação, poderiam decorrer tanto prestações negativas quanto pretensões positivas[681].

Com base nesses pressupostos, Amaral continuou a apostar em uma distinção, não propriamente entre Direitos sociais e Direitos civis e políticos, mas entre 'direitos parcialmente independentes', cuja eficácia não dependeria *necessariamente* de uma ação estatal, e 'direitos dependentes', cuja eficácia dependeria *intrinsecamente* de uma conduta positiva por parte do Estado (AMARAL, 2010, p. 44)[682].

---

[680] Na mesma linha de Peces-Barba, Amaral destacou que a identificação dos direitos sociais como eminentemente positivos seria artificial. *"Há direitos sociais que são eminentemente negativos, como o direito a sindicalização e o direito de greve, que não demandam qualquer conduta estatal* ***intrinsecamente*** *relacionada"* (AMARAL, 2010, p. 44).

[681] Nesse sentido, sua tese em muito se aproxima da vertente defendida por Sarlet, a despeito de sua menção apenas a Clèmerson Clève.

[682] Justamente em vista disso, a tese de Amaral foi criticada por Galdino: *"Em primeiro lugar [...] o autor procura 'abstrair' de determinados custos para tornar seu argumento viável. Até sería possível numa discussão específica acerca do custo dos direitos, simplesmente abstrair de alguns deles – mas nunca custos de monta e relevância como são os cistos impostos pelos direitos negativos. Na verdade, seria necessário apresentar uma justificativa impositiva para essa abstração, o que não foi feito. De outro lado, sob o prisma estritamente lógico, essa abstração conduz à conclusão de que a tese defendida pelo autor é válida (ou aplicável) apenas se desconsiderarmos a parcela abstraída, o que, salvo melhor juízo, lhe retira substancialmente a utilidade. Em segundo lugar, e o que nos pacere decisivo, o autor não explicita o conteúdo que atribui às expressões 'necessariamente' e 'intrinsecamente', aparentemente utilizadas como sinônimos (e sem explicação sobre por que foram utilizadas duas expressões, que não refletem o mesmo significado, para*

Em sua ótica, os 'direitos parcialmente dependentes' comportariam uma forma de conflito designada 'de demarcação'. Esse 'conflito de demarcação', ainda que não exclusivamente, seria mais comum aos Direitos Civis e Políticos, *"como o caso do choque entre o direito á informação e o direito à intimidade, entre o direito à honra e a liberdade de expressão, entre a liberdade de credo e a liberdade artística"*. Nele, diante de uma demanda concreta, o Estado seria chamado a dizer qual Direito prevaleceria. Discutir-se-ia, assim, sobre a localização lógica dos fatos, *"se dentro do domínio de um direito ou de outro"*, devendo a decisão judicial, quanto aos efeitos, *retroagir* à data dos referidos acontecimentos, e quanto ao conteúdo, proclamar que naquela situação o direito vencido jamais teria existido (AMARAL, 2010, p. 45).

Por sua vez, os 'direitos dependentes' além de dar ensejo aos conflitos acima referidos, ainda colocariam em questão choques de outra ordem: *"a competição por recursos escassos"*. Segundo Amaral, nesses casos haveria uma escolha dramática a ser feita: atender uma pessoa ao invés de outra, a despeito de que ambas teriam o Direito. Aqui, a decisão não seria retroativa, nem meramente prospectiva, mas meramente relativa e circunstancial, eis que, diante de novos meios para o atendimento de mais pessoas, haveria um dever de fazê-lo. Nesses casos, o atendimento do Direito pressuporia o emprego de recursos materiais escassos – porquanto finitos – razão pela qual, neles, decisões alocativas seriam inevitáveis[683] (AMARAL, 2010, p. 45).

Segundo Amaral, a especificidade desses conflitos não afastaria os demais critérios de solução, *"como a delimitação do conteúdo da norma pela via interpretativa, o uso dos critérios de solução de antinomias e integração da norma pelo emprego da ponderação de valores"*. No entanto, em casos que tais, o simples recurso a esses critérios não seria suficiente para a solução do litígio, fazendo-se necessária uma análise ponderativa mais aprofundada (AMARAL, 2010, p. 72).

Em síntese, as prestações positivas seriam exigíveis pelo cidadão em face do Estado, devendo este, ou entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou justificar o porquê de

---

designar o mesmo fenômeno). Ademais, a expressão 'direitos parcialmente dependentes' encontra-se em clara e franca contradição com a tese de que 'a eficácia dos direitos não depende necessariamente de uma ação estatal. Ora, ou bem esses 'direitos' dependem parcialmente de prestações estatais, ou bem não dependem" (GALDINO, 2005, p. 223).

683 *"É o exemplo dos dois feridos à bala e um só centro cirúrgico: ambos têm o direito, mas só um pode ser assistido. Alguma solução precisará ser dada, pois a inação já é uma forma de solução: deixar ambos morrer. Há, portanto, uma* ***escolha dramática****, uma opção* ***disjuntiva*** *a ser feita. Essa decisão, ao contrário da anterior, não será retroativa, pois não negará o direito daquele que foi não atendido. Bem ao contrário, a decisão sequer será prospectiva, eis que surgindo meios para atender o outro necessitado, ele o será. Será ela, pois, meramente relativa e circunstancial, muito embora possa significar a vida ou a morte de alguém. Um exemplo concreto dessas escolhas dramáticas se dá quanto aos critérios para a elaboração de fila de transplantes"* (AMARAL, 2010, p. 45).

sua omissão. Esta justificativa poderia indicar apenas a exigência de circunstâncias concretas que impedissem o atendimento de todos. Essas circunstâncias, por sua vez, tornariam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haveria espaço para escolhas, cabendo ao Estado "*estabelecer critérios de alocação de recursos e conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios"* (AMARAL, 2010: 119).

Sem se esquecer de que o Judiciário não seria o único, nem o melhor intérprete em situações como essas, e mesmo considerando que os atores principais das decisões alocativas seriam o Executivo e o Legislativo[684], Amaral (2010, p. 177) pretendeu, nesse ponto, refinar a ponderação jurisdicional[685] voltada para *"o controle das opções legislativas e das escolhas técnicas e políticas do Executivo"*. Para ele, sobretudo quando estivesse em jogo a difícil aferição do mínimo existencial no tocante às pretensões positivas[686], teria lugar uma análise de custo/benefício pelo Judiciário, tendo em vista a relação entre o grau de essencialidade da prestação e o grau de excepcionalidade da situação. Essa proposta foi representada através do seguinte gráfico[687]:

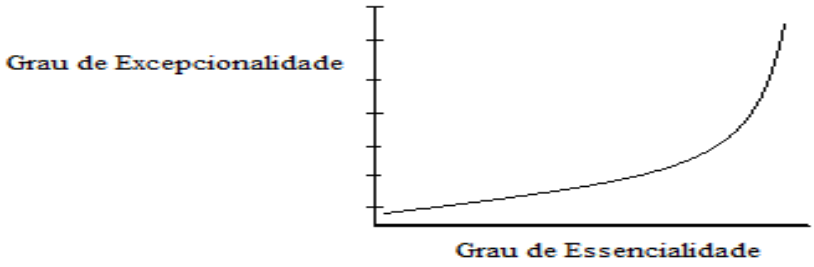
---

[684] *"[...] os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos faz-se primeiramente no orçamento, com políticas públicas. A conflitualidade entre demandas por emergências equipadas para atender vítimas de traumas, notadamente em colisão de automóvel, programa de geração de renda, educação, assistência social, cultura, lazer, informação, segurança e tantas outras só pode ser avaliada em um aspecto dinâmico totalmente estranho ao modo de proceder do Judiciário. [...] Os atores principais das decisões alocativas são o Executivo e o Legislativo. Não se quer com isso dizer que não haja papel para o Judiciário, que tudo dependa de políticas públicas, como advogam aqueles que ainda se pautam pela dicotomia direitos da liberdade, de feições negativas, e direitos sociais, de feições positivas"* (AMARAL, 2010, p. 114).

[685] Em crítica à posição defendida por Torres, Amaral asseverou o seguinte: *"Se há limites fáticos,'sobretudo de ordem financeira', não parece plausível trabalhar com um duplo 'tudo ou nada', um separando o que 'está no mínimo' e é defendido por regra do que 'não está no mínimo' e é implementado por políticas públicas; outro separando o que sejam situações fáticas extremas que afastam a proteção tanto do* ***status negativus*** *quanto do* ***status positivus libertatis*** *do mínimo e o que não constitui situação extrema e, portanto, não é óbice à aplicação da regra de proteção. Não há uma linha precisa que separe os campos. Há, sim, uma zona de transição e, mesmo dentro desta zona de transição, não se pode chegar a uma anomia, em que nada restou dos direitos fundamentais. Mesmo no extremo cabe algum tipo de ponderação. Esta ponderação é o que se buscou representar graficamente com o eixo essencialidade x excepcionalidade"* (AMARAL, 2010, p. 176-177).

[686] Convém destacar que, para Amaral (2010, p.174), *"aquela pretensão que não tem elementos suficientes para ser atendida como* ***pretensão positiva*** *pode, sim, ser atendida como* ***pretensão negativa,*** *inclusive porque tais pretensões não são afetadas pela escassez"*. Aos seus olhos, em alguns casos nas demandas afetas ao Direito à saúde, por exemplo, *"há razão suficiente para concluir pela procedência da pretensão negativa, voltada contra a União Federal, de que os gastos com o medicamento seja dedutível (sic) do imposto de renda, eis que parte do mínimo do mínimo existencial"* (AMARAL, 2010, p. 175). Em que pese uma aparente racionalidade da proposta, não podemos deixar de destacar a sua ineficiência, sobretudo se as partes acobertadas pelos efeitos da sentença estiverem na faixa de isenção do Imposto de Renda. Ademais, convém dizer que, nesse aspecto, Amaral reviu a sua posição inicial, de não empregar a expressão 'mínimo existencial', por lhe parecer *"um tanto contraditório estabelecer gradação do superlativo absoluto sintético de pequeno"* (AMARAL, 2010, p. 120).

[687] Nas palavras do próprio Amaral, *"a representação gráfica da técnica de controle das escolhas trágicas contida no item 3 do capítulo 6 deste livro é, matematicamente, a mesma curva de indiferença trazida por*



Segundo nosso autor, a curva do gráfico começaria em um ponto ideal, que arbitrariamente[688] seria designado pela coordenada '1,1', em que haveria uma unidade de medida de essencialidade e uma unidade de excepcionalidade. Se não houvesse qualquer grau de essencialidade, então não haveria uma escolha trágica. Da mesma forma, se não houvesse nenhuma excepcionalidade – isto é, uma razão para deixar de atender – então todos deveriam ser atendidos (AMARAL, 2010, p. 119).

Em sua visão, o grau de essencialidade estaria ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessária fosse a prestação para a manutenção de uma existência digna, maior seria o seu grau de essencialidade. E quanto maior fosse essa essencialidade, mais excepcional deveria ser a razão para que ela não fosse atendida. A curva à direita do gráfico tenderia ao infinito, *"numa exponencial que* [tenderia] *a atingir uma exigibilidade total, salvo a ocorrência de uma excepcionalidade absoluta"* (AMARAL, 2010, p. 119-120).

Se, na ponderação dessas variáveis, o aplicador do Direito se deparasse com um caso em que a essencialidade fosse maior que a excepcionalidade, deveria deferir a prestação pleiteada. Caso contrário, a omissão estatal – total ou parcial – estaria justificada, sendo, assim legítima. A aferição dessas questões, no entanto, demandaria uma análise para além do caso específico, isto é, uma preocupação com a macrojustiça[689], que na concepção dos

---

Alexy no capítulo 3, III.2.2.2 adequada à evidencialização do confronto 'P1' E 'P3', ao confronto entre a satisfação da pretensão positiva e as possibilidades fático-financeiras. A inversão da imagem entre os dois gráficos corresponde à inversão do ponto de observação, tal como olhar uma imagem diretamente ou por meio do espelho" (AMARAL, 2010, p. 169). Essa consideração apenas evidencia a coerência da crítica de Cruz, no sentido de que *"se de um lado a* [proposta de Amaral] *agrega complexidade à tese do mínimo existencial como técnica de ponderação, [...] o mesmo não escapa do seu problema central: como matematizar, ou seja, reduzir a números, equações (tão ao gosto de Alexy) ou agora a gráficos a utilidade ou a preferência? Aquilo que é essencial para mim (nós) pode não o ser para outrem (eles)?"* (CRUZ, 2007, p.367).

[688] Segundo Amaral (2010, p. 119), essas unidades arbitrárias só aceitariam números naturais.

[689] *"O Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto. O judiciário, usualmente, só transcende do caso concreto em questões processuais, relacionadas à celeridade processual e ao acesso à Justiça. Nesses casos, com freqüência – e acerto – renuncia a um procedimento idealmente justo, no qual as partes possam praticar a ampla defesa com a produção de todas as provas que se façam necessárias, em prol de um procedimento célere, com rígidas regras de preclusão e limites à defesa, notadamente quanto a recursos. O dilema talvez*

adeptos da análise econômica do Direito, exigiria um juízo *consequencialista*[690] *em sentido forte*[691][692], sobretudo em vista do caráter disjuntivo da decisão.

Em demandas individuais, o cuidado maior seria o de manter o caráter circunstancial das decisões e o de respeitar a pluralidade de opções alocativas existentes. Em demandas coletivas, por sua vez, seria possível realizar um controle social mais amplo dos critérios e procedimentos de alocação de recursos[693]. Já em sede de controle de constitucionalidade 'em

---

possa ser resumido da seguinte maneira: sentença tardia é injusta independentemente de seu conteúdo material. A se assegurar a mais ampla possibilidade de argumentação e de produção de provas, em todos os processos, a solução final tardaria bem mais que o suportável, tornando-a intrinsecamente injusta, como já colocado. Um procedimento célere, com limitações à argumentação, à produção de provas e à possibilidade de recursos gerará um percentual de decisões incorretas, indetermináveis ***a priori****, mas entre entregar na grande maioria dos casos sentenças injustas porque tardias e assumir o risco de um grau de imperfeição no exercício jurisdicional, opta-se pela segunda possibilidade.* ***A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça"*** (AMARAL, 2010, p. 18 – grifo nosso).

690 *"Como bem destaca Sen [...] o argumento em favor do raciocínio conseqüencialista surge do fato de que as atividades têm conseqüências. Mesmo atividades que são intrinsecamente valiosas podem ter outras conseqüências, pelo que o valor intrínseco de qualquer atividade não é uma razão adequada para menosprezar seu papel instrumental, e a existência de uma importância instrumental não é uma negação do valor intrínseco de uma atividade. É preciso, pois, examinar não apenas o valor intrínseco da norma e o estado de coisas por ela direcionado, mas também as diversas conseqüências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que possam decorrer das atividades afetadas pela norma.* ***O exame das conseqüências não pode ocorrer ex post facto, mas também quanto aos resultados que razoavelmente se podem esperar. A consideração consequencialista não corresponde necessariamente a um utilitarismo quanto à decisão do ato em concreto, mas sim quanto ao prestígio do conjunto de regras cuja observação pela grande maioria dos envolvidos deva produzir os melhores resultados****"* (AMARAL; MELO, 2008, p. 94-95 – grifo nosso). No mesmo sentido, vide (AMARAL, 2010, p. 167).

691 As Teorias utilitaristas empregam em seu raciocínio um viés consequencialista. Segundo Murphy e Naguel *"O utilitarismo toma a felicidade ou o bem-estar dos indivíduos como a medida básica de avaliação moral e, para aferir as conseqüências de um custo de ação, subtrai os custos gerais dos benefícios gerais, sempre usando como medida a felicidade ou o bem-estar. Segundo o utilitarismo, no projeto das instituições e dos cursos de ação política de uma sociedade, deve-se procurar aumentar o máximo de felicidade total dos membros desta. Trata-se de um critério radicalmente imparcial; segundo o utilitarismo, a felicidade de uma pessoa vale exatamente o mesmo que a felicidade de outra, e, na qualidade de membros de uma sociedade que se preocupa com a justiça de suas instituições, temos de ter tanta consideração pelo bem-estar dos outros quanto temos pelo nosso próprio. Isso não significa que cada ato oficial deva ter como objetivo o incremento do bem-estar geral, uma vez que algumas instituições mais úteis para a promoção desse bem estar, os direitos de propriedade e o sistema jurídico, dependem da adesão a certas regras sem que o bem-estar tenha de ser levado em conta em cada caso.* ***Mas o critério último, qualquer que seja o objeto de avaliação – atos, leis, convenções ou cursos de ação política –, é o efeito global sobre a felicidade ou o bem-estar das pessoas. Trata-se, portanto, de uma teoria conseqüencialista****"* (MURPHY; NAGUEL, 2005, p. 69-70 – grifo nosso)

692 Timm parece claramente aderir a um consequencialismo nos moldes das análises utilitaristas: *"[...] a ponderação correta deve estar comprometida não só com a disputa argumentativa (melhor argumento apresentado), mas também com o resultado (a solução em jogo tende a atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais – maior utilidade social e, portanto, de eficiência paretiana). Por exemplo, pode ser mais eficiente diminuir a mortalidade infantil na África empregando os escassos recursos existentes em combater a desidratação do que a AIDS, se o número maior de crianças morrem da primeira causa e ela for mais barata de combater"* (TIMM, 2008, p. 66).

693 *"No âmbito da ação civil pública, há um campo amplo para atuação do Judiciário, com a notável colaboração do Ministério Público. Através de uma atuação responsável e de uma utilização eficiente dos inquéritos civis, em que não há regras de preclusão para a coleta de provas, torna-se possível um amplo controle social dos critérios e procedimentos de alocação de recursos"* (AMARAL, 2010, p. 116).

abstrato'[694], o judiciário portar-se-ia ao legislador como legislador negativo, pelo que não haveria qualquer peculiaridade com relação às normas que asseguram pretensões positivas (AMARAL, 2010, p. 115-117).

Convém dizer, finalmente, que no *post scriptum* publicado em 2010, juntamente com a segunda edição da obra *Direito, Escassez e Escolha,* Amaral esclareceu uma série de questões relativas ao Direito à saúde que ainda abordaremos, de forma mais incisiva, no próximo capítulo deste trabalho.

Em todo caso, é oportuno deixar claro, desde já, a sua consideração no sentido de que, quando da primeira edição da referida obra, ele discordara de Sarlet para entender que, ante o caráter expansionista do chamado 'direito à vida' – que como ele mesmo fez questão de esclarecer, também estaria presente nos demais Direitos Fundamentais – "*a escassez* [faria] *parte da definição, da delimitação* ***em concreto*** *do próprio direito, ou como afirmado antes, da densificação e decisão quanto ao atendimento da pretensão"*, razão pela qual "*a chamada 'reserva do possível' seria elemento integrante"* do Direito (AMARAL, 2010, p. 151).

Mais recentemente numa tentativa de refinar sua teoria, Amaral salientou o seguinte:

> Agora – e aqui reside o ponto central da evolução entre o exposto na versão originária e na atual – **nos parece que é preciso separar a interpretação da aplicação do Direito**. A questão da escassez tem papel mais relevante **na aplicação** do direito do que na especificação de seu conteúdo sem ser em vista de um caso concreto. [...]
> O deslocamento do foco do legislador para o aplicador da norma torna o Direito 'um servo de dois senhores', a lei e a realidade. Esta concepção prática faz com que a enunciação do caso a partir da situação posta tenha que ser em referência ao ordenamento, mas também a atribuição de sentido ao texto, a interpretação da norma, que deve estar orientada ao caso. [...]
> É necessário ter, como elemento da pré-compreensão, que **a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas. A interpretação deve ter isso em consideração. A decisão do caso é ato de aplicação do direito, que detém relevância própria em relação à interpretação. Na aplicação é preciso ter em consideração o caso concreto** (AMARAL, 2010, p. 151/161/182-183 – grifo nosso).

Ao que parece, Amaral pretendeu distinguir um simples evento interpretativo – decorrente da mera leitura de um texto normativo, por exemplo – de uma 'interpretação concretista', exercida no ato de aplicação do Direito. Em sua ótica, na primeira situação, a escassez apresentar-se-ia como um limite à definição dos sentidos do texto. Já na segunda situação, sua incidência viria na forma de especificidades fáticas, cuja análise seria

[694] Vemos aqui dois problemas: como já destacamos, somos da opinião de que mesmo as ADIs, ADCs e ADPFs jamais podem ser consideradas como simples ações abstratas, em que a função do órgão competente se restringe à comparação de textos, de costas para as realidades cambiantes do contexto de aplicação. Talvez o maior exemplo do que estamos a dizer possa ser vislumbrado na ADPF 45 MC/DF.

imprescindível para a resolução do caso concreto[695]. Mas convém perguntar: haveria aqui uma reviravolta no pensamento de nosso autor em relação à 'reserva do possível'? Desta feita, seria ela considerada como um elemento externo aos Direitos Fundamentais? Ou Amaral estaria apenas complementando sua concepção anteriormente defendida? Sinceramente, a despeito de analisar cuidadosamente as suas considerações acerca desse assunto, não conseguimos chegar a uma conclusão que apontasse para a correção de uma ou outra proposição.

Convém apenas destacar que, um pouco mais incisiva que a concepção defendida por Amaral, encontra-se a posição advogada, no Brasil, por Luciano Benetti Timm, também adepto da análise econômica do Direito. Aos seus olhos, os Direitos sociais seriam *"consagrados em normas programáticas, que estabelecem metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pelo seu governo em um determinado estado de tempo"*. Eles deveriam ser prioritariamente entendidos como Direitos coletivos e transindividuais, pelo que a sua garantia jurisdicional estaria atrelada, principalmente, a ações coletivas[696]. Justamente por isso, em sua concepção, a demanda individual seria *"o pior e mais injusto caminho para implementação de um direito social"* (TIMM, 2008, p. 59/67).

O maior problema dessas concepções é que elas subvertem o código-diferença do sistema jurídico (lícito-ilícito) pelo código da Economia (ter/não ter):

> Equivocada é a premissa de que a análise jurídica pode ser reduzida à análise de eficiência econômica.

---

695 *"Havendo escassez, é preciso verificar sua causa. Sendo relevante a origem, aí pode ser que se instaure um caso difícil. Se no pólo oposto da consideração estiver um direito componente do mínimo existencial, no sentido de 'mínimo do mínimo', se estará nos limites máximos da essencialidade e a razão da escassez, para afetá-lo, deverá também ser extrema, verdadeira situação-limite, caso contrário, se estará também diante de um caso fácil"* (AMARAL, 2010, p. 178). Convém dizer que, para Amaral, a *"escolha dos elementos relevantes da situação trazida a debate e a escolha das normas pertinentes para chegar à solução fazem parte de um processo não linear, mas circular, em que se compreende o caso a partir do ordenamento e o ordenamento a partir do caso, em círculos concêntricos a partir de antecipações de sentido. Há, portanto, uma distinção de método entre os casos jurídicos simples ou rotineiros e casos difíceis. Nos casos simples o trabalho do aplicador é exercido através do que Wróblewski chamou de* ***justificação interna****, que se vale da lógica dedutiva das inferências. Já nos casos difíceis o aplicador precisa buscar uma* ***justificação externa****, obtida exatamente através desse processo circular de mútuas descobertas"* (AMARAL, 2010, p. 163). Por tudo o que já dissemos nos capítulos anteriores, podemos destacar que, com Alexy, Günther e Habermas, vemos a exigência de justificação interna e externa das decisões como complementares e necessárias em todo e qualquer caso. Ademais, por tudo o que dissemos no tópico 4.1.1, inscrito no capítulo anterior, nem sequer acreditamos nessa dicotomia entre casos fáceis e casos difíceis. Nesse particular, aliás, seguimos de perto a Cruz (2007, p. 248).

696 *"[...] a análise econômica do Direito, além de recomendar que as políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário, ela também aponta para o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objeto for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático (e não como regra,* ***bien entendu****). Isso porque esta é a ação apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo da sociedade"* (TIMM, 2008, p. 66-67).

> De outra face, a análise econômica do direito mostra-se muito limitada também porque atua com instrumentos limitados. É correto dizer que um Estado pode ser considerado eficiente de acordo com o critério da 'otimalidade' de Pareto referido anteriormente, mesmo havendo pessoas afogando-se na miséria absoluta, e outras nadando no luxo, desde que os miseráveis não possam reduzir seu grau de miserabilidade sem reduzir os luxos dos abastados – talvez a sociedade brasileira desde o início do século seja pareto-eficiente (GALDINO, 2005, p. 247)

Bastante diferente dessas concepções, sobretudo por repudiar uma visão estritamente economicista dos Direitos[697], encontra-se a posição defendida por Holmes e Sunstein (iv). Não retomaremos, aqui, o cerne da abordagem desses autores, tema que já foi tratado no capítulo anterior, mais especificamente, no tópico 4.5.3. Pretendemos, no entanto, complementar a abordagem antes desenvolvida, apresentando, agora, a concepção por eles compartilhada acerca dos Direitos sociais. Se conseguirmos lograr êxito nesse intento, cumprido será um compromisso que ficou em aberto no capítulo anterior.

Pois bem; inicialmente é preciso dizer que o contexto norteamericano não é simpático à constitucionalidade dos Direitos sociais. Essa tendência reverbera tanto nos discursos conservadores/libertarianistas, quanto no pensamento de *liberais* como Rawls e Dworkin, permeando, ainda, o senso comum norteamericano. Essa também é a compreensão que, até hoje, prevalece na Suprema Corte, a qual foi assentada ainda na década de 1970 – portanto, logo após a *Corte de Warren* (1953-1969) –, quando do julgamento do caso *Golberg vs. Kelly* [397 U.S. 354, 364 (1970)][698]. A exceção fica por conta justamente dos discursos

---

[697] Essa é a leitura de Silva (2010, p. 132), com a qual concordamos. Nas palavras de Holmes e Sunstein: "*To be sure, some basic rights, such as freedom of speech or the right to vote may not be bought and sold on the open market; the ban on trading political rights is designed partly to ensure that political power is not concentrated in any individual or group.* So *rights are not commodities in a simple sense. But when the price soars, rights enforcement necessarily becomes more selective. We can obtain costly goods and services only by relinquishing something else of value. The world of value is complex and the world of available possibilities is larger than the world of co-available possibilities. There is nothing cynical or degrading about admitting as much or acknowledging that this pattern applies to basic rights as well as to ordinary commodities.* ***Of course, it does not follow that rights must be tossed along with everything else into a gigantic cost-benefit calculating machine created and operated by economists****"*(HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 102 – grifo nosso). Tradução nossa: Certamente, alguns direitos básicos, tais como liberdade de expressão ou o direito ao voto não podem ser comprados e vendidos no mercado livre; o banimento do comércio dos direitos políticos é planejado parcialmente para assegurar que o poder político não é concentrado em nenhum indivíduo ou grupo. Então, os direitos não são *commodities* em um sentido simples. Mas quando o preço sobe, a garantia dos direitos necessariamente se torna mais seletiva. Nós podemos obter produtos e serviços caros apenas abrindo mão de alguma outra coisa de valor. O mundo do valor é complexo e o mundo das possibilidades disponíveis é maior que o mundo das possibilidades co-disponíveis. Não há nada cínico ou degradante em admitir tal coisa ou em reconhecer que este padrão se aplica aos direitos básicos assim como às *commodities* comuns. Certamente, isto não significa que os direitos devem ser incluídos com tudo mais em uma gigantesca máquina de cálculo de custo-benefício criada e operada pelos economistas.

[698] *"A Corte Americana assentou de forma clara no caso Golberg vs Kelly [397 U.S. 354, 364 (1970)], que os Direitos Sociais, tais como a saúde, a previdência e a assistência social não configuram direitos fundamentais. São deveres estatais que se incluem na necessidade de promoção do bem-estar social"* (CRUZ, 2004, p. 203 – nota 23).

desenvolvidos pelos pensadores políticos *republicanos ou republicanistas*[699], dentre eles, o delineado por Holmes e Sunstein.

Segundo Holmes e Sunstein (1999, p. 208), por meio da garantia dos *welfare rights* seria possível modificar a corrosiva impressão de que, nos Estados Unidos, os Direitos 'confiáveis' de 'todos os Americanos' pertenceriam exclusivamente aos cidadãos ricos[700].

Uma vez que *todos* os Direitos seriam positivos[701] – inclusive as *liberdade*s – nossos autores aduziram que não faria o menor sentido defender que os *welfare rights* fossem 'não-americanos' em alguma medida. Na mesma linha, criticaram a injustificada noção de que esses Direitos devessem ser substituídos por uma política de não intervenção estatal. Declarações desse tipo, disseram eles, seriam tão implausíveis que conviria, inclusive, questionar porque razão elas perdurariam no contexto norteamericano[702] (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 216).

---

[699] Que, repita-se, não devem ser confundidos com os membros do Partido Republicano (os Conservadores).

[700] *"A democratic government cannot possibly equalize the capacity to take advantage of all rights it claims to guarantee. But it can modify the corrosive impression that the reliable rights 'of all Americans' belongs exclusively to the rich. It can do this, for example, by providing legal counsel free of charge to the indigent, by providing education for all children, and by ensuring that poor people receive food, shelter, decent health care, and employment opportunities"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 208) Tradução nossa: Um governo democrático possivelmente não pode equalizar a capacidade de levar vantagem sobre todos os direitos que ele diz garantir. Mas ele pode modificar a corrosiva impressão de que os direitos confiáveis de 'todos os Americanos' pertencem exclusivamente aos ricos. Ele pode fazer isso, por exemplo, através da promoção de defensores públicos aos indigentes, através da promoção de educação para todas as crianças, pela garantia de que pessoas pobres receberão alimento, abrigo, um programa de saúde decente e oportunidades de emprego.

[701] Convém reiterar que a novidade da tese de Holmes e Sunstein não foi perceber a faceta positiva de alguns 'Direitos e garantias individuais', mas o **caráter dispendioso da ação estatal** voltada para a garantia e salvaguarda de **todas** as *liberdades* [direitos civis e políticos]. Eles não desconsideram a **face defensiva desses Direitos,** mas esclareceram que esta não passava ao largo de um suporte econômico-financeiro advindo dos *tributos*, nem tampouco, de uma configuração advinda da soberania popular: *"Admittedly, and importantly, **rights may operate in some sense 'against' the collectivity once they are vested in individuals.** Government may not confiscate property simply because a majority wants to do so. But **even in such cases, rights are guaranteed in first instance both by and for the collectivity.** Since it has no existence apart from the individuals who compose it, a collectivity can define, confer, interpret, and protect rights only if it is politically well organized and only if it can act in a coherent manner through the instrumentality of an accountable government"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 116 – grifo nosso). Tradução nossa: De fato e de modo importante, os direitos podem operar em certo sentido contra a coletividade uma vez que eles são concedidos aos indivíduos. O governo pode não confiscar a propriedade simplesmente porque uma maioria quer fazê-lo. Mas mesmo nestes casos, os direitos são garantidos em primeira instância tanto pela, quanto para a coletividade. Uma vez que ela não existe separadamente dos indivíduos que a compõem, uma coletividade pode definir, conferir, interpretar e proteger os direitos apenas se ela for politicamente bem organizada e somente se ela puder agir de um modo coerente através da instrumentação de um governo responsável.

[702] Dentre as muitas razões que explicariam a sobrevivência desse triste e inadequado modo de pensar, estariam opiniões carregadas de preconceito racial consciente e inconsciente, herdadas das antigas gerações. A declaração de que apenas as verdadeiras liberdades seriam os Direitos de propriedade e de contrato reverter-se-iam, não poucas vezes, em uma forma de separatismo branco: *"prisonbuilding should supplant Head Start. Withdrawal into gated communities should replace a politics of inclusion"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 216). Tradução nossa: a construção de prisões deveria suplantar uma vantagem compensatória. A retirada para comunidades enclausuradas deveria substituir uma política de inclusão. Um outro forte motivo seria a crença irrefletida na dicotomia Direitos Positivos/negativos. Para mais detalhes, vide tópico 4.5.3, inscrito no capítulo anterior, bem como (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35 *et. seq.*).

Sob a ótica por eles compartilhada, a atenção ao *custo orçamentário* – que todos os Direitos demandariam para transcender o status de 'simples exortações' – facilitaria a percepção de que '*apparently nonwelfare rights'* também seriam *welfare rights*: benefícios públicos projetados para promover a participação voluntária de todos os defensores dos direitos nos empreendimentos comuns da sociedade (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 219)[703].

Em vista disso, o compromisso da era moderna refletir-se-ia na combinação dos *property and welfare rights.* Além de compensar os cidadãos pobres por, historicamente, terem sido menos valorizados pelo governo que os ricos, os *welfare rights* ainda lhes assegurariam a igualdade de oportunidades e a possibilidade de gozar, verdadeiramente, das demais liberdades pretensamente proporcionadas a todos os norteamericanos[704] (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 208).

Contra a falaciosa crítica dos conservadores/libertarianistas no sentido de que a salvaguarda desses Direitos produziria um efeito 'infantilizante', justamente por criar pessoas dependentes do governo[705], Holmes e Sunstein carrearam dois argumentos: em primeiro lugar, sustentaram – como, aliás, já dissemos – que a autonomia privada seria assegurada por ações governamentais[706]; em segundo lugar, disseram que existiriam diferentes tipos de dependência e que nem todas elas seriam prejudiciais.

---

[703] *"As attention to the cost of rights makes clear, apparently nonwelfare rights are welfare rights too: public benefits designed to promote the voluntary participation of all rights wielders in society's common endeavors"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 219). Tradução nossa: Como a atenção ao custo dos direitos torna claro, direitos que aparentemente não são de bem estar são também direitos de bem estar: benefícios públicos projetados para promover a participação voluntária de todos os defensores dos direitos nos empreendimentos comuns da sociedade.

[704] *"Most importantly, welfare rights compensate the indigent for receiving less value than rich from the rights ostensibly guaranteed equally to all Americans.* (…) *One might even say that social welfare programs create a modern version of the ancient 'mixed regime', a system that gives both poor and rich a stake. The contemporary mixed regime, however, is inscribed not in the organization of power, as it was in ancient Rome (the Senate representing the praticians and the Tribune representing the plebes), but rather in the expanded list of basic rights"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 208-209). Tradução nossa: [...] De modo mais importante, Direitos de bem estar compensam o indigente por receber menos valor que os ricos, ao ter direitos ostensivamente garantidos igualmente a todos os Americanos. [...] Alguém poderia até dizer que os programas de direitos sociais criam uma versão moderna do antigo 'regime misto', um sistema que dá tanto a pobres quanto a ricos uma parte dos lucros. O 'regime misto' contemporâneo, contudo, é inscrito não na organização dos poderes, como ele era na antiga Roma (o Senado representando os patrícios e a Tribuna representando os plebeus), mas ao invés disso na extensa lista dos direitos básicos.

[705] Nesse sentido, vide (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 41).

[706] *"A free citizen is specially dependent. He may fell 'independent' when he goes into a do-it-yourself-store and buys a do-it-yourself kit. But his autonomy is an illusion. Liberal theory should therefore distinguish freedom, which is desirable, from nondependence, which is impossible. Liberty, rightly conceived, does not require a lack of dependence on government; on the contrary, affirmative government provides the preconditions for liberty"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999: 204). Tradução nossa: Um cidadão livre é especialmente dependente. Ele pode se sentir 'independente' quando ele vai até uma loja 'faça você mesmo' e compra um kit 'faça você mesmo'. Mas sua autonomia é uma ilusão. A teoria liberal deveria, portanto, distinguir liberdade, a qual é

Segundo eles, embora a proteção policial e contra incêndio definitivamente fizesse os cidadãos dependentes da 'assistência pública', tal suporte 'paternalístico' também aumentaria o desejo dos indivíduos privados de embelezar e aumentar suas possessões. O mesmo efeito seria gerado pela educação pública, quando esta estivesse funcionando bem. Esta também seria uma forma de ajuda estatal projetada para encorajar a autoajuda. Portanto, a questão não seria como eliminar a intervenção estatal, mas como elaborar programas de bem estar social para aprimorar a autonomia e a iniciativa privada[707].

Com base nesses pressupostos, nossos autores sustentaram que a reconciliação dos mais diversos grupos sociais, através da criação de um sentimento de pertença coletivo a uma nação, e, portanto, de um estímulo à cooperação pública e privada, não se limitaria à liberdade de consciência, mas encamparia muitos outros Direitos, projetados, particularmente, para aprimorar as condições dos cidadãos vulneráveis e/ou relativamente em desvantagem (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 219).

Em *The Cost of Rights*, no entanto, Holmes e Sunstein não se pronunciaram acerca da possibilidade de resgate judicial desses Direitos. Já em *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*[708], um estudo publicado em 2001, Sunstein reconheceu a possibilidade de controle judicial das políticas públicas implementadas pelo Estado, sobretudo no tocante à razoabilidade das mesmas. Segundo ele, este seria o legado deixado pela Corte Constitucional da África do Sul, no julgamento do caso *Grootboom*[709] [2000] (SUNSTEIN, 2001, p. 13-14).

Esse caso fora ajuizado por cerca de 900 pessoas completamente miseráveis, das quais 510 eram crianças. Essas pessoas integravam uma *lista de espera* por casas populares, tendo permanecido nessa situação por um longo período. Em 1998, frustradas pelas condições em que viviam[710], elas teriam invadido um terreno vago, de propriedade privada, que fora demarcado para a construção das aludidas casas populares. Poucos meses depois, essas

---

desejável, da não-dependência, a qual é impossível. A liberdade, corretamente concebida, não requer uma falta de dependência do governo, ao contrário, um governo afirmativo oferece as pré-condições para a liberdade.

[707] *"The question is not how to eliminate state intervention, but how to design welfare programs to enhance autonomy and initiative"* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 213). Tradução nossa: A questão não é como eliminar a intervenção do Estado, mas como projetar programas de bem estar para aprimorar a autonomia e a iniciativa privada.

[708] SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponível em <http://papers.ssrn.com/paper.tal?abstract_id=296657> Acesso em 27 nov. 2010.

[709] *"My aim in this Essay is to shed light on these questions, largely by discussing an extraordinary decision by the Constitutional Court of South Africa, one that carries some significant lessons for the future. In the Grootboom decision, the Court set out a novel and promising approach to judicial protection of socio-economic rights"* (SUNSTEIS, 2001: 6) Tradução nossa: Meu objetivo neste ensaio é dar luz a essas questões, ao discutir amplamente uma extraordinária decisão da Corte Constitucional da África do Sul, que traz algumas lições significantes para o futuro. Na decisão Grootboom, a Corte iniciou uma nova e promissora abordagem para a proteção judicial dos direitos socio-econômicos.

[710] Nessa época, eles moravam em barracos paupérrimos, sem água, sem sistema de esgoto e de coleta de lixo. Apenas 5% desses barracos possuía eletricidade.

pessoas seriam forçadamente despejadas, após descumprir a ordem judicial que as ordenava a deixar o terreno privado. Nessa oportunidade, elas tiveram suas posses queimadas e destruídas, sendo removidas para tendas de plástico improvisadas em campos esportivos, localizados em Wallacedene. Inconformadas, elas acabariam por ajuizar ações em face do Estado, reivindicando a garantia imediata de abrigos adequados, fundamentando os seus pedidos no Direito à moradia, expressamente previsto na Constituição da África do Sul[711].

No entendimento da Corte Constitucional sul-africana, apesar de verdadeira e expressamente consagrado na Constituição, não seria possível reconhecer a cada indivíduo um direito à moradia. No entanto, essa mesma Corte salientou que os Direitos sociais – entre eles o Direito à moradia – possuiriam uma margem de conteúdo justiciável, e isso por exigirem o controle da razoabilidade das políticas públicas implementadas pelo governo, voltadas para a sua efetivação[712]. Com base nesse entendimento, ela exigiu que o governo sul-africano reformulasse a política pública existente[713], a fim de que esta passasse a contemplar medidas de alívio imediato para as pessoas necessitadas (SUNSTEIN, 2001, p. 5 *et. seq.*). Segundo Sarmento (2008, p. 582), *"para permitir uma fiscalização mais adequada da execução da sua decisão"*, a Corte ainda atribuiria *"a um órgão técnico independente – a* ***Human Rights Commission****"*, a tarefa de supervisionar a elaboração e a implementação do novo programa.

Na ótica de Sunstein, esse raciocínio comprovaria que os Direitos sociais e Econômicos poderiam sim, ser protegidos judicialmente. Ele ainda comprovaria que constituições democráticas, mesmo em países pobres, estavam habilitadas a proteger os aludidos Direitos, sem transcender as capacidades judiciais. Por isso mesmo, o raciocínio da

---

[711] Essas informações encontram-se em (SUNSTEIN, 2001, p. 6-7) e (SARMENTO, 2008, p. 582).

[712] *"What the constitutional right requires is not housing on demand, but a reasonable program for ensuring access to housing for poor people, including some kind of program for ensuring emergency relief. This approach ensures respect for sensible priority-setting, and close attention to particular needs, without displacing democratic judgments about how to set priorities. This is now the prevailing approach to the constitutional law of socio-economic rights in South Africa"* (SUNSTEIN, 2001, p. 14). Tradução nossa: O que o direito constitucional exige não é o fornecimento da habitação sob demanda, mas um programa razoável para garantir às pessoas pobres o acesso à habitação, incluindo algum tipo de programa para assegurar um alívio emergencial. Esta abordagem garante o respeito pelo estabelecimento sensato de prioridades e muita atenção às necessidades específicas, sem substituir os julgamentos democráticos sobre como estabelecer prioridades. Esta é hoje em dia a abordagem do direito constitucional aos direitos sócio-econômicos que prevalece na África do Sul.

[713] *"No caso, o governo sul-africano contava com política pública voltada para esta área, mas a Corte entendeu que ela falhava, por não incluir medidas emergenciais focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (desperate need). Diante disso, determinou que a política fosse reformulada, de forma a contemplar medidas de alívio imediato daquelas pessoas, sem, no entanto, precisar que providências deveriam ser adotadas"* (SARMENTO, 2008, p.582).

Corte Constitucional sul-africana deveria ser utilizado pela Suprema Corte norteamericana em matérias relativas ao tema[714][715].

No Brasil, caminham entre a análise econômica do Direito e a posição defendida por Sunstein as concepções defendidas por autores como Fernando Farcucy Scaff, José Reinaldo de Lima Lopes e, principalmente, Flávio Galdino. Todos atentam para o *custo* dos Direitos, com particular destaque, nesse aspecto, para Galdino (2005[716]) e Scaff (2010, p. 24 et. seq.). Por sua vez, os dois primeiros parecem defender que os Direitos sociais configurariam Direitos à política adequada, diferenciando-se, nesse aspecto particular, dos Direitos Individuais[717]. Com base nisso, eles afirmam que, em demandas afetas a Direitos sociais, ao invés de proferir decisões que beneficiariam apenas indivíduos isoladamente[718], o Judiciário deveria controlar a constitucionalidade do programa ou política pública implementada pelo Estado[719]. Já Galdino sustenta uma *faceta subjetiva* como categoria essencial dos Direitos

---

[714] *"[...] requiring reasonable programs, with careful attention to limited budgets, the Court has suggested the possibility of assessing claims of constitutional violations without at the same time requiring more than existing resources will allow. And in so doing, the Court has provided the most convincing rebuttal yet to those who have claimed, in the abstract quite plausibly, that judicial protection of socio-economic rights could not possibly be a good idea. We now have reason to believe that a democratic constitution, even in a poor nation, is able to protect those rights, and to do so without placing an undue strain on judicial capacities"* (SUNSTEIN, 2001, p. 14). Tradução nossa: ao exigir programas razoáveis, com uma cuidadosa atenção aos limites dos orçamentos, a Corte sugeriu a possibilidade de avaliar as declarações de violações constitucionais sem exigir simultaneamente mais do que os recursos existentes permitiriam. E ao fazer isto, a Corte forneceu a mais convincente recusa já vista para aqueles que haviam afirmado, teoricamente de forma bem plausível, que a proteção judicial dos direitos sócio-econômicos poderia possivelmente não ser uma boa ideia. Nós hoje temos motivo para acreditar que uma constituição democrática, mesmo em uma nação pobre, é capaz de proteger esses direitos e de fazê-lo sem exercer uma pressão indevida sobre as capacidades judiciais.

[715] A posição defendida por Sunstein, portanto, se aproxima nesse aspecto da concepção defendida por Peces-Barba, sem, no entanto, com ela se confundir. Além de defender que todos os Direitos são positivos, Sunstein não faz nenhum tipo de cisão entre os Direitos Sociais.

[716] *"Direitos custam – principalmente os direitos que nós outros chamamos fundamentais -, dentre outras razões, porque os respectivos remédios são custosos.* [...] *A consciência de que os direitos custam implica* ***ipso facto*** *a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsavelmente recolha recursos junto aos cidadãos igualmente responsáveis para custeá-los, mostrando ser incorreta a tese* ***atomista*** *de que os direitos inculcam a irresponsabilidade para com os deveres sociais. Ao revés, os direitos, corretamente compreendidos, promovem a responsabilidade no respectivo exercício"* (GALDINO, 2005, p. 209/214).

[717] Ambos os autores recorrem, nesse particular, a uma análise meramente sintático-semântica do artigo 196 da Constituição da República de 1988 para extrair o sentido que eles entendem ser adequado acerca dos Direitos Sociais. Para mais detalhes, vide (SCAFF, 2008, p. 106; 2010, p.29-30) e (LOPES, 2008, p. 189).

[718] Com os olhos voltados claramente para o Direito à saúde, Scaff refere-se a essa tendência de 'captura do orçamento social pela judicialização das demandas individuais'. *"Na ânsia de implementar integralmente as normas constitucionais, vem ocorrendo no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando* ***diretamente*** *o* ***direito á saúde*** *previsto no artigo 196 da Constituição. Fazem de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abalados financeiramente, e comprometida fica sua capacidade de implementação. Confundem-se* ***direitos individuais*** *com* ***direitos sociais****"* (SCAFF, 2010, p. 35).

[719] *"Por tudo isto, (sic) concluo que a reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Ela já não será uma defesa tão facilmente acatável quando o que estiver em*

Fundamentais[720], conquanto seja enfático em dizer que esta esteja necessariamente atrelada às possibilidades práticas e econômico-financeiras imprescindíveis à sua realização[721].

Uma outra vertente acerca dos Direitos sociais é delineada a partir dos pressupostos da teoria sistêmica de viés luhmanniano (ii)[722]. Essa vertente toma os Direitos Fundamentais como garantias contra o perigo da des-diferenciação sistêmica (1) e contra a exclusão de parcelas da população nos diversos sistemas sociais (2) (NEVES, 2007, p. 77-78).

Segundo Neves, por meio da institucionalização dos Direitos Fundamentais, a Constituição reconheceria *"a supercomplexidade da sociedade, a dissolução de critérios de orientação de expectativas relativos à totalidade social e, portanto, a inexistência de um sistema social supremo"*. Ela inviabilizaria, a partir disso, a manifestação de concepções totalitárias – contrárias aos aludidos Direitos e produtoras de uma des-diferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea, especialmente pela 'politização'

---

litígio seja o orçamento ou o programa. Nesses casos também não quero dizer que o julgamento seja fácil, mas afirmo que é possível julgar, e então sim a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa pela reserva do possível" (LOPES, 2008, p. 193) Convém apenas destacar que, para Lopes, a reserva do possível equivale à doutrina da questão política: *"A doutrina da questão política equivale à da reserva do possível e pode ser invocada para excluir do judiciário a apreciação da questão dado seu caráter político? Creio que sim. O argumento nesse caso seria feito da seguinte maneira: há uma impossibilidade de decisão judicial pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos"* (LOPES, 2008, p. 184).

[720] *"[...] o direito subjetivo deve ser entendido como a representação de várias situações jurídicas consistentes e, pretensões de várias situações jurídicas consistentes em pretensões, faculdades, potestades e imunidades. [...] Assim, em última análise qualificar os direitos fundamentais como direitos subjetivos nada mais significa que dizer que a eles aplica-se o regime jurídico dos direitos subjetivos. Durante muito tempo laborou-se a idéia de que a característica central do direito subjetivo seria o dever por parte de outrem, isto é, a exigência de um determinado comportamento. Já se viu que essa concepção é inadequada. Além disso, ela revela o desvio de perspectiva que a conduziu à inadequação do conceito de direito subjetivo, no sentido de que o Estado assume o compromisso de tutelar os direitos – o Estado, sim, **tem um dever** de tutelar direitos, sendo-lhe exigível um determinado comportamento. A essa exigibilidade chama-se sindicabilidade, justicialidade ou ainda **justiciabilidade**, que representa a possibilidade de acesso ao aparato estatal jurisdicional para tutela daquilo que se reconheça como direito subjetivo do indivíduo. [...] Pode-se então, **provisoriamente**, compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento – aí entendido também e principalmente o momento de aplicação do Direioto – dotadas de exigibilidade em face do Estado, a fim de que este conforme a realidade ao dever-ser jurídico, tutelando pretensões, faculdades, potestades, e imunidades dos indivíduos"* (GALDINO, 2005, p. 144-146 –).

[721] *"De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito fundamental **determinado**, ou seja, o direito de uma **determinada** pessoa receber **uma determinada prestação** quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático e econômico-financeiro, realizá-lo. Impõe-se uma prévia análise de custo-benefício para compreenderem-se as conseqüências das escolhas. A questão é complexa, demandando ainda maior atenção por parte dos estudiosos. [...] Nenhuma prestação pública é gratuita!!! **There is no free lunch.** [...] Levar os direiotos a sério é – também e dentre outras coisas – incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas que são feitas todos os dias pelas pessoas, os custos dos direitos, pois, como já se disse[...] **direitos não nascem em árvores**"* (GALDINO, 2005, p. 235/346-347)

[722] Já tratamos dos elementos centrais dessa teoria no capítulo quarto, sobretudo quando expusemos uma das críticas dirigidas à teoria da argumentação de Klaus Günther. Para mais detalhes, vide tópico 4.3 deste trabalho.

dos demais subsistemas sociais e psíquicos[723]. A garantia de Direitos Fundamentais serviria, pois, ao desenvolvimento das comunicações sistêmicas, ou, em outras palavras, à manifestação da ordem diferenciada da comunicação intrasistêmica nos mais diversos níveis (NEVES, 2007, p. 75).

Por outro lado, a institucionalização dos Direitos Fundamentais destinar-se-ia a gerar inclusão, isto é, a inserção de toda a população nas prestações de cada um dos subsistemas funcionais da sociedade. Essa inserção seria uma exigência do Estado de bem-estar, que Luhmann conceituaria, a partir do princípio sociológico da inclusão[724], como 'inclusão política realizada' e, porque Estado de direito, como 'inclusão jurídica realizada'. Daí observar-se-ia que os direitos fundamentais sociais, instituídos constitucionalmente pelo Estado de bem-estar, seriam *"imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política"* (NEVES, 2007, p. 77).

Assim, a diferenciação funcional da sociedade e a inclusão de toda a população nos diversos sistemas sociais pressupor-se-iam reciprocamente, *"na medida em que a exclusão de amplos grupos sociais e a* ***auto-referência*** *operacional dos sistemas funcionais* [seriam] *incompatíveis"* (NEVES, 2007, p. 78 – grifo nosso).

Com base nessa perspectiva, seria possível afirmar que, na sociedade supercomplexa da atualidade, o Direito só conseguiria exercer satisfatoriamente a sua função *"de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento"*, uma vez que fossem "*institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política"* (NEVES, 2007, p. 78).

Se essa era uma realidade no plano estatal, no plano internacional Luhmann acabaria por optar por uma leitura restritiva, recusando-se a incluir no âmbito dos Direitos Humanos pretensões a Direitos sociais. Segundo ele, a realização – ou não – destes últimos estaria

---

[723] *"A essa época, influenciado pelos indesejáveis desdobramentos da ascenção do regime nacional-socialista na Alemanha, Luhmann pensava a institucionalização dos direitos fundamentais como um modo de evitar que o Direito se submetesse à Política, perdendo sua condição de sistema funcionalmente diferenciado. Na leitura luhmanniana, o nacional-socialismo foi um processo de desdiferenciação sistêmica em que o código da Política fez-se impor a todos os demais subsistemas, aniquilando qualquer possibilidade de diferenciação entre os sistemas, inclusive entre os indivíduos. Nesse contexto, os direitos fundamentais teriam a função precípua de impedir a desdiferenciação entre os sistemas sociais, protegendo-os da tendência expansiva e colonizadora dos outros subsistemas, notadamente, da Política"* (SILVA, 2010, p. 114).

[724] *"O conceito de inclusão refere-se á inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade. Ele diz respeito, de um lado, ao* ***acesso****, de outro, à* ***dependência*** *da conduta individual a tais prestações. À medida que a inclusão é realizada, desaparecem os grupos que não participam da vida social, ou participam apenas marginalmente. A* ***contrario sensu****, pode-se designar como* ***exclusão*** *a manutenção persistente da marginalidade. Na sociedade contemporânea, isso significa que amplos setores da população* ***dependem*** *das prestações dos diversos sistemas funcionais, mas não têm* ***acesso*** *a elas (subintegração)"* (NEVES, 2007, p. 76).

relacionada com fatores sociais e econômicos estranhos ao Direito, uma vez que tais Direitos não seriam passíveis de institucionalização e implementação no plano da sociedade mundial. Assim, Direitos Humanos encampariam apenas instrumentos de defesa contra ofensas chocantes e escandalosas à dignidade humana, tais como o 'desaparecimento de pessoas assegurado pelo Estado', 'deportações forçadas e expulsões', 'execução à morte', 'prisão e tortura contrárias e com o conhecimento e proteção de órgãos estatais' (LUHMANN apud NEVES, 2008b, p. 428; 2009, p. 251)[725].

Contra essa concepção, e a partir dos pressupostos de uma racionalidade transversal – verdadeiras 'pontes de transição'[726] entre racionalidades parciais heterogêneas pertencentes a subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, isto é, entrelaçamentos aprofundados[727] passíveis de gerar bloqueios e reentradas recíprocas[728] entre os mais diversos subsistemas

[725] Por isso, se a desconfiança de Sampaio (2004, p. 103) em relação à concepção luhmanniana sobre os Direitos Sociais se justifica, sua validade se restringe ao plano internacional. Ainda assim, ela não atinge a concepção de luhmannianos como Neves, que, nesse particular, são críticos contumazes da concepção restrita de Luhmann.

[726] *"No nível dos entrelaçamentos que servem às racionalidades transversais como 'pontes de transição' entre esferas heterogêneas (aprendizado e intercâmbio recíproco entre racionalidades parciais mediante interferências estruturais), o lado negativo encontra-se especificamente no autismo e na expansão de um âmbito da racionalidade sem reconhecimento do outro. A alteridade é negada, tendo em vista que uma esfera da racionalidade perde a capacidade de aprendizado em relação a outra ou atua negativamente para o desenvolvimento desta"* (NEVES, 2009, p. 45)

[727] *"Os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíproco entre experiências com racionalidades diversas, importando partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas). Por exemplo, do contrato e da propriedade, acoplamentos estruturais que permitem a irritação e a influência recíproca entre economia e direito, não surge necessariamente uma racionalidade transversal. Esta só estará presente se esses institutos estiverem estruturados de tal maneira que eles contribuam positivamente para o desenvolvimento de ambos os sistemas: regulação jurídica economicamente inadequada dos contratos e da propriedade não implica racionalidade transversal; inversamente, regime de contrato e de propriedade bem estruturado do ponto de vista econômico pode atuar negativamente contra a racionalidade jurídica referente ao direito dos envolvidos ou de terceiros. Da mesma maneira que o regime fiscal de receitas e despesas, acoplamento estrutural entre política e economia, pode não levar à racionalidade transversal, desde que a política fiscal seja prejudicial à economia ou, ao ser superadequada economicamente, atue negativamente sobre a legitimidade democrática das decisões políticas. O mesmo se pode dizer da Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito: pode contribuir ou não para a construção de uma racionalidade transversal entre ambos os sistemas, destacando-se a segunda hipótese nos casos de tendências à judicialização da política e à politização do direito"* (NEVES, 2009, p. 49-50).

[728] *"A racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, é uma forma de dois lados. O lado negativo do acoplamento estrutural são bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente. Assim, se o código 'ter/não ter' (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia.[...] Dando um passo adiante e considerando a racionalidade transversal, cabe observar que o seu lado negativo não se esgota na corrupção sistêmica. Essa se refere à quebra da capacidade de reprodução consistente (autorreferência) por força de bloqueios externos, mirando a função seletiva dos acoplamentos estruturais."* (NEVES, 2009, p. 42/45).

sociais[729], contribuindo para o desenvolvimento de todos eles –, Neves lançou um olhar mais ampliado para os Direitos Humanos[730], dando ensejo ao que ele chamou de transconstitucionalismo[731][732].

Em síntese, ele destacou que, assim como a reação contra violações flagrantes aos Direitos Humanos, manifestas na tortura e no genocídio, por exemplo, constituiria um dos 'mais importantes indícios de um sistema jurídico mundial', não se poderia negar que "*também a falta de* ***condições mínimas de sobrevivência*** *para grande parte da população na sociedade mundial*", deveria ser vista como uma ofensa gritante à 'dignidade humana' e, portanto, *"aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada"*. A diferença estaria basicamente no grau de institucionalização e positivação dos respectivos Direitos (NEVES, 2009, p. 252):

> A diferença reside no fato de que aqueles direitos humanos em sentido estrito, que se referem basicamente à proibição de ações violentas – políticas, policiais ou militares – contra indivíduos ou grupos, são suscetíveis de institucionalização e, sobretudo, contam com perspectivas de positivação e implementação processual em escala mundial, especialmente na esteira de transformações no direito internacional, enquanto que os direitos sociais e grande parte dos chamados direitos humanos de terceira geração são fragilmente institucionalizados, e as perspectivas de sua positivação e implementação processual em extensão mundial são negativas (NEVES, 2008b, p. 429; 2009, p. 252).

---

729 *"[...] deve-se considerar que, na teoria sistêmica de Luhmann, o acoplamento estrutural é apresentado bilateralmente como um mecanismo entre dois sistemas autônomos. A respeito da racionalidade transversal, pode-se sugerir que eles implicam, em certos casos, o entrelaçamento de mais de dois sistemas. Se observarmos o regime fiscal, por exemplo, poderemos verificar que, nele, há um entrelaçamento trilateral entre política, economia e direito. O tributo é um fato econômico, jurídico e político, assim como o orçamento é um instituto envolvido diretamente na economia, no direito e na política. A racionalidade transversal importa, então, um grau de aprendizado e intercâmbio construtivo entre esses três sistemas"* (NEVES, 2009, p. 50).

730 Contra Habermas, Neves defende que *"os direitos humanos têm muito pouco a ver com consenso ou condições discursivas ideais para a busca do consenso. Ao contrário, a idéia de direitos humanos emerge no contexto do* ***dissenso estrutural*** *que advém com o surgimento da sociedade moderna, dissenso este (ínsito) que concerne tanto à integração sistêmica conflituosa entre esferas de comunicação com pretensão de autonomia, e heterogeneidade de jogos de linguagem quanto à divergência de valores, expectativas e interesses das pessoas e grupos.[...] os direitos humanos são, em seu núcleo, 'direitos ao dissenso'"* (NEVES, 2008b, p. 425).

731 *"A compreensão desses pressupostos teóricos é imprescindível para a argumentação a ser desenvolvida a seguir a partir dos conceitos de Constituição transversal e transconstitucionalismo, que supõem não só acoplamentos estruturais, mas também entrelaçamentos como 'pontes de transição'. Sem esses, mesmo que superadas as corrupções sistêmicas no plano estrutural, permaneceremos em um constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente (perigo da atomização), ou caminharemos para um constitucionalismo imperial como* ***ultima ratio*** *do social.* [...] *A questão dos direitos humanos, que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. Constitui uma questão central do transconstitucionalismo"* (NEVES, 2009, p. 51/256).

732 A despeito de reconhecer a importância do tema, e mais, de vislumbrar sua interessante interface com o objeto final da presente pesquisa – no caso das quebras de patente de medicamentos no plano transnacional, para ficar em um exemplo –, deixaremos para outra oportunidade a sua análise mais aprofundada. Neste trabalho, limitar-nos-emos ao estudo da concepção transconstitucionalista delineada por Marcelo Neves acerca dos Direitos Humanos de cunho social.

Por terem sido institucionalizados e positivados no âmbito restrito de alguns Estados Democráticos e Sociais de Direito[733], e ante a dificuldade de sua implementação processual no plano mundial, Neves acabou por designar os Direitos Humanos Sociais como 'Direitos humanos **frágeis**', em contraposição aos chamados 'Direitos Humanos **fortes**, "*cuja positivação e mesmo a implementação processual encontram-se no horizonte próprio do Direito Internacional Público, na qualidade de* ***ius cogens****"* (NEVES, 2008b, p. 429).

Em que pese esse fato, em vista das diferenças culturais e dos diversos tipos de ordem jurídica (estatal, internacional, transnacional etc.) refletidas na institucionalização democrática dos Direitos Humanos e Fundamentais[734], poderia ser que os Direitos Humanos Sociais, eventualmente, afluíssem com uma determinada ênfase frente aos demais Direitos, o que, igualmente, poderia não acontecer. Em todo caso, dever-se-ia assegurar a inclusão jurídica generalizada e o dissenso estrutural (NEVES, 2008b, p. 428).

Aos olhos de Neves, essa seria uma contingência decorrente do transconstitucionalismo, *"um direito constitucional do futuro"*, que não abandonaria o clássico Direito constitucional estatal, mas abrir-se-ia para esferas além do Estado, não propriamente em decorrência do surgimento de outras Constituições (não estatais). Ele exigiria um maior grau de interdisciplinariedade, sobretudo por lidar com problemas, especialmente os referentes aos Direitos Humanos, que perpassariam simultaneamente ordens jurídicas diversas, *"que atuam entrelaçadamente na busca de soluções"* (NEVES, 2009, p. 269).

Uma vantagem dessas abordagens sistêmicas, ao menos em nossa concepção, é que elas levam a sério a importância da manutenção da *autonomia funcional* do sistema jurídico em relação ao seu ambiente circundante. Os maiores problemas, para voltarmos ao que já delineamos no capítulo quatro, no tópico 4.5.3, acabam ficando por conta da 'exclusão' das pessoas do interior dos sistemas sociais (a) – as pessoas (sistemas psíquicos) são 'meio ambiente' em relação aos sistemas sociais –, e da concepção de que apenas linguagens

---

[733] Essa acoplagem faz sentido na concepção de Luhmann, mas não na concepção de Habermas.

[734] *"[...] tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas respectivas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada. Os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional)"* (NEVES, 2009, p. 253). Em que pese essa característica, convém mais uma vez salientar que optamos por desconsiderar a distinção entre *Direitos Humanos* e *Direitos Fundamentais*, empregando as duas expressões de forma indistinta, às vezes até conjugada. Isso fizemos, convém repetir, por enxergar com bons olhos – ao contrário de Neves – a 'tradução' desses Direitos Humanos como condição de possibilidade universal para o discurso, e isso sob a *forma conteudística* contextualizada de Direitos Fundamentais.

específicas transitassem no interior dos mesmos (b). Se nosso intento é seguir com 'Habermas para além de Habermas', essas são considerações que não poderiam faltar.

Com essa ressalva, podemos passar imediatamente à análise da concepção *moralmente reflexiva* acerca dos Direitos sociais, notadamente, aquela delineada na segunda fase[735] do pensamento de Canotilho, e, no Brasil, seguida por Pereira (iii).

Essa concepção está assentada em três núcleos básicos ou moralmente atrativos: *"a positivação constitucional dos direitos sociais como condições para o livre desenvolvimento da personalidade"*, a defesa da existência de ilhas de particularismo, tendentes a diminuir a separação entre os '*in'* e os '*out'* – mulheres, idosos e crianças, grávidas e trabalhadores – e os *"quatro contratos globais"*, especificamente, o da redução das desigualdades, o da tolerância e do diálogo, o da democracia como governo global e o do desenvolvimento sustentável[736] (PEREIRA, 2008, p. 105). Nela, os Direitos sociais são entendidos como "*premissas materiais fundantes das* ***políticas públicas*** *num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais"* (CANOTILHO, 2001, p. XXX).

Em 1996[737], firme nesses pilares básicos do Constitucionalismo moralmente reflexivo, Canotilho sustentou que, na qualidade de Direitos Fundamentais, "*os direitos econômicos, sociais e culturais*" deveriam *"regressar ao espaço jurídico constitucional e ser considerados como elementos essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada"*. Aos seus olhos, a superação da 'vagueza', 'indeterminação', 'impressionismo'[738], 'instabilidade normativa'[739] e

---

[735] Para mais detalhes, convém retornar ao início do tópico 5.2.4.1.

[736] No mesmo sentido, vide (CANOTILHO, 2001, p. XX-XXIII).

[737] Mais especificamente no artigo intitulado *Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na Problemática actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, apresentado no colóquio de Madrid sobre Direitos Sociais e Culturais, em abril de 1996.

[738] Comumente designados pela teoria da ciência como *'fuzzysmo ou metodologia fuzzy'*. Segundo Canotilho *"[...]* ***fuzzy*** *significa em inglês 'coisas vagas', 'indistintas', indeterminadas. [...] Ao nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da 'vagueza' 'indeterminação' e 'impressionismo' que a* ***teoria da ciência*** *vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de 'fuzzysmo' ou 'metodologia fuzzy'. [...] Em toda a sua radicalidade, a censura de 'fuzzysmo', lançada aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais"* (CANOTILHO, 2008b, p. 99).

[739] *"A expressão [camaleão normativo] não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee, há mais de quinze anos. Com ela, pretendia o Autor significar a instabilidade e imprecisão normativa de um* ***sistema jurídico aberto*** *– como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema [...] quer a conteúdos normativos transcendentes ao mesmo sistema [...]. Esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre* ***conteúdo*** *de um direito, juridicamente definido e determinado e* ***sugestão de conteúdo****, sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. Por outras palavras: o 'transformismo normativo' dará azo à passagem de um* ***discurso jurídico*** *rigoroso, centrado em categorias como 'direitos subjetivos' e 'deveres jurídicos', para um* ***discurso político-constitucional*** *baseado em programas concretizadores de 'princípios sectores' e de directivas políticas. Iremos ver que este discurso tem algum eco – e justificado – na freqüente confusão entre* ***direitos sociais e políticos*** *e* ***políticas públicas de direitos sociais****"* (CANOTILHO, 2008b, p. 101).

'introversão da sociedade'[740], bem como dos paradoxais problemas do 'discurso duplo'[741], da 'aproximação absolutista'[742] e da 'dependência legal'[743], todos impregnados no debate atinente aos Direitos sociais, perpassaria pela releitura dos princípios da liberdade igual (a) e da reserva do possível (b), pela análise reflexiva da estrutura das pretensões jurídico-constitucionais em face da reserva de cofres financeiros (c) por um repensar da gradualidade de realização e de não reversibilidade social (d), bem como pela des-introversão (e) e pela exploração de uma 'nova' subsidiariedade (f) (CANOTILHO, [1996] 2008b, p. 97/105 *et. seq.*).

Segundo ele, a liberdade igual (a), estruturada *"em termos de uma justiça ou moralidade jurídico-constitucional"*, pressuporia *"uma ordem jurídico-constitucional de reciprocidade*". Essa ordem estaria assentada em ideais já intensamente trabalhados pelos movimentos sociais, tais como, o direito à vida e à integridade física, além do direito *"a cuidados e prestações asseguradoras de corpo e espírito sãos"*, à inviolabilidade de domicílio, e, igualmente, o direito à moradia, à liberdade de escolha de profissão, *"mas também direito a ter um posto de trabalho"*. Por isso seria possível dizer que, no fim das

---

[740] *"A problemática dos direitos sociais transporta também o peso de uma construção da sociedade excessivamente* ***introvertida.*** *Com efeito, os direitos econômicos, sociais e culturais concebem-se, na esteira da intersecção socialista/keynesiana, como* ***direitos a prestação*** *cujo titular passivo é o Estado que, por sua vez, impõe o pagamento autoritário e coactivo de impostos destinados a satisfazer as demandas prestacionais dos cidadãos. Realcem-se os traços da* ***introversão****: 1. os direitos sociais implicam o* ***dever*** *de o estado fornecer as* ***prestações*** *correlativas ao objecto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de* ***unilateralidade****: o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a* ***reciprocidade****, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve, na burocracia prestacional, a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca"* (CANOTILHO, 2008b, p. 101).

[741] *"Quem estiver minimamente atento aos recentes desenvolvimentos das relações entre* ***constitucionalismo global*** *e o* ***constitucionalismo nacional*** *não poderá deixar de ficar intrigado com o* ***duplo discurso*** *das nações em torno dos direitos econômicos, sociais e culturais. Um número significativo de Estados tem aderido aos grandes tratados internacionais sobre direitos económicos, sociais e culturais (Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Carta internacional sobre a bondade jurídico-material destes direitos). Todavia, mesmo a doutrina aberta à recepção automática do direito internacional na ordem interna coloca numerosos obstáculos, quer à dignidade constitucional destes direitos, retomando-se, de forma mais ou menos encapsulada, a tese 'forthoffiana' da 'reserva da administração' quanto a prestações sociais, quer a sua autonomia em relação aos princípios directivos da política econômica, social e cultural. Eis o primeiro paradoxo: 'bondade' fora das fronteiras; maldade dentro das fronteiras constitucionais internas"* (CANOTILHO, 2008b, p. 103).

[742] *"Um segundo paradoxo reside nos efeitos perversos derivados da 'aproximação absolutista' ao significado jurídico dos direitos sociais, esta 'aproximação absolutista' consiste em confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através do procedimento hermenêutico de atribuição de significado a enunciados lingüístico-normativos, deduzir* ***efectividade*** *dos mesmos diretivos"* (CANOTILHO, 2008b, p. 104).

[743] *"A viragem condensada na fórmula ' não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais não pode, a nosso ver, transferir-se de plano, para o domínio dos direitos económicos, sociais e culturais, pois isso traduzir-se-ia em admitir sem reticências a aplicabilidade imediata destes direitos, tese que nem mesmo o approach mais 'absolutista' ousará defender. No entanto, os resultados desta dependência legal dos direitos sociais não deixarão de ser desconsoladores.* ***Os direitos sociais mais não são do que prestações legalmente reguladas. O legislador determina o que é um direito social, mas ele não está vinculado a direitos sociais****"* (CANOTILHO, 2008b, p. 105).

contas, os Direitos e Liberdades individuais, em sua generalidade, seriam indissociáveis dos aludidos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CANOTILHO, 2008b, p. 106).

Por sua vez, a reserva do possível (b) – que Häberle identificara, ainda na década de 1970, com a noção de 'reserva de caixas financeiros' – precisaria passar por uma reflexão mais aprofundada, tendente a *desvelar* os sentidos que a expressão teria recebido ao longo do tempo. Com esse intento em mente, Canotilho resgatou quatro concepções diversificadas acerca do assunto:

> 1.'Reserva do possível' significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
> 2.Reserva do possível significa a '**tendência para zero**' da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
> 3.Reserva do possível significa **gradualidade** com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
> 4.Reserva do possível significa **insindicabilidade** jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais (CANOTILHO, 2008b, p. 107).

Feito isso, nosso autor destacou que haveria "uma dose de verdade" em todas essas concepções, a despeito de nenhuma delas poder passar ilesa a uma relativização. A realização dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais verdadeiramente se caracterizaria pela gradualidade da realização (1), pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado (2), pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos (3) e pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos, *"a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis"* (4). No entanto, o reconhecimento destes aspectos não implicaria a aceitação de alguns 'dogmas' contra os Direitos sociais (CANOTILHO, 2008b, p. 107).

Seria necessário relativizar, por exemplo, a vinculação estrutural dos Direitos sociais com a 'reserva de cofres financeiros' (c). Essa vinculação passaria ao largo da constatação de que mesmo *alguns*[744] Direitos tradicionalmente identificados como diretamente aplicáveis demandariam prestações estatais para existir. Exatamente por isso, o recorte jurídico-estrutural de um Direito não deveria confundir-se com a questão de seu financiamento. Como se não bastasse, seria importante perceber que, a despeito de implicar problemas de financiamento, a 'reserva dos cofres públicos' jamais poderia resultar em 'grau zero' de vinculabilidade jurídica dos preceitos consagradores de Direitos Fundamentais Sociais. Para Canotilho, seria possível defender a existência de "*uma espécie de 'pretensões a ajuda de*

[744] Isso já indica que, na segunda fase de seu pensamento, Canotilho não percebia a imprescindibilidade de todos os Direitos por ações estatais dispendiosas, tese que viria, alguns anos mais tarde, a ser descrita por Holmes e Sunstein.

realização de direitos de liberdade'", na tentativa de contornar "*as dificuldades jurídico-dogmáticas dos direitos a prestações postulados para realização de alguns direitos de liberdade"* (CANOTILHO, 2008b, p. 108).

Além disso, segundo o jurista português, ainda que a realização gradual dos Direitos sociais não pudesse ser contestada, o mesmo não valeria para a tese da completa discricionariedade do legislador no tocante à deliberação orçamentária voltada para a sua concretização. Seria, pois, completamente legítimo aos Tribunais exercer o controle da *razoabilidade* das decisões legislativas alocativas. Por sua vez, a leitura rígida do *princípio da não reversibilidade* – que anteriormente chamamos de princípio da *proibição do retrocesso social* – deveria ser relativizada, conquanto não fosse possível afastar as deliberações legislativas de um controle tendente a aferir a sua proporcionalidade (d)[745].

Para finalizar, como forma de escapar às aporias e problemas atinentes aos Direitos sociais, nosso autor ainda defendeu a *des-introversão* (e) – isto é, a desconstitucionalização das políticas públicas, mas não dos Direitos sociais –, e a exploração de uma 'nova subsidiariedade' (f) – que procuraria preencher 'folgas' demasiadamente extensas de falta de subsidiariedade no interior da sociedade, compensar a inadequação das estruturas burocráticas estatais (aumentando seus canais de comunicação) e reestruturar serviços estatais (a fim de substituir o 'esquema unilateral' de prestação pelo gesto de reciprocidade entre os cidadãos)[746] (CANOTILHO, 2008b, p. 112).

Alguns meses depois, ainda no ano de 1996[747], após considerar às críticas de cunho funcional e às considerações levantadas pelos adeptos do *direito alternativo* – que viria a ser identificado como '*direito achado na rua*' –, ambas dirigidas à 'autossuficiência' da

---

[745] *"Assim, por exemplo, se o legislador tem discricionariedade política para alterar o regime de previdência e de pensões, é de questionar a sua liberdade de conformação quanto a soluções legislativas representarem uma desproporcionada e retroactiva afectação de direitos subjectivamente radicados (montantes previsíveis de pensões, tempo de cálculo). Um exemplo significativo será o da não reformabilidade* ***in pejus*** *do grau de invalidez de trabalhadores"* (CANOTILHO, 2008b, p. 111). Essa posição em muito se aproxima daquela defendida por Sarlet.

[746] *"Um dos domínios em que se assiste a um verdadeiro processo de autopoiesis de subsidiariedade e, por conseguinte, a um processo tendencialmente auto-sustetado de des-introversão diz respeito às auto-ajudas sociais. Tendo em conta os numerosos 'grupos de auto-ajuda' espontaneamente formados nos vários países ('Grupo de auxílio aos Alcóolicos Anónimos', 'Auto-ajuda aos cidadãos com SIDA', ' Sociedade de auxílio aos doentes de esclerose múltipla', 'Liga reumática', 'Comunidade terapêutica de auxílio aos toxicodependentes'), alguns autores avançam hoje a ideia de uma 'nova subsidiariedade' no campo da política de realização dos direitos sociais, de 'auto-ajuda e auto-organização' no domínio da política de saúde"* (CANOTILHO, 2008b, p. 112)

[747] Mais especificamente, no artigo *O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais*, apresentado no colóquio Internacional de Direito Constitucional, realizado em Recife, em agosto de 1996.

Constituição Dirigente, Canotilho aprofundaria sua nova concepção *moralmente reflexiva*[748] reiterando a visão de que as políticas públicas devessem ser desconstitucionalizadas (2008c: 115 *et. seq.*).

Segundo nosso autor, *"a consagração acoplada de **direitos sociais** e de **políticas públicas –** como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira"* poderia gerar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador, sobretudo por fechar a comunicação quer com o Direito institucionalizado, quer com a expressão alternativa do direito, gerada na rua (CANOTILHO, 2008c, p. 131).

Aos seus olhos, um Direito Social, Econômico ou Cultural não se concretizaria *apenas* mediante uma política constitucional, que outra coisa não seria senão *"uma projecção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade"*. A satisfatória execução de políticas exigiria a integração de outros setores inicialmente não previstos para tanto. A palavra chave seria, pois, cooperação[749], e isso não apenas no plano limitado – mas muito importante – do Estado[750].

Mais recentemente, no artigo *'Bypass' social e núcleo essencial de prestações sociais*, Canotilho revisitou suas antigas concepções acerca dos Direitos sociais e, em tom crítico, concluiu que seus resultados práticos não eram nada animadores[751]. Em vista disso, com o duplo intento de atualizar suas considerações e de combater algumas tendências problemáticas envolvendo o tema, ele realizou uma interessante retrospectiva, por meio da qual procurou

---

748 *"Levamos, assim, a sério a proposta de compreensão, quer da ideia de **integridade**, quer da **dimensão moralmente reflexiva** dos direitos fundamentais. **Integridade** porque eles constituem uma dimensão importante do ideal político de uma comunidade na qual os respectivos membros se reconhecem como livres e iguais. **Dimensão Moralmente reflexiva**, não porque os direitos fundamentais, consagrados positivamente nas Constituições, se reconduzam a simples expressões morais, mas porque o **discurso jurídico** do Estado de direito constitucional, centrado no catálogo de direitos fundamentais, transporta uma consciência moral, uma explicação da ordem social integrada, composta e diferenciada em várias (1) **ordens parciais universais**; (2) que têm como base material **práticas sociais** solidamente radicadas; (3) que, por sua vez, geram **teorias de reflexão** racionalizadoras e controladoras dessas práticas"*. (CANOTILHO, 2008c, p. 125-126)

749 *"A satisfatória execução de **políticas** num determinado sector da actividade já integrado exige a integração de outros sectores inicialmente não previstos. Para darmos um exemplo significativo: o 'ensino', o direito ao ensino e as políticas de ensino não estavam vocacionados, no momento inicial, para uma integração; mas, hoje, a 'cooperação' absorveu, ou tende a absorver, dimensões importantes do 'sistema' ensino"* (CANOTILHO, 2008c, p. 131-132 – grifo nosso).

750 *"A sugestão que aqui deixamos, em jeito de tom e dom conclusivos é esta: a 'teoria da justiça' recupera a pretensão de universalidade dos direitos fundamentais considerando os direitos humanos como limites morais ao pluralismo e às práticas sociais nacionais e internacionais. A 'lei' ou 'direito dos povos' não significará necessariamente direito internacional positivo, mas sim uma concepção política do direito e da justiça informadora dos princípios de direito e práticas internacionais"* (CANOTILHO, 2008c, p. 135).

751 *"Ao fazermos o trabalho de casa para elaborar esta intervenção, resolvemos interrogar-nos a nós próprios sobre o acerto teórico e dogmático das nossas anteriores incursões pelo tema da 'socialidade estatal' e pela 'constituição dos direitos económicos, sociais e culturais. Temos de confessar que o resultado, em termos práticos, não é animador. Resolvemos, por isso, resivitar o tema, desde logo, porque se assiste a inquietantes regressões, no plano doutrinário, metodológico e jurisprudencial, quanto à concretização dos princípios da socialidade nos estados de direito democráticos"* (CANOTILHO, 2008e, p. 244).

estabelecer uma ‘via acessória’ para o trato dos Direitos sociais (CANOTILHO, 2008e, p. 243 *et. seq.*).

Evidentemente, não vamos reproduzir, aqui, toda essa retrospectiva. Isso faria de nossa exposição deveras repetitiva. No entanto, precisamos analisar suas críticas à *hipertrofia do discurso atinente à dignidade da pessoa humana* no Tribunal Constitucional Português (1), bem como suas considerações acerca da *nova diretividade pelo Direito* (2), antes de perquirir, de forma mais direta, as suas propostas para uma adequada determinação dos níveis essenciais de prestações sociais (3).

Começando por (1), convém alertar que, sob a ótica de Canotilho, *“o recurso à dignidade da pessoa humana como princípio ontofenomenológico fundante da* ***dignidade social*** *da pessoa humana nada teria de problemático”*. Segundo ele, esse princípio ainda constituir-se-ia como um elemento fundante para o desenvolvimento da personalidade, e, justamente em vista disso, seria o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado (CANOTILHO, 2008e, p. 247).

A despeito disso, a estratégia discursiva do Tribunal Constitucional português, sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, ao colocar *“entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais”,* estaria a diminuir a importância por eles conquistada no curso do tempo. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a um resultado desolador, a saber, de que não existiriam Direitos sociais autonomamente recortados, mas ‘refracções da dignidade da pessoa humana’ aferida pelos *standards* mínimos da existência (CANOTILHO, 2008e, p. 247).

O maior problema deste discurso estaria em que, a pretexto de reconhecer o ‘mínimo social’ compatível com o ‘mínimo da dignidade’, a jurisprudência portuguesa estaria a reforçar, indiretamente, o retrocesso social do Estado – e um retrocesso, ao menos na leitura de Canotilho (2008e, p. 261), desarrazoado e desproporcional.

Por sua vez, para justificar uma nova diretividade pelo Direito (2), nosso autor sustentou que *“se a ‘lógica dirigente’* [estaria], *hoje, posta em causa, isso não* [significaria] *que o direito* [tivesse] *deixado se assumir como instrumento de direcção de uma comunidade juridicamente organizada”*. Contra a sua antiga concepção de ‘dirigismo’, no entanto, Canotilho destacou que, *“à semelhança das teorias sistêmicas”*, dever-se-ia perceber que a diretividade advinda da Constituição, a despeito de central, não constituiria o único meio de direção das condutas no interior da sociedade. Além do Direito, existiriam ainda muitos outros subsistemas a indicar, a partir de sua lógica funcional interna, uma direção a ser seguida pelos inúmeros atores da sociedade (CANOTILHO, 2008e, p. 258):

> O conceito de direcção é, assim, **um conceito analítico que engloba vários meios de direcção** ao lado do direito (mercado, finanças, organizações). Daí que seja importante salientar a centralidade diretora do direito num Estado de direito democrático, mas não **a sua exclusividade**, impondo-se mesmo a conjugação de vários instrumentos de direcção para se obterem os fins desejados. Em segundo lugar, a direcção pressupõe actores sociais, mesmo que se reconheça – como salientam as teorias autopoiéticas – a existência de sistemas diferenciados dotados de uma dinâmica própria. Diversamente, porém, da auto-referencialidade sistémica, o institucionalismo centrado nos autores depende de uma **direcção político-social**, entendida como um sistema intencional e comunicativo de acção influenciadora da conformação de relações sociais orientadas para o bem-comum (CANOTILHO, 2008e, p. 259).

Para o jurista português, seria absolutamente necessário, *"nesse modo de ver as coisas"*, dar centralidade regulativa aos sistemas de interação sociais, através de seus atores individuais e coletivos. Com isso, seria possível aferir uma 'nova estatalidade e uma renovada arquitetura de Estado', as quais estariam assentadas não em um mero *standard* pré-ordenado, mas em formas revigoradas de cooperação e de comunicação entre *"(i) os actores sociais mais importantes e os interesses politicamente organizados; (ii) o Estado e as organizações políticas"* (CANOTILHO, 2008d, p. 259).

Foi a partir desse constructo[752] que Canotilho empreendeu a sua releitura dos esquemas de racionalização de prestações no âmbito dos Direitos sociais (3). Sua tentativa foi estabelecer uma 'via acessória' aos discursos positivistas-legalistas[753], aos liberais/libertários[754] e, ainda, àqueles delineados pelo Tribunal Constitucional português[755].

---

[752] *"Vamos tentar uma recentração do problema, com base na ideia central de direcção constitucional social. A ideia do direito como instrumento de direcção ao lado de outros instrumentos (financeiros, organizatórios) é, hoje, como dissemos, uma das premissas metodológicas do institucionalismo jurídico. Esta perspectiva neo-institucionalista mantém as tradicionais categorias jurídicas e hermenêuticas, mas introduz outras valências normativas. Testemos a sua operacionalidade"* (CANOTILHO, 2008e, p. 261).

[753] *"A análise do modo como os jurístas têm discutido o problema das prestações sociais leva-nos a algumas conclusões desconsoladoras. Em primeiro lugar, os anseios da Constituição social, vinculados às premissas típicas do positivismo legalista, mais não fazem do que repetir até à exaustão o círculo vicioso de qualquer positivismo.* ***Em termos simples, o círculo pode descrever-se assim: (i) as normas consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais consagram o direito à saúde, à segurança social, ao ensino; (ii) logo, todos temos direitos por via da Constituição a todas as prestações da saúde, da segurança social e do ensino (iii); logo, a política do direito constitucionalmente conforme no campo desses direitos é a que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização desses direitos"*** (CANOTILHO, 2008e, p. 260 – grifo nosso).

[754] *"Em sentido diametralmente inverso, os ideólogos liberais partem das seguintes premissas: (i) os direitos sociais não são verdadeiros direitos porque não possuem a dignidade de direitos subjectivos; (ii) as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações depedem das políticas dos órgãos políticos legitimados para as desenvolver; (iii) os bens protegidos por essas normas são, em primeira linha, bens privados, cuja proteção só excepcionalmente deve ser confiada às entidades públicas"* (CANOTILHO, 2008e, p. 261).

[755] *"De qualquer modo, impõe-se discutir o modo como se assegura a direcção jurídico-política da concretização dos direitos constitucionais sociais. E, já vimos que as recentes leituras jurisprudenciais portuguesas, a pretexto de reconhecerem o 'mínimo social' compatível com o 'mínimo de dignidade', estão a reforçar, indiretamente (embora com perspectivas diversas), o retrocesso social do Estado"* (CANOTILHO, 2008e, p. 261).

Inspirado na doutrina italiana[756], primeiramente ele se dispôs a transportar para os Direitos sociais a lógica do **núcleo duro ou essencial**, originalmente desenvolvida "*tendo em vista o regime de protecção de direitos, liberdades e garantias* [direitos de defesa[757]]". Sua intenção, nesse particular, foi explorar a 'dimensão derivada' dos Direitos sociais – a saber, aquelas posições jurídicas fundamentadas, principalmente, nas leis criadas com o intuito de regulamentar as disposições constitucionais (CANOTILHO, 2008e, p. 262)[758].

Em síntese, nosso autor defendeu que uma das saídas para a efetivação dos Direitos sociais perpassaria pelo recurso aos tradicionais esquemas de legislação e regulação executiva[759]. Enquanto a lei disciplinaria prestações, destinatários, indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as ações estaduais de suporte, os programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservância de tais *Standards*, os 'regulamentos executivos' especificariam a lista dos indicadores, com o intento de individualizar, para cada um deles, o valor objetivo que as administrações deveriam respeitar[760]. A novidade dessa proposta, segundo Canotilho, encontrar-se-ia na tentativa de introduzir *linhas gerais* ou *padrões possibilitadores de controle* que, inicialmente, diriam respeito ao mecanismo da governança e da responsabilidade, mas que também poderiam constituir elementos de fato para a eventual jurisdicionalização dos conflitos prestacionais (2008e, p. 262-264).

---

[756] Notadamente, a obra coletiva *Welfare e federalismo,* coordenada por Luíza Torchia e publicada em Bolonha, no ano de 2005.

[757] Convém destacar que, nessa época, Canotilho reviu a sua tese inicial acerca dos Direitos, liberdades e garantias [direitos de defesa]. Em suas palavras, o "*simples reconhecimento de um* ***núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias,*** *impõe uma revisão do caráter prestacionalmente dependente dos direitos sociais. Isto, não tanto porque isso não seja juridicamente correcto, mas porque, de uma forma ou de outra, todos os direitos – desde os direitos, liberdades e garantias pessoais aos direitos económicos, sociais e culturais – apresentam dimensões caracterizadamente regulativo-prestacionais. Lembramos, tão somente, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, o direito de participação na vida política (financeiramente dependente do financiamento público, por exemplo, dos partidos e das campanhas eleitorais), da liberdade de ensino da religião (com professores formados e pagos pelo Estado)"* (CANOTILHO, 2008e, p. 265-266 –). O que nos deixa particularmente preocupados é ver como essa e muitas outras mudanças no pensamento de Canotilho são desconsideradas por autores brasileiros, muitos deles, de reconhecida projeção nacional e internacional.

[758] Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao tópico 5.2.4.1.

[759] "[...] *perante a incontornável pressão dos custos dos serviços de saúde e consequentes políticas de racionalização,* ***a metodologia mais segura para a garantia dos direitos não é a da subsunção positivita-constitucional, mas a de recortar derivadamente, da lei o núcleo duro da subjectivação dos direitos sociais***" (CANOTILHO, 2008e, p. 263-264 – grifo nosso).

[760] *"A efectividade da regulação da* ***Lep*** *[Livelli essenziali delle prestazioni – níveis essenciais de prestações] assenta na individualização das dimensões básicas: 1) macro-área de intervenção; 2) prestações; 3) descrição sintética; 4) destinatários; 5) indicadores; 6) valor objectivo. Exemplo I: 1)* ***macro-área de intervenção*** *– assistência sanitária; 2)* ***prestação*** *– tomografia axial computadorizada; 3) descrição sintética – utilização de aparelho de alta precisão no diagnóstico tumoral; 4)* ***destinatários*** *– pessoas a quem é passada uma prescrição médica expressa para o caso; 5)* ***indicadores*** *– tempo em que ocorre a prestação e a efectivação da prestação; 6)* ***valor objectivo*** *– até ao fim de 2006 (x dias)"* (CANOTILHO, 2008e, p. 264 – nota de rodapé nº 23).

Mas também a atenção a outros instrumentos diretivos poderia contribuir para a efetivação dos Direitos sociais. Entre esses 'outros' instrumentos encontrar-se-iam os *standards* fixados pela *clinical governance*, aqueles *"padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas"*. Boas práticas nada mais seriam, nesse contexto, que padrões mensuráveis relativos à eficiência e qualidade do serviço prestado aos usuários, sobretudo os doentes[761][762]. Outra saída seria o recurso aos padrões fornecidos pela *carta de direitos de usuários* – autonomia, informação, vontade previamente manifesta, liberdade de escolha, privacidade, acesso à informação da saúde, não discriminação e estigmatização, acompanhamento espiritual, primado da pessoa sobre a ciência e a sociedade, direito de queixa e reclamação, equidade no acesso, acessibilidade em tempo útil[763] (CANOTILHO, 2008e, p. 264-245).

Segundo o jurista português, toda essa gama de padrões deveria ser agregada à metódica da concretização judicial, sobretudo por constituir *"um bom teste"* para a caracterização jurídico-constitucional dos níveis essenciais de prestações sociais. Eles seriam, pois, *standards* diretivos complementares à diretividade constitucional (CANOTILHO, 2008e, p. 265).

No mais, fazer-se-ia necessário repensar o problema da aplicabilidade direta das normas constitucionais garantidoras das prestações essenciais. Ao ver de Canotilho, contra este núcleo essencial, a simples oposição das tradicionais reservas 'da lei' e 'do possível' implicaria, em verdade, uma negativa de sua existência[764]. Justamente em vista disso, os Tribunais não poderiam ficar alheios à tarefa de concretização das normas garantidoras dos Direitos constitutivos da *igual dignidade social* e da *justiça distributiva*. Em todo caso,

---

[761] Canotilho importou o conceito de 'boas práticas' da obra coletiva *Best Practice Handbook*, coordenado por Rosaleth Moss Kanter e publicado em 2003. Para mais detalhes, vide (CANOTILHO, 2008e, p. 264 – nota de rodapé nº 24).

[762] *"Se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direcção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores de direcção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação). E a conclusão parece-nos clara: a governação clínica (**clinical governance**) é um esquema de boas práticas concretizador do direito à saúde"* (CANOTILHO, 2008e, p. 265 – grifo nosso).

[763] *"Não foi a exegese da Constituição e o platonismo subsuntivo que permitiram individualizar os **direitos dos utentes** (autonomia, informação, vontade previamente manifesta, liberade de escolha, privacidade, acesso à informação da saúde, não discriminação e estigmatização, acompanhamento espiritual, primado da pessoa sobre a ciência e a sociedade, direito de queixa e reclamação, equidade no acesso, acessibilidade em tempo útil)"* (CANOTILHO, 2008e, p. 264-265 – grifo nosso).

[764] *"Esgrimir aqui com as tradicionais 'reservas' – 'reserva da lei' constitutiva das prestações e 'reserva do possível' em termos económicos e financeiros – significaria que bastaria o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes, para se negar a existência de um núcleo essencial de prestações sociais. Afinal, a **direcção** da Constituição, ou melhor, da **direcção** dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, ficaria neutralizada pelas omissões legislativas e executivas. A reserva da lei transmuda-se em inimiga dos direitos sociais que, no fundo, são dimensões constitutivas da **igual dignidade social** e da **justiça distributiva**"* (CANOTILHO, 2008e, p. 266).

também não caberia aos mesmos *"impor à metódica constitucional a criação de **pressupostos** de facto e de direito claramente fora da sua competência"*, ou que extravasassem *"os seus limites jurídico-funcionais"* (CANOTILHO, 2008e, p. 266).

Para dizer de outra forma, ante um contexto de escassez e de severidade econômico-financeira, a chamada 'tese da irreversibilidade de Direitos sociais adquiridos' deveria ser entendida *"com razoabilidade e racionalidade"*, visto que poderia se mostrar *"necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social"*. Nesse sentido particular, os Tribunais não poderiam neutralizar a liberdade de conformação do legislador (CANOTILHO, 2008e, p. 266).

Diante do que acabamos de expor, constatamos que, no trato dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Canotilho tenta combinar elementos da Teoria externa com influxos da Teoria interna dos Direitos Fundamentais[765]. Ao contrário de Alexy, e, ainda, contra as coerentes digressões de Virgílio Afonso da Silva[766], ele parece, nesse contexto particular, trabalhar com uma ideia de **núcleo essencial duro** – e não relativo – sem, no entanto, abrir mão da **máxima da proporcionalidade** como meio de aferir a razoabilidade das omissões estatais nessa seara. Nessa segunda fase de seu pensamento, vemos com bons olhos a 'amenização' da visão demasiadamente *pré-ordenada* e *verticalizada* acerca dos Direitos sociais. A despeito disso, ainda vislumbramos problemas em sua excessiva credulidade na racionalidade de um recorte completamente apriorístico do núcleo essencial desses Direitos (a), no emprego pré-ordenado da máxima da proporcionalidade como meio de aferição da razoabilidade das omissões estatais (b) e no abandono 'eventual' das circunstâncias fáticas para a resolução de casos concretos (c). Em nossa ótica, esses três fatores não se sustentam à luz da racionalidade pós-metafísica com a qual trabalhamos.

---

[765] Na verdade, desde o trato específico da matéria em artigo *"para livro de homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles"*, Canotilho já procurara fugir tanto de uma aplicação purista da Teoria Externa quanto da Teoria Interna dos Direitos Fundamentais, ainda que sua concepção, nessa época, em muito se aproximasse da primeira vertente: *"**A moderna teoria do direito tem revisado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a insustentabilidade de teorias puras**, quando na grelha introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre princípios e regras no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da ponderação de direitos e de bens, irreconduzível à fixação de padrões teóricos abstratos"* (CANOTILHO, 2008e, p. 202 – grifo nosso). Convém destacar a sua adesão, neste particular, à concepção pré-ordenada da máxima da proporcionalidade.

[766] *"A utilização da expressão 'limites imanentes' na obra de Canotilho parece ser o resquício de posições anteriormente defendidas pelo autor e que, com o tempo, foram modificadas. Assim, como Canotilho antes defendia a idéia dos limites imanentes na forma como descrita nos tópicos anteriores e, com o passar do tempo, foi dela se afastando, parace que houve uma mudança de posição sem a correspondente mudança terminológica"* (SILVA, 2009, p. 167 – nota de rodapé nº 144). Se estivermos corretos em nosso julgamento, contra essa assertiva, parece que Canotilho não se importa em combinar os elementos da Teoria externa com os influxos advindos da Teoria interna dos Direitos Fundamentais. Diante dessa consideração, entendemos que Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 166-167), se pretendesse manter o rigor e a coerência de suas alegações e críticas, precisaria rever seu julgamento em relação à tese defendida por Canotilho – *"não se trata, nesse caso, de 'mistura do imisturável"* – para sustentar que ela indicaria sim uma 'mistura do imisturável'.

Feitas essas considerações, podemos, finalmente, passar ao desafiador intento de abordar a concepção defendida por Sampaio acerca dos Direitos sociais (v). Esse é um empreendimento deveras complicado, que demanda um 'ajuntamento' de fragmentos argumentativos inscritos na obra *Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade*, marcada pela descontinuidade no trato do tema. Em que pese esse complicador, podemos salientar com facilidade que, para Sampaio, os Direitos sociais seriam sim, verdadeiros Direitos Humanos Fundamentais.

Em sua ótica, no contexto de um Estado Democrático[767], esses Direitos poderiam ser entendidos como 'Direitos de cidadania social', transcendendo, assim, a clássica designação, proveniente do Estado Social, segundo a qual eles seriam simples *welfare rights*[768] (SAMPAIO, 2004, p. 290).

Tal como as 'Liberdades civis e políticas', esses 'Direitos de cidadania social' possuiriam uma dupla face, defensiva e prestacional – ambas dispendiosas[769] –, que lhes possibilitaria servir, concomitantemente, como *"anteparo contra os mais fortes e poderosos, Estado, grupos sociais ou indivíduos"*[770],*"elemento próprio da geração de igualdade"*, *"estatuto da identidade auto-reconhecida"* e pressuposto para o exercício efetivo dos Direitos Civis e Políticos[771]. Sua condicionalidade se restringiria aos *modos* e *limites de exercício*,

---

[767] *"A base democrática não é contrária aos direitos sociais como direitos humanos, mas antes os pressupõe. Não há voz forte o bastante para ser ouvida no espaço democrático sem que antes se tenha bem alimentado o corpo e a alma"* (SAMPAIO, 2004:, p. 289).

[768] *"Os direitos sociais podem ser justificados no ambiente de um Estado Social de prestação como 'direitos de bem-estar (**welfare rights**) ou, em um Estado Democrático, como direitos de cidadania social (**rights of social citizenship**). No primeiro caso, pode haver as conseqüências nefastas de um estadismo autoprogramado e do imobilismo social, porque desde o começo se imaginara que as estruturas públicas assistencialistas como tarefas prioritárias sobre qualquer outro interesse, mesmo que dissesse respeito às liberdades básicas, correndo-se o risco, apontado por Dworkin [...] de os direitos serem relativizados por argumento de política, inclusive de bem-estar geral. A leitura dos direitos de cidadania social se faz tanto como elemento próprio da geração da igualdade, esta que estamos a examinar, quanto como garantia da realização dos direitos liberais, aprovando-se como um estatuto de identidade auto-reconhecida, uma vez mais com Rawls, de pessoas livres e iguais"* (SAMPAIO, 2004, p. 290).

[769] Sampaio percebe claramente que as 'liberdades civis e políticas' não prescindiriam de um agir dispendioso da parte do Estado, demandando, para sua salvaguarda, a existência de uma ordem jurídica, de juízes remunerados para julgar os litígios, de um aparato burocrático e, não raras vezes, de estruturas policiais e de uma instituição como o Ministério Público, isso para não falar de leis, pelo menos de índole processual. Em suas palavras, da mesma forma que *"contenções de gastos não* [justificariam] *a inexistência de programas contra a tortura, como afirmou a Corte do Oitavo Circuito, também razões de natureza fiscal não* [poderiam] *ser usadas sempre para postergar o exercício de um direito social. **Toda atividade do Estado, inclusive a abstenção, é onerosa, não estando portanto nesse campo a fronteira entre as duas classes dos direitos**. [...] **Os direitos sociais não são apenas uma questão de economia"*** (SAMPAIO, 2004, p. 285 – grifo nosso).

[770] Seriam, pois, *"'direitos de proteção' que se* [colocariam] *como últimos guardiões contra o arbítrio"*, viesse este de 'cima (do Estado) ou dos lados (dos co-cidadãos)' (SAMPAIO, 2004, p. 272).

[771] *"Se a tese da indivisibilidade dos direitos humanos ainda tem algum sentido, ele nos aponta para a inconsistência de regimes diferenciados para ambas as classes de direitos, pois, no curso das coisas como vão, o sucesso dos direitos civis e políticos como prática – e não apenas como retórica – está a depender do progresso no campo dos direitos sociais"* (SAMPAIO, 2004, p. 279).

fatores esses que não seriam suficientemente fortes para infirmar a sua existência e fundamentalidade (SAMPAIO, 2004, p. 272/277/279/290).

Segundo Sampaio, contra a tese da incondicionalidade das 'Liberdades civis e políticas' e da realização gradual e sob reservas dos Direitos sociais – fundada em uma análise meramente sintática e semântica dos dois pactos internacionais das Nações Unidas assinados em 1966[772] –, o próprio Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já teria se pronunciado para asseverar, veementemente, que não existiriam diferenças de cunho material no cumprimento do dever atrelado à concretização de ambas as classes de Direitos. Em verdade, a própria existência dos dois pactos no plano internacional, bem como das alegadas distinções de tratamento entre as duas categorias de Direitos, dever-se-ia ao contexto da Guerra Fria entre soviéticos e os norte-americanos:

> Lembremos que a existência dos dois pactos e as distinções de tratamento criadas se deviam ao contexto da Guerra Fria entre soviéticos, defensores dos direitos sociais, e os norte-americanos, baluartes das liberdades civis, enfeixando as linhas teóricas que marcam o pensamento jurídico e político ocidental desde então, prevalecendo no *establishment*, acadêmico e jurisdicional inclusive, o rebaixamento das pretensões igualitárias dos direitos econômicos, sociais e culturais a um plano secundário neste lado oeste do planeta. Superada a etapa de hipocrisias jurídico-políticas, de parte a parte, com as pedras arrancadas à mão do muro de Berlim, a manutenção da retórica parece mais ser exercício sadomasoquista de história (SAMPAIO, 2004, p. 278).

Por tudo isso e por não constituírem meras questões de *política*, os Direitos sociais, no entender de nosso autor, possuiriam uma *faceta subjetiva*, em vista da qual justificariam aspirações ou necessidades imputáveis ao Estado e a terceiros, passíveis de ser pleiteadas individual ou coletivamente, recaindo sobre os destinatários do dever – e não sobre os beneficiários do Direito – o ônus de encontrar o meio mais eficaz e razoavelmente econômico de cumprir sua obrigação[773]. Para dizer de outro modo, no entender de Sampaio, os Direitos sociais não seriam apenas comandos objetivos – posição B.2 – nem, simplesmente, Direitos

---

[772] Notadamente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP – e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

[773] *"Um interesse tutelado, não há de dizer que o enunciado de norma constitucional de direitos sociais padece da virtude jurídica de dar tutela a um* ***interesse****!, atrai o título de direito subjetivo e o seu arsenal de mediação; tanto quanto a aspiração ou necessidade de um beneficiário, um sujeito jurídico qualificado seja individual, seja coletivo, que tenham uma norma constitucional a dar sustentação e exigir atendimento ('todos têm direito a...') por meio da conduta precisada ou não de determinadas pessoas ('cabendo ao Estado...', 'é dever do Estado e da família...', 'o Estado garantirá...', 'impõe-se ao poder público e à coletividade o dever de...', 'para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público...', 'o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá...' etc.) vinculam tais comportamentos, sendo ônus do(s) destinatário(s) do dever e não do beneficiário encontrar(em) o meio mais eficaz e razoavelmente econômico de cumpri-lo"* (SAMPAIO, 2004, p. 275-276 – grifo nosso).

plena e terminantemente justiciáveis[774], ao menos não no sentido defendido por Bonavides, Krell e Streck (SAMPAIO, 2004, p. 283).

Aos olhos de Sampaio, quando já existissem políticas públicas promotoras de Direitos sociais, mas que levassem a quadros discriminatórios, dever-se-ia, na esteira do raciocínio desenvolvido em algumas Cortes Constitucionais, estender o benefício àqueles que por ele não seriam acobertados. Mais difícil, no entanto, seria o controle efetivo da inércia total ou parcial dos poderes públicos. Nestes casos, dever-se-ia negar um *"direito primário a prestações"*, por haver, quando muito, *"um poder de aviso ou de declaração de omissão inconstitucional"*. Em todo caso, dever-se-ia fazer distinção entre a inércia que produziria um dano concreto, por exemplo, *"a inexistência de oferta pública de um tratamento médico indispensável à manutenção da vida de um paciente, ou que permita a vida humana em condições degradantes*", e aquelas em que a presença dessas situações fosse questionada apenas 'abstratamente' (SAMPAIO, 2004, p. 281).

Por sua vez, omissões que se prolongassem anos a fio, *"em que pese avisos judiciais feitos"*, *"que perduram sem embargo de afetação de recursos para outros fins"*, caracterizando-se pela notoriedade e abusividade – justamente por ferir *"a razoabilidade da espera do possível"* – não apenas poderiam como deveriam sofrer o controle jurisdicional. Para Sampaio, nesses casos competiria ao Judiciário avaliar internamente, *"senão a correção dos meios empregados segundo o juízo de prioridade político, pelo menos o dever sucessivo de concretizar tais direitos em gênero e espécie"*. Neles, legítimas seriam as ordens judiciais de reservas de dotações orçamentárias futuras, sem se cogitar de ofensa à separação dos poderes, sobretudo porque nenhuma parte da Constituição poderia estar à plena disposição do Executivo e do Legislativo[775] (SAMPAIO, 2004, p. 284).

---

[774] *"Seja como for, admitir a plena justicialidade subverteria a lógica da divisão dos poderes e poderia enveredar-se pelo fabuloso e perigosamente premeditado destino de Amélie Poulain, por tudo bem querer para nada ficar entre as mãos e olhos ingenuamente altivos. Por outro lado, aceitar-se sempre e tão somente o apelo ao legislador seria negativa de prestação jurisdicional. Devem-se, no entanto, temperar os extremos pela verificação de uma omissão constante que esvazia o conteúdo do direito"* (SAMPAIO, 2004, p. 283).

[775] *"Como, então, equilibrar a intervenção judicial e o Estado Democrático de Direito? Ou, enveredando por interrogante aparentemente mais fácil,* ***como dar exeqüibilidade às ordens judiciais se as limitações de recursos podem ser menos um pretexto e mais uma barreira material efetiva****? A primeira das indagações é enfrentada com as respostas às objeções majoritárias e contratuais, seguindo-se o esquema proposto por Michelman. A última exige um cálculo de razoabilidade. Já afirmamos que* ***não é a omissão por ela mesma que atrai o controle judicial, mas a sua reiteração decorrente de preterições governamentais evidentes e abusivas.*** *A determinação judicial também se deve regrar pelo mesmo princípio do razoável. Cálculos, planilhas e argumentos se devem juntar na difícil apuração do juiz do 'esquecimento discricionário' de realização de um direito social, cabendo ao Estado a prova cabal de que não se olvidou da prestação, mas a considerou na tarefa de fechamento das contas públicas e de atendimento dos deveres estatais inadiáveis.* ***O 'juiz do orçamento' não pode avançar sobre oportunidade e conveniência das prioridades de aplicação dos recursos limitados, a tanto a razoabilidade não chega, como as autoridades estatais têm de superar a 'presunção de esquecimento' que pesa sobre a deficiência da prestação social em debate.*** *Diante da inércia*

Diante dessas considerações, gostaríamos apenas de firmar dois posicionamentos em relação à argumentação delineada por Sampaio.

Em primeiro lugar, não vemos com bons olhos a alegação de que, num primeiro momento, os Direitos sociais não gerariam uma faculdade primária a prestações, mas apenas *um dever* de ação passível de ensejar a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Se não estivermos enganados, essa concepção acaba por diminuir a importância desses Direitos em face dos demais – igualmente positivos –, além de indicar uma possível recaída de Sampaio nos pressupostos da concepção B.2, analisada no tópico 5.2.2 deste capítulo, justamente por implicar o esvaziamento da dimensão subjetiva dos Direitos sociais[776]. Com isso, não estamos a defender que um litigante sempre faça jus à prestação pleiteada, mesmo porque percebemos que os Direitos concorrem entre si pela aplicação no caso concreto, além de lidar, permanentemente, com a contingência da escassez de recursos[777]. Essas considerações já foram suficientemente explicadas no capítulo quarto deste trabalho, mas serão aprofundadas no próximo tópico, quando procuraremos assentar a nossa concepção pós-positivista e crítico-deliberativa sobre os Direitos sociais.

Em segundo lugar, gostaríamos de discutir, aqui, a noção de razoabilidade trabalhada por Sampaio[778]. Concordamos que esse padrão possa indicar um *"equilíbrio ou balanço"*, alcançável a partir do resgate da *"dimensão contraditória ou dialética do ser e do fazer humanos"*, e que, como tal, ele não possa ser traduzido *"em formas concretas e positivas"*, devendo antes ser compreendido hermeneuticamente. Da mesma forma, também combatemos *"a dissolução anárquica, sob o rótulo de razoável, da prescindibilidade constitucional, a sua força de vincular todos, inclusive o Judiciário, e de orientar o exercício da soberania popular"*. Essas noções conduzem à defesa do emprego da razoabilidade como racionalidade, mas uma racionalidade *"que envolva uma interlocução com os diversos atores sociais e permita firmar ou confirmar consensos, ampliando as bases de legitimidade do sistema jurídico"*. E sobre esse pressuposto, o raciocínio por ele delineado para o controle das omissões estatais continuadas[779] não merece retoque (SAMPAIO, 2003, p. 93/05-96).

---

desarrazoada, deve-se impor a reserva de dotação orçamentária bastante para fazer frente às despesas que se haverão com a instituição de programa e serviços necessários à realização do direito esquecido" (SAMPAIO, 2004, p. 285-286 – grifo nosso).

[776] A proposta de Sampaio, nesse particular, olvida inclusive os pressupostos por ele assentados, no sentido de que os Direitos Sociais seriam condições para o exercício dos demais Direitos e para a manifestação do próprio Estado Democrático de Direito.

[777] Nessa altura, esperamos já ter deixado claro que esta não se limita à escassez orçamentária.

[778] Discutimos esse assunto com o próprio Sampaio, que, na oportunidade, esclareceu-nos que não pretendia defender o emprego da razoabilidade como *equidade*, mas como racionalidade.

[779] Concordamos com Cruz no sentido de que *"ninguém nega a importância da referida expressão* ['Direito é bom senso'], *caso se entenda que 'bom senso' seja um equilíbrio na reflexão (como ouvir o outro lado da*

Contudo, não estamos certos de que o 'retorno às tradições', através do restabelecimento da noção medieval de *Fundamental Law*, extraído do *Common Law* seiscentista[780], sobretudo em vista de sua ligação com o conceito justiça (*good law*)[781], não implique uma aproximação da noção de razoabilidade com o conceito aristoteliano de *phronésis*, o que, ao menos em nossa ótica, é problemático[782]. De fato, estamos convictos de que a *razoabilidade* também seja um conceito que comporta inúmeras concepções, o que, aliás, é demonstrado de forma cabal pelo próprio Sampaio[783], bem como por Cruz (2007:, p.359-362) e Ferraz (2009, p. 129-143), para ficar em apenas três nomes. Mas, na esteira do que antes asseveramos acerca da concepção de Sampaio, e, ainda, firmes nos ensinamentos de Cruz (2007, p. 361), entendemos que a razoabilidade não seja um *standard* legítimo em discursos de aplicação jurisdicional se empregado como sinônimo de proporcionalidade ou de equidade.

Ademais, em nosso entendimento, se entendida como *racionalidade*[784] ou *coerência*, evidentemente, *"não aquela racionalidade instrumental já denunciada pela primeira geração da Escola de Frankfurt – mas uma racionalidade comunicativa"*, que exige, na aplicação do Direito, uma garantia da coerência lógica e interna do sistema jurídico (FERRAZ, 2009, p.

---

estória), no exame sobre a validade de nossos preconceitos e no esforço de irmos além do que impõe o pano de fundo do mundo da vida transcendental" (CRUZ, 2007, p. 359).

[780] *"Havia, entretanto, a marca de um sentido unitário de direito, de uma idéia de equidade e justiça, de razoabilidade que comandava todo o sistema da* ***common law****. Os tribunais organizados pelo poder monárquico inglês no século XIV se chamavam de* ***Courts of Equity*** *exatamente por terem a função de abrandar aplicações desarrazoadas dos precedentes.[...] No plano político-constitucional, ganhará impulso, especialmente a partir dos anos seiscentistas, a idéia medieval de* ***Fundamental Law*** *que passou a transpor o* ***good law*** *como* ***reasonableness*** *para a engenharia das altas magistraturas, limitando seus poderes e garantindo direitos, sem aportar ruptura com o passado"* (SAMPAIO, 2003, P. 46).

[781] *"Isso não importa o abandono completo da Constituição formal e documental, mas delineia uma trajetória ou tendência em direção à idéia de justiça (ou de* ***good law****) que preside a estrutura global do sistema jurídico"* (SAMPAIO, 2003, p. 93 – grifo nosso).

[782] *"Contudo, se 'bom senso' for traduzido como senso comum, cairemos em outra armadilha, eis que 'ser razoável' passa a ser traduzido em termos de equidade, ou seja, em termos de uma* ***phronésis*** *aristoteliana. Dito de outro modo, entendemos que não cabe no Direito Contemporâneo a procura de um juiz que seja virtuoso, tal como procedem Alasdair McIntyre e Frank Michelman. Nossa crítica sobre este* ***standard*** *está justamente no fato de que o mesmo se choca com as características das sociedades pós-modernas. Como? O que nos caracteriza atualmente é justamente a pluralidade de concepções de 'vida boa', ou seja, uma heterogeneidade de valores sobre questões essenciais, como a legitimidade ou não da eutanásia, a discriminação ou não do aborto, a validade ou não de produtos trangênicos, indo até disputas políticas e religiosas. Logo, como encontrar um padrão axiológico para que então possamos definir a virtude do juiz? Ora, Aristóteles escreve suas concepções em uma época em que, desde Sócrates, buscava-se um logos que unisse natureza e cultura, de modo que as noções de* ***eudaimonia*** *ateniense eram frutos de uma sociedade que (sic) procurava se estruturar em torno da homogeneidade de valores. Logo, devemos perguntar se o 'juiz foi razoável' para os parâmetros de quem? Como não há possibilidade de se encontrar um ponto arquimediano que estabeleça uma tábua de valores que fixasse o que 'é justo', o que 'é razoável', o que 'é normal', de certo, esse empreendimento está fadado ao fracasso"* (CRUZ, 2007, p. 359-360)

[783] Notadamente, em Sampaio (2002; 2003, p. 45 *et. seq.*).

[784] Lembremos que mesmo esse conceito comporta inúmeras concepções. Para mais detalhes acerca de algumas dessas concepções, sugerimos um retorno aos capítulos segundo e terceiro. Outras concepções ainda podem ser aferidas em (SAMPAIO, 2004, p. 49).

142)[785], a razoabilidade pode auxiliar o controle de **todas as omissões estatais**. Nesse aspecto, entendemos a preocupação se Sampaio ao limitar esse controle às omissões continuadas e abusivas, mas pensamos que estas só possam ser aferidas caso a caso: a *self restraint* dos tribunais não pode implicar, logicamente, a definição 'apriorística' do que seja uma omissão 'não-razoável' e/ou 'razoável'.

Com essas duas ressalvas, podemos, finalmente, dar um passo adiante em nossa investigação.

5.3 Agregando conteúdo à concepção pós-positivista e crítico-deliberativa dos Direitos Sociais

Após dialogar com todas as concepções acima descritas, convém, agora, aprofundar a nossa posição *pós-positivista* e *crítico-deliberativa* acerca do tema. Dizemos pós-positivista e crítico-deliberativa porquanto pretendemos, também nesse particular, seguir 'com Habermas, para além de Habermas'[786].

A nosso ver, os Direitos sociais devem ser incluídos entre aqueles Direitos que são condição e consequência simultânea do exercício de uma cidadania ativa e efetiva, sendo, portanto, *fundamentais*[787]. Eles integram o *sistema de direitos subjetivos* que os cidadãos estão obrigados a atribuir-se reciprocamente, a princípio no plano horizontal[788], caso intentem regular legitimamente a sua convivência por meio e através do direito positivo[789].

---

[785] *"Assim razoabilidade não é um* ***standard*** *legítimo caso seja aplicado como sinônimo de proporcionalidade ou de equidade. Mas, isso eliminaria do nosso vocabulário a expressão? Por certo que não, eis que o pensamento jurídico não pode pretender a inibição de quem quer que seja.* [...] *Desse modo, se razoabilidade for entendido como garantia da coerência lógica e interna do sistema jurídico, isto é, como elemento dos postulados jurídicos, não vemos impeditivo para o seu emprego"* (CRUZ, 2007, p. 361).

[786] Em síntese, intentamos mais uma vez acoplar os ensinamentos do filósofo e sociólogo alemão à concepção concretista de Müller, naquilo em que são compatíveis. Além disso, procuramos estar atentos aos desafios desvelados pela investigação de Holmes e Sunstein, adequando-a aos pressupostos dessa pesquisa a partir de influxos advindos dos ensinamentos de Neves e Cruz. Em todo caso, estamos igualmente cientes dos pontos de distanciamento existentes entre todas essas posições.

[787] Reiteramos, pois, a adoção de uma fundamentação intersubjetiva dos Direitos Humanos Fundamentais, particularmente, aquela propugnada pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. Fundamentais são, portanto, *"os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido* (sic) *seja legítimo, ou seja, democrático"* (GALLUPO, 2003, p. 236) Para mais detalhes nesse aspecto, sugerimos um retorno ao capítulo segundo. Para outras propostas de justificação dos Direitos Humanos, vide (SAMPAIO, 2004, p. 57-133).

[788] E que são posteriormente estendidos à dimensão vertical das relações cidadãos-Estado. Sob essa perspectiva, a horizontalização é condição da constituição legítima e democrática do Estado de Direito. Justamente por isso, mesmo após a extensão vertical da eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais, não cabe suprimir sua eficácia no plano horizontal. Ainda discutiremos essa questão no próximo capítulo, com os olhos centrados no Direito Fundamental à saúde.

[789] *"A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.* ***A substância dos direitos humanos*** *insere-se, então, nas condições formais para a*

Sob essa perspectiva crítico-deliberativa, num primeiro momento esses Direitos assumem, ao lado de outros, o *status* de condições equitativas de oportunidades, isto é, de *"condições materiais para que todos possam participar dos discursos de formação da vontade política na sociedade"*. Isso significa, para dizer de outro modo, que eles compõem o seleto rol daqueles Direitos[790] que constituem aquilo que entendemos por *mínimo existencial*, a saber, *"a garantia mínima para que qualquer indivíduo seja um locutor/ouvinte competente para a participação de qualquer discurso, seja ético, moral ou jurídico"* (CRUZ, 2007, p. 373/365).

Nesse instante 'inicial', a substância dos Direitos sociais equivale ao conteúdo de seu *núcleo essencial absoluto*. Este é variável conforme as especificidades fáticas que permeiam o *mundo da vida* dos potenciais participantes do discurso constitucional. Mas não pode ir aquém das necessidades antropológicas mais profundas do ser humano, evidentemente 'medidas' através de uma perspectiva recíproca, sob pena de romper quaisquer possibilidades de instauração legítima do Direito[791]. Ainda assim, mesmo nesse momento constitutivo da ordem jurídica legítima, a substância dos aludidos Direitos não prescinde das dimensões designativa (i) e performativa (ii) da linguagem, vindo à consciência de seus titulares mediante interpretações já elaboradas na história. Essas interpretações, contextualizadas ao *mundo da vida* que lhes é específico, devem ser depuradas discursivamente[792].

Num segundo momento, no entanto, o conteúdo dos Direitos sociais pode variar conteudisticamente, transcendendo seu núcleo essencial absoluto inicial, principalmente em razão das cambiantes circunstâncias que permeiam, diariamente, o pano de fundo

---

institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania popular do povo assume figura jurídica" (HABERMAS, 2003, p. 139 – grifo nosso).

[790] Seguimos a trilha dos ensinamentos de Cruz (2007, p. 365) para suportar que, nesse momento, o mínimo existencial adere e é inerente às cinco categorias de Direitos Humanos Fundamentais que Habermas explicita 'abstratamente' em Direito e Democracia. Sobre elas, já nos manifestamos no capítulo segundo, notadamente, no tópico 2.1.4.3.

[791] Ao menos em relação a este primeiro momento, é correta a assertiva de Gesta Leal (2009, p. 109), no sentido de que *"o objeto típico dos Direitos Fundamentais Sociais seria constituído pelo chamado mínimo de existência material, como medida de menor grau de proteção (dimensão fisiológica e psíquica)"*.

[792] *"Pois o fato de as normas serem dignas de reconhecimento não se apóia em um acordo objetivamente constatado de interesses dados, mas depende de uma interpretação e de uma avaliação dos interesses às quais os participantes procedem da perspectiva de primeiras pessoas. Os participantes não podem desenvolver as normas em que se corporificam interesses comuns senão a partir de uma perspectiva do nós, a qual deve ser* ***construída*** *por meio de uma troca reversível das perspectivas de todos os envolvidos. Isso não contradiz a hipótese de necessidades com profundas raízes antropológicas (como a de integridade física e de saúde, a de liberdade de movimento e a de proteção contra fraude, ofensa e abandono). O núcleo do que, do ponto de vista moral, é evidente em si mesmo em todas as culturas remete, por certo, a tais interesses nos quais os envolvidos, sejam quais forem, podem facilmente reconhecer os seus próprios. Mas, antes de poder ser considerado geral no espaço público do discurso, todo interesse que, em caso de dúvida, deveria 'contar' moralmente tem de ser interpretado e fundamentado convincentemente, como também traduzido numa pretensão relevante – e tudo isso* ***do ponto de vista dos envolvidos*** *que participam de discursos práticos"* (HABERMAS, 2004, p. 303).

compartilhado por seus destinatários e co-autores. Em síntese, enquanto os discursos de fundamentação, sobretudo legislativos, podem fixar as bases para sua aplicação imparcial, regulamentando esses Direitos e agregando-lhes substância para além do *mínimo*, discursos de aplicação, partindo desses pontos de partida (programas normativos), podem rever, *in concreto*, a adequação dos sentidos textuais diante das especificidades do caso (âmbitos normativos), complementando a norma jurídica (concretização) sem recair nos padrões da justiça e da moralidade convencionais.

À luz desta concepção, a *co-originalidade* entre a dimensão subjetiva e a faceta objetiva[793] dos Direitos sociais afigura-se inafastável, especialmente em vista da releitura do clássico conceito de *Direito subjetivo*, agora pensado em termos intersubjetivos e performativos. Como elementos da ordem jurídica legítima, os Direitos subjetivos passam a pressupor uma colaboração discursiva de sujeitos que se reconhecem, reciprocamente, como membros livres e iguais em direitos e deveres[794]. Com isso, os Direitos sociais transcendem o status de *welfare rights*[795], para assumir, na expressão de Sampaio, a condição de 'Direitos de cidadania social'. Essa mudança, apenas aparentemente sutil, implica a ampliação das exigências de controle reflexivo da legitimidade[796] das sucessivas leituras dos Direitos

[793] No sentido de dever assegurado normativamente.

[794] Esse reconhecimento recíproco é a condição da validade deontológica da ordem jurídica constituída, da qual são extraídos os Direitos subjetivos reclamáveis juridicamente (HABERMAS, 2003, p. 121).

[795] Concretizados mediante *pautas públicas de vida boa,* impostas aos cidadãos por uma Administração Pública garante de bens e serviços. Essa é a concepção que vigora na "*sociedade do pós-Primeira Guerra, a sociedade de massas, para usar a expressão consagrada pela sociologia do século XX,* [que] *compreende-se dividida em sociedade civil e Estado.* [Esta não é mais] *uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus interesses.* [Nesse contexto, o Estado não mais é] *"'neutro', distante dos conflitos sociais, mas um Estado*[de bem estar social] *que assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas 'públicas' de 'vida boa'"* (OLIVEIRA, 1998, p. 40; 2002, p. 59).

[796] Essa legitimidade é aferível através do fluxo comunicativo contínuo que possibilita o resgate discursivo do sentido e alcance conteudístico desses Direitos – adensados ininterruptamente em sede originária e derivada. A ampliação do rol de participantes no debate que permeia as sucessivas leituras dos Direitos Fundamentais (originários), bem como a construção das leis e políticas públicas voltadas para a sua regulamentação e concretização (sede derivada), é imprescindível para que a tensão entre faticidade e validade, inerente ao Direito, penda para o lado desta última, e não da primeira. Com isso queremos dizer que, quanto mais inclusivo for o debate, isto é, quanto mais a formação da opinião e da vontade afluir da esfera pública intersubjetivamente configurada e for levada em conta no momento de institucionalização do Direito, maior será a possibilidade de assentimento dos destinatários da norma em relação às suas dimensões de conteúdo. A legitimidade ainda poderá ser buscada mediante a democratização dos sistemas constitucionais de controle, porquanto isso também pode contribuir para o surgimento de leis e políticas públicas legítimas na seara dos Direitos Sociais. Essa última forma de depuração da legitimidade, que agora acoplamos à vertente habermasiana, nos é trazida por Pereira, para quem: "*O Estado deve perder a posição de quase-monopólio dos mecanismos de controle e os cidadãos devem poder contar com um sistema mais eficaz e representativo que, para além deles, fraquie ainda a participação aos demais sujeitos constitucionais. A conseqüência dessa interação só pode ser uma: os sistemas de controle devem se abrir a uma* ***ampla esfera pública e participativa de agentes controladores*** *que incorpore atores políticos tradicionais (partidos políticos, por exemplo), agentes de autoridade, órgãos de soberania, cidadãos e associações civis. Uma ampla esfera pública e participativa de agentes controladores que transforme a questão do correto desempenho do poder e da gestão de temas de*

Fundamentais, seja no plano constitucional, seja através das leis[797] e políticas públicas[798] voltadas para a sua regulamentação e concretização.

Em todos os momentos[799], entretanto, a concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, entre os quais estão os sociais, permeia o dramático manejo de recursos escassos. Isso agrega complexidade à sua pretensão de universalidade, desvelando a tensão entre faticidade e validade que afeta o sistema jurídico a partir de fora (externa) e de dentro (interna). Por isso mesmo, questionamentos acerca de 'como preencher a pretensão de universalidade contida nos argumentos morais, diante de um quadro de escassez de recursos' e, ainda, de 'como lidar com tais questões em países subdesenvolvidos como o nosso', ganham centralidade[800]. Nesse sentido, são esclarecedoras as considerações de Cruz:

> A resposta não é simples. Não temos fórmulas mágicas para tanto. Contudo, alguns indicativos podem ser considerados. Desse modo, **entendemos que deve haver um limite para considerações sistêmicas tanto nos discursos de aplicação quanto nos discursos de fundamentação**. E é em torno desse limite que podemos destacar

---

relevância pública em objeto de fiscalização e ajuste por parte de todos. Uma esfera pública que compreenda a questão da adequação do exercício das diversas manifestações de poder como tema não colonizável pela rígida separação entre Estado e sociedade, não apenas no que se refere à formação de decisões legitimadas, mas igualmente no que tange à adequação constitucional de tais manifestações de poder" (PEREIRA, 2008, p. 276).

[797] Principalmente as leis orçamentárias, no Brasil, expressas no Plano Plurianual – PPA (art. 165, I, CR/88) –, cuja vigência é de quatro anos, na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (art. 165, II, da CR/88) –, que vigora por seis meses, e na Lei Orçamentária Anual – LOA (art. 165, III, da CR/88) –, na qual são descritas as rubricas orçamentárias. Esta última vigora por um ano. Ainda explicaremos essa questão com mais detalhes quando tratarmos da margem de discussão da *reserva do possível* em sede de discursos de fundamentação.

[798] Nas palavras de Bucci (2006, p. 252), *"as políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by Law"*. Em seu entendimento, uma política só é pública quando contempla interesses igualmente públicos, isto é, da coletividade. Nesse sentido, elas devem ser a *"expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para manifestação clara e transparente das posições em jogo"* (BUCCI, 2006, p.269). Essa perspectiva já se afasta da concepção inicialmente cunhada para o termo à luz do paradigma do Estado Social de Direito. À luz de uma concepção democrática, políticas públicas não são simplesmente planos, nem meramente programas. Elas são, em verdade, formas de agir do Poder Público; os atos e também as omissões "*cuja realização deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e a gerar efeitos jurídicos"* (BUCCI, 2006, p. 255). Elas não podem ser entendidas como 'pautas públicas de vida boa' impostas aos cidadãos por uma Administração Pública garante de bens e serviços. Sua legitimidade não pode ser extraída simplesmente de um agir intervencionista da Administração Pública, sob pena de resultar em mero assistencialismo, nem tampouco, advir puramente das imposições provenientes da lógica do lucro a qualquer preço e do poder simplesmente pelo poder. Elas devem sua correição, e possibilidade mesma de, democraticamente, obrigar a conduta humana, ao fluxo comunicativo *contínuo* dos cidadãos, que inclua mais e mais o 'outro', resgatando discursivamente, o sentido e o alcance do *conteúdo* dos Direitos que pretendem implementar e efetivar. Isso significa que, sob a égide da concepção aqui defendida de Estado Democrático de Direito, tanto na formulação, quanto na execução de políticas públicas, a Administração Pública há de estar aberta e atenta à participação popular, de forma que, direta ou indiretamente, a autonomia privada participe na construção do interesse público, atribuindo-lhe legitimidade pela possibilidade de resgate de um consenso discursivamente alcançado.

[799] Convém salientar, mais uma vez, que entre o primeiro e o segundo momento manifesta-se mais que uma simples sucessão cronológico-temporal, porquanto os conteúdos advindos de leituras do passado interagem com aqueles provenientes da situação presente, que nunca se desatrela de um presente futuro que já é, apesar de ainda não ser (tempo kairológico).

[800] Essas duas questões são postas por (CRUZ, 2007, p. 374; 2008b, p. 124).

> a figura do mínimo existencial. **A noção de uma moralidade pós-convencional impõe noções de reciprocidade que exigem da sociedade um tratamento isonômico para todos**. Assim, dentro da escassez de recursos devemos estabelecer critérios legítimos para a concessão ou não dos pleitos formulados.
> Assim, diante de uma fila de milhares de pessoas que pleiteiam transplantes renais ou coronarianos, a sociedade deve debater quais os critérios que melhor possam estabilizar as expectativas de cada um que espera e de cada um de nós que pretende viver dentro de um quadro de legitimidade social. Esse critério não poderia ser o econômico, ou seja, de quem tem mais dinheiro para pagar um transplante, pois estaríamos cedendo inteiramente a influxos da economia. Assim, critérios em torno da antiguidade do pleito e da gravidade do estado do paciente de certo deverão ser considerados para a formulação de textos legislativos que informarão a questão (CRUZ, 2007, p. 374; 2008b, p.124 – grifo nosso).

A atenção a essas questões é hoje uma exigência para o trato de todos os Direitos. Diante de um quadro como esse, torna-se necessário abandonar o romantismo que tomou conta do discurso constitucional brasileiro na segunda metade da década de 1990, presente, a título de exemplo, na posição defendida por Krell, sem recair em um conservadorismo nefasto, como o manifesto nas concepções dos grupos A e B, ou em um conservadorismo moderado, característico das posições defendidas pelo grupo C. Disso se segue que os Direitos não podem ser tidos como absolutos[801], mas não resulta que eles devam ser equiparados a meros comandos objetivos (*lato sensu*) ou a mandados de otimização. Este é um ponto que merece maiores esclarecimentos.

Em primeiro lugar, entendemos que os Direitos sociais, assim como todos os demais Direitos Humanos Fundamentais, se manifestam e operam de modo diferenciado em discursos de fundamentação e de aplicação. Sob um viés alexyano, no entanto, essa dicotomia discursiva nem sequer é aceita (i). Em segundo lugar, a despeito de sua garantia depender de recursos escassos, esses Direitos não caem sob uma análise de custos e benefícios, e isto justamente por operar, em certa medida, de forma 'absolutista'[802]. O mesmo não acontece com os mandamentos de otimização (ii). Em terceiro lugar, a nosso ver, esses Direitos não estão vinculados à máxima da proporcionalidade[803], o que também não pode ser dito em relação aos mandados de otimização (iii). Em quarto lugar, nossa concepção adere a uma noção *dialética* entre suporte fático amplo (em discursos de fundamentação) e restrito (em discursos de aplicação), à tese do núcleo essencial absoluto dos Direitos Fundamentais e a

---

[801] A despeito de operarem de forma 'absolutista'. Para mais detalhes, vide tópico 4.5 e subtópicos, inscritos no capítulo anterior.

[802] Já explicamos essa característica no tópico 4.5.3, do capítulo quarto.

[803] Repetimos, mais uma vez, que até aceitamos trabalhar com a *proporcionalidade*, no sentido de proibição de excesso e de insuficiência, mas desde que eles sejam desatrelados da versão pré-ordenada – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – que carreia consigo uma racionalidade metodológica em relação à qual somos críticos. Ainda assim, não sucumbimos a análises de custo e benefício, mesmo porque não concordamos com a lógica da teoria do suporte fático amplo em discursos de aplicação. Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao capítulo anterior.

uma versão renovada da Teoria interna, adequada aos pressupostos da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática.* Já a vertente alexyana, em sua ala purista ao menos, combina a Teoria externa, a doutrina do suporte fático amplo e a tese do núcleo essencial relativo, como forma de justificar o próprio conceito de mandamentos de otimização (iv). Em quinto lugar, esses Direitos incorporam os valores que são filtrados pelo princípio da democracia, e que, portanto, passam a respeitar o código-diferença 'lícito-ilícito'. Mas, a despeito disso, eles não são equiparados, nem se confundem com valores, como defendem Alexy e seus seguidores puristas, alternativos e ultra-alternativos (v). Por tudo isto, discordamos da conceituação dos Direitos sociais como comandos de otimização.

Por outro lado, firmes nos ganhos advindos da teoria crítico-deliberativa, recusamos extrair, simplesmente dos programas normativos[804], o sentido completo das normas definidoras de Direitos sociais. Com isso, também nos distanciamos dos discursos conservadores, 'românticos', e progressistas moderados acerca do tema. Assim, estamos cientes de que essas normas só se completam a partir de uma análise pragmática da situação de aplicação, a qual possibilita justamente o desvelamento e a definição de seu âmbito normativo. Nesse sentido, assim como Neves, nos recusamos a imputar a *falta de concretização* de algumas normas constitucionais ao simples fato de os aludidos textos virem expressos numa suposta 'forma de normas programáticas'. Em palavras mais simples, nos recusamos a extrair o *sentido da norma* apenas a partir da simples análise *sintática e semântica* de seu texto. Somos céticos em relação a propostas dirigidas nesse sentido, justamente por perceber que, por mais denso que seja nenhum texto é isento de *aberturas interpretativas*[805] e 'descontaminado' das pré-compreensões daquele que o interpreta. A *indeterminação não é algo simplesmente dado,* mas um sentido que decorre de uma leitura carregada de pré-compreensões – a qual não é imune a críticas, porquanto falível.

Um exemplo aplicativo desses pressupostos vem a calhar: é possível dizer que a salvaguarda do Direito à saúde constitua um objeto indeterminado, tanto quanto é possível salientar que a proteção do Direito à liberdade de expressão também o seja. Quem, atualmente, ousaria discordar da alegação de que existem centenas de milhares de formas de expressão da opinião, assim como de vedação desse Direito? De quantas formas podemos responder perguntas do tipo: até que ponto (1) e de quantas formas o Estado pode controlar a expressão da opinião no seu território? (2); um pastor pode ser proibido de pregar contra o

[804] Não custa repetir que, a despeito de trabalharmos com um conceito delineado por Müller, nossa concepção *pós-positivista* do Direito está longe de ser uma simples reprodução de sua teoria. Para mais detalhes, vide tópicos 4.5.2.5, bem como 4.5.4, ambos tratados no capítulo anterior.

[805] Como explicamos no capítulo terceiro, nem autores positivistas (contemporâneos) desconsideram mais essa realidade.

homossexualismo? (3); a proibição de determinados tipos de comemoração em atividades desportivas acarreta em vedação da liberdade de expressão? (4); um político em campanha pode ofender a honra dos membros da família de seu concorrente? (5); até que ponto um torcedor pode se manifestar contrariamente a um (a) determinado (a) atleta? (6); um treinador pode ofender jornalistas pelo simples fato de estes lhe direcionarem perguntas que não esteja disposto a responder? (7); um humorista pode fazer sátiras de candidatos a cargos públicos durante período de campanha? (8); novas ferramentas virtuais de expressão e comunicação, a exemplo do Twitter, do Facebook ou do Orkut, podem ser utilizadas irrestritamente por seus usuários? (9); o ministério público, a polícia civil e a polícia federal podem invadir essas ferramentas para a investigação de suspeitos de alguma prática criminosa? (10) Todas essas situações estão relacionadas, direta ou indiretamente, com o exercício e ou a vedação do Direito à liberdade de expressão. E este é, historicamente, considerado um Direito individual, cuja disposição textual, ao menos na ótica dos adeptos das concepções que estamos a combater, não seria dotada de imprecisão/indeterminação. Ora, é evidente que a aludida precisão textual não passa no teste de racionalidade pós-metafísico que acabamos de delinear.

Exatamente por isso, diferentemente dos adeptos dessas concepções, inicialmente Neves (2007, p. 114-115) optou por salientar que o verdadeiro problema dos aludidos *programas normativos*, extensivo a toda a Constituição, localizar-se-ia na ausência de condições fático-sociais para a sua realização. Sua ênfase, ao contrário das abordagens tradicionais, não se centrou no texto, mas nas condições pragmáticas de concretização da norma[806][807]. Posteriormente, ele estendeu essa abordagem para os Direitos Humanos, desta feita, chamando uma atenção especial para a ambivalência[808] e a co-existência dos efeitos

---

[806] Outro aspecto que merece menção na abordagem de Marcelo Neves diz respeito à *vinculação* entre o *"caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional"* e as normas programáticas. Em sua ótica, seria através das normas programáticas de fins sociais que o caráter simbólico da linguagem constitucional apresentar-se-ia de forma mais visível: *"Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucional, encobrir a realidade social totalmente contrária ao* ***welfare state*** *proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução"* (NEVES, 2007, p. 116 - grifo nosso). Nesse trecho, a despeito de não desconsiderar a ambivalência da face simbólica (negativa e positiva), nosso autor preferiu enfatizar o seu caráter negativo, consistente na *"'superexploração' do direito pela política"*, isto é, na *"hipertrofia do político-simbólico em desfavor da força normativo-jurídica do texto constitucional"* (NEVES, 2008b, p. 420). Tanto é verdade que, logo na sequência do mencionado trecho, Neves asseverou que a *"constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como um álibi para os agentes políticos"* (NEVES, 2007, p. 116).

[807] Foi justamente isto que pretendemos destacar quando, em outra oportunidade, salientamos que seriam as formas de entender e aplicar a Constituição que precisariam mudar caso a pretensão em torno dela fosse, de fato, uma maior efetivação e concretização de seu texto (DUARTE, 2008b).

[808] *"A força simbólica envolve tanto a concretização quanto um certo grau socialmente relevante de realização da norma. A descaracterização do processo concretizador com decisões totalmente incompatíveis com o*

negativos e positivos da força simbólica[809] a eles atrelada. Portanto, contra esta concepção, que trabalha o campo sintático-semântico juntamente com o pragmático, nossas críticas não possuem valia[810].

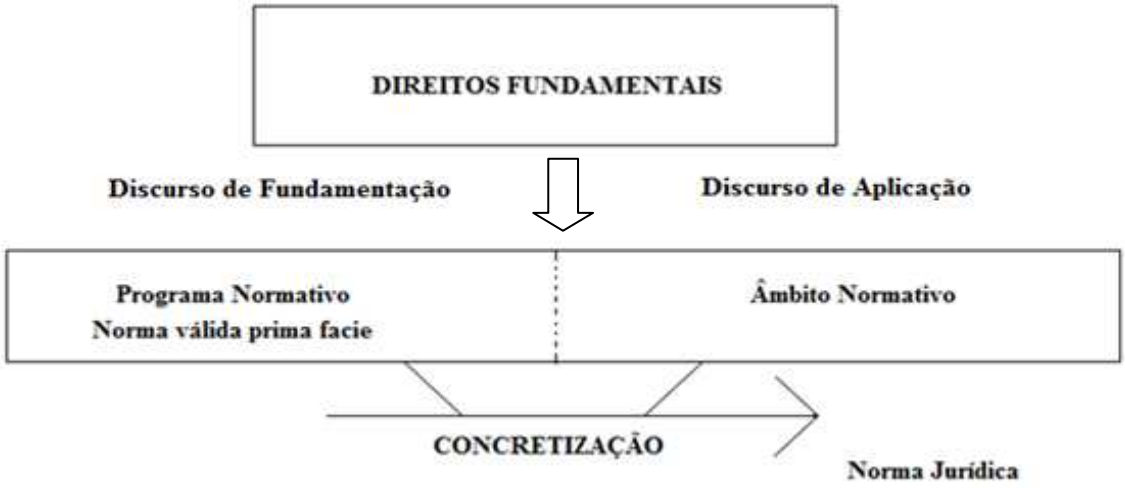
Feitas essas considerações, é possível, agora, aprofundar nossa concepção crítico-deliberativa e pós-positivista acerca dos Direitos sociais. A nosso ver, assim como os demais Direitos Humanos Fundamentais, eles são estruturas deontológicas complexas, que afluem de discursos de fundamentação, mas carecem da complementação advinda dos discursos de aplicação. Os discursos acerca da validade fornecem justamente os programas normativos, isto é, os textos – normas válidas *prima facie* – dos quais devem partir os operadores do Direito para, em discursos de aplicação, delimitar o âmbito normativo que indica o sentido da norma adequada para a solução do caso concreto. Para fins unicamente didáticos, podemos representar essa concepção da seguinte forma:

---

sentido semântico-pragmático do texto normativo ou, simplesmente, a insuficiente realização (ineficácia e inefetividade) da norma significa a carência de sua força normativa. A força simbólica, que se refere ao sentido conotativo, latente, dos respectivos textos ou discursos normativos pode, como já foi afirmado acima, contribuir para a intensificação da força normativa de preceitos jurídicos. Mas a afirmação simbólica de textos normativos no processo constituinte ou legislativo, em convenções e tratados internacionais ou em formas de ordem jurídica, assim como em discursos políticos, pode dirigir-se exatamente ao encobrimento da ineficiente força normativa dos respectivos institutos jurídicos ou mesmo a prejudicá-la. No tocante aos direitos humanos, a situação tem algo de singular, pois sua afirmação simbólica no discurso jurídico-político independe de textualização. Apesar disso, o discurso simbólico dos direitos humanos, fortemente conflituoso, não atua apenas negativamente com relação a sua força normativa, servindo também para incrementá-la" (NEVES, 2008b, p. 433).

[809] *"O simbólico importa uma linguagem ou discurso em que há um deslocamento do sentido para uma outra esfera de significações. O agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto, e prevalece em relação ao mesmo. Assim, por exemplo, o significado político latente de um texto de sentido manifestamente jurídico pode ser imensamente mais relevante do que este.* [...] *Por um lado, a afirmação simbólica de direitos e institutos jurídicos, sem qualquer compromisso com o real acesso aos mesmos ou à sua efetivação, pode levar à apatia pública e ao cinismo das elites, como também pode conduzir à mobilização social que contribua para a sua concretização normativa e efetivação"* (NEVES, 2008b, p. 419).

[810] Mesmo porque, concordamos com a análise de Habermas em relação à constitucionalização simbólica: *"o teor imaculado do texto constitucional não é mais do que fachada simbólica de uma ordem jurídica imposta de forma altamente seletiva.* ***Nesses países, a realidade social desmente a validade das normas, para cuja implementação faltam as condições efetivas e a vontade política****. Uma semelhante tendência à 'brasilização' poderia mesmo se apossar das democracias estabelecidas do Ocidente. Pois também aí a susbstância normativa das ordens constitucionais é esvaziada quando não se consegue criar um novo equilíbrio entre os mercados globalizados e uma política que precisaria ser estendida para além das fronteiras do Estado nacional e, não obstante, conservar sua legitimação democrática. [...]* ***Uma solução só poderá vir de uma constelação em que os princípios institucionalizados do universalismo igualitário ganhem a força de impulso necessária ao se aliar, numa hora historicamente favorável, com a força de motivação dos movimentos sociais e da inteligência de sistemas capazes de aprender. Após Hegel a razão falível dos filósofos também não conhece uma resposta melhor****"* (HABERMAS, 2004, p. 222-223 – grifo nosso).



Conforme já dissemos no capítulo anterior, especificamente no tópico 4.5.4, na busca pela aferição do âmbito normativo dos Direitos Fundamentais, a argumentação deve necessariamente levar em conta o programa normativo – as normas válidas *prima facie* de Günther e Habermas – com seus limites textuais. Este programa certamente pode ser reestruturado ante as especificidades de cada caso, principalmente em vista dos novos sentidos que esse texto pode assumir por conta do âmbito normativo. Mas ele também impõe limites ao manejo desses argumentos.

Por pressupor a dicotomia entre discursos de fundamentação e de aplicação, esse complexo processo hermenêutico se manifesta de modos diferenciados nesses dois níveis da argumentação. Em sede de discursos de fundamentação, o intento é justamente racionalizar os influxos advindos do *mundo da vida* e, tanto quanto possível, incorporá-los aos programas normativos que servirão como pontos de partida para a concretização da norma jurídica. Em outras palavras, o objetivo é selecionar um conjunto de domínios da realidade – âmbito normativo – para referi-los no programa normativo (texto) que serve de referência para a interpretação concretista. Já em sede de discursos de aplicação, a busca é pela delimitação do âmbito normativo do Direito Fundamental. Sua configuração, como, aliás, já destacamos no tópico 4.5.2.2, demanda uma análise sintático-semântica, além de um exame pragmático do programa normativo construído por meio de discursos de fundamentação. Só assim consegue-se transcender o plano da moralidade e justiça convencionais na busca pela configuração do Direito Fundamental.

Este é um processo complexo, continuamente revelado nos inúmeros níveis da positivação do Direito. Ele pressupõe a Constituição como *locus hermenêutico*, isto é, como ‘parâmetro para’ interpretações sucessivas. E ele ainda caminha permanentemente entre a faticidade e a validade, sendo tanto mais legítimo quanto mais se sustenta em argumentos

construídos e controláveis intersubjetivamente. Esta tensão é agravada pela implacável escassez de recursos que se apresenta como óbice pragmático à concretização dos Direitos Humanos Fundamentais.

Perguntas do tipo: 'como manejar legitimamente recursos escassos?', 'como lidar com essa escassez nos diferenciados níveis da argumentação?', 'como amenizar esse óbice pragmático que, em muitos casos, acaba por inviabilizar o fornecimento da prestação material pleiteada pelos cidadãos?', 'como, enfim, lidar com a *reserva do possível*[811] no processo de concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, especialmente sociais?', não são fáceis de ser respondidas.

Em nosso entender, em sede de discursos de fundamentação, essa *escassez de recursos* atua como um influxo externo ao sistema jurídico, sobrecarregando a delimitação legítima do suporte fático dos Direitos Fundamentais. Ela pressiona externamente a deliberação política, ameaçando colonizá-la – e, com ela, também o Direito – a partir da lógica interna do sistema econômico.

Essa colonização – que culmina na des-diferenciação entre o sistema econômico e o jurídico – só não se concretiza quando aqueles que integram a arena política conseguem traduzir esse influxo para o código-diferença próprio do Direito, e isso, a partir dos procedimentos constitucionais e dos discursos de fundamentação.

Os procedimentos constitucionais impõem limites às deliberações políticas, que se mostram tanto mais legítimas quanto mais reproduzem e racionalizam o fluxo comunicativo proveniente da esfera pública. Isso é possibilitado pelo recurso a discursos de fundamentação, pautados no princípio da democracia[812]. Esses discursos possibilitam a captação, filtragem e tradução legítima desse *output* do sistema econômico, para a linguagem interna do sistema jurídico, na medida em que dão ensejo à consideração intersubjetiva desses óbices pragmáticos, sob a perspectiva simultânea da reciprocidade (moral e justiça pós-convencionais) (a), daquilo que é bom para um grupo de co-cidadãos (argumentos ético-políticos) (b) e dos melhores meios para atingir-se um determinado fim (argumentos pragmáticos) (c). É a partir da consideração desses argumentos que se formam as normas

[811] Em nossa ótica, a escassez de recursos permeia os argumentos ligados à *reserva do possível* e à *reserva orçamentária.* Neste trabalho, a despeito de conhecer a proposta de distinção entre esses dois argumentos, optamos por discuti-los sob o mesmo 'rótulo': *reserva do possível*. A despeito disso, evitamos cindir esse *standard* em *reserva do possível fática e jurídica* (orçamento), e isso por vislumbrar nessa proposta uma separação que já 'refutamos' no capítulo anterior. Em síntese, queremos ressaltar que as situações fáticas integram as *normas válidas prima facie* expressas nas Leis Orçamentárias, e, ademais, que todo e qualquer tipo de limitações fáticas são juridicamente relevantes, sobretudo para a definição âmbito normativo dos Direitos Fundamentais.

[812] Para mais detalhes sobre o princípio da democracia, sugerimos um retorno ao capítulo segundo, tópico 2.1.4.2.

válidas *prima facie* (programas normativos) que não desconsideram a escassez de recursos, a despeito de operar com base no código diferença lícito-ilícito.

Evidentemente, os óbices pragmáticos que *irritam* o sistema jurídico a partir de fora só vêm à consciência dos cidadãos na medida de seu variável *ângulo de visão,* o qual, aliás, é derivado de seus respectivos *mundos da vida.* É justamente este ângulo de visão que possibilita o desvelar contínuo dos inúmeros conteúdos da escassez de recursos, doravante chamada de *reserva do possível*.

Para ilustrar o que acabamos de expor, podemos dizer que a *reserva do possível* permeia as complicadas discussões em torno das leis orçamentárias – que no Brasil se subdividem em Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) – como também os sucessivos debates de índole constitucional[813] e infraconstitucional, travados tanto no plano legislativo quanto executivo[814][815], e que transcendem a simples questão econômico-financeira inerente à garantia dos Direitos Humanos Fundamentais. Em todos esses casos, se a *escasses de recursos* é levada a sério, a discussão necessariamente perpassa pelos óbices pragmáticos reais à efetivação desses Direitos. Mas ela só não sucumbe à lógica do sistema econômico (ter/não ter) se considera o caráter deontológico proveniente da Constituição como um todo, e se absorve e racionaliza os argumentos morais, pragmáticos e ético-políticos, captados na esfera pública, capazes de justificar o estabelecimento de normas válidas *prima facie* (programas normativos) atinentes a critérios de alocação e seleção de recursos escassos.

Convém, aqui, abrir um pequeno parêntese. Além da abertura de mais canais de comunicação para o recebimento de *influxos* da sociedade civil[816], também a democratização

---

[813] A título de exemplo, poderíamos citar os discursos de fundamentação que permearam a aprovação da Emenda Constitucional nº29/2000, que particularmente alterou os atigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição da República de 1988 e acrescentou o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde e que, infelizmente, ainda carece de regulamentação legislativa.

[814] É óbvio que os debates que permeiam o Poder Executivo são 'mais limitados' que aqueles delineados pelo Legislativo. No que tange à elaboração de políticas públicas, essa é uma questão particularmente importante. Por isso mesmo, concordamos com Habermas no sentido de que a Administação "*não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição.* ***As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias****"* (HABERMAS, 2003, p. 239 – grifo nosso). Isso vale para atos, serviços e procedimentos administrativos, assim como para políticas públicas.

[815] Obviamente, estamos a pensar em uma Administração Pública Dialógica. Para mais detalhes acerca desse assunto, vide (DUARTE, 2009, p. 89 *et. seq.*).

[816] Não se trata, aqui, de uma simples incitação retórica à participação. Em verdade, a abertura de canais que permitam a atuação indiscriminada da sociedade civil pode contribuir para a aferição das matérias que, de fato, merecem receber prioridade na legislação orçamentária, mas, também, facilitar a aferição dos melhores critérios – em termos de reciprocidade pós-convencional – para a alocação e seleção de recursos escassos.

dos sistemas constitucionais de controle poderia contribuir para a depuração da legitimidade das deliberações nessa seara[817]. Indubitavelmente, um 'apoio' deste tipo desvelaria, com maior propriedade, o caráter nefasto da lógica inerente ao orçamento autorizativo[818][819] – que permite a edição de decretos executivos na seara federal, ordenando a retenção de verbas anteriormente aprovadas pelo Poder Legislativo[820]. Além disso, também 'traria à luz' a exploração estratégica e eleitoreira de políticas como o Orçamento Participativo[821], e, para dar

---

[817] *"A participação democrática no e através do* ***controle-garantia*** *justifica-se, principalmente, como método catalisador da eficiência da própria função controladora. E isso se dá de acordo com dois argumentos centrais. Por um lado, segundo um vetor* ***quantitativo****, pois a multiplicação de focos e de agentes de controle pode contribuir para a maior visibilidade e divulgação dos casos de irregularidade na gestão do poder. Há um fenômeno de 'despersonificação' do sujeito controlador que, não sendo mais reputável apenas a determinadas pessoas e instituições privilegiadas, dificulta as 'práticas de abafamento' das irregularidades (cooptação, corrupção, chantagem etc.) O tecido social e político passa a lidar com a imprevisibilidade, a flexibilização e a impessoalidade das fontes de controle, tornando este um evento difuso e quase onipresente"* (PEREIRA, 2008, p. 277).

[818] Antes de criticar veementemente a lógica do orçamento autorizativo, Mendonça asseverou o seguinte: *"Aceita-se como fato da vida que o orçamento no Brasil é autorizativo, do que decorre a conclusão de que as previsões de gasto não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas. A justificativa para a doção desse sistema seria a necessidade de conferir ao Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, evitando que dotações pudessem vir a ser exigidas judicialmente. As explicações costumam parar aqui. Por que se aceita como corriqueiro que o Executivo tenha flexibilidade para não executar o orçamento, a ponto de se julgar uma vantagem que ninguém compeli-lo a tanto? No que consiste exatamente essa flexibilidade? É possível responder a essa pergunta em uma proposição simples: orçamento autorizativo, no Brasil, significa o poder de não gastar. Com efeito, a Constituição não autoriza o Poder Executivo a modificar livremente o orçamento e, como se sabe, não autoriza a realização de despesas sem previsão orçamentária. A conclusão é, portanto, inevitável: um orçamento autorizativo não permite que a Administração empregue recursos por decisão autônoma. Autoriza apenas que as previsões de gastos deixem de ser realizadas. Não é verdade, porém, que as verbas fiquem automaticamente liberadas para outras finalidades. Ao contrário, nenhuma atividade estatal poderá ser desenvolvida regularmente sem que haja uma decisão orçamentária formal"*(MENDONÇA, 2008, p. 233-234)

[819] São várias as críticas desfiadas por Mendonça à lógica do orçamento autorizativo. Dentre elas, destacam-se as seguintes: *"além de permitir a existência efetiva de saldos, o sistema ainda dá ao Presidente larga margem de manobra política para redesenhar as finanças públicas segundo a própria ordem de prioridades. [...] As prioridades definidas no processo deliberativo orçamentário – que já levara em conta a questão das metas fiscais – são redesenhadas por ato unilateral da Administração. [...] Além dessa dificuldade democrática, o modelo atual prejudica o controle de eventuais desvios de verba ou, pelo menos, deixa de se valer de um controle que seria natural e potencialmente efetivo: caso as previsões de gasto fossem tratadas como um dever* ***prima facie****, as atividades correspondentes teriam de sair do papel ou a inércia teria de ser justificada"* (MENDONÇA, 2008, p. 237). Convém apenas ressaltar que, em nossa ótica, as previsões de gasto não geram simples obrigações *prima facie,* mas obrigações válidas *prima facie* que podem se mostrar inadequadas diante de alterações da realidade pragmática. Como o problema se desloca para discursos de aplicação, há uma exigência de manutenção do traçado deontológico. No entanto, ainda assim existe a possibilidade de retenção de verba, e posterior realocação democrática, sem subversão do código binário e do caráter deontológico do Direito, para o combate de epidemias e catástrofes supervenientes, surtos de violência pública, entre outras tantas situações atentatórias aos Direitos Humanos Fundamentais.

[820] Voltaremos a essa questão no capítulo sexto deste trabalho.

[821] O Orçamento Participativo (OP) *"é um mecanismo governamental de democracia participativa que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos,* ***geralmente o orçamento de investimentos de prefeituras municipais****, através de processos de participação cidadã. Esses processos costumam contar com assembléias abertas e periódicas e etapas de negociação direta com o governo. Com diferentes metodologias em cada município em que o OP é executado, suas assembléias costumam ser realizadas em sub-regiões municipais, bairros ou distritos, em discussões temáticas e/ou territoriais, elegendo também delegados que representarão um tema ou território nas negociações com o governo. Esses delegados formam um Conselho anual que além de dialogar diretamente com os representantes da prefeitura sobre a viabilidade de executar as obras aprovadas nas assembléias, também irão propor reformas nas regras de funcionamento do*

um exemplo diretamente afeto ao Direito Fundamental à saúde, da seleção de medicamentos e tratamentos, para conseqüente inclusão no SUS, procedida com base em *lobbies* advindos, dentre outros, de empresas farmacêuticas, de empresários que exploram o ramo dos maquinários na área da saúde, de sindicatos de hospitais e de seguradoras e de cooperativas de Médicos[822].

Voltando ao nosso tema central, e mais uma vez recorrendo a exemplos ligados ao Direito Fundamental à saúde[823], podemos dizer que, já em sede de discursos de fundamentação, a *reserva do possível* transcende a 'simples' análise **de como** e **em quê** investir os recursos econômico-financeiros arrecadados pelo Estado. Nesse nível da argumentação, a delimitação de seu programa normativo já enfrenta outros óbices pragmáticos reais, tais como a escassez físico-espacial, concernente na falta de hospitais, clínicas e leitos (1), a carência de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, transfusões, pesquisas e tratamentos (2), de pessoal treinado para o atendimento dos pacientes e a realização de determinados tratamentos e cirurgias (3), a insuficiência de aparelhagem tecnológica suficiente para atendimento de toda a demanda e de toda a gama de mazelas que aflige a saúde das pessoas (4), apenas para ficar em algumas facetas conteudísticas que nos vêm à mente.

Tudo isso, acoplado à falta de informações acerca de algumas mazelas graves (escassez de recursos informativos) (5), de conhecimento, por parte de médicos e cientistas, de tratamentos eficientes para o combate das mesmas (escassez de recursos cognitivos) (6), e de interesse tanto do setor privado-empresarial, quanto de políticos que ocupam cargos públicos, de fomentar discussões ampliadas sobre meios mais eficientes para a preservação da saúde de seus co-cidadãos (escassez de recursos volitivos) (7), sobrecarrega sobremaneira a delimitação legítima do programa normativo desse Direito Humano Fundamental[824].

---

programa e definirão as prioridades para os investimentos, de acordo com critérios técnicos de carência de serviço público em cada área do município." (ENCICLÓPEDIA WIKIPÉDIA, 2007). Esse é um bom exemplo de como a opinião formada em conselhos comunitários e populares pode alimentar os conselhos gestores municipais, propiciando uma escolha dialógica das prioridades populares em termos de políticas públicas. No entanto, que não é o simples emprego desta política que torna legítimas as decisões que dela advêm. Sempre há o perigo de sua utilização como instância *pro forma* de oitiva da população em geral, isto é, como um meio estrategicamente utilizado pelos detentores do mandato eletivo. Transformada em cabedal de marketing político, maior se torna a tendência de limitação da possibilidade de escolha, de redução dos montantes destinados à consulta popular e de pré-definição da política pública a ser incluída na rubrica orçamentária, dentre outros tantos efeitos nefastos. O cerne dessa crítica pode ser buscado em (CRUZ, 2007, p. 329).

[822] No próximo capítulo, veremos toda a dramaticidade desta contingência.

[823] Usamos o Direito Fundamental a saúde por se sua centralidade neste trabalho. Em todo caso, esse Direito será melhor trabalhado no próximo capítulo.

[824] *"[...] o desenvolvimento de drogas que combatem a rejeição de órgãos vem fazendo dos transplantes uma opção terapêutica viável para mais pacientes. Em face da melhora nos índices de êxito,* ***mais médicos indicam o transplante, exaurindo os recursos físicos e humanos existentes para tanto. O mesmo ocorre [...] com as***

Paradoxalmente, o aumento da tecnologia no tocante a tratamentos também o faz, porquanto, além de acarretar o crescimento da qualidade e expectativa de vida, bem como da idade média da população, termina muitas vezes por elevar a demanda por tratamentos e medicamentos escassos (8).

Precisamente por isto, os discursos de fundamentação constituem o momento por excelência da seleção de opiniões e argumentos advindos da esfera pública, que, diante da escassez implacável, são capazes de justificar a fixação dos valores a serem investidos em saúde, para além do mínimo exigido pela da EC nº29/2000[825]; os critérios para inclusão periódica de remédios na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME[826827] – e em outras listas[828] de medicamentos essenciais e excepcionais gratuitamente disponibilizados aos cidadãos pelo Estado; para a inclusão de procedimentos na cobertura mínima dos planos

---

UTI's, cujo desenvolvimento leva a uma expansão das indicações médicas de internação além dos níveis recomendáveis por uma política de contenção de custos" (AMARAL, 2010, p. 75 – grifo nosso).

[825] Um dos grandes problemas é que, até hoje, o Congresso Nacional não aprovou a Lei complementar que regulamentará o programa normativo descrito nos parágrafos 2º e 3º, do Art. 198, da CR/88, instituídos pela Emenda Constitucional nº 29/2000. Como veremos no capítulo seguinte, este tem sido um dos grandes entraves à elevação de qualidade do Sistema Único de Saúde e, por consectário, à concretização universal e efetiva do Direito Fundamental à saúde no Brasil.

[826] *"Os medicamentos essenciais básicos compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população,* ***os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada,*** *a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos"* (RENAME). (BARROSO, 2008, p. 887 – nota de rodapé nº 31).

[827] *"No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência da União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a* ***Política Nacional de Medicamentos****. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população. Com efeito, ao* ***gestor federal*** *caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Ao município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de* ***medicamentos essenciais****, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica da saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde"* (BARROSO, 2008, p. 887).

[828] Segundo Barroso, o Município do Rio de Janeiro, em 2004, estabeleceu a Relação de Medicamentos Essenciais (REMUNE), através da Resolução SMS nº 1.048. A seleção dos medicamentos que compuseram essa Relação levou em conta os seguintes critérios: *"(I) Medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica; (II) Medicamentos que supram a necessidade da maioria da população; (III) Medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações; (IV) Medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira (DCB) e, na sua falta, conforme Denominação Comum Internacional (DCI); (V) Medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a segurança, eficácia, biodisponibilidade e características farmacocinéticas; (VI) Medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade; (VII) Formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando: a) Comodidade para a administração aos pacientes; b) faixa etária; c) Facilidade de cálculo da dose a ser administrada; d) Facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses"* (BARROSO, 2008, p. 887-888 – nota de rodapé nº 32).

privados de assistência à saúde[829]; para a definição da extensão da cobertura do SUS; e para a seleção de pacientes candidatos aos tratamentos e cirurgias alcançados por esta cobertura. Por dar ensejo a um amplo debate em torno destas questões, e isso sob perspectivas morais, ético-políticas e pragmáticas ampliadas, esses discursos podem contribuir para a racionalização de uma série de padrões fixados 'irracionalmente', na tentativa de justificar a delimitação do programa normativo do Direito Fundamental à saúde. Este é um problema que afeta muitas deliberações da ANS, para ficar em apenas um exemplo, como bem noticiam Andrea Salazar, Karina Grou e Vital Serrano Junior:

> Os critérios utilizados pela ANS para chegar à definição de 'alta complexidade' carecem de fundamentação teórica, guardando relação quase que exclusiva com custos, de modo a tornar alto custo e alta complexidade conceitos sinônimos. Defendemos que a oferta ou não de determinados procedimentos deveria seguir critérios de eficácia e equivalência, dentro de uma nova política de incorporação de tecnologias, o que há algum tempo vem sendo discutido pelos setores público e privado de saúde (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 208)

O que mais nos chama a atenção nesse trecho é a colonização da ANS pelo sistema econômico, desvelada no *standard* por ela escolhido para a identificação dos procedimentos cirúrgicos de alta complexidade, em regra excluídos da cobertura geral dos seguros e planos privados de assistência à saúde[830].

Não que desconsideremos o custo como um fator relevante a ser levado em conta nesses casos, afinal de contas, é evidente que a alta complexidade eleva o custo do procedimento cirúrgico. Mas disso não decorre, automaticamente, que um procedimento caro seja complexo, nem que ele deva ser excluído da cobertura geral dos seguros e planos privados de assistência à saúde. O custo não é o único, nem o melhor critério para a definição – que dirá unilateral – daquilo que seja um tratamento de alta, média ou baixa complexidade, nem para a justificação de exclusões de cobertura de tratamentos médicos[831]. Portanto, o que

---

[829] Recentemente a Agência Nacional de Saúde atualizou a lista de procedimentos a receberem a cobertura mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999. De acordo com a ANS, cerca de 70 novas coberturas médicas e odontológicas foram incluídas na nova lista. Entre os tratamentos incluídos, estão alguns exames de vídeo de detecção de tumores de medula, além de mais de 20 tipos de cirurgias torácicas por vídeo. (SAÚDEWEB, 2010).

[830] Poucas pessoas sabem, por exemplo, que a ANS exclui da **cobertura básica dos planos de saúde e seguro privado** algumas cirurgias já há muito consagradas e comprovadamente eficazes, como o transplante de fígado e de coração. Em casos que tais, muitas vezes os segurados, mal instruídos por seus corretores de seguro, pagam o prêmio do seguro na ilusão de que estes procedimentos estão incluídos na cobertura. Desinformações e manipulações a parte, o maior problema é que esses casos acabam por desaguar no SUS, ao invés de amenizar a escassez de recursos do Sistema Único de Saúde, sobretudo de médicos, CTI's e UTI's, através da assistência privada. Nesse sentido, vide (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 211).

[831] Nesse sentido, merece destaque a consideração do médico Paulo Marcelo Gehm Hoff, em Audiência Pública sobre a saúde, promovida pelo Supremo Tribunal Federal entre os dias 27 de abril e 7 de maio de 2009: *"Sabemos que aquilo que não tem eficácia não deve ser incorporado;* ***aquilo que é eficaz e tem baixo custo é***

questionamos é a simples dedução: 'se o procedimento é caro, é de alta complexidade, logo, deve ser excluído da cobertura geral dos contratos de seguro e planos privados de saúde'. Como bem salienta Dworkin (2005, p. 434), essa não é uma discussão que passa ao largo de questões de justiça[832]: *"o que é um tratamento médico 'apropriado' depende do que seria injusto restringir com a desculpa do alto custo"*.

O problema é que Dworkin trabalha este complexo dilema a partir de um padrão de justiça convencional[833], além de considerar, como já tivemos a oportunidade de explicar no capítulo quarto, ser esta é uma discussão atinente a Direitos legais (questões de *policy*), não consitucionais (questões de princípio). Ao contrário do norteamericano, entretanto, entendemos ser ela uma 'questão de Direitos constitucionais', que, ademais, só pode ser tratada legitimamente, em sociedades complexas, plurais e profanizadas como as atuais, mediante um discurso que esteja assentado em padrões de moralidade e justiça pós-convencionais. Apenas este (discurso), como bem explica Habermas, pode minimamente gozar da pretensão de legitimidade, e mesmo assim, sob o frequente risco de arbitrariedade.

---

de fácil incorporação. Quando discutimos a incorporação de novas medicações no SUS, discutimos justamente aquelas medicações que têm eficácia, mas alto custo, o que acaba gerando, obviamente, dificuldades a todas as fontes pagadoras, sejam elas estaduais, federais ou mesmo da iniciativa privada". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**. 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/...> Acesso em 01 dez. 2010.

[832] *"Mas quanto deve uma nação como a nossa gastar com a saúde das pessoas? Como saber se as outras nações não estão gastando muito pouco, em vez de estarmos nós gastando demais? [...] Mas quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos? Não podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si. Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?"* (DWORKIN, 2005, p. 431-432)

[833] Dworkin recusa-se a trabalhar com o padrão oferecido pelo princípio do resgate. Em suas palavras, esse princípio "*oferece uma resposta à pergunta de quanto o país deve gastar com a assistência médica em geral: diz que devemos gastar tudo que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio. [...] Assim, a resposta do princípio do resgate à pergunta de quanto a sociedade deve gastar com assistência médica em geral deve ser descartada por ser inaceitável"* (DWORKIN, 2005, p. 434-435). Aos seus olhos, o padrão de justiça que deveria nortear a questão seria fornecido pelo 'seguro prudente ideal', o qual, sem sombra de dúvidas, é convencional: *"Certamente, a maioria das pessoas prudentes compraria um seguro que oferessece internação, em condições adequadas de conforto e dignidade, caso se tornassem dementes; oferecer tal tratamento ficaria muito mais em conta do que oferecer tratamento para salvar a vida – por exemplo, a diálise renal ou os transplantes de órgãos – caso fosse necessário. [...]* ***Podemos utilizar essas hipóteses sobre o que a maioria acharia prudente para si em condições mais justas do que as atuais como diretrizes de assistência médica que a justiça requer que todos tenham. Se os mais prudentes comprassem determinado nível de cobertura médica em um mercado livre, se tivessem recursos medianos – se quase todos comprassem seguros que cobrissem os tratamentos médicos comuns, hospitalização quando necessária, tratamento pré-natal e pediátrico e exames garais reguladores, bem como outros tratamentos preventivos, por exemplo –, então a injustiça de nossa sociedade é, quase certamente, a razão porque algumas pessoas não possuem tal cobertura atualmente. O sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham.*** *[...] A maioria dos futuros pais decidiria, acredito, que seria melhor para eles e para a família comprar a primeira apólice* [fundamentada nos ideias do 'seguro prundente'] *e usar o dinheiro que economizariam todos os anos em outros benefícios para os filhos saudáveis – oferecer um melhor atendimento médico de rotina, ou uma casa melhor, ou uma melhor educação, por exemplo –, embora isso signifique abrir mão da tentativa desesperada de salvar um filho deficiente, se viessem a ter um filho assim"* (DWORKIN, 2005, p. 442-443/445).

São precisamente as exigências provenientes da moral e da justiça pós-convencionais, como, aliás, também já explicamos anteriormente, que demandam a complementação dos discursos de fundamentação pelos de aplicação. Em verdade, esses padrões lidam com a contingência e complexidade das sociedades plurais, que impossibilitam a antevisão de todos os casos de aplicação nos programas normativos. Situações imprevistas sempre podem (e vão) aparecer no momento da delimitação do âmbito normativo dos Direitos Fundamentais.

Essas contingências justificam, inclusive, a redução do âmbito normativo dos referidos Direitos, seja através da alteração do modo como ele é referido semanticamente nos programas normativos – portanto, em discursos de fundamentação –, seja através de sua delimitação *in concreto*, em vista das especificidades cambiantes da situação de aplicação. Entretanto, essa redução não pode infringir o núcleo essencial absoluto dos Direitos, que a despeito de dinâmico, é por nós encarado como um limite imanente e intangível. Isso conduz à adesão de *uma versão fraca do princípio da proibição do retrocesso*:

> [...] é preciso contemplar espaço para o diálogo entre gerações e para a articulação entre consenso e dissenso, entre maiorias e minorias, deixando canais abertos para a mudança e o aperfeiçoamento do compromisso constitucional, um conteúdo que não se resume ao disposto no texto da constituição positivada. **O princípio da vedação de retrocesso, portanto, não pode assumir um sentido forte bastante para alcançar e limitar a adoção ou a revisão de políticas destinadas a concretização de cada direito fundamental. Seu único sentido aceitável é aquele de referir aos direitos, que uma vez reconhecidos e atribuídos passam a formar o patrimônio cultural e jurídico indisponível sem ruptura da ordem constitucional** (NASCIMENTO, 2008, p. 921 -922 – grifo nosso).

Certamente, percebemos que alterações circunstanciais podem fazer com que o núcleo essencial dos Direitos Humanos Fundamentais – o mínimo existencial sobre o qual já antes nos referimos – seja ampliado ou reduzido. Alterações climáticas (1), mudanças provenientes da urbanização (2), modificações situacionais derivadas de catástrofes, naturais ou não – chuvas torrenciais, terremotos, vendavais, tsunamis, guerras etc. – (3), que se mostrem suficientemente relevantes para transformar o próprio *pano de fundo* que constitui, e no qual estão inseridos os cidadãos, podem perfeitamente justificar essa variação do *mínimo existencial*, desde que racionalmente apoiadas em discursos de fundamentação[834]. No entanto, como já dissemos, se essa redução for excessiva ao extremo, a ponto de levar à falência

[834] Nesse sentido, concordamos com a assertiva de Gesta Leal (2009, p. 92-93), para quem *"há um problema que envolve a **faticidade do mínimo existencial**, condizente com sua significativa natureza relacional em face do tempo e do espaço. Veja-se que o mínimo existencial na África é diferente do mínimo existencial na Suíça; o mesmo ocorre em face do interior do Maranhão e da Paraíba relacionado com o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, por exemplo, eis que ele se relaciona sempre com uma perspectiva da escassez dos recursos finitos para o atendimento de demandas infinitas em termos de quantidade e natureza. Mesmo eventos imprevistos, provocados por causas fortuitas ou de força maior – como desastres naturais – podem alterar em muito a especificidade do mínimo existencial"*.

inclusive a dimensão defensiva dos aludidos Direitos, suprimida acaba por ser a própria possibilidade de instauração, desenvolvimento ou manutenção do Estado de Direito[835].

Feita essa consideração, podemos, finalmente, discutir 'como a *reserva do possível* atua', e mais, 'como pode ser operada sem implicar desnaturação do código binário do sistema jurídico', no âmbito dos discursos jurisdicionais de aplicação relativos aos Direitos Fundamentais. Como já dissemos, esta é a ocasião em que as normas válidas *prima facie* (programas normativos) são submetidas a uma análise pragmática voltada para a delimitação de seu âmbito normativo.

Segundo Cruz, neste nível a argumentação, a tensão entre faticidade (impositividade) e validade (legitimidade) se manifestaria com toda a clareza. Frequentemente, decisões penderiam para um ativismo (ii) ou para um passivismo (ii), e isto por reproduzirem, internamente, a faticidade proveniente do mundo da vida. Para ficar nos exemplos delineados pelo jurista mineiro, no primeiro caso (i), os operadores do Direito, em especial juízes e membros do Ministério Público, se sentiriam melhores do que os políticos e, em vista disso, pretenderiam *"se substituir a eles"*; já no segundo (ii), vislumbrar-se-ia justamente o contrário: *"superveniência ao Executivo de modo a transformar os discursos de aplicação do Judiciário em elementos estratégicos de legitimação da ação governamental"* (CRUZ, 2007, p. 377).

Aos olhos do jurista mineiro, principalmente a atitude de superveniência dever-se-ia ao modo como os Tribunais brasileiros, a partir do emprego de técnicas próprias à 'jurisprudência dos valores', estariam a reproduzir a discussão em torno da *reserva do possível*. Fundados em 'argumentos de política', eles estariam a se valer da reserva orçamentária e do princípio da reserva do possível para justificar planos econômicos inconstitucionais ou a inefetividade contínua dos Direitos sociais[836]. Contra esta atitude –

---

[835] É interessante notar que este comentário tem um caráter funcional. Infelizmente, existem situações limites em que o Estado não possui sequer condições para se manter institucionalmente sem ajuda externa. Foi o que aconteceu no Haiti, após o terremoto de 2010. Nesses casos, o mínimo existencial dos Direitos Humanos Fundamentais reduz-se de tal forma, que se levarmos em conta os pressupostos com que trabalhamos, nem mesmo é possível defender que neles exista um Estado de Direito.

[836] *"Por conseguinte, a 'jurisprudência de valores', que se viu importada para o país como forma de superação dos limites da práxis positivista, se transformou em justificativa dada pelo Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, para dar suporte a planos econômicos inconstitucionais ou para garantir a inefetividade dos direitos sociais, em razão da 'reserva orçamentária' ou do princípio da reserva do possível'. [...] Até então, o Judiciário e, em especial, o Supremo se escondiam atrás de teses positivistas, como a da impossibilidade de abordar 'questões políticas'. Agora, encontra bases consideradas 'pós-positivistas' para ações estratégicas de apoio das medidas de política sócio-econômicas governamentais. Essa postura de 'passar a mão na cabeça dos governantes' induz/reproduz a irresponsabilidade governamental, eis que eles estarão sempre prontos a fornecer argumentos de 'governabilidade' para que as decisões homologuem aquilo que eles quiserem. A nosso ver, por exemplo, o Regime Geral de Previdência não iria 'quebrar' caso o Supremo tivesse reconhecido o direito adquirido de servidores aposentados. Tampouco seria sua culpa se a*

justificada em argumentos *consequencialistas em sentido forte*[837] – Cruz defendeu, a partir dos ensinamentos de Dworkin e Habermas, que em sede de discursos de aplicação o Judiciário deveria se valer apenas de 'argumentos de princípio' (CRUZ, 2007, p. 377 *et. seq.*).

No seu entendimento, neste nível da argumentação, o emprego de 'argumentos de política' seria contrário à lógica deontológica e ao código binário do Direito, aos Direitos Fundamentais e aos 'argumentos de princípio', além de colocar em risco a própria democracia. Justamente por isto, ao trabalhar com o *standard* da reserva do possível, os Tribunais deveriam se nortear por um juízo 'princípiológico', assentado em um *consequencialismo fraco* – vinculado ao padrão da reciprocidade proveniente da moralidade e da justiça pós-convencionais –, e na noção de macrojustiça, ligada dialeticamente[838] à de microjustica (a justiça do caso concreto):

> [...] **não é adequado, nos patamares em que a doutrina nacional chegou, analisar o caso concreto de forma isolada de um contexto maior. Não estou falando aqui apenas de uma prognose judiciária passada e futura, mas também de um exame ampliado das repercussões de uma decisão**.
> [...]
> Cremos que devamos explicitar que a concessão judicial de um benefício implica sempre a negação de direitos sociais igualmente relevantes para outras pessoas – que não estão no processo e que em geral não tem as mínimas condições de nada pleitear. Com isso, mais uma vez, não estamos a propalar um 'passivismo' judicial. Ao contrário, ao incrementarmos a complexidade de tais questões os ganhos são consideráveis, eis que os operadores jurídicos poderão ver outras circunstâncias relevantes que até agora têm ignorado. **Saber que a concessão de um tratamento de Aids pode, de outro lado, condenar uma criança a padecer de poliomielite por ausência de vacinação ou por falta de recursos na farmácia básica, contribui para o amadurecimento de nossos operadores do Direito. É preciso que o magistrado saiba que garantir a entrega gratuita de um [medicamento] para um paciente pode importar na paralisação de obras para saneamento básico. Ou seja, que o cobertor é curto...**
> [...]
> Mas como ficaria o mínimo existencial? Mais, como ficaria o mínimo existencial de uma pessoa diante do mínimo existencial de outra? **De certo**, **não se trata de ponderação de interesses e sim o reconhecer que a universalidade imposta pelos**

---

inflação retornasse caso o mesmo reconhecesse a flagrante inconstitucionalidade do Plano Collor" (CRUZ, 2007, p. 377-379).

[837] *"A resposta a tais críticas* [ao modo de emprego da reserva do possível pelos Tribunais no Brasil] *vem sempre ligada à necessidade de que os tribunais sejam responsáveis e que tenham consciência das conseqüências que suas decisões podem gerar. Ora, nada temos contra uma prognose judiciária futura. Por certo, sabemos estar em um empreendimento que liga passado, presente e futuro. Logo, não se está aqui preconizando o contrário. Contudo, denunciamos aqui é o emprego estratégico desse 'discurso': com ele o Supremo julga constitucional contribuições sobre os aposentados porque se não fosse assim o Regime Geral de Previdência iria parar na estratosfera; com ele o Supremo adverte publicamente o Governo para alterar seu plano de contingenciamento elétrico de modo a garantir o abastecimento público. Aqui os argumentos ligados à* ***reserva do possível*** *e do* ***equilíbrio orçamentário*** *se tornam espúrios, eis que traduzem apenas 'argumentos de política' e desconsideram na sua argumentação os direitos fundamentais, o código binário do direito e os 'argumentos de princípio'. Devemos frisar que tais* ***standards*** *não são* ***a priori*** *ilegítimos, mas que sua ilegitimidade se torna patente quando traduzem essa mera argumentação política"* (CRUZ, 2007, p. 378; 2008b, p. 126-127).

[838] Cruz trabalha com uma dialética eksistencial, não categorial.

> **argumentos morais no Discurso determina não somente a consideração dos direitos do pleiteante, mas também os de pessoas afetadas pela decisão** (CRUZ, 2007, p. 382/385-386 – grifo nosso).

A proposta de Cruz, ao menos a nosso ver, possui o mérito de discutir a *reserva do possível* sem recair em noções tributárias de conservadorismos, de um 'romantismo constitucional', da 'jurisprudência dos valores' e da Teoria dos Direitos Fundamentais alexyana. Sua concepção explica bem como os Direitos Fundamentais operam de forma absolutista, a despeito de não serem Direitos absolutos.

Em que pese essa realidade, por tudo o que dissemos no capítulo quarto, também no trato desta questão preferimos evitar a dicotomia entre argumentos de princípio e de *policy*. Justamente por isso, entendemos por bem apenas asseverar que, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, o trato da *reserva do possível* deve respeitar a lógica deôntica e o caráter binário do Direito.

Com isso, queremos dizer que a busca pela delimitação do *âmbito normativo* dos Direitos Fundamentais, ameaçada externamente pelos influxos do sistema econômico, deve se pautar nos *pontos de partida normativos* (programas normativos) e nos argumentos que, previamente, trataram da questão e traduziram-na para o código do sistema jurídico em discursos de fundamentação[839]. Isso, no entanto, não deve implicar uma postura passivista, por parte do Judiciário, diante de deliberações ilegítimas e contrárias a uma leitura holística e coerente da Constituição.

Por certo, deliberações colonizadas por *lobbies* contaminados pela lógica do lucro a qualquer preço ou do poder simplesmente pelo poder, por reproduzirem irrefletida e ilegitimamente os influxos advindos do mundo da vida para o interior do Direito, devem ser continuamente questionadas em sede de discursos jurisdicionais de aplicação. Foi isso o que quisemos dizer quando salientamos que os Tribunais **não deveriam** apenas *reproduzir o produto dos discursos de fundamentação*, **nem simplesmente repetir** a complexa história jurisprudencial acerca do tema, **mas estar atentos às normas legítimas, à luz do horizonte de um futuro presente**.

Certamente, a reconstrução em discursos de aplicação, dos argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos previamente desfiados nos discursos de fundamentação, deve se subordinar à exigência de manutenção hermenêutica da coesão do sistema jurídico. E, para tanto, faz todo o sentido considerar as consequências da decisão judicial à luz de exigências de reciprocidade, bem como levar em conta que a 'supervaloração' de um Direito pode

[839] Trataremos desta questão com maior grau de detalhamento no próximo capítulo.

implicar a escavação de outros – os quais são igualmente importantes e dependentes de recursos escassos para sua salvaguarda. Neste aspecto, seguimos de perto os ensinamentos de Cruz.

Portanto, no nosso entendimento, em discursos jurisdicionais de aplicação, ilegítimo é pretender construir novos argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, na tentativa de justificar uma 'inclusão forçada' de pretensões que não podem ser coerentemente incluídas no âmbito normativo de um determinado Direito Fundamental, sem, com isso, *subverter* deliberações legitimamente carreadas em discursos de fundamentação. Em fazendo isto, os Tribunais desconsideram o *suporte fático* necessariamente restrito desses Direitos, cujo ponto de partida é exatamente o programa normativo, produzido pelo filtro argumentativo dos discursos de fundamentação.

Eis uma questão complexa, sobretudo ante as exigências provenientes da moral e da justiça pós-convencionais, cuja desconsideração acaba por implicar a desnaturação do Direito em Política. Eis um problema argumentativo por excelência, que deve passar por um permanente controle discursivo de validade e que, infelizmente, tem sido olvidado pela maioria dos constitucionalistas em nosso país.

6 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A COMPLEXA TENSÃO ENTRE *FATICIDADE E VALIDADE* QUE PERMEIA A DELIMITAÇÃO DE SEU ÂMBITO NORMATIVO

6.1 A permanente densificação de conteúdo do Direito Fundamental à saúde

Qual é o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde? Eis uma pergunta difícil de ser respondida, sobretudo *a priori*[840]. Até aqui, pudemos ver que as concepções existentes acerca dos Direitos sociais, no Brasil e no mundo, variam sobremaneira. Essas variações, necessariamente, ditam a compreensão dos mais diversos pensadores e operadores do Direito a respeito deste importante Direito Humano Fundamental.

Em nossa ótica, no entanto, consideradas as exigências advindas da racionalidade pós-metafísica decorrente da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática, é coerente sustentar o seguinte: a resposta correta em relação ao conteúdo do Direito à saúde perpassa, fundamentalmente, pelos pontos de partida captados do mundo da vida, filtrados e traduzidos para o Direito por meio de discursos de fundamentação, bem como pela análise pragmática desses influxos, à luz de discursos de aplicação.

Se levarmos em conta estes pressupostos, não é nenhum absurdo defender que, no Brasil, o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde possa justificar, dependendo das especificidades que circundam o caso concreto, o Direito subjetivo individual e coletivo a políticas públicas que visem reduzir o risco de doenças e outros agravos – a exemplo de tratamentos medicamentosos, transplantes de órgãos e transfusões sanguíneas, ações de vigilância sanitária a bares, restaurantes e cantinas escolares, e, ainda, a hospitais, indústrias e outros ambientes laborais –, bem como a ações e omissões, sobretudo preventivas de endemias e epidemias, imputáveis a particulares, na medida em que isso se mostrar necessário para a preservação e salvaguarda das condições mínimas de saúde das pessoas[841]. Esses possíveis âmbitos normativos podem ser aferidos de uma análise filológica dos inúmeros

[840] Essa ressalva busca prevenir nossos leitores e interlocutores do problema de trabalhar com o *a priori* solipsista kantiano como pressuposto de pesquisa, característica dos mais diversos vieses positivistas, criticados no capítulo terceiro. Não negamos, portanto, que dimensões de conteúdo atinentes ao Direito Fundamental à saúde possam ser aferidas por leituras pautadas no mundo da vida dos mais variados intérpretes. É desses mundos da vida que advêm os influxos que são transformados em norma válida *prima facie* (programas normativos). Em todo caso, como dissemos no capítulo segundo, como leituras, essas dimensões de conteúdo já desde sempre são *a posteriori* e intersubjetivas, mostrando-se tanto mais legítimas quanto mais possam ser resgatadas discursivamente. Além disso, elas mudam com o tempo.

[841] Estes exemplos devem ser vistos como o que verdadeiramente são, a saber, pré-compreensões advindas de nosso mundo da vida.

programas normativos afetos ao tema, espalhados pela Constituição da República de 1988, mas também por diversas leis regulamentadoras, e mesmo pelas políticas públicas incorporadas pelo Sistema Único de Saúde, voltadas à concretização do Direito Fundamental que estamos a estudar.

Institucionalizados, esses programas normativos são dotados de *pretensão de validade* e já adiantam, de forma incompleta, alguns dos sentidos possíveis que o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde pode assumir no momento da interpretação concretista. Mas a configuração completa desse âmbito normativo depende de sua análise pragmática, à luz das especificidades cambiantes que circunscrevem cada complexo caso afeto ao tema, levado a juízo ou não. Só assim são cumpridas as reivindicações da moral e da justiça pós-convencionais, referentes à complementaridade da fundamentação e aplicação imparciais.

Neste capítulo, procuraremos desenvolver uma abordagem *pós-positivista* a respeito dessas questões, na tentativa de, ao final, refletir acerca de quais são os argumentos que, validamente, podem ser alinhavados nos discursos jurisdicionais de aplicação, para a concessão ou negativa de pretensões relativas ao Direito Fundamental à saúde.

6.2 Uma análise pós-positivista do programa normativo do Direito Fundamental à saúde no sistema jurídico brasileiro

Não há como delinear uma abordagem verdadeiramente pós-positivista[842] acerca do Direito Fundamental à saúde a partir de simples deduções sintático-semânticas de seus programas normativos. Esses programas, sem sombra de dúvida, constituem os pontos de referência da interpretação concretista, isto é, os indicadores das possibilidades de sentido aferíveis em discursos de aplicação. Mas a análise do processo de configuração deste e dos demais Direitos Fundamentais, caso intente transcender os padrões próprios à moralidade e justiça convencionais, precisa compreender argumentações que levem em conta algo mais que a simples abertura textual inerente a esses programas.

Em verdade, como tentamos explicar anteriormente, sobretudo no capítulo quinto, durante o complexo processo de configuração do Direito Fundamental à saúde, deparamo-nos com uma série de complicadores, inclusive cognitivos, que tornam muito mais dramática a tarefa de dizer, legitimamente, o que está, e o que não está incluído no seu *programa*, e posteriormente, no seu *âmbito da norma*. Em outras palavras, vemo-nos face a face, em

[842] Para mais detalhes acerca do que entendemos por pós-positivismo, remetemos nossos eventuais leitores ao capítulo terceiro deste trabalho.

momentos distintos da argumentação, com contingências que, primeiramente, dificultam a seleção e tradução legítima dos influxos advindos do mundo da vida para o código diferença *lícito-ilícito*, e, num segundo momento, embaraçam a atitude reflexiva que visa configurar, discursivamente, o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Essa é uma realidade que permeia, permanentemente, a concretização do Direito, sendo, aliás, uma das razões pelas quais seu conteúdo é fluido, e não fixo.

Toda a dramaticidade decorrente dessas contingências pode ser amenizada pela incorporação, nos discursos de fundamentação dos programas normativos atinentes à matéria, dos argumentos que circulam pela esfera pública, principalmente nos conselhos protagonizados por médicos e outros profissionais da área da saúde. Quando isso acontece, é possível referir legitimamente, ainda que de forma incompleta, o âmbito normativo do aludido Direito Fundamental[843]. Isso é uma realidade para a regulamentação legislativa e a definição das políticas públicas voltadas para a concretização do Direito Fundamental à saúde. Mas também toca a questão orçamentária, porquanto é da LOA, por exemplo, que surgem as rubricas que dão suporte para a implementação e execução das políticas de prevenção e combate de doenças.

Por sua vez, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, essas contingências só são suficientemente suavizadas quando os operadores do Direito abandonam uma postura *solipsista* e, na tentativa de justificar interna e externamente a devida configuração do âmbito normativo do Direito à saúde, optam por considerar, a título de exemplo, os argumentos produzidos pelas partes envolvidas no processo, as provas nele carreadas, bem como os influxos de eventuais produções acadêmicas e audiências públicas[844] afetas ao tema, com o devido cuidado de, através de suas decisões, não desnaturar o sistema jurídico em política[845]. Esta, em nossa opinião, é uma questão importantíssima, pelo que ainda será retomada neste capítulo, contudo, em outra oportunidade.

Antes disso, entretanto, é importante investigar de forma mais aprofundada alguns dos programas normativos relacionados com o Direito à saúde e que, direta ou indiretamente, refletem nas dimensões de conteúdo que seu âmbito normativo pode vir a assumir. Mais precisamente, devemos perquirir como se configura e funciona o *sistema de saúde brasileiro,*

---

[843] Em todo caso, como dissemos no capítulo quinto, tópico 5.3, também esse processo de configuração do programa normativo do Direito Fundamental à saúde poderia ser depurado pela democratização dos sistemas constitucionais de controle.

[844] Como a que se realizou, no Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento da STA 175/CE.

[845] Isso só é possível, como já dissemos nos capítulos anteriores, quando se respeita o *grau de subordinação* dos discursos de aplicação em relação aos discursos de fundamentação e, ademais, quando se respeitam os argumentos característicos a cada uma dessas sedes discursivas. Para mais detalhes, confira-se tópico 4.2.2, inscrito no capítulo quarto.

além de perpassar pela questão da horizontalização desse importante Direito Humano Fundamental. Se não estivermos enganados, isso nos permitirá enxergar com mais clareza a complexidade da definição, *in concreto*, do âmbito normativo do Direito à saúde.

Tentaremos incrementar nossa exposição com alguns argumentos delineados durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, que certamente influenciaram a previsão da matéria na Constituição da República de 1988, em uma análise genética do texto constitucional, o que não se confunde com o esforço típico de alguns viéses positivistas – de busca por uma *voluntas legislatoris*. Também levaremos em conta os influxos da Audiência Pública sobre a saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal entre os dias 27 de abril e 7 de maio de 2009, que em muito influenciou o voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental interposto contra a decisão que negou o pedido de suspensão de tutela antecipada nº. 175, apensa à STA nº. 178, relacionadas ao Direito Fundamental à saúde. É o que passamos a perseguir.

6.2.1 O Sistema Único de Saúde, as políticas públicas e a questão orçamentária

Segundo Luís Roberto Barroso (2008, p. 883), a trajetória brasileira da saúde pública inicia-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa para os nossos domínios. Nessa época, realizaram-se, por aqui, em suas palavras, as primeiras ações de combate à lepra e à peste, além de um parco controle sanitário sobre ruas e portos.

Aproximadamente um século depois, entre 1870 e 1930, o Estado viria a desenvolver e executar um sistema de controle de doenças epidêmicas, pautado no modelo 'campanhista', que lograriam êxito no combate preventivo, entre outras, da febre amarela no Rio de Janeiro[846]. No entanto, conforme os ensinamentos de Barroso (2008, p. 883), até 1930, o Estado só assumiria como dever as ações de cunho preventivo, deixando as de caráter curativo reservadas a entidades privadas e de caridade.

A partir da década de 1930, operar-se-ia no Brasil uma reestruturação do *sistema público de saúde*, o qual passaria a englobar também ações curativas, além daquelas de caráter preventivo. A despeito disso, esse sistema continuaria a oferecer à população, ao menos no tocante às ações curativas, um serviço **desunificado** e **particularizado**, à época,

---

[846] *"É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo 'campanhista', caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos, o modelo 'campanhista' obteve importantes sucessos no combate de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro"* (BARROSO, 2008, p. 883).

prestado pelos inúmeros Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs –, atrelados a categorias profissionais específicas[847] (BARROSO, 2008, p. 883-884).

Anos mais tarde, durante a ditadura militar, estes Institutos viriam a ser unificados na figura do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social –, o qual passaria, então, a ser financiado por todos trabalhadores urbanos devidamente regularizados. Na oportunidade, através da lei 6.229/75, criar-se-ia o Sistema Nacional de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, e, posteriormente, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS –, autarquia então atrelada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Desde então, as ações de promoção da saúde e prevenção de doenças passariam a ser desenvolvidas, quase que exclusivamente, pelo Ministério da Saúde, enquanto a assistência médico-hospitalar ficaria a cargo do INAMPS (FIGUEIREDO, 2007, p. 96) (BARROSO, 2008, p. 884).

O problema é que também este sistema era excludente, por alcançar apenas os contribuintes do INPS e seus respectivos dependentes. Assim, uma vasta gama de desempregados e trabalhadores informais continuava à margem de sua cobertura[848]. Como se não bastasse, o sistema ainda se mostrava inidôneo para lidar com uma série de problemas sanitários, além de pecar pela falta de critérios e transparência nos gastos públicos. Tudo isso, aliado aos nossos alarmantes índices de desigualdade social e às precárias condições da saúde pública de nossa população[849], acabaria por mobilizar toda a sociedade em prol de um sistema unificado e universal de saúde pública[850].

---

[847] *"Alguns desses IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência"* (BARROSO, 2008, p. 884)

[848] *"O Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/75, apesar do êxito que representou para a época, já mostrava sinais de inoperância e ineficiência, motivando a busca por serviços de saúde de melhor qualidade e gerenciamento organizado. As ações de promoção da saúde e prevenção de doenças eram desenvolvidas quase que exclusivamente pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS -, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Entretanto, o sistema não era universal, pois alcançava somente os trabalhadores da economia formal, segurados do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS – e dependentes, enquanto o restante da população tinha um 'acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais'"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 96).

[849] Durante a Constituinte, representando a Abraspo – Associação Brasileira de Pós-Graduação e Saúde Pública Coletiva –, Moysés Goldbaum salientaria o seguinte: "*Nossos indicadores de saúde que são de conhecimento público,* ***são bastante precários e revelam realmente uma condição de saúde muito ruim da população brasileira***. ***Este movimento, então, de reorganização do serviço de saúde, na medida em que se encontra com esta realidade, ganha a sua especificidade****"* (BRASIL, 1987-1988, p. 14).

[850] *"O Sistema Único de Saúde – SUS – é resultado de propostas de 'Reforma Sanitária' defendidas por movimentos sociais e apresentadas à assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988 (sic) em demonstração da 'inadequação do sistema de saúde então vigente', inapto para lidar com problemas sanitários diversos (quando de doenças de todos os tipos, baixa cobertura assistencial da população, ausência de critérios e de transparência dos gastos públicos etc.)"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 96)

O anseio por um sistema universal e unificado de saúde pública viria a se manifestar com toda a força durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988[851]. Na oportunidade, as reuniões da subcomissão de saúde, seguridade e meio ambiente deram azo a sucessivas manifestações que pintaram o Direito à saúde como um *"direito universal de todos"* e um dever do Estado (a), e a instituição constitucional de um sistema único de saúde como o meio adequado para a sua salvaguarda (b). Essas duas questões estiveram sempre em pauta nas inúmeras audiências públicas dirigidas pela referida subcomissão constituinte.

Para se ter uma ideia, pronunciaram-se pela universalidade do Direito à saúde e o concomitante dever estatal de zelar pela sua garantia o Constituinte Carlos Masconi[852], a Sra.Regina Sena, então representante da Conespe – Coordenação Nacional de Entidades Sindicais e Pré-sindicais de Enfermagem[853] –, o Sr. Roberto Chabo, em nome da Federação Nacional dos Médicos[854], e a Sra. Maria Luíza, à época representante da Comissão de Reforma Sanitária e coordenadora da Comissão Nacional de Saúde[855], além de vários outros.

---

[851] *"Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do 'movimento sanitarista' foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde"* (BARROSO, 2008, p. 884).

[852] *"**O SR. CONSTITUINTE CARLOS MOSCONI**: [...] Peço permissão a V. Ex.ª para apresentar a proposta aprovada pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária em reunião de 30 e 31 de março de 1987 que é a seguinte: "Art. **1º A saúde é um direito assegurado pelo Estado a todos os habitantes de todo o Território nacional sem qualquer distinção**"* (BRASIL, 1987-1988, p. 6).

[853] **"A SRA REGINA SENNA**: [...] A assistência de saúde, hoje, tem sido apontada e até mesmo executada como uma assistência médica, à população, e não como uma assistência de saúde. Consideramos importante levantar esse aspecto, na medida em que a assistência à saúde, na visão mais global, mais integral, ao indivíduo, deve ser prestada por uma equipe multiprofissional, onde o conjunto dessa assistência determine uma política de saúde muito clara. **E essa política para nós significa uma assistência de saúde como direito de todos os cidadãos no território nacional, e é dever do Estado subsidiar essa assistência**" (BRASIL, 1987-1988, p. 104).

[854] ***"O SR. ROBERTO CHABO: […] As entidades médicas signatárias desse documento participaram ativamente da VIII Conferência Nacional de Saúde e das conferências posteriores sobre temas específicos, podendo afirmar que o evento teve todas as características de um debate democrático, com participação ampla e nacional de todos os segmentos da sociedade tais como: as associações de moradores, centrais CUT, CONTAG, CGT, Partidos Políticos, Sindicatos, Conselhos, Associações dos Profissionais de Saúde e de Enfermagem e representações de minorias, dos índios etc.*** *Procuramos, a partir das conclusões da VIII Conferência Nacional de Saúde, e dos debates internos em nossas entidades, formular uma proposta objetiva enfocando os seguintes princípios gerais que devem ser assegurados pela nova Constituição e tem sido, exatamente, o primeiro referencial em torno da discussão que se dá nesta Subcomissão.* ***Saúde, como direito de todos os habitantes do território nacional, é dever do Estado, sem qualquer fator de discriminação. Esta é, sem dúvida a reivindicação fundamental da sociedade brasileira, cristalizada de forma irretocável pela VIII Conferência Nacional de Saúde em todas os foros de participação democrática que tratam as questões de saúde"*** (BRASIL, 1987-1988, p. 105 – grifo nosso).

[855] *"**A SRA MARIA LUÍZA:** – Srs. Constituintes, como já foram colocados na primeira reunião pública os princípios da CUT, **a nível de questão da saúde, entendemos que saúde é um direito de todos e um dever do Estado**. Então a proposta que está sendo encaminhada, também através de xerox, aos Constituintes é a seguinte: "**A saúde é um direito de todos os indivíduos e da população em geral, assegurada através da ação direta do Estado**, que implica na utilização dos conhecimentos e avanços científicos e tecnológicos de forma igual para todos; que permita detectar a influência dos fatores físicos, biológicos, sociais, econômicos, educacionais, e culturais, e os relativos às condições e organizações do trabalho e do meio ambiente, e que permitam prevenir e eliminar suas influências desfavoráveis, bem como reparar os seus efeitos, contando para*

Como sabemos, essa concepção foi incorporada ao programa normativo do artigo 196, da Constituição da República de 1988[856].

De igual modo, foram vários os que se manifestaram expressamente pela instituição de um novo[857] sistema de saúde pública no Brasil. Defendia-se que ele deveria ser unificado, universal, equânime, descentralizado, participativo, direcionado ao atendimento integral e, prioritariamente, mas não exclusivamente, voltado para a prevenção de doenças. Todas essas características e diretrizes já constavam na proposta aprovada pela Comissão Nacional de Reforma Sanitária, em março de 1987, conforme relatou o Constituinte Carlos Mosconi, na 3ª Reunião da subcomissão de saúde. No entanto, elas viriam a ser reforçadas pelas Audiências Públicas que se seguiriam a essa data.

Em 29 de abril de 1987, por exemplo, o médico Eleutério Rodrigues Neto, representando, juntamente com Moysés Goldbaum, a Associação Brasileira de Pós-Graduação e Saúde Pública Coletiva (Abraspo), enfatizaria a necessidade de o Estado se organizar de forma racional e lógica, a ponto de tornar-se apto a prestar um serviço universal e justo, a toda população, na área da saúde. Segundo Eleutério, o meio mais adequado para tanto seria justamente a criação de um Sistema Único de Saúde, que deveria nortear-se pelas seguintes características:

> 1º – **A integração**. Isto é, nada desta parafernália institucional que mantém várias instituições em cada nível de governo, todas mandando e nenhuma com responsabilidade, nenhuma podendo ser cobrada pela população pela sua ação. Então, **a integração institucional significaria uma única instituição a nível federal, uma única a nível estadual, uma única a nível municipal que seja de fato a responsável por todas essas ações que dizem respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde. A segunda diretriz fundamental, para o sistema único de saúde, é a diretriz da integralidade; isto é, o cuidado, a atenção ao paciente, à população, ao conjunto de seus indivíduos que constituem uma coletividade que deve ser de uma forma contínua, deve ser de uma forma integrada, zelando pela dignidade do atendimento**, e não vendo o indivíduo em termos do seu pé, da sua cabeça, do seu abdômen, nas ações que são feitas por uma instituição na prevenção, por outras instituições na área de curativo.

---

isso com a participação em nível decisório das entidades populares e do cumprimento do dever do Estado"(BRASIL, 1987-1988, p. 112 – grifo nosso).

856 *"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante 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"* (BRASIL, 1988 – grifo nosso).

857 *"**SR. ROBERTO CHABO**: [...] A visão que eu queria trazer aqui, talvez ainda não tenha passado por esse documento, é que isso que estamos propondo aqui, nós e tantos outros segmentos da sociedade brasileira, é algo de novo. Esse sistema único de saúde, que algumas pessoas insistem em dizer que tal Ministério não aceita, acho que tem que ter um Ministério da Reforma Sanitária; esse ministério passa por aí, Eduardo Jorge. Evidentemente, ele teria que assumir a diretriz política. Quem pôde acompanhar de perto toda a elaboração, a gestação desse processo extraordinário, que ainda está para se fazer e nós não sabemos como ele vai se dar, é um começo de um novo que vem aí e esse novo tem aspectos que podem trazer acertos e desacertos, mas é um tipo de risco que nós temos que correr, em nome disso tudo que não serve, para o povo brasileiro, que é este sistema de saúde que temos aqui, que é o nosso sistema. Então, que venha outro"* (BRASIL, 1987-1988, p. 109 – grifo nosso).

> Não. **Isso tem que ser contínuo, tem que ser um sistema que seja integrado, que seja único. A terceira diretriz para nós é a questão da descentralização, isto é, que as ações, de fato, sejam planejadas, executadas e controladas no nível mais próximo da sua execução.** Isto é, que as ações não sejam planejadas por um e executadas simplesmente. Mas que possa existir uma coincidência da autoridade política com a autoridade técnica, com a responsabilidade técnica sobre determinadas ações. Isto é, que o Governo municipal seja responsável de fato pelas ações que dizem respeito à abrangência municipal, quer dizer, que as prefeituras sejam responsáveis pelas ações de abrangência municipal. A Secretaria Estadual de Saúde pelas ações de caráter estadual, de abrangência estadual, e o Governo Federal fica com as ações que dizem respeito àquelas de abrangência, de caráter nacional, inclusive, algumas poucas executivas, como o centro de referência, como o serviço de pesquisa, e algumas ações estratégicas, do ponto de vista, inclusive da segurança da coletividade. **Uma quarta diretriz, que me parece a mais fundamental de todas, que acho que é uma diretriz que deve estar presente na Constituição, não é uma questão particular da saúde, mas na saúde ela se coloca de uma forma crítica, é a questão da participação. Entendemos que nada disso, nem a descentralização, nem a integração podem ter efetividade, podem funcionar se não tiverem um controle social sobre a sua execução. Entendemos que a participação da população organizada em entidades, em instituições democraticamente constituídas e organizadas, essas entidades devem ter o direito e devem ter a garantia do canal de acesso para participar do processo de planejamento e controle da execução das políticas a nível local, a nível estadual, a nível regional, e a nível nacional** (BRASIL, 1987-1988, p. 115).

Essas características e diretrizes foram todas incorporadas à Constituição da República. Por um lado, a **integração** proposta por Eleutério acabou por ser descrita no *caput* do artigo 198, a partir da seguinte semântica: *"as ações e serviços públicos de saúde **integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único**"*. Já a **integralidade**, a **descentralização** e a **participação** foram inseridas, sucessivamente, como diretrizes organizativas do Sistema Único de Saúde, nos incisos I, II e III do aludido artigo[858]. Essas diretrizes também foram reproduzidas na Lei 8080/90, notadamente no artigo 7º, no capítulo II, que trata dos princípios e diretrizes[859]. O interessante, para além dessa questão, é

---

[858] *"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 de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade**"* (BRASIL, 1988 – grifo nosso).

[859] *"Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, **obedecendo ainda aos seguintes princípios**: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos*

que a manifestação de Eleutério possuía uma explicação acerca do sentido por ele atribuído à integração, à integralidade e à descentralização. Isso sem falar na emblemática defesa de um sistema participativo.

Sabemos que esses conceitos, aliados principalmente[860] à **universalidade** e à **igualdade**, norteiam o funcionamento do SUS, mas estamos cientes de que todos eles comportam inúmeras concepções. Justamente por isso, propomo-nos a analisar cada um desses princípios/diretrizes nos parágrafos subseqüentes, assumindo desde já o reducionismo e a falibilidade de nossa exposição[861].

Primeiramente, entendemos que a **universalidade** de acesso aos serviços de saúde, em todos os níveis de prestação, pressupõe a **igualdade** da assistência. Verdadeiramente, não vislumbramos como possa ser assegurado o acesso de todos (universalidade) às políticas sociais e econômicas voltadas para a salvaguarda da saúde, sem que, concomitantemente, se garanta a equidade no atendimento (igualdade), isenta de preconceitos ilegítimos ou privilégios 'nefastos' – discriminação ilícita[862][863]. Esse raciocínio, não custa lembrar, também

---

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos" (BRASIL, 1990).

[860] Existem outras diretrizes/princípios que norteiam o funcionamento do SUS e a prestação de ações e serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde, como se depreende da semântica do artigo 7º, incisos I a XIII, da lei 8080/90. No entanto, neste trabalho, iremos nos concentrar nos princípios/diretrizes da universalidade (a), da igualdade (b), da integração regionalizada e hierarquizada (c), da descentralização (d), da integralidade (e) e da participação (f).

[861] Dizemos isso, mais uma vez, por percebermos que nosso conhecimento é necessariamente falível. Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao capítulo segundo.

[862] *"A discriminação ilícita é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como a raça [etnia], o sexo, a idade, a opção religiosa e outros. Esses critérios injustificados são, de maneira geral, frutos de um preconceito, ou seja, de uma opinião preestabelecida ou um senso comum imposto pela cultura, educação, religião; em outras palavras, pelas tradições de um povo"* (CRUZ, 2009a, p. 29). Discriminações desse tipo, quando opostas como justificativa de privilégios de atendimento, são veementemente contrárias ao princípio da igualdade da assistência. Concordamos, pois, com a concepção de Walderês Martins Vieira (2008, p. 72), para quem o princípio da igualdade *"dispõe que os serviços prestados devem ser implementados e executados de maneira uniforme e sem critérios diferenciadores, ou seja, sem privilégios,* ***sendo defeso o atendimento com distinção entre usuários pagantes e não pagantes****"*, mas estamos cientes de que, eventualmente, situações consensualmente reconhecidas como de desiguais, como a das mulheres grávidas e a das pessoas idosas, ou a urgência do caso, como o atendimento de pessoas baleadas, esfaqueadas, mulheres em trabalho de parto etc., podem justificar uma prioridade na prestação do serviço médico, desde que tenham sido previamente delineadas em discursos de fundamentação legislativos. Nestes casos, estamos diante de uma discriminação lícita, justificada pela igualdade geométrica, que não viola o princípio da isonomia da assistência. Aqui, a descriminação lícita passa pelo filtro do princípio do discurso. Para mais detalhes sobre o assunto, vide (CRUZ, 2009a, p. 15- 28) e (RODRIGUES, 2010, p. 31 *et. seq.*).

[863] É por isso que estamos de acordo com Henriques (2008, p. 833), particularmente no sentido de que *"pleitos que impliquem prejuízo imediato a direito alheio – como pedidos de internação e realização de cirurgias sem observação da disponibilidade de vagas, da existência de outros pacientes em lista de espera e da relação de preferência estabelecida por critérios médicos razoáveis – não poderiam ser providos"*. Em nossa ótica, nesses casos a exigência de reciprocidade, aliadas aos influxos do caso, demonstram que **inexiste Direito** por parte daquele que pleiteia em juízo – **sua pretensão não pode coerentemente ser englobada pelo âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde.**

podia ser implicitamente vislumbrado, durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, na fala de Maria Luíza, cujas atribuições já foram antes descritas. Aos seus olhos, a existência de um sistema com cobertura universal e pautado no princípio da igualdade de assistência era um dos pressupostos do exercício do Direito à saúde[864]. E, quanto a isso, estamos completamente de acordo.

Convém anotar, com fundamento no coerente raciocínio de Fátima Vieira Henriques[865], que a universalidade nem sempre implica gratuidade da prestação de serviços. Por vezes, é possível exigir o reembolso dos valores despendidos pelo SUS, como quando a pessoa que recorre ao sistema público possui plano de assistência suplementar à saúde com cobertura para o aludido serviço[866]. Essa possibilidade, no entanto, abre margem ao seguinte questionamento: seria possível exigir, inclusive daqueles que não possuem planos ou seguros de assistência suplementar à saúde, o custeio das ações e serviços disponibilizados pelo SUS? A resposta aqui não é tão simples quanto parece.

Existem autores, como Sarmento, Figueiredo[867] e a própria Henriques[868], para ficar em apenas alguns nomes, que entendem ser possível limitar o acesso das pessoas mais abastadas ao SUS, sem violação do princípio/diretriz da universalidade. No entanto, todos estão de acordo em que implicaria violação aos princípios/diretrizes da universalidade e da igualdade exigir das pessoas desprovidas de condição econômico-financeira, uma contraprestação pelas ações e serviços as elas prestadas pelo SUS.

---

[864] "**SRA. MARIA LUÍZA**: [...] O direito à saúde pressupõe entre outros os seguintes direitos: [...] Assistência à saúde pública, estatal, integral e gratuita **a toda a população, sem qualquer discriminação ou distinção de condições individuais ou sociais, segundo modalidades que assegurem a igualdade dos indivíduos em relação à prestação de serviços, com garantias de opção de tratamento**" (BRASIL, 1987-1988, p. 102-103).

[865] É importante dizer, desde já, que para Henriques (2008, p. 829) a **universalidade (a), a igualdade (b) e a integralidade (c)** são critérios de observação obrigatória para o trato da seguridade social estabelecidos pelo Constituinte de 1987-1988, posteriormente *"esmiuçados por normas infraconstitucionais e, ainda assim, corriqueiramente ignorados ou mal empregados pelos Tribunais"*. Quanto a isso, estamos totalmente de acordo.

[866] Nesses casos, a obrigação de reembolsar o SUS, nos termos do programa normativo do artigo 32 da Lei 9656/98, é da operadora que mantém com a pessoa, plano ou seguro de saúde suplementar com cobertura para o serviço a ele disponibilizado pelo sistema público. Voltaremos a essa questão no próximo tópico deste trabalho.

[867] *"É claro que exigir contraprestação daqueles indivíduos que não reúnem condições financeiras suficientes para com ela arcar seria fazer do acesso universal tábula rasa; entretanto, até mesmo por força do princípio da igualdade material, tal raciocínio não se aplica àqueles mais abastados, que poderiam perfeitamente pagar pelos serviços que lhe fossem fornecidos, especialmente pelas prestações de medicina preventiva e curativa passíveis de individualização"* (HENRIQUES, 2008, p. 830).

[868] Não custa repetir que, para Figueiredo, os titulares de direitos econômicos, sociais e culturais seriam aquelas pessoas necessitadas de ajuda, jamais quem assim não se apresentasse. Isso, aliás, aproxima a sua posição daquela defendida, nos Estados Unidos, por Holmes e Sunstein. Para mais detalhes, sugerimos um retorno aos tópicos 5.2.4.2.2 e 5.2.4.2.3, ambos inscritos no capítulo quinto, na parte em que discutimos suas respectivas concepções acerca dos Direitos sociais.

Mas não custa lembrar que, atualmente, por força do programa normativo do artigo 43 da Lei 8080/90[869], existe uma norma válida *prima facie* que preserva indistintamente a gratuidade das ações e serviços de saúde prestados pelo sistema público, salvo nos casos de exceção prevista em convênios ou contratos públicos reguladores de participação do setor privado no SUS[870]. Pelo que já dissemos, é evidente que vislumbramos a possibilidade de essa norma vir a ser derrogada ou revogada por novo discurso de fundamentação, sem violação da versão fraca do princípio da proibição do retrocesso[871]. Isso, aliás, foi o que aconteceu na hipótese do artigo 32 da Lei 9656/98, anteriormente referido (derrogação). No entanto, em nosso entendimento, ela não pode cair sob juízo de conveniência do intérprete do Direito em discursos de aplicação.

Para afastar a sua aplicação no caso concreto, o intérprete/aplicador do Direito deve demonstrar que, naquela situação, esse programa normativo não é coerente com o âmbito da norma jurídica adequada para a resolução do litígio. Em outras palavras, os juízes, desembargadores e ministros, a partir dos influxos advindos do processo e de fora dele, sem violar o código binário do Direito, devem comprovar que, naquele caso específico, a aplicação dessa norma válida *prima facie* não se justifica[872]. Um bom exemplo em que isso, eventualmente, poderia ser justificável é trazido por Henriques:

> [...] a gratuidade só é obrigatória no caso dos serviços prestados pela Lei 8080/90 e sua regulamentação; conseqüentemente, se pleiteadas em juízo quaisquer outras prestações de saúde não abrangidas **a priori** – como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listagens oficiais ou em desconformidade com os protocolos clínicos estabelecidos pelo Ministério da Saúde –, é requisito indispensável à concessão da ordem a demonstração pelo postulante de sua necessidade financeira (HENRIQUES, 2008, p. 831 – grifo nosso).

Em nosso entendimento, o raciocínio exposto nesse exemplo é coerente com os pressupostos aqui trabalhados, e isso por apontar para um **suporte fático restrito** do Direito

---

[869] "Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas" (BRASIL, 1990).

[870] Henriques deixa isso muito claro ao salientar o seguinte: *"Na realidade, o sistema público vigente é gratuito porque assim decidiu a maioria legislativa quando da aprovação da Lei nº 8080/90. Por conta de tal diploma infraconstitucional, restou vedada qualquer cobrança pelas ações e serviços fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, independentemente da condição socioeconômica apresentada pelo usuário. [...] Se o legislador ordinário optou por estender a gratuidade a qualquer indivíduo, independentemente de sua real necessidade financeira, ela abrangerá tão-somente as prestações concedidas pela lei e explicitadas por normas infralegais, regularmente ofertadas que são pelo SUS"* (HENRIQUES, 2008, p. 831).

[871] À qual aderimos expressamente no capítulo anterior, notadamente no tópico 5.3.

[872] O que, ademais, demanda uma visão holística do Direito e a visão da Constituição como *locus hermenêutico* de todo o sistema jurídico.

Fundamental à saúde, sem, entretanto, olvidar os padrões de moralidade e justiça pós-convencionais próprios de uma concepção pós-positivista[873].

De todo modo, a legitimidade da eventual cobrança pela prestação de ações e serviços públicos de saúde está atrelada à possibilidade de resgate discursivo, seja dos discursos de fundamentação e dos conteúdos das normas válidas *prima facie* a que deram ensejo, seja das decisões jurisdicionais que a justificaram num determinado caso concreto. Também esse resgate discursivo é tanto mais legítimo, quanto mais inclusivo se mostre o seu produto. Só assim a referida cobrança é capaz de se mostrar compatível com os princípios/diretrizes da universalidade e da igualdade, constitucionalmente estabelecidos[874].

Por tudo isso, de fato faz sentido entender que, conquanto o acesso ao sistema público tenha sido franqueado de forma incondicionada à população em geral, *"isso não significa que a integralidade das ações e serviços nele compreendidos deva ser necessariamente ofertada a todos livre de qualquer ônus"* (HENRIQUES, 2008, p. 830).

A **integração regionalizada e hierarquizada**, por sua vez, ao menos em nosso sentir, relaciona-se intimamente com o princípio/diretriz da **descentralização**. Ambos visam organizar a prestação de serviços e a gerência interna do Sistema Único de Saúde e, ademais, evitar a sobreposição de ações e responsabilidades. Sem isso, seria impossível melhorar a prestação dos serviços de saúde, como bem argumentou a Constituinte Zuleica Portella de Albuquerque, na 14ª reunião da subcomissão de saúde, seguridade e meio ambiente, realizada em 6 de maio de 1987[875].

Em nossa ótica, portanto, esses princípios/diretrizes relacionam-se com a divisão de competências e atribuições entre os entes da Federação, relativas ao funcionamento do SUS, matéria que é regulamentada pelos artigos 15, 16, 17, 18 e 19, todos da lei 8080/90. Isso significa que a integração regionalizada e hierarquizada e o princípio/diretriz da descentralização determinam a divisão crescente dos níveis de complexidade na prestação de ações e serviços de saúde, o que implica o dever de acesso, por parte da população, dos níveis

---

[873] Para mais detalhes acerca de nossa concepção pós-positivista do Direito, sugerimos um retorno aos capítulos segundo, terceiro e quarto deste trabalho.

[874] Não custa salientar que, a nosso ver, em casos de urgência o pagamento não pode ser exigido como condição, mas como consequência do atendimento. Daí se falar, nesses casos, em reembolso das quantias eventualmente despendidas pelo Estado.

[875] *"**DRA. ZULEICA PORTELLA DE ALBUQUERQUE:** [...] Sabemos que uma melhor atenção à saúde, não somente à criança, mas à população em geral, exige a criação de um sistema único de saúde com atenção universal, igualitária, hierarquizada e descentralizada, o que já foi consolidado na 8ª Conferência Nacional de Saúde. **Não existem condições de melhorar a prestação dos serviços de saúde se não tivermos um comando único, um sistema único de saúde que defina as prioridades e que comande o setor. Enquanto tivermos com superposições de ação com vários órgãos atuando no setor saúde, definindo políticas e fragmentando recursos, não vamos ter uma boa prestação de serviços de saúde. Esse é um consenso nacional em termos do pessoal que trabalha no setor saúde"*** (BRASIL, 1987-1988, p. 205).

mais simples aos mais complexos[876]. E isso em respeito, justamente, à descentralização, regionalização e hierarquia das fontes de comando, bem como às competências para a definição de políticas e para a gerência dos recursos advindos do orçamento[877].

Já o princípio/diretriz da **integralidade de assistência** determina, nos termos do artigo 7º, da Lei 8080/90, o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do Sistema Único de Saúde[878]. Isso decorre, essencialmente, nos termos do pronunciamento do Dr. Eleutério, do cuidado que o sistema público de saúde deve ter com os indivíduos/pacientes e com toda a população em geral, na realização continuada de políticas públicas preventivas e curativas de patologias.

A integralidade, aliás, como bem salientou o Dr. Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques – Diretor do Programa da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde –, em sua manifestação na Audiência Pública sobre a saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal, justifica inclusive a contínua política de incorporação de tecnologias pelo Sistema Único de Saúde:

> Inicialmente, numa reflexão sobre a integralidade, gostaria de lembrar que o conceito de integralidade adotado no País e o conceito que vem sendo discutido muito intensamente, desde as discussões que levaram à concepção do Sistema Único de Saúde, não se restringe à adoção de tecnologias, pelo menos não daquelas tecnologias que podem ser consideradas, no sentido comum, como tecnologias materiais, mas, sobretudo, às tecnologias que são materializadas na organização do Sistema Único de Saúde, nos seus conceitos fundamentais e no acesso dos cidadãos a atenção à saúde.
> Nesse sentido, a incorporação deve ser vista como um instrumento da integralidade, na sua construção, de uma relação articulada entre as medidas de promoção da saúde, proteção da saúde e, finalmente, da recuperação da saúde.
> E a avaliação das instituições públicas para incorporação deve assim ser vista como um instrumento para materialização dessa integralidade na medida em que coloca à disposição dos cidadãos aquilo de que eles necessitam para diagnóstico, tratamento e acompanhamento (BRASIL, 2010).

---

[876] Nesse sentido também entende (FIGUEIREDO, 2007, p. 99).

[877] Evidentemente, como normas válidas *prima facie*, esses comandos só deixam de gerar efeitos quando se mostram inadequados à solução de casos concretos. Neste ponto, um exemplo vem a calhar: no caso da edição de um decreto executivo na área federal, que ordene a retenção de verbas anteriormente aprovadas pelo legislativo, pode ser que se justifique a alteração circunstancial das competências e atribuições Estaduais e Municipais concernentes ao SUS, sem, no entanto, cogitar-se de violação da integração regionalizada e hierarquizada e do princípio/diretriz da descentralização. Se fica comprovado, por exemplo, que a impossibilidade de um Município gerir e executar determinada ação ou serviço na área da saúde – desde que a tecnologia atinente à ação ou serviço tenha sido devidamente aprovada pela ANVISA e incorporada pelo SUS – se deve, efetivamente, à inexistência de verba pública decorrente de retenção procedida por decreto presidencial, nada mais justo, em termos pós-convencionais, que imputar à União a responsabilidade pela prestação da aludida ação ou serviço – por exemplo, o fornecimento de medicamento inscritos em relação municipal de medicamentos excepcionais – como a REMUNE no Rio de Janeiro. Nesse caso, afasta-se a incidência dos princípios/diretrizes em comento, bem como os programas normativos relativos à competência estabelecidos pela Lei 8080/90, porquanto eles não se mostram adequados para a devida solução do caso.

[878] *"[...] o atendimento integral determina que as ações e serviços de saúde devem ser consideradas como um todo, a atuar de modo harmônico e contínuo"* (FIGUEIREDO, 2007, p. 99).

A partir desses influxos argumentativos, provenientes de três momentos distintos na história brasileira[879], podemos concluir, coerentemente, que o atendimento integral de que trata o programa normativo do artigo 198, inciso II, da Constituição da República, em nada tem a ver com atendimento ilimitado[880]. Esse raciocínio é reforçado pela manifestação do Dr. Paulo Marcelo Gehm Hoff – representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP –, também na Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não deva existir qualquer responsabilidade por parte do SUS, ou de qualquer outra fonte pagadora, pelo financiamento e dispensação de drogas completamente experimentais. Segundo ele, drogas completamente experimentais são aquelas que não podem ser compradas em nenhum país, por jamais terem sido aprovadas *"em local algum do planeta"*, e *"cuja eficácia realmente ainda não foi demonstrada em um estudo clínico"* (BRASIL, 2010). Obviamente, esse tipo de droga, e mesmo os procedimentos médicos que se encontrem em fase de experiência, não são alcançados pela cobertura do Sistema Único de Saúde. Mas isso não fere o princípio da integralidade da assistência, mesmo porque eles estão excluídos, ao menos num primeiro momento, por falta de apoio em programas de norma, do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde[881].

Finalmente, a diretriz/princípio da **participação** visa assegurar, justamente, a gestão democrática das questões relativas à saúde pública no Brasil. Essa questão foi regulamentada pela Lei 8.142/90, que criou, em todos os níveis de ação e prestação de serviços pelo SUS, duas instâncias colegiadas, a saber: as Conferências e os Conselhos de saúde. Essas instâncias colegiadas atuam como catalisadores da participação e gestão democrática do sistema, respectivamente, nos âmbitos municipal, estadual e federal (FIGUEIREDO, 2007, p. 98).

---

[879] Um quando da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, outro, dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, na oportunidade da regulamentação do Sistema Único de Saúde pela Lei 8080/90, e o último, vinte e dois anos após a promulgação da Constituição, em Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, relativa justamente à saúde.

[880] Essa é a mesma opinião de Henriques: *"Primeiramente, constitui limite natural ao dever estatal de prover prestações de saúde o estágio de desenvolvimento da medicina no país. Dessarte, se é verdade que o Poder Público está obrigado a fornecer tratamento adequado independentemente de sua complexidade,* ***parece evidente que tal obrigação cinge-se às terapias disponíveis, ao padrão de atendimento possível e aos recursos materiais e humanos existentes no território nacional. Do contrário, se por assistência integral se entendesse um direito absoluto ao melhor tratamento, seria possível argumentar sempre – e quase infinitamente – existirem procedimentos e técnicas mais avançados, profissionais mais competentes e medicamentos mais eficazes em comparação àqueles disponibilizados pelo sistema público de saúde.*** *Além de fadado à exaustão financeira, um tal sistema seria necessariamente injusto, por tornar impraticável a dispensação de tratamento idêntico a todos que se encontrem na mesma situação"* (HENRIQUES, 2008, p. 837 – grifo nosso).

[881] Em momento oportuno, retomaremos essa discussão com maior grau de detalhamento.

As Conferências de Saúde são canais de comunicação, abertos a cada quatro anos por convocação do Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde, que contam com a representação dos mais variados segmentos da sociedade civil. Sua função é possibilitar a avaliação democrática da situação de saúde e a proposição de diretrizes para a formulação de políticas públicas afetas ao tema. Já os Conselhos de Saúde são órgãos colegiados permanentes e deliberativos, compostos por representantes do governo – os gestores públicos –, bem como por prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários do sistema. Eles atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas de saúde na instância governamental correspondente. Suas deliberações referem-se, inclusive, aos aspectos econômico-financeiros das políticas públicas na área da saúde. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) possuem representação no Conselho Nacional de Saúde[882].

A importância de uma gestão participativa é que ela rompe com o caráter meramente assistencialista, que marcava todos os sistemas de saúde pública anteriores ao SUS. Ela possibilita a captação, seleção e tradução democrática, para o interior do sistema jurídico, dos influxos advindos do mundo da vida, bem como o controle social da execução de políticas de saúde pelo Executivo. Assim, a gestão participativa propicia a tomada de decisões que podem contribuir para a construção e solidificação contínua, no Brasil, daquilo que entendemos por Estado Democrático de Direito, conquanto caminhem permanentemente entre arbitrariedade e a legitimidade.

Antes de aprofundarmos essa questão, é necessário dizer que, desde a sua aprovação e inserção no texto da Constituição, o Sistema Único de Saúde passou a ser o principal 'veículo' para a realização de ações e serviços no âmbito da saúde, tanto os de caráter preventivo, quanto curativo[883]. No entanto, a assistência à saúde – e esta foi uma questão que dividiu as opiniões durante a Constituinte de 1987-1988[884] – continuou a ser de livre

---

[882] Art.1º, parágrafos 1º, 2º e 3º da Lei 8142/90.

[883] Esse tema foi objeto do pronunciamento de Adib Domingos Jatene, na Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo: "*O sistema público é único, com comando único em cada esfera de governo, orientado para descentralização a nível municipal, com participação social,* ***responsável por atender mais de 70% da população, além das demandas eventuais do sistema privado, geralmente as mais onerosas****. Esse sistema hegemônico em volume de serviço não tem cálculo atuarial funcionando com a parcela da partilha do orçamento que lhe destina a área econômica, que é decrescente em valor real"* (BRASIL, 2010 – grifo nosso).

[884] A despeito de alguns insistirem na criação de monopólio do Estado sobre a questão da saúde, a posição que restou vencedora seguiu a esteira da argumentação do Sr. Francisco Ubiratan Dellape, então representante da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde: *"Hoje nós convivemos, especialmente na área social, com o grande debate, que é a estatização versus privatização. De um lado eu coloco os adeptos da estatização imediata ou progressiva de todas as atividades ligadas à saúde, como única solução para superar as graves distorções que se verificam no setor e de outro, aqueles que defendem a livre iniciativa da economia de mercado, como a solução racional para atingir objetivos de universalizar a proteção à saúde e melhorar os padrões de atendimento à população. Representando o setor privado à saúde, nossa Federação agrupa todos*

exploração pela iniciativa privada. Segundo Adib Domingos Jatene, ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo, a consequência disso foi a formação de dois sistemas: **um público**, responsável por vigilância sanitária, epidemiológica, controle de alimentos, medicamentos, imunizações, combate às endemias e assistência médico-hospitalar e ambulatorial[885]; e **um privado**, responsável apenas pela assistência médico-hospitalar e ambulatorial, que **atende a 1/5 da população** que, eventualmente, ainda recorre ao sistema público (BRASIL, 2010).

Como ainda pretendemos discutir, isso traz lá os seus complicadores para a definição, *in concreto*, do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Mas não impede que instituições privadas participem do Sistema Único de Saúde.

---

segmentos prestadores de saúde à área, como entidade sindical de grau superior que é. Acreditamos que o estado democrático social pelo qual ansiamos e estamos procurando implantar neste País, devesse preocupar, primeiro em estabelecer um sistema de poder que impeça qualquer risco de totalitarismo de qualquer espécie. A estatização de qualquer setor de atividade econômica nos parece uma forma de totalitarismo condenável. [...] Mas, voltamos para a saúde, que deve se constituir, isoladamente, numa preocupação séria e de grande peso. Fala-se, com freqüência, que saúde é de natureza exclusivamente pública. Entendemos que não é somente de natureza pública o conjunto de ações e serviços de proteção, recuperação e reabilitação da pessoa. É também de natureza privada tal esforço. Antes de se encontrar no Estado, encontra-se nas famílias, nas comunidades científicas e nos demais setores público e privados. Admitir-se a exclusiva natureza pública da saúde poderá ensejar a trilha indesejada para a prática socializante neste setor. ***É inegável que cabe ao Estado regular a política da saúde em seus aspectos globais, assim entendida aquela que, atingindo indiscriminadamente a todos os cidadãos, compreende, além do atendimento médico-hospitalar a higiene, o saneamento básico-ambiental, a educação, a vigilância epidemiológica, a vigilância sanitária sobre alimento e medicamentos, etc. Não obstante, há de ser declarado na Constituição que a iniciativa privada tem papel singular e insubstituível no âmbito da saúde, particularmente na prestação de serviços médico-hospitalares, farmacêuticos e odontológicos, reabilitação e reintegração à sociedade.*** *A área privada tem em seu conjunto uma faixa própria de atuação e não age, portanto, somente por delegação do poder público.* ***Fica pois claro que ao Estado é destinada a obrigação de criar a infraestrutura social e econômica, para que, de fato, o direito de proteção à saúde seja universalmente estendido a todos os cidadãos. Entretanto, para que esta extensão ocorra, está incluída a participação da livre iniciativa, em posição de paridade com os órgãos do Governo.*** *Quanto à livre iniciativa, a sua vocação está na prestação dos serviços especializados médico-hospitalares, farmacêutico, odontológicos. E ela vem exercendo uma inestimável contribuição social, como garantia de qualidade de serviços de saúde. Seria uma mera atitude escapista negar-se que há precariedade nos órgãos públicos de saúde com raras exceções no nosso País, às voltas com problemas inerentes ao aparelho estatal, que impede a desenvoltura exibida pela área privada. O setor público necessita conscientizar-se, todo momento, de que necessita exibir bons padrões de eficiência, sobretudo, pela racionalização dos serviços prestados. Problemas dessa natureza são mais facilmente detectados e resolvidos na área privada, pois a eficiência e racionalidade, em regime de livre concorrência, é condição de sobrevivência para o funcionamento dos hospitais, clínicas, etc., que se submetem, como toda atividade empresarial, às contingências do risco"* (BRASIL, 1987-1988, p. 91-92).

[885] *"Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho"* (BRASIL, 1988).

Na verdade, às instituições privadas, com prioridade para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos foi facultado participar, de forma complementar, do SUS. Para tanto, o que se exige é que essas instituições firmem com o Poder Público convênio ou contrato de direito público, e, ademais, que se portem em conformidade com as diretrizes do sistema público de saúde[886]:

> A Constituição ainda admite a participação do setor privado no SUS, dentro dos limites do que seja indispensável, preferindo as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos – como também consta do artigo 25 da Lei 8.080/90. O sistema privado de saúde possui caráter complementar ao público, de forma que ninguém pode ser compelido a contratar nem filiar-se a sistema autônomo de saúde, sob pena de flagrante inconstitucionalidade do ato que assim o determine (FIGUEIREDO, 2007, p. 99).

Em nossa ótica, essa foi uma decisão acertada, sobretudo porque, se a assistência à saúde tivesse sido monopolizada pelo Estado, fatalmente teríamos um grande aumento da demanda pelo SUS – que, como vimos, já engloba muito mais da metade da população brasileira –, além de uma queda de qualidade e da amplitude dos serviços prestados. Ademais, teríamos inviabilizado a geração de milhões de empregos pela iniciativa privada. Por tudo isso, negar à iniciativa privada a exploração da assistência à saúde, paradoxalmente, implicaria mais exclusão que inclusão social.

Ainda assim, entendemos que, algumas vezes, sobretudo em virtude das contingências trazidas pela escassez de recursos, as entidades que integram o sistema privado de saúde devam se subordinar às diretrizes do SUS, e isto, independentemente da existência de contrato público ou convênio firmado com o Poder Público. Tal imposição se justifica, principalmente, pelo caráter fundamental do Direito à saúde, pela relevância pública das ações e serviços de saúde[887], e pelo caráter cogente e irradiante da Constituição como um todo. Nesses casos em particular, entendemos que a lógica do lucro não poderia ser oposta ao dever de prestar assistência à saúde[888]. Neles, a atuação subsidiária de entidades privadas na efetivação de políticas de saúde resgataria mesmo a noção de solidariedade social[889].

---

[886] *"Não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público. Ambas formam uma rede regional, para adequação às particularidades locais; e hierárquica, ou seja, que deve estrita observância ao conjunto de princípios que regem o sistema (integralidade, igualdade e participação da comunidade)*" (FIGUEIREDO, 2007, p. 97)

[887] *"Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado"* (BRASIL, 1988).

[888] Voltaremos a essa questão no próximo tópico deste trabalho.

[889] *"A atuação subsidiária de entidades privadas na efetivação de políticas de saúde pode ser assim sugerida como caminho que retoma a idéia de solidariedade que, ainda na Idade Média (por parte da vizinhança, das entidades filantrópicas e da benemerência), propiciaram o enfrentamento da doença e das deficiências de*

Feito esse complemento, podemos, de imediato, passar à temática da definição legítima das políticas públicas afetas à saúde. Neste ponto, precisamos esclarecer duas questões. Em primeiro lugar, é preciso explicar qual é o procedimento pelo qual as ações e os serviços na área da saúde devem passar, até serem incorporados pelo SUS. Em seguida, é necessário discutir se, uma vez incorporados como políticas de saúde, essas ações e serviços adensam definitivamente o programa normativo do Direito Fundamental à saúde. Esta última questão toca o já discutido princípio da vedação do retrocesso.

Quanto ao procedimento de incorporação de tecnologias pelo SUS, tudo o que sabemos, aprendemos a partir das contribuições prestadas na Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo, por Dirceu Raposo de Mello, diretor-presidente da ANVISA, por Geraldo Guedes, representando, à oportunidade, o Conselho Federal de Medicina, e pelo já mencionado Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques. Estamos cientes de nossas limitações nesta área demasiadamente técnica, mas, se conseguimos entender bem a explicação de Maierovitch, o conceito de **tecnologia**, nesse contexto específico, engloba tudo aquilo que é necessário **para diagnóstico, tratamento e acompanhamento** de doenças (BRASIL, 2010).

Se não estivermos equivocados, isso significa que, por tecnologia, podemos entender desde medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos[890] (i), até procedimentos médicos como a transfusão sanguínea, 'raio X', ressonância magnética, transplante de órgãos, hemodiálise etc., e outros tipos de tratamentos, como os fisoterápicos, os psicanalíticos e os fonoaudiológicos, para ficar em apenas três exemplos (ii). Mas é preciso ter ciência de que o procedimento de pré-incorporação de tecnologias pelo SUS é diferente para (i) e (ii).

No tocante aos medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, correlatos e outros produtos para a saúde, a exemplo dos cosméticos, o primeiro requisito para a incorporação como política do SUS é o registro junto à ANVISA. Aliás, esse é um requisito sem o qual o produto nem sequer pode vir a ser comercializado no Brasil. Essa é uma exigência que decorre do artigo 12, da Lei 6360/76, cujo programa normativo estabelece o seguinte: *"Nenhum dos produtos de que trata a Lei, inclusive importados, poderá ser industrializado e posto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde"*. O mesmo artigo, especificamente nos seus parágrafos primeiro e segundo, estabelece que a

---

assistência à saúde. Trata-se de uma alternativa a ser desenvolvida com seriedade, por abrir novas possibilidades à consecução exitosa do direito fundamental à saúde" (FIGUEIREDO, 2007, p. 102).

[890] Para uma noção acerca dos conceitos acima referidos, vide Lei 6.360/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras providências. Mais especificamente, convém dar uma olhada no artigo 3º e em seus respectivos incisos.

validade do registro concedido pelo Ministério da Saúde, atualmente na pessoa da ANVISA, é de cinco anos, salvo no caso dos produtos dietéticos, que possuem uma validade de dois anos.

Em verdade, como bem explicou Dirceu Raposo, o registro da ANVISA visa *"garantir a segurança e é sobre isto que os técnicos da Agência se debruçam:* ***a segurança, a eficácia e a qualidade do produto****; qualidade farmacotécnica, uma qualidade intrínseca ao produto"* (BRASIL, 2010 – grifo nosso). Por isso mesmo, o procedimento administrativo até a concessão ou a negativa do registro pela ANVISA é bastante complexo. Afinal, é a partir dele que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária realiza a regulação sanitária.

Segundo Dirceu Raposo, desde a solicitação de registro junto à ANVISA até a sua utilização pelo mercado, o medicamento passa por dois momentos, a saber, **o momento pré-comercialização** e o da **pós-concessão do registro**[891]. O primeiro momento é justamente o da regulação sanitária, ao passo que o segundo é o tempo da fixação do preço do medicamento, a regulação econômica cuja competência também é atribuída à ANVISA[892].

No momento da regulação sanitária, todos os medicamentos passam por uma série de avaliações. Para a concessão do registro, conforme explicou o diretor-presidente da ANVISA, examina-se um dossiê encaminhado pelo laboratório, a fim de verificar: a caracterização físico-química do princípio ativo e das propriedades farmacêuticas (1), a Certificação de Boas Práticas de Fabrico (CBPF) (2), as rotas de síntese (3), os testes de avaliações farmacotécnicas (4), os estudos de estabilidade (5), os testes de controle de qualidade (6) e, finalmente, se o laboratório consegue reproduzir, em larga escala, aquilo que submeteu à apreciação da Agência de Vigilância (6)[893]. Como esclareceu Maierovitch, nesse momento, a ANVISA analisa aqueles estudos que são trazidos pelas diferentes empresas interessadas no registro; segundo ele, *"estudos, em geral, realizados no contexto internacional, muitas vezes estudos realizados em vários países, mas que não tratam especificamente da realidade brasileira"* (BRASIL, 2010).

No caso de medicamentos novos, analisam-se, ainda, os estudos pré-clínicos aos quais estes foram submetidos na fase de pesquisa. Esses estudos também devem constar no dossiê

---

[891] Obviamente, pode ser que o remédio não consiga o registro junto à ANVISA, mas, então, a sua utilização pelo mercado não é autorizada.

[892] *"DIRCEU RAPOSO DE MELLO:* [...] *Nós temos dois momentos da vida do medicamento, desde da solicitação para o seu registro até a sua utilização, que é o momento da pré-comercialização, aí é onde a ANVISA observa para a concessão ou não do registro os atributos de eficácia, segurança e qualidade do produto e, após a concessão do registro - e só então após a concessão do registro -, passa-se à busca ou à fixação do preço definido"* (BRASIL, 2010).

[893] *"DIRCEU RAPOSO DE MELLO: [...] Para se conceder um registro, é preciso que a fábrica consiga reproduzir em larga escala aquilo que ela apresenta no seu dossiê. Então, nenhum produto é liberado para fabricação sem a Certificação de Boas Práticas de Fabrico por uma indústria, as rotas de síntese, os testes de avaliações farmacotécnicas, os estudos de estabilidade e os testes de controle de qualidade. Isso é requerido para todo produto, independentemente da classe onde ele está colocado"* (BRASIL, 2010).

enviado à ANVISA. São estudos realizados em animais, mas a tendência mais atual é que eles passem a ser desenvolvidos em células de laboratório. Quando a ANVISA se debruça sobre o dossiê para avaliar a viabilidade de concessão, ou não, do primeiro registro de um produto, ela tem uma série de quesitos a observar. Os estudos pré-clínicos visam propiciar uma verificação mais ampliada desses quesitos. Durante a sua explanação na Audiência Pública, Dirceu Raposo sintetizou essa explicação por meio do seguinte slide:



Sem adentrar os termos técnicos inscritos no slide, mesmo porque não possuímos conhecimento para tanto, convém explicar que é depois da análise de regularidade desses estudos pré-clínicos que adentramos naquilo que os especialistas chamam de fase clínica do medicamento. É sobre ela que a ANVISA volta os olhos para controlar a qualidade de dados, a segurança e bem-estar do sujeito da pesquisa, além de questões de saúde pública atinentes à qualidade e eficácia do medicamento. Uma vez procedida essa avaliação da eficácia, o passo final, antes da concessão ou negativa do registro, é a avaliação do relatório de experimentação terapêutica:

> Depois da avaliação da eficácia, e observando-se o desfecho clínico, fazemos ou não a concessão do registro. Para a concessão desse registro, por fim, temos o relatório de experimentação terapêutica, que consolida o resultado dos ensaios clínicos e apresenta justificativas técnicas; observa se a doença em questão, para o pedido do produto, é uma doença órfã ou negligenciada; se aquele produto tem relevância para a saúde pública; se há, ou não, ausência de alternativas terapêuticas eficazes e seguras; se a comodidade posológica e se a maior adesão ao tratamento será em

> decorrência daquele produto; apresentação dos riscos potenciais e da relação risco-benefício pelo requerente; e se a metodologia e o protocolo foram aceitáveis ou não. **A partir daí, e com avaliação dos resultados, é ou não concedido o registro do produto** (BRASIL, 2010 – grifo nosso).

Esse complexo procedimento de análise do ensaio clínico descrito no dossiê enviado à ANVISA é *"uma ferramenta regulatória com limitações, mas a melhor, até o presente, para a avaliação da eficácia e de registro de novos medicamentos"*. Suas limitações decorrem justamente do fato de que os ensaios clínicos são feitos numa população restrita. Apenas quando o medicamento é liberado para a comercialização, isto é, após a conquista do registro e a fixação do preço, é que são observadas outras características e intercorrências anteriormente minimizadas pelo número de pacientes realizado pelo laboratório (BRASIL, 2010).

Convém esclarecer que, na regulação econômica do preço do medicamento, a ANVISA leva em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Se existe algum tratamento semelhante já comercializado, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED – propõe a equiparação de preço para que o produto possa ser disponibilizado para a comercialização. Nesse sentido, segue-se, segundo o diretor-presidente da ANVISA, a diretriz segundo a qual um medicamento sem benefício adicional não pode custar mais caro que um produto já existente e comercializado sob a mesma indicação. Uma vez liberado para o mercado, a ANVISA faz a observação da *"pós-comercialização ou pós-mercado"*, a partir da sondagem dos benefícios e dos efeitos adversos que podem sobrevir da utilização do medicamento, a fim de monitorar, anualmente, a aplicação legal da correção de preços (BRASIL, 2010).

No tocante aos demais procedimentos para diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças, o primeiro requisito para a sua possível incorporação como política de saúde pelo SUS é o reconhecimento, pela comunidade científica nacional e internacional, de que são tecnologias seguras, eficazes e de qualidade. No Brasil, são os Conselhos Federais profissionais que avalizam a credibilidade dos referidos estudos científicos, certificando, aprovando e recomendando a utilização da aludida tecnologia. Segundo explicou Geraldo Guedes é de competência do *Conselho Federal de Medicina*[894], por exemplo, avalizar os

[894] Concordamos com a consideração de Cruz no sentido de que isso seja muito centralizador. Como ele bem disse, a sociedade poderia perfeitamente garantir a aprovação ou a rejeição de determinadas tecnologias trazendo à apreciação do Ministério da Saúde trabalhos científicos publicados em outras partes do mundo. Há que existir, de fato, meios de relativizar um poder que parece se mostrar como absoluto. Afinal de contas, também no interior do CFM a faticidade do mundo da vida pode provocar um afastamenrto de suas deliberações da validade pretendida. Em vista disso, assim como Cruz, pensamos que o CFM devesse ser um órgão opinativo. Dessa forma, em nossa ótica deveria ser possível à ANVISA superar deliberações do CFM,

estudos científicos desenvolvidos pela sociedade internacional ou brasileira *de medicina*, aconselhando ou desaconselhando o emprego de determinado tratamento – ou, para dizer de forma mais simples, dizendo 'o que é, e o que não é experimental':

> Os médicos só poderão adotar novos procedimentos com segurança para seus pacientes quando devidamente reconhecidos pela comunidade científica afeta à sua área de aplicação. **E o órgão capacitado para determinar a viabilidade ou não de sua adoção pelos médicos é o Conselho Federal de Medicina (CFM), que há décadas vem exercendo essa função no estrito cumprimento do seu dever legal**. (BRASIL, 2010 – grifo nosso).

Diante disso, podemos concluir que a assunção de registro junto à ANVISA, no caso de medicamentos, e o reconhecimento da comunidade científica nacional e internacional, devidamente avalizado pelos Conselhos Federais profissionais, no caso dos demais procedimentos para diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças, são os primeiros requisitos para que a Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde – CITEC[895] – estude a sua incorporação como política de saúde do SUS. No entanto, o processo de incorporação é igualmente criterioso[896].

Em primeiro lugar, é importante entender que o Ministério da Saúde trabalha de forma integrada no tocante à avaliação de tecnologias candidatas à incorporação. O fato de ele possuir uma Comissão interna específica para esse tipo de análise – a já mencionada CITEC – não implica, por exemplo, a desconsideração do trabalho dos gestores de processos assistenciais e da própria regulação procedida pela ANVISA, para ficar em dois exemplos importantes. A CITEC não apenas leva em conta, como dialoga com esses outros 'setores' do Ministério da Saúde, antes de encaminhar uma recomendação de incorporação ou não-incorporação ao Ministro da Saúde.

Por sua vez, no que se refere especificamente à avaliação de uma tecnologia com vistas à sua incorporação pelo SUS, é necessário ter a ciência de que o Ministério da Saúde não se restringe à apreciação e revisão daqueles estudos que foram trazidos, em dossiês, pelos

---

desde que o fizesse de forma justificada/fundamentada. Também a decisão da ANVISA, contudo, deveria se submeter ao controle jurisdicional e da sociedade civil.

[895] *"Em 2006 foi criada, por meio das Portarias n° 152/06 e 3.323/06, a Comissão para Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (CITEC), coordenada pela Secretaria de Atenção à Saúde (SAS). No ano de 2008, a Portaria n° 2.587/08 transferiu a coordenação da CITEC para a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. É de responsabilidade da CITEC gerenciar o processo de incorporação de tecnologias, elaborar rotinas, fluxos e recomendações para apoiar a decisão gestora"* (BRASIL, 2009).

[896] É óbvio que esse processo de incorporação pode ser questionado judicialmente. Não defendemos aqui, evidentemente, um discurso de autoridade da técnica, como se ela jamais pudesse ceder a argumentos racionais, à luz de um caso concreto. O que não podemos aceitar é a total desconsideração desses discursos de fundamentação quando da busca pela delimitação do âmbito normativo do Direito à saúde, em sede de discurso de aplicação. Como ainda veremos, o questionamento desses padrões só é legítimo se puder se sustentar em termos deontológicos.

laboratórios e empresas que desenvolvem e financiam a produção de determinados medicamentos e/ou equipamentos. Nas palavras de Maierovitch, além desses estudos pré-clínicos e clínicos, o Ministério da Saúde ainda analisa muitos outros estudos produzidos pela literatura científica, em especial, aqueles que contam com o reconhecimento internacional acerca da tecnologia candidata à incorporação (BRASIL, 2010).

A partir de todos esses estudos, como bem explica Maierovitch, a CITEC averigua as condições de uso da referida tecnologia no país, ou, mais precisamente, as possibilidades de organização e as condições de infraestrutura do sistema de saúde para acesso, acompanhamento e diagnóstico de intercorrências, e para o acompanhamento do uso da tecnologia propriamente dita. Além disso, são analisadas as características da população brasileira, as nossas condições específicas de organização e prestação dos serviços, com ênfase na organização dos profissionais, e outras especificidades de nosso mundo da vida[897], que devem justificar a alteração de algum tipo de avaliação conclusiva que consta nos estudos originais apresentados pelos laboratórios e empresa que desenvolvem e financiam a tecnologia. (BRASIL, 2010).

Passada essa fase de reconhecimento do valor intrínseco da tecnologia à luz dos padrões acima referidos, o Ministério da Saúde realiza, então, uma análise econômico-comparativa das diferentes tecnologicas existentes para aquela mesma finalidade. Nas palavras de Maierovitch:

> Em linhas muito gerais, mesmo as tecnologias, ou tecnologias com eficácia, com efetividade, com tolerabilidade e conforto equivalentes com preços diferentes caminham para uma decisão da adoção daquela tecnologia de menor custo. Tecnologias em que essa efetividade, o conforto e a eficácia são diferentes, devem caminhar para a avaliação econômica sobre essas diferentes características, essas diferentes vantagens em relação à diferença de custos (BRASIL, 2010).

Concluída essa análise comparativa, por meio da qual se aferem os custos e os benefícios da inclusão ou não-inclusão de uma tecnologia entre as políticas de saúde do SUS, há uma fase de discussão interna entre os diversos setores do Ministério da Saúde, que visa, justamente, propiciar um consenso – quando isso é possível – sobre as recomendações de incorporação ou não-incorporação de tecnologias apresentadas, finalmente, ao Ministro da

[897] Um exemplo seria o da dificuldade de adesão da população a determinados tratamentos, devido ao prolongado tempo de uso do medicamento (i), aos múltiplos efeitos colaterais que este, eventualmente, pode causar (ii) e às 'vias de administração do medicamento' – relativas às dificuldades/limitações do paciente para se 'tratar', após a prescrição da droga (iii). Jamais teríamos chegado a esses exemplos sem um auxílio técnico. No nosso caso específico, não podemos deixar de mencionar que essa ajuda veio de 'dentro de casa'. Agradeço, pois, à minha irmã Bárbara Duarte, que atualmente cursa o oitavo período de Medicina na UFMG, pelas generosas explicações.

Saúde[898]. Feito isso, o Ministro da saúde tem a responsabilidade de discutir as aludidas recomendações com os demais gestores do Sistema Único de Saúde, gestores estaduais e municipais, para uma decisão comum e final sobre a forma de incorporação dessas tecnologias.

Ao aprovar a incorporação de uma tecnologia, o Sistema Único de Saúde e o Ministério da Saúde devem, necessariamente, definir a forma por meio da qual esta se processa – isto é, *"em que condições essa tecnologia será utilizada, para que pessoas, com que tipo de acompanhamento"* ou, em outras palavras, *"na linguagem mais corriqueira da área médica"*, se essa tecnologia será inserida *"num protocolo para a sua utilização ou numa diretriz clínica, como já vem sendo adotado internacionalmente"*. Uma vez concluído todo esse processo de incorporação tão bem explicado por Maierovitch, esses padrões passam a ditar aquilo que é lícito em termos de tratamento (*lato sensu*), e, concomitantemente, o que é ilícito ao Estado desconsiderar em termos de política de saúde. (BRASIL, 2010)

É óbvio que em todos esses momentos – aliás, desde o apoio e financiamento das pesquisas de novas tecnologias – existe uma pressão externa por parte de laboratórios e outras empresas envolvidas economicamente com a questão, para 'a exploração deste e não daquele material', 'a fixação deste e não daquele preço', 'a incorporação desta e não daquela tecnologia'. Também é evidente que esses *lobbies* provenientes do sistema econômico podem colonizar a pesquisa científica e o sistema político, a ponto de afetar, posteriormente, a legitimidade do Direito. Mas, ao menos em nossa ótica, é igualmente notório que nem sempre essas pressões resultam em 'corrupção da pesquisa científica'[899], do sistema político e do Direito. Em verdade, também aqui se manifesta uma tensão permanente, externa e interna ao Direito, entre faticidade e validade.

Por outro lado, e essa é uma questão que merece uma atenção especial de nossa parte, é evidente que a idoneidade do procedimento de inclusão de tecnologias pelo SUS está diretamente atrelada à questão orçamentária. De fato, como brilhantemente destacou Adib

---

[898] *"CLÁUDIO MAEROVITCH PESSANHA HENRIQUES: [...] Assim, as diferentes áreas do Ministério, que são envolvidas tanto na utilização, ou seja, na gestão dos processos assistenciais, dos processos de vigilância da saúde, como na avaliação das tecnologias propriamente ditas, reúnem-se numa comissão que procura trazer as diferentes dimensões desses olhares diversos sobre as tecnologias para uma mesa comum e apresentar, a partir daí, as propostas, as recomendações ao Ministro da Saúde para incorporação, ou não, pelo Ministério da Saúde"* (BRASIL, 2010).

[899] Nesse particular, convém reproduzir o que disse o médico Paulo Marcelo Gehm Hoff – cujas demais atribuições já foram antes descritas – na oportunidade da Audiência Pública sobre a saúde no Supremo: *"Sou investigador clínico e, até por obrigações inerentes à Resolução nº 96, hoje, a pesquisa clínica é feita basicamente com o apoio da indústria. Então, a minha relação com a indústria existe e não tenho nenhuma vergonha disso. É assim que se faz pesquisa hoje no mundo inteiro. Nem por isso acho que isso influencie a minha independência de pensamento. A minha primeira obrigação somente é – como foi dito anteriormente – com os meus pacientes e com a nossa instituição, a Universidade de São Paulo e a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo"* (BRASIL, 2010).

Jatene, ao contrário do sistema privado de saúde, que é sustentado através de investimentos diretos provenientes do setor empresário ou via adimplemento de prêmios devidamente pautados em cálculos atuariais, de acordo com a extensão da cobertura contratada, o sistema público de saúde se move graças à parcela que lhe é assegurada durante a partilha do orçamento público (BRASIL, 2010)

Aliás, todo e qualquer tipo de política pública na área da saúde – como a abertura de concursos públicos para a efetivação de médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, psicólogos etc. na rede pública, a realização de mais convênios e contratos públicos com a rede privada, ou, ainda, a construção de novos hospitais e pronto-atendimentos administrados pelo Estado – depende justamente da existência do suporte econômico-financeiro que advém da partilha orçamentária. E, infelizmente, a parcela orçamentária destinada à saúde pública, tendo em conta as três esferas do governo, não supera o orçamento do setor privado, responsável pela assistência de uma gama muito menor de pessoas.

É preciso, urgentemente, levar a sério a devida relevância da questão orçamentária para o adensamento do âmbito normativo dos Direitos Fundamentais. Sobretudo no Brasil, o maior número de escavações aos aludidos Direitos se deve ao modo nefasto como a questão vem sendo tratada na seara parlamentar e executiva.

Por um lado, temos uma abundância do caráter estratégico das negociações parlamentares, muitas vezes apoiadas em fins absolutamente inconstitucionais. Esse é, aliás, um dos motivos pelos quais o Poder Legislativo continua hoje, a enfrentar uma crise de legitimidade já bastante noticiada[900]. A todo tempo, temos notícias de desvios de verbas públicas – escândalos das ambulâncias, dos anões do orçamento, dos sanguessugas etc. –, de barganhas envolvendo emendas parlamentares atinentes à matéria, de *lobbies* empresariais e

[900] *"A crise do Estado faz com que o processo de tomada de decisões no Estado e na sociedade contemporânea esteja passando por profunda modificação, vez que o modelo tradicional de representação política mostrou-se incapaz de refletir a vontade popular, quase sempre deslocada das decisões consolidadas pela maioria parlamentar. Está-se, assim, diante de uma crise de legitimidade da democracia participativa. [...] outras causas são também significativas para compreensão desta crise de legitimidade por que vêm passando os clássicos Poderes Estatais. Entre essas cite-se a atuação de grupos de pressão parlamentar, os* ***lobbies****, não apenas burocráticos/governamentais, como acima apontado, mas também os financeiros. É, pois, comum na atualidade encontrar-se parlamentares eleitos com fim exclusivo de atender a interesses específicos de determinados grupos institucionais"* (CRUZ, 2004, p. 5-6). Recentemente, Pereira desenvolveu uma interessante análise acerca da questão: *"[...] a peculiaridade da crise atual está no fato de as causas de insatisfação não se reportarem a mudanças na estrutura do princípio representativo, tal como ocorrido em virtude da mencionada universalização do sufrágio e da reconfiguração dos partidos políticos. O apelo à participação oferece-nos um bom referencial exemplificativo já que se configura muito mais* ***conseqüência*** *da crise do que necessariamente sua* ***causa****. A constatação de que a democracia representativa está na 'penumbra' deve-se, assim, a eventos multifacetários cujo elemento conectivo pode ser resumido na fórmula da* ***quebra global de confiança****. [...] Os problemas de corrupção, do clientelismo, da incoerência entre programa e prática, dos poderes invisíveis são apenas alguns eventos que, segundo níveis variados de freqüência e gravidade, soem ocorrem mesmo em regimes aonde os pólos* ***situação*** *e* ***oposição*** *são bem definidos"* (PEREIRA, 2008, p. 131/136).

burocráticos na definição das normas válidas *prima facie* inscritas no Plano Plurianual (PPA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), bem como na descrição das rubricas inseridas na Lei Orçamentária Anual (LOA).

Por outro lado, temos um Executivo federal que, mediante retenções ordenadas via decreto presidencial, anualmente redimensiona o orçamento aprovado pelo Legislativo, na maior parte das vezes, de modo absolutamente injustificado. Nesses casos, a despeito da existência de verbas públicas 'liberadas' para gasto[901], o resultado muitas vezes acaba por ser a opção de não gastar, com o que, como bem destaca Eduardo Mendonça, *"o orçamento parece assumir um caráter quase aleatório, sobretudo pela falta de motivação formal das retenções"* (MENDONÇA, 2008, p. 238):

> [...] quando a arrecadação se concretiza, mas o Presidente não libera as verbas referentes a determinada dotação orçamentária e nem se produz um remanejamento, a consequência é deixar no limbo uma parcela da receita pública. Essa é a prerrogativa que se reconhece hoje ao Poder Executivo: a faculdade de não fazer nada. A conclusão é impactante, mas verdadeira. [...] a praxe é que um decreto seja editado dias após a publicação do orçamento, determinando uma retenção generalizada de verbas, muitas vezes na forma de cortes lineares. Simplesmente não é possível imaginar que esses cortes reflitam uma reavaliação individualizada de cada previsão inicial de gasto. Vale dizer: mesmo que se quisesse dar ao Presidente o poder de contingenciar livremente as verbas orçamentárias, a lógica normal seria presumir a execução regular dos gastos e admitir intervenções pontuais. Nunca o contrário (MENDONÇA, 2008, p. 235/266).

Tudo isso, sem sombra de dúvidas, afeta a qualidade da prestação estatal de serviços na área da saúde. No primeiro caso, temos uma clara corrupção do sistema político pelo sistema econômico e, no segundo, uma forma no mínimo autoritária de gestão do orçamento público. No momento, em vista do que já dissemos anteriormente e, principalmente, da discussão que ainda travaremos no final deste capítulo, interessa-nos mais de perto o segundo desses dois problemas.

Evidentemente, num contexto como o brasileiro, marcado pelo déficit de efetividade de Direitos Fundamentais, a retenção de verbas legitimamente 'liberadas' para gasto precisa ser muito bem fundamentada[902]. Afinal, não é coerente o Poder Público se escusar da

---

[901] Na verdade, as verbas só são efetivamente liberadas para gasto após o empenho, que nos termos da Lei 4320/64, consiste no ato emanado de autoridade competente, que cria para o Estado a obrigação de pagamento (Art. 58). Na liquidação da despesa ordenada pelo empenho, o Estado (fonte pagadora) deve indicar a origem do gasto (i), o seu fundamento legal (ii), a dotação orçamentária (iii) e a disponibilidade de caixa (iv) (Art. 63). Gostaríamos de agradecer, nesse particular, as explicações que nos foram prestadas por Alexandre Alkmim, doutor em Direito Tributário pela USP, no tocante à matéria.

[902] Ainda assim, concordamos com Mendonça no sentido de que, eventualmente, a retenção de parte das verbas previstas na LOA poderia ser racionalmente justificada. Também estamos de acordo com a alegação de que o dever de motivar a aludida **retenção** *"é fundamental em qualquer sistema orçamentário [...]. Não apenas como requisito de transparência e combate à corrupção, mas também porque a vinculação absoluta nuca será*

obrigação constitucional de concretizar o exercício de Direitos Fundamentais, e isso com base no argumento de que inexistem recursos suficientes para o atendimento quantitativo e qualitativo de toda a população, se, no manejo do orçamento, sua estratégia é muitas vezes a de não gastar.

Para que se tenha uma noção dessa incoerência, em 2005, a LOA previa a liberação de R$ 40.542.754.890,00 – quarenta bilhões, quinhentos e quarenta e dois milhões, setecentos e cinqüenta e quatro mil, oitocentos e noventa reais – ao Ministério da Saúde. No entanto, desse valor, deixaram de ser executados nada menos que R$ 367.799.319,00 – trezentos e sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e nove mil, trezentos e dezenove reais[903]. Se, em termos absolutos e meramente numéricos, esses valores representavam apenas 0.91% do montante inicialmente previsto na LOA, em termos reais eles poderiam ter propiciado a ampliação de uma infinidade de políticas públicas. Muitos medicamentos poderiam ter sido comprados, mais leitos poderiam ter sido construídos, mais equipamentos poderiam ter sido adquiridos. Além disso, eles poderiam ter ensejado a incorporação de novas tecnologias – medicamentos e tratamentos – pelo SUS. Em tudo isso, esses valores contribuiriam para a minoração da pressão exercida sobre o Direito pela reserva do possível.

Por tudo isso, estamos convictos de que a configuração do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde, nos limites de nosso país, depende da compreensão da amplitude das ações e serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde à população brasileira. Para tanto, precisamos estar atentos aos pontos de partida constitucionais e legais relativos à matéria, bem como aos procedimentos administrativos e as portarias expedidas pelo Ministério da Saúde, no tocante à incorporação de tecnologias. E, no mais, é necessário que atinemos para a relevância, nesse contexto, da questão orçamentária.

---

possível [...]. [...] a motivação serve para que o administrador demonstre que sua conduta guarda relação com a realidade fática e está inserida no espaço de liberdade deixado pela ordem jurídica. Em última instância, tal demonstração deve servir até para desestimular o controle jurisdicional ou permitir que seja exercido de forma mais consistente. Além disso, a motivação é imprescindível para alimentar a crítica política e social" (MENDONÇA, 2008, p. 268). Nesse sentido, percebemos que a superveniência de circunstâncias excepcionais, como surtos epidêmicos e endêmicos, catástrofes naturais, surtos de violência pública, entre outras tantas situações atentatórias aos Direitos Humanos Fundamentais, poderia balizar a argumentação da Administração Pública pela retenção e remanejamento pontual de verbas anteriormente aprovadas pelo Legislativo. Em todo caso, entendemos que os cortes do orçamento devessem incidir primeiramente sobre as verbas destinadas à propaganda institucional e a serviços menos essenciais, a exemplo da construção de estádios esportivos, a fomentação da cultura e do turismo. Mesmo assim, essas decisões políticas teriam de respeitar o *locus* hermenêutico do Direito que é a Constituição. Por isso mesmo, não poderíamos negar ao Judiciário a possibilidade de analisar, uma vez provocado, a constitucionalidade das decisões políticas nessa seara. Mas este deveria respeitar, sob pena de ilegitimidade dos argumentos da decisão, os limites dos discursos de aplicação por ele manejados.

[903] Obtivemos acesso a esses dados na tabela descrita em (MENDONÇA, 2008, p. 239-240).

Daí, mais uma vez, a importância da gestão democrática do sistema de saúde. Ela pode contribuir para a formação dialógica das políticas públicas, além de propiciar arenas para o controle social da constituição e execução das mesmas. Se isso acontece, não é muito difícil imaginar que a densificação do programa e do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde 'caminhe a passos largos' para a validade. Entretanto, se os discursos de fundamentação que permeiam a incorporação de tecnologias, incluindo aqui os debates em torno do orçamento, se desnaturam em retórica instrumentalizada pela lógica do lucro a qualquer preço, ou do poder simplesmente pelo poder, não é complicado pensar que as decisões que deles resultam sejam ilegítimas. É também essa 'desvirtuação' que o controle jurisdicional deve procurar sanar, mas nunca a partir de novos discursos de fundamentação.

Fica, contudo, a seguinte questão: uma vez incorporada como política de saúde prestada pelo SUS, uma tecnologia pode ser posteriormente suprimida? Diante do que dissemos até aqui, é evidente que uma estratégia desse tipo reduz a extensão dos programas normativos que são pontos de referência para a delimitação, *in concreto*, do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Ainda assim, por toda a contingência que permeia a matéria, a exemplo da constante evolução da ciência, entendemos que a resposta deva ser positiva, mesmo porque, como dissemos no capítulo anterior, aderimos a uma versão fraca do princípio da vedação do retrocesso.

A título de exemplo, não podemos fechar os olhos para o fato de que, se hoje, o combate a doenças como a AIDS e o câncer depende de uma série de medicamentos e tratamentos, futuramente pode ser que se encontrem tecnologias mais eficazes para o combate de ambas. Da mesma forma, se hoje o tratamento dessas doenças é mais de controle e melhora da qualidade de vida do paciente, pode ser que, no futuro, a situação se altere a ponto de elas virem a ser erradicadas, como outras tantas o foram no passado. Se isso acontecer, parece evidente que as políticas de saúde relacionadas a essas enfermidades, muito mais que atualmente, se concentrem em medidas de prevenção. Da mesma forma, outras muitas doenças podem surgir, modificando as prioridades anteriormente estabelecidas. Fora isso, alterações climáticas (1), mudanças provenientes da urbanização (2), modificações situacionais derivadas de catástrofes, naturais ou não (3), podem transformar o pano de fundo que constitui, e no qual estão inseridos os cidadãos, a ponto de se justificar racionalmente a redução dos *pontos de referência* para a delimitação do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde em sede de discursos de fundamentação. Como já dissemos, no entanto, o limite a essa redução é justamente o núcleo essencial absoluto do Direito Fundamental à saúde.

Outra situação completamente diferente, e que não pode ser encarada como retrocesso social, é a exclusão de tecnologias que já foram eficazes, mas que, com o passar do tempo, perderam essa qualidade. Como explicou o médico Paulo Marcelo Gehm Hoff em relação aos tratamentos de câncer:

> É considerada pelo Estado de São Paulo obrigação do Estado atender às necessidades de saúde da população. Mas o Estado não é farmácia, e o tratamento deve ser um atendimento integral. Então, o controle de uso dessas medicações, bastante caro, precisa ser bem determinado.
> É idéia do Estado a de concentrar essas medicações não padronizadas em alguns centros de excelência em áreas específicas, o que permitirá, assim, que os pacientes sejam avaliados periodicamente e **que as medicações sejam utilizadas somente enquanto se estiverem em atividade.**
> **Na oncologia é comum que um remédio funcione por alguns meses e deixe de funcionar. É importante que se pare o remédio quando ele deixa de funcionar para não trazer detrimento ao paciente e para, obviamente, salvar recursos que poderão ser utilizados por outros pacientes** (BRASIL, 2010).

Ora, podemos tranquilamente depurar esse influxo para sustentar que, nesses casos, a alteração situacional justifica a consideração de algo que antes era devido/lícito como algo que, a partir de então, passa a ser indevido/ilícito. Isso não apenas deve ser levado em conta, em discursos de aplicação, para a delimitação do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde, como também justifica, inequivocamente, a alteração de programas normativos em sede de discursos de fundamentação. Com essa explicação, podemos passar ao próximo tópico deste capítulo.

6.2.2 A Assistência Privada à saúde

Se nossa pretensão é discutir o máximo possível de questões que, direta e indiretamente, permeiam a delimitação do âmbito normativo do Direito à saúde no Brasil, precisamos tecer considerações um pouco mais aprofundadas sobre a assistência privada à saúde.

Conforme já dissemos, durante a Constituinte de 1987-1988, a parcela da sociedade que defendia a monopolização do Estado das ações e serviços de saúde foi, gradativamente, perdendo força. No fim, com a promulgação da Constituição da República de 1988, a prestação da assistência à saúde restou expressamente facultada à iniciativa privada[904].

É importante lembrar que, até 1998, as 'normas gerais' acerca da matéria eram definidas pelo Código Civil de 1916, ao passo que as relações de consumo dela provenientes

[904] *"Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada"* (BRASIL, 1988).

eram reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC – Lei 8078/90. Com a entrada em vigor da Lei 9656/98 e, a partir de 2003[905], do Código Civil de 2002, a questão recebeu uma 'outra roupagem', restando inalterada apenas a regulamentação das relações de consumo atinentes à matéria. Ainda assim, a lei 9656/98 reforçou as exigências previstas na Lei 8078/90[906], relativas ao dever de informar devidamente o consumidor/segurado acerca do produto por ele pretendido/adquirido. Reforçou também a vedação de preconceito por motivo de idade ou deficiência física[907], critérios de discriminação flagrantemente inconstitucionais, infelizmente utilizados até hoje como impeditivo *velado* para a contratação de plano de assistência suplementar à saúde. Em 2000, a Lei 9961 ainda criou a ANS[908], que passou a ser responsável pela fiscalização e regulamentação dos planos e das pessoas jurídicas[909] fornecedoras de assistência privada à saúde.

Conquanto tenhamos ciência de que a compreensão holística das leis acima referidas seja de suma importância para a operação e intelecção da assistência suplementar à saúde, nos limites deste trabalho, interessam mais de perto os programas normativos que fazem

---

[905] É importante lembrar que o Código Civil de 2002 – Lei 10. 406 – entrou em vigor um ano após a sua publicação. Esse período de *vacacio legis* foi definido pelo programa normativo do artigo 2044, do próprio Código Civil de 2000, no capítulo final (ou livro complementar) das disposições finais e transitórias.

[906] *"Nesse sentido, dentre os dispositivos que devem obrigatoriamente constar dos contratos de planos de saúde estão: as condições de admissão; o início da vigência; os períodos da carência para consultas; internações, procedimentos e exames; as faixas etárias e os percentuais de reajuste; as condições de perda da qualidade de beneficiário; os eventos cobertos e excluídos; o regime ou tipo de contratação (individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão); a franquia; os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; a área geográfica de abrangência; os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; e o número de registro na ANS. Em obediência ao CDC, além das informações acima apontadas, todas as demais que expressem os direitos e os deveres das partes devem constar do contrato. Também em atendimento às leis sob análise, quando da contratação do plano de saúde, o consumidor deverá obrigatoriamente receber cópia do contrato, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações (Lei 8078/90, especialmente arts. 46 e 54, § 3º, e Lei 9656/98, art. 16, parágrafo único)"* (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 201-202).

[907] *"Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)"* (BRASIL, 1998).

[908] *"Art. 1º. É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS,* ***autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde****, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes"* (BRASIL, 2000 – grifo nosso).

[909] Nos termos do *caput* do artigo 1º, da Lei 9656/98, as operadoras de planos de assistência privada à saúde seriam pessoas jurídicas de Direito privado. Incluir-se-iam entre essas pessoas, além das seguradoras propriamente ditas, as sociedades empresárias – na maioria Bancos – e as cooperativas – a exemplo da UNIMED – que prestassem o aludido serviço, bem como as entidades ou sociedades empresárias que mantivessem sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão ou de administração (Art. 1º,§2º). A exploração desse serviço por pessoas físicas foi expressamente vedada pelo programa normativo do §5º, inscrito no mesmo artigo 1º da Lei 9656/98.

referência aos princípios atrelados à assistência privada, às coberturas propriamente ditas, oferecidas pelos mais diversos planos e seguros manejados nessa seara[910] e, finalmente, às disposições gerais aplicáveis a todas as modalidades de contrato, incluindo o período de carência e outras causas especiais de suspensão/exclusão das coberturas.

Obviamente, estamos conscientes dos limites de uma analítica apartada das situações específicas[911] que permeiam a aplicação desses programas normativos. Mas, neste tópico, a intenção é justamente destacar *alguns dos sentidos* semanticamente captados dos textos normativos atinentes à matéria, deixando em aberto a possibilidade de rediscussão desses sentidos em discursos de aplicação[912].

Começando, pois, pela discussão dos princípios atrelados à assistência privada à saúde, é preciso dizer que nossa concepção está assentada no postulado da Constituição como *locus* hermenêutico do Direito[913]. À luz desse postulado, entendemos aplicarem-se à assistência privada suplementar, nos limites do segmento contratado, todos os princípios/diretrizes constitucionais que com ela se compatibilizam, notadamente, a universalidade, a igualdade, a integralidade e mesmo a participação[914]. Isso, aliás, independe da alusão infraconstitucional a esses princípios, porquanto eles nada mais são que verdadeiros Direitos Fundamentais dos usuários de planos e contratos de assistência privada à saúde. Dizer o contrário seria o mesmo que desconsiderar a eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações entre particulares[915].

---

[910] Fazemos alusão aos dois termos - planos e seguros de assistência à saúde - por um motivo muito simples: no âmbito civil, existe uma discussão em torno da diferença entre essas duas figuras, que no fim das contas, está assentada na metafísica questão da *'natureza jurídica do contrato'* e na distinção entre as prestadoras de seguros (seguradoras propriamente ditas) e de planos de saúde. No entanto, a despeito de distingui-los em termos semânticos, não vemos grandes razões que, racionalmente, justifiquem a distinção dessas figuras. Por isso mesmo, por vezes nós mesmos as empregamos indistintamente. Para detalhes acerca da distinção clássica entre contratos de seguro e planos de saúde, vide (LOPES; GARCIA NETO, 2008, p. 170-174).

[911] É preciso relembrar que essas situações não podem ser completamente antecipadas em discursos de fundamentação. Por isso mesmo, todo e qualquer discurso de aplicação, não apenas de caráter jurisdicional, complementa os discursos de fundamentação por permitir a discussão de leituras mais atualizadas dos programas normativos, à luz das circunstâncias fáticas que permeiam cada caso.

[912] No tópico 6.4.1, a ser delineado no final deste capítulo, complementaremos nossa abordagem ao discutir alguns casos levados a juízo, ou, mais especificamente, a validade dos argumentos carreados na tentativa de justificar, naqueles contextos, a configuração do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde.

[913] Para mais detalhes sobre esse postulado, sugerimos um retorno ao capítulo segundo deste trabalho.

[914] Não vamos nos alongar neste ponto. Aos nossos olhos, em vista de tudo o que já dissemos, está evidente que consideramos **a participação** um elemento imprescindível para a aferição da legitimidade e para o controle de abusos na constituição e execução de normas válidas *prima facie*. Por isso mesmo, seria desejável, sobretudo em vista a relevância pública das ações e serviços de saúde, que a ANS, responsável pela regulação da matéria no âmbito privado, possuísse mais canais de interlocução e controle, a fim de que suas deliberações se tornassem mais legítimas, seja pela possibilidade de resgate intersubjetivo, seja pela possibilidade de controle social por parte da sociedade civil.

[915] No capítulo anterior, notadamente no tópico 5.3, também em nota de rodapé, já nos referimos às outras teorias afetas ao tema e manifestamos a nossa anuência à Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais entre particulares. Dissemos, inclusive, que essa é uma condição sem a qual não há como

Por certo, não olvidamos, ao sustentar uma posição como esta, que também a legislação infraconstitucional delineou uma série de princípios/diretrizes que, como normas válidas *prima facie*, aplicam-se concomitantemente à assistência pública e privada, no caso desta última, respeitando a compatibilidade e os limites do segmento contratado. Assim, evidentemente não desconsideramos a existência de princípios como os que definem, por um lado, o dever de divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário (i) e, por outro, a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática (ii), para ficar em dois exemplos expressamente referidos na Lei 8080/90. Esses princípios regulam a assistência pública, assim como a assistência privada à saúde, não se restringindo quanto a esta, aos serviços contratados e conveniados ao SUS, mas estendendo-se inclusive para além dos limites do contrato firmado entre operadora e consumidor[916][917].

Na verdade, a atenção a todos esses princípios constitucionais e infraconstitucionais é essencial para a legitimidade das deliberações da ANS, sobretudo aquelas voltadas para a definição das coberturas mínimas que devem constar nas modalidades básicas de planos e seguros de assistência suplementar à saúde. Na medida em que os toma como pilares deônticos de sua atuação reguladora e fiscalizadora, ela se torna mais apta para dizer o que é lícito e o que é ilícito no âmbito da assistência suplementar à saúde. Em outras palavras, ela deixa de sucumbir à lógica do lucro a qualquer preço e do poder simplesmente pelo poder, que por vezes contaminam as suas deliberações, e passa a definir, a partir da lógica binária do Direito, inclusive dialogicamente, quais são as tecnologias que devem ser alcançadas pelas coberturas contratuais. Por isso o respeito a esses programas normativos é condição da delimitação legítima sobre o assunto.

---

conceber um Direito verdadeiramente legítimo. Neste capítulo aprofundaremos essa assertiva tendo os olhos voltados para o Direito Fundamental à saúde.

916 Uma posição muito parecida é defendida por Salazar, Grou e Serrano Junior (2008). Ainda que não concordemos com os pressupostos de trabalho por eles utilizados, tributários de um viés de positivismo clássico, entendemos que são acertadas as suas considerações conclusivas acerca desse assunto em particular. Para mais detalhes, confira-se (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p.190 *et. seq.*).

917 A coerência de nossa posição pode ser medida pela incorporação expressa de alguns desses princípios no artigo 3º da Resolução Normativa nº 211/2010 da ANS. Ainda que isso não fosse necessário, como já antes dissemos, o referido programa normativo determina, em termos semânticos, que a atenção à saúde na assistência privada deve observar os princípios da atenção multiprofissional (a), da integralidade das ações respeitando a segmentação contratada (b), da incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças (c), bem como de estímulo ao parto normal (d), do uso da epidemiologia para monitoramento da qualidade das ações e gestão em saúde (e), além daquele que determina adoção de medidas que evitem a estigmatização dos portadores de transtornos mentais (f). O parágrafo único desse dispositivo, por sua vez, estabelece que os princípios acima referidos, respeitando-se obviamente as segmentações contratadas, devem ser observados em todos os níveis de atenção à saúde, com vistas à prevenção de riscos e doenças, ao diagnóstico, ao tratamento, à recuperação e à reabilitação e à promoção da saúde.

Uma vez conhecidos os princípios que devem reger a assistência suplementar à saúde e a atuação fiscalizadora/reguladora da ANS, é necessário perquirir as coberturas geralmente oferecidas pelos planos e seguros manejados nessa seara. Neste intento, precisamos estar cientes de que, diferentemente do sistema público, no sistema privado existem inúmeras modalidades de planos ou seguros de assistência suplementar oferecidos aos consumidores.

Nos termos da Lei 9656/98 e da Resolução Normativa nº 211/2010[918] da ANS, as modalidades básicas desses planos são as seguintes:

1 – PLANO-REFERÊNCIA
2 – PLANO-MÍNIMO
2.1 – Plano ambulatorial
2.2 – Plano hospitalar
2.3 – Plano hospitalar com obstetrícia
2.4 – Plano Odontológico
3 – PLANO-AMPLIADO

O **Plano-Referência**, justamente por imperativo da Lei 9656/98 e da RN 211/2010 da ANS, deve ser obrigatoriamente oferecido aos consumidores, pelas prestadoras de assistência privada à saúde. Sua cobertura assistencial, conforme artigo 10, da Lei 9656/98, engloba a assistência médico-ambulatorial e hospitalar[919], **com padrão de enfermaria**, bem como a internação em Centro de Terapia Intensiva ou similar, quando esta se mostrar necessária para o tratamento das patologias listadas na **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde**, oferecida pela Organização Mundial de Saúde.

Estão excluídos da cobertura oferecida por este plano, os tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais[920] (a), os para fins estéticos[921] (b), assim como as ósteses e

[918] A mais recente resolução voltada, principalmente, para a atualização do rol de Procedimentos e Eventos em saúde indicados como referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[919] Compreendendo partos e tratamentos realizados exclusivamente no Brasil.

[920] A RN 211/2010, por meio de seu artigo 16, §1º, inciso I, alíneas 'a', 'b' e 'c', descreve como tratamentos clínicos e cirúrgicos experimentais aqueles que empregam medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados ou não regularizados no país (a), que são considerados experimentais pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia – CFO (b) e, finalmente, cujas indicações não constem da bula/manual registrada na ANVISA (uso off-label) (c);

[921] A RN 211/2010, por meio de seu artigo 16, §1º, inciso II, descreve como procedimentos clínicos e cirúrgicos para fins estéticos *"aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

próteses[922] para este fim (c), os procedimentos de inseminação artificial[923] (d), de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, sejam eles realizados em spas, clínicas de repouso ou estâncias hidrominerais (e). Também não se incluem em sua cobertura **o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados**[924] (f), de medicamentos para tratamento domiciliar[925] (g), **de medicamentos prescritos durante internação hospitalar cuja eficácia e/ou efetividade tenham sido reprovadas pela Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde**, e de próteses, órteses e outros acessórios não ligados ao ato cirúrgico (h), bem como os tratamentos ilícitos ou antiéticos[926] (i). Por fim, estão excluídos os casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente (j) e o custeio de estabelecimentos para recolhimentos de idosos, bem como as internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar (l).

Por sua vez, o **Plano-Mínimo**[927] é apenas facultativamente oferecido ao mercado. Esse gênero possui como espécies o plano ambulatorial, o plano hospitalar, o plano hospitalar com obstetrícia e o plano odontológico, os quais podem ser disponibilizados de forma isolada ou combinada.

Nos termos do artigo 17, da RN 211/2010, **o plano ambulatorial** compreende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados **no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde**. Sua cobertura engloba consultas médicas em número ilimitado[928], em clínicas básicas e especializadas reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina (a), além dos serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos

---

[922] Nos termos da RN 211/2010, define como prótese *"qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido"* e, como órtese, *"qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[923] Especificamente, nos termos do artigo 16, §1º, inciso III, da RN 211/2010, *"a técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010)

[924] Conforme o artigo 16, §1º, inciso V, da RN 211/2010, assim entendidos *"aqueles produzidos fora do território nacional e **sem registro junto à ANVISA"*** (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[925] A RN 211/2010, por meio de seu artigo 16, §1º, inciso II, descreve medicamentos para tratamento domiciliar como *"aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, ressalvada a hipótese de a operadora oferecer internação domiciliar em substituição à internação hospitalar"*.

[926] Definidos, nos termos do Artigo 10, inciso IX, da Lei 9656/98 e do Artigo 16, inciso IX, da RN 211/2010, como os assim considerados sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes.

[927] A despeito de não ser definida normativamente, essa denominação possui um caráter didático interessante. Por isso mesmo, seguimos Cibele Gralha Mateus (2008) e empregamos essa classificação como *gênero* da modalidade que possui como espécies, o plano ambulatorial, o plano hospitalar, o plano hospitalar com obstetrícia e o plano odontológico.

[928] Inclusive consultas obstétricas para pré-natal.

ambulatoriais, incluindo procedimentos cirúrgicos ambulatoriais solicitados pelo médico ou cirurgião dentista assistente, mesmo quando realizados em ambiente hospitalar, desde que não se caracterizem como internação (b). Além disso, ela encampa **os medicamentos registrados/regularizados na ANVISA**, utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos contemplados pela ANS[929] (c), as consulta e sessões com nutricionista, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional e psicólogo, de acordo com o rol de procedimentos contemplados pela ANS e as Diretrizes de Utilização a serem estabelecidas pela Diretoria de Normas e Habilitação dos produtos – DIPRO (d), bem como a psicoterapia, realizada por psicólogo ou médico devidamente habilitados, de acordo com o número de sessões estabelecido nas Diretrizes de Utilização e no quadro de procedimentos contemplados pela ANS (e).

Esse plano ainda cobre os procedimentos devidamente listados no quadro anexo à RN 211/2010 para a segmentação ambulatorial, entre eles, o de reeducação e reabilitação física, em número ilimitado de sessões por ano, desde que ministrados por fisiatra ou fisioterapeuta (f), as ações de planejamento familiar (g), os atendimentos de urgência e emergência (h), a remoção depois de realizados os atendimentos classificados como urgência ou emergência – quando caracterizada pelo médico assistente a falta de recursos oferecidos pela unidade para a continuidade da atenção ao paciente ou pela necessidade de internação (i) –, os tratamentos de hemodiálise e diálise peritonial (j), de quimioterapia oncológica ambulatorial[930] (l), de radioterapia, de hemodinâmica ambulatorial[931], de hemoterapia ambulatorial e, finalmente, as cirurgias oftalmológicas ambulatoriais.

Estão excluídos da cobertura do plano ambulatorial quaisquer tipos de internação hospitalar, bem como os procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, assim como os serviços de internações em Unidade e Centro de Terapia Intensiva. Sua cobertura também não engloba, conforme artigo 17, parágrafo 2º, incisos I, II e II, da RN 211/2010, procedimentos que exijam forma de anestesia diversa da anestesia local,

---

[929] Descritos no quadro anexo à RN 211/2010.

[930] Entendida, nos termos do Art. 17, inciso XI, da RN 211/2010, *"como aquela baseada na administração de medicamentos para tratamento do câncer, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes que, independentemente da via de administração e da classe terapêutica necessitem, conforme prescrição do médico assistente, ser administrados sob intervenção ou supervisão direta de profissionais de saúde dentro de estabelecimento de Saúde"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[931] Desde que prescinda de internação e de apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, de unidade de terapia intensiva ou de unidades similares.

sedação ou bloqueio (i), quimioterapia oncológica intra-tecal ou que demande internação (ii) e embolizações (iii).

Já o **plano hospitalar**, conforme o artigo 18 da RN 211/2010, compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar, em número ilimitado de dias (1), e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência (2). Ele não inclui, no entanto, os procedimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, salvo quando necessários para a continuidade da assistência prestada, em nível de internação hospitalar, nos casos de hemodiálise e diálise peritonial (3), de quimioterapia oncológica ambulatorial (4), de radioterapias cobertas pelas segmentações ambulatorial e hospitalar (5), de hemoterapia (6), de nutrição parenteral ou enteral (7), de procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica (8), de embolizações (9), de radiologia intervencionista (10), de exames pré-anestésicos ou pré-cirúrgicos (11), de procedimentos de reeducação e reabilitação física (12) e de acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio dos pacientes submetidos aos transplantes realizados pela iniciativa privada (13). Em todos esses casos, entretanto, o requisito para a cobertura é a previsão no quadro anexo à RN 211/2010.

Além desses procedimentos, o plano hospitalar ainda possui cobertura de hospital-dia[932] para transtornos mentais, de acordo com as Diretrizes de Utilização a serem estabelecidas pela DIPRO (14), **para os transplantes devidamente listados no quadro anexo à RN 211/2010** (15), incluindo as despesas assistenciais com doadores vivos (16), os medicamentos utilizados durante a internação (17), o acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio (18), excluídos os medicamentos de manutenção. Ela ainda encampa as despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS (19).

Finalmente, sua cobertura alcança o atendimento por outros profissionais de saúde, de forma ilimitada durante o período de internação hospitalar, quando indicado pelo médico assistente (20), as órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos (21), as despesas relativas a um acompanhante[933] (22), os procedimentos cirúrgicos buco-maxilo-faciais listados no

[932] A RN 211/2010, notadamente no artigo 18, §1º, descreve hospital-dia para transtornos mentais como *"recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, que deve desenvolver programas de atenção e cuidados intensivos por equipe multiprofissional, visando substituir a internação convencional, e proporcionando ao beneficiário a mesma amplitude de cobertura oferecida em regime de internação hospitalar"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[933] Que inclui, nos termos do Art.18, VII, da RN 211/2010, a acomodação e alimentação necessárias à permanência do acompanhante, para crianças e adolescentes menores de 18 anos ou, conforme indicação do médico ou cirurgião dentista assistente e legislações vigentes, para acompanhantes de idosos a partir do 60 anos de idade, e pessoas portadoras de deficiências.

quadro anexo da RN 211/2010 para a segmentação hospitalar (23), incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar (24). Encampa também o custeio da estrutura hospitalar necessária à realização dos procedimentos odontológicos passíveis de realização ambulatorial, mas que por imperativo clínico necessitem de internação hospitalar (25), incluindo exames complementares (26) e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação necessárias durante o período de internação hospitalar (27).

A cobertura do **plano hospitalar com obstetrícia**, por sua vez, além dos procedimentos encampados pelo plano que acabamos de analisar (i), ainda alcança as técnicas relativas ao pré-natal (ii), à assistência ao parto (iii) e ao estado puerperal[934] (iv). Esse plano também cobre as despesas relativas a um acompanhante, indicado pela mulher durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, ou outra que venha substituí-la (v), e a assistência ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 dias após o parto (vi). É o que se depreende do artigo 19, da RN 211/2010.

Finalmente, o **plano odontológico** compreende a cobertura de todos os procedimentos listados no quadro anexo à RN 211/2010 para a segmentação odontológica[935]. Estão excluídos da cobertura desse plano os procedimentos buco-maxilo-faciais que necessitarem de internação hospitalar[936].

Concluindo a nossa exposição das modalidades básicas de planos e seguros de assistência suplementar, resta-nos apenas tecer um breve comentário sobre o **Plano-Ampliado**[937]. Em primeiro lugar, seu oferecimento aos consumidores também é uma

---

[934] *"O estado puerperal é o período que vai do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições anteriores à gravidez. Em outras palavras, é o espaço de tempo variável que vai do desprendimento da placenta até a involução total do organismo materno às suas condições anteriores ao processo de gestação. Puerpério vem de puer (criança) e parere (parir). Importante frisar que o puerpério não quer significar que sempre seja acarretado por uma perturbação psíquica, sendo necessário que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo na capacidade de entendimento ou autodeterminação da parturiente"*. (ENCICLOPÉDIA WIKIPÉDIA, 2011).

[935] Nos termos do Art. 20, §2º, da RN 211/2010, *"nas situações em que, por imperativo clínico, o atendimento odontológico necessite de suporte hospitalar para a sua realização, apenas os materiais odontológicos e honorários referentes aos procedimentos listados no Anexo para a segmentação odontológica deverão ser cobertos pelos planos odontológicos"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[936] Como vimos, esses procedimentos possuem cobertura obrigatória no plano de segmentação hospitalar e no plano-referência.

[937] Também seguimos, quanto a essa denominação, a Cibele Gralha Mateus (2008).

faculdade das operadoras[938]. A sua cobertura assistencial mínima, por sua vez, costuma englobar um padrão mais confortável para as acomodações[939], além dos procedimentos descritos no Plano-Referência (MATEUS, 2008, p. 141).

Dessa breve exposição, podemos concluir que todas as coberturas assistenciais mínimas, à exceção das relativas ao Plano Ampliado, são reguladas pela ANS. Em todas elas, existe uma tentativa de integração da assistência suplementar com a assistência pública à saúde, especialmente no tocante à vedação de tecnologias experimentais e/ou consideradas ilícitas em nosso país[940]. Isso, aliás, é uma das condições para a regulação adequada da saúde suplementar[941].

Ademais, existem disposições gerais aplicáveis a todas as modalidades de contrato, incluindo o período de carência e outras causas especiais de suspensão/exclusão de cobertura, além de algumas questões específicas em relação aos procedimentos de transplante, e ao ressarcimento do SUS pelas operadoras, que merecem uma breve consideração de nossa parte.

No tocante às disposições gerais, a RN 211/2010, notadamente em seu artigo sexto, estabelece que a participação de profissional médico anestesiologista, caso haja indicação clínica, possui cobertura assistencial obrigatória, desde que o procedimento que demanda a sua intervenção tenha sido contemplado pela ANS. Essa mesma resolução, através de seu artigo nono, determina que a assistência prestada aos portadores de transtornos mentais deve priorizar o atendimento ambulatorial e em consultórios, valendo-se da internação psiquiátrica

---

[938] Essa faculdade é claramente atrelada à iniciativa privada e à economia de mercado. No entanto, atualmente a autorização para o oferecimento aos consumidores de planos ou seguros com cobertura ampliada encontra-se expressamente descrita no programa normativo do artigo 15 da RN 211/2010: *"Art. 15. As operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão oferecer, por sua iniciativa, cobertura maior do que a mínima obrigatória prevista nesta Resolução Normativa e no seu Anexo, inclusive medicação de uso oral domiciliar"* (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[939] Apenas a título de curiosidade, ao invés do padrão de enfermaria, ele costuma cobrir o padrão de apartamento.

[940] Cabe esclarecer que é proibida a comercialização de toda e qualquer tecnologia experimental. Isso torna a sua cobertura pela assistência privada automaticamente ilícita. Por outro lado, as tecnologias consideradas ilícitas, propriamente ditas, são aquelas que já passaram pela fase experimental e, por algum motivo, foram proibidas no país. Sobre esse assunto, são esclarecedoras as considerações acerca dos procedimentos de registro de medicamentos junto à ANVISA e de incorporação de tecnologias pelo SUS, delineadas no tópico anterior.

[941] *"A adequada regulamentação e o funcionamento da saúde suplementar requerem que o poder público, as operadoras de planos de assistência à saúde, os prestadores de serviços e as entidades representativas dos beneficiários* ***recorram aos instrumentos de gestão de tecnologias a fim de definirem e observarem parâmetros e indicadores de qualidade dos serviços oferecidos****. A experiência vivenciada antes do marco regulatório do mercado de saúde suplementar, que se caracterizava pela ampla liberdade que as empresas do segmento detinham para definir o conteúdo dos produtos oferecidos, reforça a necessidade de a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, entidade reguladora do setor, adotar, dentre outras estratégias, a gestão de tecnologias em saúde. O propósito é cumprir sua missão institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde.* ***Reforça-se a participação da ANS no processo de gestão de tecnologias de forma integrada à Anvisa e ao Ministério da Saúde.*** *Isso porque, cerca de quarenta milhões de brasileiros beneficiários de planos de saúde têm assegurado também seu direito de acesso ao SUS, sendo garantido ainda o ressarcimento ao sistema público pelas operadoras."*(BRASIL, 2009).

apenas como último recurso terapêutico e sempre que houver indicação do médico assistente. O parágrafo único desse artigo ainda decreta que todos os procedimentos clínicos ou cirúrgicos decorrentes de transtornos mentais, inclusive aqueles necessários ao atendimento das lesões auto-infligidas, devem ser obrigatoriamente cobertos.

Por sua vez, o artigo 10 da resolução em comento determina a cobertura obrigatória dos procedimentos necessários ao tratamento de complicações clínicas e cirúrgicas, decorrentes de procedimentos não cobertos pelo plano, desde que as tecnologias para tanto tenham sido contempladas pela ANS e se adéquem às segmentações e aos prazos de carência e Cobertura Parcial Temporária – CPT[942]. Mas o seu parágrafo único estabelece uma exclusão a essa obrigação, ao definir que os procedimentos necessários ao seguimento de eventos excluídos da cobertura, como internação em leito de terapia intensiva após transplante não coberto, não são considerados tratamento de complicações, mas parte integrante do procedimento inicial.

Ora, não é difícil defender que essa exceção possa ser afastada, desde que a internação em CTI ou UTI decorra de complicações posteriores à saída do paciente do período de estabilização pós-operatório inerente a procedimentos de transplante. Em todo caso, essa é uma questão que só pode ser aferida *in concreto*, 'no calor dos acontecimentos'. Daí, mais uma vez, a necessidade de complementação dos discursos de fundamentação pelos de aplicação.

A RN 211/2010, especificamente através do artigo 11, ainda determina que os procedimentos realizados por laser, radiofreqüência, endoscopia, laparoscopia e demais escopias somente terão cobertura assegurada quando especificados entre as tecnologias contempladas pela ANS. Outra questão importante, sobretudo em um país de dimensões continentais como o nosso, e no qual os planos e seguros, não raras vezes, possuem coberturas com abrangências restritas ao âmbito do estado federado, é a determinação, descrita no artigo

[942] Nos termos do Art. 2º, inciso II, da Resolução Normativa nº 162/2007 a Cobertura Parcial Temporária (CPT), intimamente relacionada com o conceito de doença ou lesão preexistente, é definida como "*aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal*" (BRASIL, 2007). Em nossa ótica, essa é uma das questões mais complicadas em relação à assistência complementar. Em alguns casos, ela parece não se compatibilizar com o núcleo essencial do Direito Fundamental à saúde. No final deste tópico, voltaremos a essa questão.

12 da supracitada resolução normativa, de que o atendimento deve ser assegurado independente da circunstância e do local de ocorrência do evento[943].

Por fim, também é relevante mencionar o disposto no artigo 13 da RN 211/2010, segundo o qual, caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, ela está obrigada a obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da ANVISA, bem como a prestar as coberturas referidas no artigo 12, inciso II, alíneas 'c', 'd' e 'e', da Lei nº 9.656/98[944].

No entanto, no que toca ao período de carência e outras causas especiais de suspensão/exclusão de cobertura, a questão fica um pouco mais complicada. A mais polêmica temática relativa ao tema é a doença preexistente.

Segundo o programa normativo do artigo 11, da Lei 9656/98, a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à contratação, após vinte e quatro meses de vigência do plano ou seguro de assistência privada à saúde é completamente proibida. Isso significa que existe um período de carência, precisamente de dois anos, em que as operadoras não estão obrigadas a cobrir as patologias e lesões acerca das quais o consumidor já possuía conhecimento no momento da contratação[945].

A comprovação dessas doenças e lesões, bem como da ciência prévia do consumidor ou beneficiário acerca do assunto, evidentemente, são obrigações que recaem sobre a operadora do plano ou seguro privado[946]. Antes disso, é inclusive vedado suspender a assistência suplementar à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente.

---

[943] Isso evita, por exemplo, a inaceitável recusa de cobertura a patologias e danos que se manifestem em localidades diversas daquela abrangida pelo plano, uma vez que o segurado ou consumidor já tenha retornado ao local onde o plano possui validade.

[944] Notadamente, as coberturas *"de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação"* (c); *"de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, oxigênio, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar*" (d); e *"de taxa de sala de cirurgia, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, em território brasileiro, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato*" (e) (BRASIL, 1998)

[945] Nos termos do Art. 2º, inciso I, da Resolução Normativa nº 162/2007, editada pela ANS, consideram-se Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP) *"aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da Lei nº 9656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art 4º da Lei nº 9961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução*" (BRASIL, 2007).

[946] *"De acordo com o procedimento criado, o consumidor pode ser submetido a uma* ***entrevista qualificada*** *com médico integrante da lista de profissionais credenciados à operadora, gratuitamente, para preencher um documento de saúde, a* ***declaração de saúde****, no qual deve registrar a existência de eventual (ais) doença(s). Se preferir, o contratante pode realizá-la com médico de sua confiança, arcando com os custos, ou mesmo pode optar por preencher sem assistência o documento"* (GROU; SALAZAR; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 206). É a partir da análise desses fatores que, num procedimento conhecido como regulação de sinistro, a prestadora do serviço avalia se houve, ou não, o advento da cláusula de exclusão de cobertura consistente na doença preexistente.

Salazar, Grou e Serrano Junior (2008, p. 204) não enxergam com bons olhos a previsão legal do termo 'doença preexistente', sobretudo por considerarem que esse conceito não possui fundamento na literatura médica[947]. Chegam a dizer, em vista disso, que *"a inserção do termo 'doenças preexistentes' na Lei representou um retrocesso"*. Em que pese esse argumento, não vemos como um retrocesso nem a previsão descrita no artigo 11 da Lei 9656/98, nem a concepção exarada na RN nº 162/2007 acerca do conceito de doença preexistente. Estamos cientes de que muito se tem discutido sobre a legitimidade das Agências Reguladoras[948] mas, sinceramente, entendemos que a aludida limitação de cobertura passa pelos testes de racionalidade discursiva com os quais trabalhamos, assim como a concepção adotada acerca da doença preexistente.

Em primeiro lugar, a regulação da questão pela ANS possui suporte no texto do Art. 4º, IX, da Lei 9961/00, que deve ser visto como o que de fato ele é, uma norma válida *prima facie* com presunção de legitimidade[949]. No que toca à regulação propriamente dita, pensamos que sua função seja, por um lado, evitar que as pessoas optem por contratar planos ou seguros de assistência privada à saúde apenas quando acometidas por alguma patologia ou lesão e, por outro, justamente estabelecer um padrão possível de ser utilizado pelas operadoras para a aferição da condição de exclusão de cobertura em discussão.

Ainda assim, percebemos os problemas da *lógica linear* que vincula a identificação da doença preexistente às exclusões de cobertura contratual[950]. Afinal, mesmo para um leigo na ciência médica, não é difícil perceber que as causas de uma patologia podem ser inúmeras, muitas vezes, aliás, de difícil mensuração. Mas, por trabalharmos com padrões de moralidade e justiça pós-convencionais, entendemos ser racional e justificável o afastamento da aplicação

---

[947] E o fazem com o aval do Parecer CFM 16/97, por meio do qual o Conselho Federal de Medicina declara ser muito difícil, para não dizer impossível, determinar com exatidão a preexistência de uma doença sob a perspectiva médica (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 204 – nota de rodapé nº 23).

[948] Uma discussão aprofundada sobre esse assunto, para além do que já dissemos anteriormente, em muito nos afastaria dos objetivos centrais perseguidos por este trabalho. Em todo caso, vale destacar que estamos de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes e Paulo Macedo Garcia Neto, no sentido de que *"um temor nada desprezível gera-se quanto às regras mínimas que podem ser definidas administrativamente. A Agência Nacional de Saúde (ANS) e a Câmara de Saúde Complementar, criadas pela Lei 9961/2000 para opinar sobre o assunto e cooperar na regulação do setor,* ***podem estar excessivamente parecidas com os conselhos administrativos de geração anterior, menos abertos e mais cooperativos, sujeitos à subordinação dos interesses da própria indústria reguladora.*** *As novas agências reguladoras (Anatel e Aneel) já haviam apresentado formas bem mais modernas e dinâmicas de regulação administrativa"* (LOPES; GARCIA NETO, 2008, p. 165-166 – grifo nosso).

[949] *"Art. 4º. Compete à ANS: [...] IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes"* (BRASIL, 2000).

[950] *"A partir do conceito de doenças preexistentes, estabeleceu-se que é permitida a suspensão da cobertura de procedimentos de alta complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal, pelo prazo ininterrupto de até 24 meses"* (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 205).

desses e de outros programas normativos, em sede de discursos de aplicação, desde que eles se mostrem como pontos de partida inadequados para a delimitação do âmbito normativo da norma jurídica própria para a resolução do caso, em vista das especificidades situacionais que o circundam.

Menos polêmicos que a carência decorrente da doença preexistente, no entanto, são os períodos de carência estabelecidos para partos a termo, consultas e exames e atendimentos de urgência e emergência. No primeiro caso, a carência definida em lei é de trezentos dias, no segundo de duzentos e quarenta dias e no terceiro de vinte e quatro horas[951]. Aliás, a definição legal e a exigência de cobertura para atendimentos de urgência e emergência encontram-se no programa normativo do artigo 35-C, da Lei 9656/98[952]. Mas no tocante à regulamentação da matéria pela Resolução nº 13/1998, do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU –, estamos totalmente de acordo com a crítica de Salazar, Grou e Serrano Junior:

> A regulamentação deste dispositivo legal, efetuada por meio da Resolução 13/98 do CONSU, viola a própria lei, pois restringe significativamente a assistência à saúde em situações de urgência e emergência, criando hipóteses insustentáveis juridicamente que garantem apenas atendimento ambulatorial de 12 horas, em prejuízo à saúde e à vida do usuário.
> Convém salientar que casos de urgência e emergência, não raro, demandam procedimentos de estabilização que implicam a utilização de centro cirúrgico ou UTI por mais de 12 horas. A exclusão deste atendimento ao paciente com plano ambulatorial, ou hospitalar em cumprimento de carência, ou, ainda, a exclusão de paciente com complicações gestacionais (mesmo possuindo plano hospitalar com obstetrícia) cria situações absolutamente inaceitáveis do ponto de vista ético, médico

[951] É o que se depreende da leitura do Art. 12, incisos I a III, da Lei 9656/98.

[952] *"Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; III - de planejamento familiar. Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35"* (BRASIL, 1998). De acordo com o Art. 7º da Resolução Normativa nº 211/2010: *"Art. 7º* ***As ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do artigo 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico previstas no Anexo desta Resolução, observando-se as seguintes definições****: I – planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal; II– concepção: fusão de um espermatozóide com um óvulo, resultando na formação de um zigoto; III– anticoncepção: prevenção da concepção por bloqueio temporário ou permanente da fertilidade; IV- atividades educacionais: são aquelas executadas por profissional de saúde habilitado mediante a utilização de linguagem acessível, simples e precisa, com o objetivo de oferecer aos beneficiários os conhecimentos necessários para a escolha e posterior utilização do método mais adequado e propiciar a reflexão sobre temas relacionados à concepção e à anticoncepção, inclusive à sexualidade, podendo ser realizadas em grupo ou individualmente e permitindo a troca de informações e experiências baseadas na vivência de cada indivíduo do grupo; V – aconselhamento: processo de escuta ativa que pressupõe a identificação e acolhimento das demandas do indivíduo ou casal relacionadas às questões de planejamento familiar, prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - DST/AIDS e outras patologias que possam interferir na concepção/parto; e VI – atendimento clínico: realizado após as atividades educativas, incluindo anamnese, exame físico geral e ginecológico para subsidiar a escolha e prescrição do método mais adequado para concepção ou anticoncepção"*. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

> e legal, já que significa a 'ruptura' da assistência à saúde após determinado (e 'curto') período (SALAZAR. GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 209)

Na verdade, o que essa regulação tenta fazer, em certa medida, é ampliar o tempo de carência, para além dos períodos fixados em lei. Mas ela é incompatível com as peculiaridades fáticas que costumam demandar a internação em Centros e Unidades de Terapia Intensiva, e contrária aos procedimentos adequados que permeiam os tratamentos ministrados nesses casos. Se de fato esse argumento pragmático, sozinho, não pode justificar a declaração de inconstitucionalidade da aludida regulamentação, ele sem dúvida não poderia ser coerentemente desconsiderado quando da deliberação que a gerou. Ademais, somos do entendimento de que essa Resolução não se compatibiliza com a Constituição da República de 1988, inclusive por violar aquilo que entendemos por *núcleo essencial absoluto* do próprio Direito Fundamental à saúde[953]. E, por óbvio, não estamos aqui simplesmente a comparar programas normativos, mas a considerá-los à luz da faticidade que permeia, atualmente, o nosso mundo da vida.

Igualmente questionável é a não contemplação, pela ANS, de procedimentos como o **transplante de coração** e **de fígado**, o que termina por resultar na ausência de cobertura desses procedimentos pelas operadoras que oferecem planos e seguros de assistência suplementar à saúde. Simplesmente não visualizamos nenhum argumento, a não ser aquele de cunho estritamente econômico, que justifique essa omissão. Contra a sua racionalidade, no entanto, podemos levantar pelo menos quatro argumentos: em primeiro lugar, tanto o transplante de coração, quanto o de fígado já foram devidamente atestados como seguros, eficazes e de qualidade pela comunidade científica nacional e internacional[954]; em segundo lugar, já há muito esses procedimentos foram devidamente incorporados como políticas de saúde pelo SUS, o que significa que, além de eficazes, seguros e de qualidade, eles passaram pelos testes de infraestrutura para uso no país (i), de necessidade e relevância para a melhora da saúde pública (ii), e de custo e benefício[955] em relação comparativa com outras tecnologias (iii); em terceiro lugar, eles são os únicos procedimentos adequados para o tratamento de algumas patologias; finalmente, em quarto lugar, e aqui temos um paradoxo, a própria ANS já estabeleceu como devem se portar as operadoras de assistência privada à saúde em casos de

---

[953] Como dissemos no capitulo anterior, notadamente no tópico 5.3, ao menos em nosso entender o núcleo essencial dos Direitos Humanos Fundamentais, equivalente ao mínimo existencial, não pode ir aquém das necessidades antropológicas mais profundas do ser humano, **evidentemente 'medidas' através de uma perspectiva recíproca**, sob pena de romper quaisquer possibilidades de instauração legítima do Direito.

[954] Obviamente, se eles forem realizados com base nos procedimentos adequados para tanto e de acordo com os protocolos e diretrizes clínicas por meio dos quais foram incluídos como tecnológica coberta pelo SUS.

[955] Como já dissemos anteriormente, essa análise está necessariamente vinculada à questão orçamentária e às demais normas válidas *prima facie* relacionadas ao Direito Fundamental à saúde.

transplantes de córnea, renal, de medula óssea, ósseo vascularizado, de intestino, entre outros tantos que por ela já foram contemplados e devidamente incluídos na cobertura obrigatória dos Planos-Referência, Hospitalar e Hospitalar com obstetrícia[956], o que poderia, facilmente, servir de parâmetro também para os casos de transplante de coração e de fígado.

Por todos esses motivos, entendemos ser completamente ilegítima a não contemplação dessas tecnologias pela ANS. Essa postura acaba por fragilizar o próprio caráter suplementar da assistência privada à saúde em relação à assistência prestada pelo SUS, acabando, inclusive, por repercutir negativamente nesta última[957]. Em vista disso, pensamos que também este caso justificaria o ressarcimento do SUS pelas operadoras de planos e seguros suplementares à saúde, para além do que foi estabelecido no artigo 32, da Lei 9656/98[958].

Condenações judiciais nesse sentido talvez levassem as operadoras de planos e seguros suplementares a exigir a contemplação dessas tecnologias pela ANS, ao invés de pressioná-la a não fazê-lo. Em nossa ótica, desde que devidamente[959] fundamentadas interna e externamente, com a devida atenção aos limites do discurso de aplicação – e pensamos que estamos a contribuir para tanto –, as decisões judiciais não violariam o código binário, nem o caráter deontológico do Direito, antes, os fortaleceriam. Por isso mesmo, elas não implicariam ativismos. Ademais, às operadoras que pretendessem se esquivar desse tipo de condenação bastaria apenas abandonar a postura estratégica, e incluir em seus planos com cobertura para procedimentos clínicos e cirúrgicos, as referidas tecnologias. Convém alertar, entretanto, que a cobertura dos transplantes de coração e fígado pelas operadoras privadas evidentemente

---

[956] Através da RN 211/2010 a ANS já determinou o seguinte: *"Art. 8º Os procedimentos de transplante, no âmbito da prestação de serviços de saúde suplementar, deverão submeter-se à legislação específica vigente; § 1º Na saúde suplementar, os candidatos a transplante de órgãos e tecidos provenientes de doador cadáver deverão obrigatoriamente estar inscritos em uma das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDO e sujeitar-se-ão ao critério de fila única de espera e de seleção; § 2º As entidades privadas e equipes especializadas interessadas na realização de transplantes deverão observar o regulamento técnico – legislação vigente do Ministério da Saúde - que dispõe quanto à forma de autorização e cadastro junto ao Sistema Nacional de Transplante-SNT; § 3º São competências privativas das CNCDO, dentro das funções de gerenciamento que lhes são atribuídas pela legislação em vigor: I - determinar o encaminhamento de equipe especializada; e III - providenciar o transporte de tecidos e órgãos ao estabelecimento de saúde autorizado em que se encontre o receptor"*(AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010).

[957] *"Temos, dessa forma, uma conduta do setor privado prejudicial aos usuários e aos cofres públicos, ao passo que não garante a cobertura aos seus conveniados, em atenção aos princípios e diretrizes do SUS, e ainda permite a transferência do ônus dos tratamentos mais caros ou não cobertos pelas operadoras de planos de saúde exatamente para o sistema público"* (SALAZAR; GROU; SERRANO JUNIOR, 2008, p. 225)

[958] *"Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS"* (BRASIL, 1998).

[959] Ainda vamos aprofundar essa questão, notadamente no tópico 6.4.1, para além de tudo o que já dissemos acerca do assunto nos capítulos anteriores.

respeitaria os mesmos protocolos e diretrizes clínicas condicionantes do advento das condições indicadoras de transplante[960].

Elucidadas essas questões, podemos tecer algumas considerações acerca da horizontalização do Direito Fundamental à saúde.

6.2.3 Horizontalização do Direito Fundamental à saúde: algumas considerações

Estamos cientes das inúmeras vertentes teóricas que se debruçam sobre a questão da eficácia horizontal dos Direitos Humanos Fundamentais.

Conhecemos a concepção clássica delineada na *State Action Doctrine*[961], que, salvo em raríssimas exceções, nega a eficácia desses Direitos no âmbito das relações privadas, assim como a posição consubstanciada na *Public Function Theory*[962], no sentido de reconhecer a esses Direitos uma eficácia horizontal 'condicionada à função exercida pela entidade privada'. Também damos conta da vertente teórica traçada pela *Teoria da Eficácia indireta e mediata*[963], segundo a qual a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais estaria

---

[960] Uma leitura em sentido contrário, fatalmente implicaria violação do princípio da isonomia no tratamento.

[961] Segundo Sarmento *"é no direito norte-americano que a tese da não vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional teve maior difusão. É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais, previstos na* ***Bill of Rights*** *da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Para justificar esta posição, a doutrina apóia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais. Mas também são invocados outros argumentos teóricos, sendo o principal a preocupação com a autonomia privada, vocalizada nas lições de Laurence Tribe [...]. Além do argumento liberal, outra justificativa invocada para a doutrina da* ***state action*** *liga-se ao pacto federativo. Nos Estados Unidos, cumpre não esquecer, compete aos Estados e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a* ***state action*** *preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas"* (SARMENTO, 2004, p. 227-228)

[962] Conforme ensina Cruz, *"a partir da década de 1940, a Corte americana começa a temperar a* ***state action doctrine*** *por meio da conhecida* ***public function theory****, que, em síntese, assume que o Estado constitui empresas de cunho eminentemente privadas e que, de outro lado, delega funções tipicamente estatais para particulares. Assim, em casos que tais, seria possível a incidência dos direitos fundamentais"* (CRUZ, 2007, p. 344).

[963] A teoria da eficácia indireta e mediata dos Direitos Fundamentais na relação entre particulares, como bem ensinam Sarmento e Cruz, surge na década de 1950, a partir dos trabalhos precursores de Günter Dürig. Nas palavras de Sarmento, *"trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada"*. Segundo ele, *"Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental. Sem embargo, Dürig admite a necessidade de se construírem certas pontes entre o Direito*

condicionada à regulamentação da matéria pela legislação infraconstitucional, e não desconsideramos a *Teoria dos Deveres de Proteção*[964], que em muito se aproxima, quanto aos resultados, da posição anterior.

Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais" (SARMENTO, 2004:, p. 238-239). Segundo Cruz, essa teoria *"ganha notável adesão na doutrina alemã com as contribuições de Konrad Hesse, Ernst-Wolfgang Bockenförde e Karl Larenz"*. Já em Portugal, essa teoria contaria com o apoio de Flávio Lucas Pires e Carlos Alberto Mota, e, parcialmente, de J.J. Gomes Canotilho *"que dá sua adesão à aplicação mediata apenas quando se trata da incidência de direitos sociais prestacionais"* (CRUZ, 2007, p. 349). Ainda que existam outras críticas dirigidas a essa teoria, como bem noticia Sarmento (2004, p. 244-245), achamos particularmente interessante reproduzir as críticas a ela dirigidas por Cruz, com as quais estarmos completamente de acordo: *"A teoria da eficácia indireta e mediata parte também da concepção de uma supremacia da ordem privada sobre a pública, de forma que se justifique essa forma atenuada de incidência dos direitos fundamentais. O problema é tamanho que se tem uma verdadeira inversão, o que de certo ameaça o código binário do Direito: a aplicação da Constituição só é admitida para a colmatação de lacunas, como* ***standards*** *de interpretação ou a partir daquilo que dispôs o legislador infraconstitucional. Em outras palavras, o legislador ordinário acaba ganhando verdadeira primazia sobre o legislador constituinte. Mas, seus déficits não param por aí eis que inegável sua ligação umbilical com a jurisprudência dos valores [...]. Ademais, o fato de autorizar essa eficácia sobre normas legislativas com conceitos indeterminados definitivamente a lança para o patamar da filosofia da consciência e, para demonstrá-lo basta a pergunta: ora, se existem conceitos indeterminados, onde estão os conceitos determinados? Dito de outro modo, essa similitude entre a ontologia da estrutura do mundo com os signos, proposta pelo menos desde Platão, já não estaria superada também pelos trabalhos de Heidegger?"* (CRUZ, 2007, p. 349-350 – grifo nosso).

964 *"A teoria dos deveres de proteção, esposada, dentre outros, por Claus Wilhelm Canaris, Joseph Isensee e Klaus Stern, se aproxima da teoria da eficácia indireta, trazendo também para si as mesmas críticas. Seus defensores sustentam que não seria legítimo ao Judiciário apreciar lesões aos diretos fundamentais entre particulares, exceto pela via do controle omissivo de inconstitucionalidade, sob pena de grave ameaça à democracia. No entanto, o legislador político deveria ficar atento para não violar esses direitos fundamentais. Quanto ao Judiciário, seus cuidados se ligariam à concepção do* ***princípio da proibição do déficit*** [respeitando, ademais,] [...] *a liberdade desse legislador político na graduação dos valores constitucionais na esfera privada"* (CRUZ, 2007, p. 350-351).

Além disso, estamos inteirados da *Teoria da Eficácia Direta e Imediata*[965], concebida por Hans Karl Nipperdey, que não faz depender a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais de mediação pelo legislador infraconstitucional, sem, com isso, desprezar a existência de vertentes alternativas acerca do tema. Nesse sentido, estamos conscientes da *Teoria da Convergência Estadista*[966], de Jürgen Schwabe, que coloca 'de ponta cabeça' a doutrina da *State action*[967] ao conceber que todas as ações lesivas de particulares pudessem ser imputadas ao Estado, bem como da tese de 'três tempos' defendida por Robert Alexy, que tenta conciliar as Teorias da eficácia indireta e mediata (i), dos deveres de proteção (ii) e da eficácia horizontal direta e imediata (iii)[968][969].

---

965 *"A última teoria a ser examinada é exatamente a* ***teoria da eficácia direta e imediata*** *dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Inicialmente proposta por Hans Karl Nipperdey nos idos de 1950, essa concepção conseguiu a adesão de juristas do escol de Walter Leisner e Reinhold Zippelius. Nipperdey entendia, já na sua época, que algumas entidades privadas dispõem de um considerável poder político, econômico e social (****Sozialmachte****) capaz não só de afetar a sociedade, mas o Estado como um todo. Logo, não seria razoável que a aplicabilidade dos direitos fundamentais pudesse ficar adstrita (sic) às relações do indivíduo com o Estado, restando desamparadas nessa outra seara direitos como os da dignidade da pessoa humana, a isonomia e seu irmão siamês o direito à diferença. Na qualidade de Presidente do Tribunal Federal do Trabalho (****Bundesarbeitsgericht****) veio a aplicar sua proposta em duas decisões datadas respectivamente de 3 de dezembro de 1954 e de maio de 1957. Essa última reconheceu a nulidade por violação da dignidade da pessoa humana [da cláusula](sic) que previa a ruptura do contrato de trabalho caso as enfermeiras de hospitais viessem a engravidar"* (CRUZ, 2007, p. 351-352). Em que pese a sua origem alemã, essa teoria ganhou força e adeptos em diversos outros países, a exemplo da Itália, Espanha, Portugal, Argentina e Brasil como relatam Sarmento (2004), Cruz (2007) e Mateus (2008). A título de exemplo, eles levantam nomes como Gustavo Zagrebelsky, Vezio Crisafulli e Pietro Perlingeri, na Itália, Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao, Ubillos, Pedro de Vega Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño, Rafael Naranjo de la Cruz, na Espanha, Vital Moreira, Ana Prata, José João Nunes Abrantes e Canotilho – salvo em relação aos Direitos Sociais, em Portugal, e, entre nós, Ingo Wolfgang Sarlet (2007), SILVA, Gilmar Ferreira Mendes. Nesse sentido, vide principalmente (CRUZ, 2007, p. 352-353) e (SARMENTO, 2004, p. 247 *et. seq.).* Podemos incluir a essa lista o nome de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007, p. 354), com a ressalva de que o jurista mineiro tenta desvincular a tendência de horizontalização de uma lógica axiologizante do Direito. Vale ressaltar, ainda, que em 11/10/2005, no julgamento do RE 201819/RJ, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese da eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas. O caso envolvendo a União Brasileira dos Compositores (UCB) e Arthur Rodrigues Villarinho foi julgado em favor deste último, que havia sido excluído do quadro civil da UCB, contudo, sem que lhe fossem assegurados o direito à ampla defesa e ao contraditório. Na oportunidade, o Supremo entendeu que a penalidade ultrapassava os limites da autonomia particular da sociedade, e isso por violar o devido processo legal constitucional.

966 Nas palavras de Sarmento: *"Dentre as concepções que rejeitam tanto a tese da eficácia imediata como da eficácia mediata dos direitos fundamentais na esfera interprivada, destaca-se a doutrina desenvolvida em obra publicada em 1971 na Alemanha por Jürgen Schwabe – que foi designada como 'teoria da convergência estadista' –, e que provocou intensa polêmica no cenário germânico. Segundo Schawbe, é sempre o Estado o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas, razão pela qual, para ele, toda a discussão em torno da* ***Drittwirkung*** *na doutrina e na jurisprudência constituiria um grande equívoco, ou um problema meramente 'aparente'"* (SARMENTO, 2004: 262 – grifo nosso).

967 A expressão é de (CRUZ, 2007, p. 347).

968 Como bem explica Sarmento, Alexy *"vai propor uma solução que tenta conjugar aspectos de cada uma das três teorias acima mencionadas* [da eficácia indireta e mediata, da eficácia direta e imediata e dos deveres de proteção], *e que consubstancia, nas suas palavras, 'um modelo de três níveis de efeitos': o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados. A teoria do efeito mediato estaria situada no primeiro nível. Para Alexy, os juízes, como órgãos do Estado, estão obrigados a levar em consideração os direitos fundamentais, como valores objetivos, na interpretação e aplicação das normas de Direito Privado. Trata-se, portanto, de um dever do Estado. Já no segundo nível operaria a teoria dos deveres de proteção. Assim, quando o Judiciário, ao dirimir conflitos interprivados, não leva em conta os direitos fundamentais, ele, de acordo com Alexy, viola um direito fundamental do cidadão oponível frente ao*

De todas essas vertentes, entendemos que a posição mais coerente seja a delineada pela Teoria da Eficácia Horizontal Direta e Imediata. Nossa posição está assentada em uma série de razões atreladas, principalmente, aos ganhos de racionalidade decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*, a se destacar a percepção de que a incidência horizontal dos efeitos protetores dos Direitos Humanos Fundamentais constitui-se em condição e conseqüência simultânea da constituição e desenvolvimento legítimos do Estado Democrático de Direito[970].

Esclarecido esse pressuposto, precisamos responder quais são as suas repercussões para a delimitação do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. E isso perpassa, necessariamente, pela constatação de que, aliada à dimensão vertical, a eficácia horizontal dos efeitos protetores desse Direito intensifica a fluidez de seu conteúdo, abrindo um sem número de novas possibilidades para a sua efetivação.

Ninguém duvida que a vedação de atos lesivos à saúde das pessoas se estenda a todos os sujeitos privados[971]. Essa obrigação de abstenção, decorrente dos efeitos protetores do Direito Fundamental à saúde, necessariamente implica ações dispendiosas por parte do Estado, sobretudo para a manutenção do poder de polícia[972]. Mas em relação aos particulares

---

Estado. Cuida-se como afirmou Alexy, de '[...]un derecho del ciudadano frente a la justicia civil en el sentido de que ésta tome debidamente en cuenta el principio iusfundamental que habla a favor de la posición que hace valer el ciudadano'. E no terceiro nível, relativo às relações entre particulares, incide a teoria da eficácia imediata. Para Alexy, esta eficácia imediata não significa um câmbio entre os destinatários do direito fundamental, com a substituição do Estado pelo particular no pólo passivo do direito, mas sim que, '[...]por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, liberdades y no-liberdades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían'. Portanto, Alexy admite que a Constituição e os direitos fundamentais protejam efeitos diretos sobre as relações privadas" (SARMENTO, 2004, p. 264-265).

969 Estamos cientes das críticas dirigidas a cada uma dessas concepções. No entanto, não vamos nos alongar acerca desse tema, que em muito transcende os objetivos deste trabalho. Sobre o assunto, sugerimos a leitura da excelente obra de Sarmento (2004:223-275) e, ainda, da recente contribuição de Cruz (2007, p. 335-338; 2008b, p. 97-109).

970 Desde o capítulo segundo, por diversas vezes reiteramos que a garantia dos Direitos Fundamentais no plano horizontal e vertical constitui-se, simultaneamente, em condição e conseqüência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva.

971 "*Por exemplo, a dimensão defensiva do direito à saúde liga-se à obrigação de não adoção de qualquer comportamento que possa lesar ou ameaçar a saúde de seu titular. Já a dimensão prestacional corresponde a deveres comissivos atribuídos ao pólo passivo da relação jusfundamental. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos para o miserável, por exemplo, é uma manifestação da dimensão prestacional do direito à saúde. Firmada esta premissa, parece-nos possível advogar que, no tocante à dimensão defensiva, não existe qualquer argumento* ***a priori*** *que justifique a exclusão da aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, dentro dos mesmos limites e condições válidas para a eficácia horizontal dos direitos individuais"* (SARMENTO, 2004, p. 335). Como destacamos no capítulo anterior, notadamente no tópico 5.2.4.1, isso já era dito por Canotilho e Vital Moreira em 1993, ainda que sem os rebuscamentos teóricos trabalhados por Sarmento. Em que pese essa realidade, os juristas portugueses acreditavam piamente que a obrigação de abstenção, decorrente dos efeitos protetores do Direito Fundamental à saúde, fosse de fato isenta de custos por parte do Estado. O mesmo não pode ser dito em relação a Sarmento.

972 Ainda que diversas concepções de *poder de polícia* possam vir a ser delineadas diariamente, a nós parece interessante o ponto de partida fixado no Código Tributário Nacional, notadamente no artigo 78: "*Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou*

ela parece estar relacionada, em primeira instância ao menos, a uma abstenção. Aqui dois exemplos vêm a calhar: se, em vista dos efeitos protetores do Direito à saúde, os sujeitos privados – pessoas físicas e jurídicas – devem abster-se de comercializar mercadorias estragadas, remédios proibidos ou vencidos e quaisquer outras tecnologias que, comprovadamente, causem malefícios ao 'bem estar' físico e psicológico de outrem, de sua parte o Estado está obrigado a fiscalizar a atividade privada de modo a evitar esses tipos de conduta e coibir aqueles que as pratiquem. O mesmo acontece no caso de homicídios tentados ou consumados. Se os indivíduos privados devem abster-se de 'ferir a vida' de outrem, o Estado deve vigiar para que esses crimes não venham a ser cometidos, além de sancionar seus autores em caso de violação dos respectivos programas normativos inscritos no Código Penal. Em todos esses casos, o Estado age dispendiosamente; o particular, nem sempre.

Por outro lado, inúmeras dificuldades se apresentam quando, em jogo, estão obrigações de caráter prestacional. Como bem salienta Sarmento (2004, p. 337), daí decorrem os maiores problemas concernentes ao reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos sociais.

O jurista fluminense agrega informações históricas interessantes em relação a esta temática, as quais, em certa medida, já foram noticiadas neste trabalho quando discutimos a história da assistência pública à saúde em nosso país[973]. Segundo ele, a partir do momento em que o Estado assumiu a responsabilidade primária pela garantia de condições mínimas de vida para todos, passou-se a disseminar a noção de que a contribuição devida por cada pessoa privada para o bem estar dos excluídos seria adimplida mediante o pagamento de tributos ao Estado. Segundo essa visão, de posse dos recursos financeiros advindos dos tributos, incumbiria ao Estado geri-los da melhor forma possível, de modo a proporcionar a efetivação dos aludidos Direitos Fundamentais. No entanto, no exato ato de adimplir a obrigação tributária, os particulares estariam a desincumbir-se de qualquer responsabilidade relativa aos direitos sociais e econômicos das demais pessoas[974] (SARMENTO, 2004, p. 337).

---

liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos" (BRASIL, 1966).

973 *"No passado, não cabia ao Estado prover o bem estar dos mais pobres. Essa função era desempenhada por instituições de caridade da própria sociedade, como as igrejas, os orfanatos, asilos etc., a partir da ótica da caridade. No entanto, a partir do advento do Estado de Bem-Estar Social, passou-se a entender que a garantia de condições básicas de vida não era uma questão de caridade, mas de Direito. Esta nova concepção importou na assunção, pelo Estado, do dever primário de assegurar condições mínimas de vida para todos, através dos direitos sociais e econômicos"* (SARMENTO, 2004, p. 337).

974 A incoerência de um argumento como este é ainda maior para aqueles que, como nós, trabalham com os pressupostos da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. À luz desses pressupostos, mesmo após a sua

Um dos problemas dessa visão, como bem noticia Sarmento, é que ela simplifica ao extremo a questão das obrigações atreladas aos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, ele lembra que ao lado do dever primário do Estado existiria o dever secundário da sociedade de assegurar e garantir esses Direitos. No entanto, o jurista fluminense justifica a existência deste dever com base numa suposição axiologizante do Direito, a qual já foi por nós criticada nos capítulos anteriores[975]. Além disso, Sarmento (2004, p. 338) ainda chama a atenção para a crise de financiamento do Estado de bem-estar, que o impediria de atender a todas as demandas sociais relevantes, razão pela qual seria imprescindível encontrar outros co-responsáveis que pudessem contribuir para a redução da dramaticidade do quadro de miséria que assola a sociedade, sem que isso implicasse a exclusão da obrigação primária do Estado.

Gostaríamos apenas de acrescer, quanto ao assunto, que a crise do Estado Social foi também de legitimidade, razão pela qual desde a década de 1970 passou a surgir uma preocupação com a participação efetiva da sociedade civil na constituição e aplicação do Direito[976]. Ademais, convém lembrar que se o Direito Fundamental de uma única pessoa é violado, ou se deixa de efetivar-se por falta de condições estruturais, toda a sociedade sofre reflexamente os efeitos nefastos daí decorrentes[977].

Fora isso, e voltando ao assunto central deste tópico, não custa lembrar que perguntas do tipo 'em que situações um particular pode exigir de outro sujeito privado auxílios alimentares e residenciais', 'assistência médico-hospitalar e ambulatorial', além de 'condutas imprescindíveis para a manutenção de sua segurança e salubridade no ambiente laboral', pelo menos desde a década de 1940, habitam o imaginário das pessoas. Tanto é verdade que, no tocante à saúde do empregado, a matéria alcançou regulamentação ainda em 1943,

---

extensão para o âmbito vertical, não faz o menor sentido abrir mão da eficácia horizontal dos Direitos Humanos Fundamentais.

975 *"No entanto, este modelo é excessivamente simplificado. Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los.* ***Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade****"* (SARMENTO, 2004, p. 337 – grifo nosso). O problema nesse trecho, e aqui invocamos Cruz, por fazer nossas as suas palavras, é que *"tratar direitos fundamentais como valores, como preferências* [...] *importa em um risco grande demais para a consistência de uma democracia legítima, eis que abala tanto o código binário do direito como põe em risco a eqüiprimordialidade da autonomia pública com a privada"* (2007: 354). Para uma compreensão mais aprofundada acerca do assunto, sugerimos um retorno ao capítulo quarto deste trabalho.

976 Esse tema já foi em muito debatido pela Escola Mineira do Direito, pelo que a ele não retornaremos. Em todo caso, ele se encontra implícito em todo este trabalho. Para mais detalhes sobre o assunto, sugere-se a leitura de (HABERMAS, 2003, p. 123 et. seq), (OLIVEIRA, 2002; 2006;) (CARVALHO NETTO, 2004, p. 25-43) (GALLUPO, 2002) e (CRUZ, 2008a).

977 Se há déficit de educação, saúde, trabalho, lazer e moradia no interior da sociedade, para ficar em alguns exemplos, mais facilmente se manifestará a colonização do Direito pela lógica do lucro a qualquer preço e do poder simplesmente pelo poder. E quanto mais isso acontece, menos democrática e de direito é essa sociedade.

oportunidade em que, no Brasil, passou a vigorar a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT/Decreto-Lei 5452/43. Por isso mesmo, não podemos desconsiderar que, também por aqui, ao menos no tocante ao Direito ao Trabalho, indiscutivelmente conexo ao Direito à saúde[978], o trato do tema antecedeu em muito os debates que deram ensejo a promulgação da Constituição da República de 1988.

Mas é preciso lembrar que, assim como a eficácia vertical, a eficácia horizontal dos Direito Fundamentais não pode ficar na dependência da regulamentação infraconstitucional. Isso seria olvidar o caráter cogente (obrigatório) e deontológico (normativo) da própria Constituição. Não queremos dizer, com isso, que a regulamentação da matéria pelo legislador infraconstitucional – e mesmo a definição de estratégias de ação pelo Executivo, particularmente importante no caso da saúde – não facilitem a efetivação dos Direitos Fundamentais. É óbvio que o fazem, mesmo porque tudo isso agrega conteúdo aos programas normativos constitucionais, influindo, por conseguinte, na delimitação de seus respectivos âmbitos normativos[979]. No entanto, isso não pode justificar uma inversão da primazia da Constituição face à legislação infraconstitucional e delimitação de estratégias de ação.

Em vista disso, é preciso reconhecer que, além de justificar certos deveres de omissão por parte dos particulares, eficácia horizontal dos efeitos protetores do Direito à saúde, para falar com Sarmento, também se presta à fundamentação da constitucionalidade de sua regulamentação infraconstitucional[980][981].

---

[978] A interconexão do Direito à saúde com os demais Direitos Fundamentais é notória. E essa é uma questão para a qual já se chamava a atenção no curso da Assembléia Nacional Constituinte: "***O SR. PRESIDENTE (José Elias Murad)****: – Vamos dar a palavra, agora, ao Sr. Secretário-Geral do Ministério da Saúde, Dr. José Alberto Hermógenes, para, também na sua exposição geral, responder a várias perguntas.* ***O SR. JOSÉ ALBERTO HERMÓGENES:*** *[...] No que se refere ao enfoque de medicina preventiva, que alguns Deputados, principalmente o Constituinte Raimundo Bezerra se referiu e citou exemplos de doença de chagas, sem dúvida alguma, a idéia que se está fazendo aqui é a de unificarem-se todas as ações, é reverter essa tendência dos privilegiados, – que são os médicos, em relação a outras ações, e quando – isto também foi um ponto muito discutido na Comissão – se detalhou o que significava direito à saúde e se colocou aqui: "condições dignas de trabalho, saneamento, moradia, alimentação, educação, transporte e lazer, "porque assim, garantindo esses direitos dessa forma, se está garantindo a questão da saúde. Aí, eu lembraria, novamente, o nosso saudoso companheiro Carlos Gentil de Mello, quando dizia, no caso da Doença de Chagas, que essa doença não era um problema de BHC mas um problema de BNH". Então, com habitação se resolveria, evidentemente, essa questão"* (BRASIL, 1987-1988: 68).

[979] Dizer o contrário seria o mesmo que defender, por exemplo, que o combate a homicídios não fosse facilitado a partir da regulamentação da matéria pelo legislador infraconstitucional.

[980] "*O legislador não só pode, como em alguns casos está constitucionalmente obrigado a editar normas que imponham aos agentes privados certos deveres sociais. Neste sentido, justifica-se a produção legislativa garantindo, por exemplo, a gratuidade de transportes de massa para idosos e deficientes de baixa renda, impondo regras para os reajustes em planos de saúde em favor de pessoa idosa, obrigando os bancos privados a destinarem uma parcela dos recursos que captarem a programas de financiamento de habitação popular etc. Parece-nos radicalmente equivocado o entendimento daqueles que vêem, a priori, inconstitucionalidade nestas normas, argumentando que o dever de garantir os direitos sociais é do Estado, e que a única obrigação exigível do particular nesta seara relaciona-se ao pagamento de tributos. [...]* ***Portanto, no mínimo, a eficácia dos direitos sociais na relação entre particulares privadas presta-se para fundamentar a constitucionalidade das normas que, em favor destes direitos, impuserem limitações à autonomia privada dos agentes***

Contudo, se levarmos verdadeiramente a sério o caráter cogente e deontológico da Constituição, poderemos inclusive justificar a assunção de algumas obrigações positivas pelos particulares, relacionadas à garantia do Direito Fundamental à saúde, e isso independentemente de mediação da matéria pelo legislador infraconstitucional. Sob essa perspectiva, começam a fazer sentido indagações do tipo:

> [...] quais seriam as obrigações de um hospital privado para o atendimento de pessoas carentes diante dos direitos constitucionais à saúde e à vida? Quais os limites para o fornecimento de leitos em casos que tais? Considerações de caráter econômico para a sobrevivência da empresa, especialmente em um regime capitalista seriam legítimas? Até que ponto? Nesse sentido, quais as obrigações de uma farmácia particular oferecer remédios para os hipossuficientes? (CRUZ, 2007, p. 341)

Não possuímos nenhuma resposta *a priori* para essas indagações. Todavia, no atual estágio em que se encontra o discurso constitucional acerta da matéria, elas são perfeitamente justificáveis[982].

Seria uma incoerência pensar que os discursos de fundamentação que deram ensejo à promulgação da Constituição da República de 1988, bem como as sucessivas leituras que ela tem recebido por parte da doutrina e da jurisprudência, em nada pudessem contribuir com *pontos de partida legítimos* para a delimitação correta dessas obrigações no âmbito de um caso concreto. Da mesma forma, seria um absurdo defender uma abordagem holística do Direito, como temos feito desde o início, sem exigir que o intérprete estivesse atento a toda a regulamentação infraconstitucional acerca da matéria já existente no Brasil.

---

econômicos ou criarem obrigações positivas para os mesmos" (SARMENTO, 2004, p. 340-341 – grifo nosso).

[981] Não custa repetir, no entanto, que as nossas exigências em relação à legitimidade do discurso jurisdicional em sede de controle de constitucionalidade são muito maiores que aquelas impostas por Sarmento. Referimo-nos, aqui, às limitações argumentativas ligadas ao discurso jurisdicional de aplicação. Quanto a isso, vale um retorno ao capítulo quarto deste trabalho.

[982] "[...] *assume-se hoje como sedimentada a posição de acordo com a qual tanto o Estado quanto os particulares (pessoas físicas e jurídicas) encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais. Refutam-se, portanto, desde logo, as teses – minoritárias, convém frisar, no âmbito do mundo jurídico europeu e latino-americano – que a exemplo da doutrina americana da* ***state action*** *negam categoricamente qualquer vinculação de atos puramente* ***privados*** *e de entes particulares às cláusulas particulares. Assim, se em relação ao modo de incidência (portanto, ao modo pelo qual se dá a vinculação e os efeitos que dela se podem extrair) segue existindo controvérsia mesmo entre nós, quanto ao* ***se*** *(isto é, quanto (sic) ao fato em si de existir alguma vinculação) há como partir da premissa de que, justamente no contexto de um Estado Democrático de Direito, não há como afastar a existência desta vinculação. [...] Importa frisar, ainda mais que se está a tratar da eficácia dos direitos sociais, que como estes têm por objeto primacial a promoção da igualdade e liberdade material e compensação de graves desigualdades, bem como – e acima de tudo – a garantia de condições efetivas para uma vida digna, quanto maior a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (também sociais, portanto) na ordem* ***privada*** *quanto maior a eficácia social dos direitos fundamentais e dos direitos sociais"* (SARLET, 2007, p. 107-108).

Em nossa ótica, os intérpretes/aplicadores do Direito não só podem como devem, mantida a Constituição como *locus hermenêutico*, recorrer à legislação infraconstitucional existente, porquanto, a partir disso, eles ampliam o seu ângulo de visão acerca dos programas normativos que podem ser usados como pontos de referência para a delimitação concreta do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Além disso, eles devem estar conscientes da igual importância dos argumentos trazidos por cada uma das partes adversas, assim como do problema de enxergar a horizontalização como uma panacéia[983].

Na realidade, em nosso entendimento, o primeiro desafio dos intérpretes/aplicadores do Direito será aferir se a prestação pleiteada verdadeiramente pode ser englobada no âmbito normativo do Direito à saúde e, em caso positivo, até que ponto o seu adimplemento deve ser exigido de outro sujeito privado.

Para tanto, durante um processo argumentativo que demandará 'idas e vindas' por teses, narrativas fáticas e análise de questões técnicas, os intérpretes/aplicadores precisarão responder perguntas do tipo: O que dizem as partes? (a); qual é a leitura mais coerente das provas técnicas? (b); a tecnologia pleiteada é liberada para comercialização no Brasil? (c); se positivo, ela é incorporada como tecnologia pelo SUS?[984] (d); se não é incorporada, qual é a opinião exarada pela comunidade científica acerca da segurança, eficácia e qualidade desta tecnologia? (e); há um mínimo de vínculo entre as partes que seja suficientemente forte para justificar a responsabilidade do sujeito privado pelo adimplemento da obrigação? (f); que vínculo é esse? (g); se não há vinculo, quais são os padrões de reciprocidade que autorizam a dizer que existe uma responsabilidade do particular para com o adimplemento da prestação pleiteada pelo outro sujeito privado? (h); o autor da ação possui condições de arcar com o custeio da prestação cujo adimplemento está a exigir de outro sujeito privado (i)? Em todo este tempo, estar-se-á construindo, e de forma discursiva, a justificação interna da decisão jurisdicional, cuja correção ainda precisaria ser devidamente comprovada externamente.

No fim, a preocupação deverá ser a seguinte: a argumentação carreada para justificar a decisão é legítima? Em outras palavras, ela se sustenta sem desnaturar o discurso jurisdicional

---

[983] Por vezes a horizontalização não vai se mostrar como a opção adequada para a solução do caso. Isso acontece, por exemplo, quando as circunstâncias situacionais que a permeiam apontam para a inexistência do Direito naquele caso. Em outras palavras, pode ser que os sentidos atribuídos aos programas normativos que 'justificam' a pretensão levada a juízo, não se sustentem à luz de uma análise pragmática ampliada – isto é, sem que dessa decisão resulte uma desnaturação da decisão jurisdicional em decisão política (legislação).

[984] Ainda que o pleito não envolva diretamente o Estado, os padrões argumentativos que permeiam a incorporação ou a recusa de tecnologias pelo SUS não só podem como devem ser levados em conta na aferição da extensão da responsabilidade do particular. Em muitos casos, aliás, será justamente o reconhecimento da tecnologia pelo SUS, e a ausência de justificativas coerentes para a sua exclusão no âmbito de uma relação privada de assistência, por exemplo, que oferecerá aos julgadores o *standard* normativo necessário para a devida fundamentação da horizontalização.

em política, isto é, sem romper o código binário do Direito? Se a resposta nesse final for negativa, fatalmente o intérprete precisará rever esses argumentos, o que, eventualmente, poderá levá-lo a mudar de posição. Se, no entanto, a resposta for positiva, a tendência da extensão horizontal dos efeitos do Direito à saúde ter sido coerentemente justificada será muito grande.

A título de exemplo[985], pode ser que uma análise pragmática como a que acabamos de expor justifique a exigibilidade excepcional de um hospital privado atender pessoas carentes, uma vez vislumbrada a existência do Direito e a escassez de leitos, profissionais e outros tipos de recursos em hospitais públicos. São esses os casos em que, como já dissemos, as entidades privadas de saúde estarão obrigatoriamente subordinadas às diretrizes/princípios que regem o SUS, e isto, independentemente da existência de contrato público ou convênio firmado com o Poder Público.

Ainda assim, é necessário que se atente para a existência de vagas no estabelecimento privado, principalmente em casos em que o tratamento que se esteja a pleitear seja de grande demanda. Afinal, seria um absurdo retirar alguém já internado em uma UTI, e ainda necessitada de cuidados especiais, para internar outra pessoa em seu lugar. Um teste de reciprocidade, nesse caso, facilita a visualização de que não é legítimo recorrer à questão da carência para fundamentar uma decisão desse tipo[986]. Pode ser, ainda, que o hospital possa requerer restituição, do Estado, de parte dos valores despendidos com o tratamento da pessoa carente. E, eventualmente, também isso poderá se justificar argumentativamente.

Também é possível que, à luz de um caso específico, a eficácia horizontal do Direito à saúde se mostre tão coerente que justifique, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de cláusulas contratuais limitadoras de cobertura, a exemplo daquelas que reduzem os período de internação em CTI e UTI, nos casos de urgência. Outra possibilidade é a declaração de inconstitucionalidade de cláusula que justifica a negativa de cobertura em decorrência, unicamente, do atraso de uma parcela do prêmio. No entanto, pode ser que a recusa de cobertura seja justificável, como quando aquele que pleiteia a cobertura não possui plano ou

[985] Conquanto, nesse momento, não façamos qualquer alusão a casos processuais específicos, não custa dizer que tivemos contato com algumas causas relativas ao tema, e que acabam integrando nossos exemplos, durante o longo período em que fomos estagiários do escritório de advocacia Pinto & Soares Advogados Associados, de onde saímos ainda antes de nos formarmos, justamente por intentarmos, já àquela época, dar preferência à carreira acadêmica. Em todo caso, não custa agradecer, mais uma vez, pela oportunidade e pelos ensinamentos que por lá recebemos.

[986] Veja que, aqui, estamos a nos deparar com a escassez de recursos em sede de discursos de aplicação. Nesses casos, infelizmente, pode ser que a escassez impeça a efetivação de um Direito que de fato existe. Se isso ocorre, materializa-se um atentado contra a pessoa titular do Direito, e, reflexamente, uma violação dos pressupostos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Assim, a faticidade do mundo da vida acaba por imperar sobre a validade da decisão jurisdicional, o que enfraquece a pretensão de legitimidade de todo o Estado.

seguro de assistência privada com a operadora a quem ele imputa a obrigação – inexistência de vínculo contratual entre as partes[987] –, ou de inadimplemento integral do prêmio[988]. Por isso mesmo, não há como negar que a eficácia horizontal do Direito à saúde abra um leque de possibilidades para a justificação legítima de decisões jurisdicionais. Em todo caso, é preciso que os aplicadores/intérpretes estejam atentos às exigências argumentativas anteriormente referidas. Nesse ponto, a análise de um caso específico efetivamente levado a juízo é bastante relevante.

No **Recurso Especial nº 1.136.475/RS (2009/0076243-9)**, o mérito da causa consistia em saber se a Sociedade Empresária Pró Salute Ltda possuía, ou não, obrigação de custear as operações de retirada de excesso de tecido epitelial a que se submetera sua segurada, em decorrência de perda de peso acarretada por cirurgia de redução do estômago, esta sim, efetivamente coberta pelo plano de saúde contratado. Segundo a seguradora, as operações de retirada de pele excedente estariam excluídas expressamente da cobertura contratual, justamente em virtude de seu suposto caráter estético. Em primeira instância o pedido da segurada Elisângela Batassini Lima foi julgado procedente, decisão confirmada em sede recursal pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No Superior Tribunal de Justiça, além de questões atinentes a uma suposta nulidade do processo, a seguradora/recorrente alegou ofensa por parte da decisão recorrida em relação ao artigo 10, da Lei 9656/98, que regulara o contrato firmado com a segurada, estabelecendo a cláusula de exclusão de cobertura para procedimentos estéticos.

Em todas as instâncias, inclusive no STJ, a fundamentação das decisões esteve centrada na discussão em torno da ‘natureza das referidas cirurgias’, ‘se estéticas’ ou ‘se necessárias ao restabelecimento da saúde da paciente/segurada’. Nesse sentido, todas se apegaram essencialmente nas provas periciais médicas que apontaram no sentido contrário à tese da seguradora/recorrente, para afastar a aplicabilidade da cláusula de exclusão de cobertura no caso em análise:

> Veja-se, nesse ínterim, que as Instâncias ordinárias, com base em depoimentos e laudos médicos, confirmaram que as cirurgias de retirada de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipoctomia braçal) consistem (sic) no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma (decorrentes, repisa-se, da cirurgia bariátrica), o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética. Nesses termos, de forma uníssona, restou consignado pelas Instâncias ordinárias: "O Dr. Arielsons Milani assim atestou (fl. 22): 'a Sra. Elisângela Batassini Lima, como

[987] Nesse caso, uma questão relevante e que obrigatoriamente deverá ser levada em conta.
[988] Caso em que o vínculo entre as partes, que justificaria a eventual pretensão, no fim das contas nem chegou a se materializar.

> conseqüência da grande perda de peso, apresenta grande sobra de pele nas regiões abdominais anteriores e laterais, bem como na região posterior do tronco na área ilíaco-sacral. Esta deformidade provoca alterações patológicas na pele que dobrada sobre si mesma mantém-se úmida e propensa a infecções a infestações repetidas. O tratamento para as condições referidas deverá ser cirúrgico com remoção dos tecidos redundantes" (e-STJ - fl. 236) "Efetivamente, o médico Guilherme da Silva Oliveira, ao testemunhar em juízo, esclareceu que as cirurgias requeridas na inicial têm finalidade corretiva, e 'são conseqüentes, conseqüência do primeiro procedimento, então são complicações ou situações que exijam reparo posterior à cirurgia principal, que era a cirurgia de obesidade. O que acontece é que o excesso pode causar alguns problemas, e é feita então a retirada desse excesso de pele' (fl. 203)" (e-STJ - fl. 301). **De fato, não se afigura possível classificar as pretendidas cirurgias pela parte demandante como sendo mero tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, expressamente excluído pelo artigo 10 da Lei n 9.656/98. Dessa forma, tem-se que, encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subseqüentes ou conseqüentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética.** Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença, ressalte-se, expressamente acobertada pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tal contrato (BRASIL, 2010b).

Evidentemente, a prova pericial médica fortalecia pragmaticamente a conclusão de que as cirurgias para retirada de pele, no caso específico da segurada/recorrida, não podiam ser entendidas como procedimentos de caráter estético. Por esse motivo, a norma válida *prima facie* que apontava para a exclusão contratual de procedimentos estéticos mostrava-se inadequada para a solução do caso em comento.

Ocorre que, aos nossos olhos, a situação acima descrita ainda comportaria uma discussão mais aprofundada, concernente à configuração concreta do âmbito normativo do Direito à saúde da segurada e, por conseguinte, à extensão de seus efeitos protetores para o interior da relação contratual. Obviamente, isso não eliminaria a imprescindibilidade da discussão anterior, mas reforçaria a racionalidade discursiva e o caráter deontológico da decisão, na medida em que carreasse à fundamentação do julgado mais elementos indicativos da ilicitude da falta de cobertura por parte da seguradora. Se fosse encarada dessa forma, a resolução de demandas entre particulares poderia, inclusive, cumprir um caráter pedagógico para outras decisões afetas ao Direito à saúde, particularmente, aquelas em que o Estado se localiza no pólo passivo da lide. Dizemos isso pelo simples fato de que essa tese chama aplicadores/intérpretes do Direito a argumentar, o que, eventualmente, poderia contribuir para

a superação da lógica subsuntiva que, ainda hoje, insiste em imperar na maior parte dos julgamentos de demandas verticais[989] e horizontais[990].

No mais, a tese que ora delineamos está permanentemente aberta a novos casos, como as possibilidades de uma criança ou um adolescente exigirem de seus parentes com melhor condição econômica, na ausência dos pais, amparo residencial, alimentar e auxílio financeiro para contratação de assistência médico-hospitalar e ambulatorial suplementar ou, ainda, de um vizinho vir a exigir indenização de circunvizinho, em vista de contração de doença diretamente relacionada a desleixo deste para com o controle preventivo de focos da aludida patologia', no âmbito de sua residência. Entretanto, ela não recai em uma análise axiologizante do Direito, nem termina por diluí-lo à mera faticidade proveniente do mundo da vida.

Ela desvela a possibilidade de auxílio da sociedade na busca pela superação de óbices pragmáticos à efetividade do Direito à saúde – a exemplo da escassez de recursos[991] –, e isso por entender que, além de direito subjetivo de todos e dever do Estado, a saúde seja também um dever de cada sujeito que por aqui se estabeleça, independentemente de sua ascendência, desde que atue nos limites de nossa jurisdição. Assim, ela abre mais uma possibilidade para a uma *abordagem deontológica* da questão da *reserva do possível*, desafio primeiramente lançado por Cruz (2007).

6.3 Objeções e justificações ao controle jurisdicional do Direito Fundamental à saúde

Uma vez analisados os temas básicos mais diretamente relacionados com a fundamentação e execução do Direito à saúde, é chegado o momento de discutirmos até que

---

[989] No tópico 6.4.1, discutiremos uma série de casos que comprovarão o que acabamos de dizer, no tocante às demandas verticais – cidadão-Estado.

[990] Para se ter uma noção, atualmente a validade de cláusulas contratuais de exclusão ou limitação de cobertura é afastada, na maior parte das vezes, com base em raciocínios meramente metódico-dedutivos. Isso significa que, a partir da simples análise semântica de programas normativos, tomados como premissas maiores, e de uma narrativa fática apoiada em argumentos pragmáticos e morais, considerada como premissa menor, simplesmente termina-se por concluir que as cláusulas contratuais seriam abusivas (RESP. 332.691/SP, 842.408/RS, 251024/SP). Em alguns casos, os Tribunais chegam a considerar abusivas cláusulas que excluem da cobertura securitária a utilização de material importado, ou de tecnologias experimentais, e isso simplesmente a partir da argumentação de que tanto o primeiro, quanto as segundas seriam necessários ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Aos nossos olhos, construções argumentativas que exigissem um olhar mais holístico do Direito, sem o que, aliás, soçobra a própria coerência interna do sistema jurídico, poderiam facilitar a percepção da ilegitimidade de decisões desse tipo, como a delineada no REsp. 952.144/SP. Ainda assim, mesmo trabalhando com a eficácia horizontal direta do Direito à saúde, não desconsideramos a legislação infraconstitucional existente no Brasil acerca das relações entre particulares. Nesse sentido, a tese da constitucionalização do Direito Civil serve para fortalecer a percepção de que as partes não são obrigadas a arcar com qualquer tipo de ônus, independentemente daquilo que é lícito ou ilícito.

[991] Sobre o tema, sugerimos um retorno ao tópico 5.3, inscrito no capítulo quinto.

ponto o Judiciário deve influir nesse processo de concretização. Nesse intento, precisamos perpassar rapidamente pelas críticas e justificações da atuação jurisdicional nessa seara.

Conforme leciona Souza Neto (2008, p. 519 *et. seq.*), existem basicamente dois blocos de críticas dirigidas contra o controle jurisdicional dos Direitos sociais. O primeiro bloco é integrado pelas **Críticas Principiológicas** (1), que colocam em questão a própria legitimidade de o judiciário atuar na concretização de Direitos sociais. Elas encampam as objeções liberais (1.1) e democráticas (1.2). O segundo é composto pelas **Críticas Institucionais** (2), que apontam problemas de ordem pragmática decorrentes da determinação judicial de entrega de bens e serviços. Elas englobam a objeção financeira (2.1), a administrativa (2.2), a técnica (2.3), a econômica (2.4) e a relativa às desigualdades quanto ao acesso à justiça (2.5).

Das objeções liberais (1.1), a mais conhecida é aquela que se apega a uma concepção clássica do princípio da separação dos poderes, a fim de sustentar que a atuação do Judiciário no campo social representaria a usurpação das competências do Legislativo e do Executivo. Intimamente atrelada a essa crítica encontra-se a concepção segundo a qual os Direitos sociais não gozariam do mesmo *status* das liberdades civis e políticas[992]. Como vimos no capítulo anterior, aderem a essas duas concepções todos aqueles que negam uma faceta subjetiva aos Direitos sociais (SOUZA NETO, 2008, p. 519-521).

Ainda que assentadas em uma noção a muito superada acerca do princípio da separação dos poderes, bem como em uma concepção de Direitos sociais que não se sustenta à luz dos ganhos advindos da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*[993], essas objeções continuam a ser invocadas nas defesas do poder público em casos afetos ao Direito à saúde. É o que se afere a partir do estudo empírico desenvolvido por Hoffmann e Bentes (2008), ao menos em relação à separação dos poderes[994]. No que toca ao segundo argumento, não custa reafirmar que, até meados da década de 1990, ele ainda imperava nas decisões judiciais brasileiras relativas ao Direito em comento.

---

[992] Como destaca Souza Neto (2008, p. 521-522), é no âmbito do liberalismo *"que se situa também o contra-argumento mais importante para essa objeção. Os direitos sociais são condições da liberdade. A mera proclamação no texto constitucional, p. ex., do direito à escolha da profissão converte-se em letra morta se não se atribuem aos cidadãos condições efetivas para que essa escolha seja feita, em especial boas oportunidades educacionais. Por essa razão, ao concretizar direitos sociais, o Judiciário está promovendo a liberdade individual, garantindo as condições materiais para sua manifestação concreta. A atuação judiciária no campo social não é, portanto, incompatível com o liberalismo. Ao contrário, encontra no pensamento liberal alguns de seus principais argumentos de justificação"*. Quanto a isso – como, aliás, atestam os capítulos segundo e quinto deste trabalho –, estamos completamente de acordo com Souza Neto.

[993] Tratamos desses dois problemas, de forma pormenorizada, nos capítulos quarto e quinto deste trabalho.

[994] *"Em um nível mais geral, as autoridades públicas na condição de rés alegam freqüentemente que uma ordem judicial contra elas constitui violação da separação dos poderes, conforme institucionalizada no Artigo 2º da Constituição"* (HOFFMANN; BENTES, 2008, p.393).

As objeções democráticas (1.2), por sua vez, estão assentadas na noção de que a concretização jurisdicional de Direitos sociais seria sempre ilegítima, uma vez que conduzida por agentes que não teriam passado pelo crivo do voto popular. Carreadas por autores como Mark Tushnet e Ran Hirschl, essas críticas partem de uma concepção clássica e elitista do conceito de democracia, olvidando, por exemplo, a noção segundo a qual não há democracia sem limitação do poder exercido pela maioria:

> A democracia, ao contrário do que defendem os elitistas, incrementa a racionalidade das decisões públicas. A deliberação que deve preceder às decisões em um regime democrático torna disponíveis novas informações; permite que os interesses privados e as pretensões ilegítimas de poder sejam denunciados; obriga governantes a se justificarem publicamente; A democracia exerce uma importante 'função epistêmica'. A atribuição de competências sociais ao Judiciário **não** se justifica, portanto, por sua maior capacidade institucional de tomar decisões racionais. Contudo, **a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente.** Tais condições envolvem as liberdades básicas, mas também os direitos sociais fundamentais. [...] **ao garanti-los, o Judiciário capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público** (SOUZA NETO, 2008, p. 523 – grifo nosso).

Decerto, também nessa seara é preciso que se trabalhem *limites* à discricionariedade judicial[995]. Nesse sentido, como já antes dissemos, é necessário tomar consciência de que a liberdade argumentativa, em discursos jurisdicionais de aplicação, é muito menor que aquela manifesta em discursos de fundamentação.

O controle dos argumentos manejados em discursos jurisdicionais de aplicação é condição *sine qua non* da legitimidade do controle judicial das políticas públicas afetas à saúde. Isso porque, muitas vezes, decisões deveras 'bem intencionadas', por não se sustentarem em termos deontológicos, acabarão por prestar um desserviço ao Direito Fundamental à saúde. Um dos melhores exemplos disso, talvez sejam as decisões judiciais concessivas de tratamento contra patologia conhecida como Distrofia Muscular de Duchenne, à base de implante de mioblastos (MTT):

> Um caso extremo, nessa linha de estudos, é o do fisiologista chinês Peter Law, radicado nos Estados Unidos, que ofereceu, em parceria com três renomados médicos de São Paulo, o tratamento dito MTT contra Distrofia Muscular de Duchenne, à base de implante ou transferência de mioblastos.
> Controvertido desde o início, e eventualmente denunciado como falaz pela agência U.S. Food & Drug Administration (FDA), em 2000, e pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro, em 2002, Law e seus parceiros ainda assim conseguiram montar um consultório em São Paulo, em 1996, para onde atraíram várias crianças e adolescentes brasileiros que padeciam dessa doença e vários outros pacientes

[995] Eis uma pretensão claramente pós-positivista.

> estrangeiros que se submeteram ao tratamento de US$150.000. **Em nove causas, os pacientes (brasileiros) ganharam pleno ou parcial financiamento para o tratamento dos TJs em São Paulo e em Santa Catarina. Efetivamente, como foi mais tarde demonstrado por um jornalista investigativo, os sócios brasileiros de Law encorajaram pacientes em potencial a ajuizarem ações, para conseguirem o tratamento, e chegaram a encaminhar os pais das crianças até um advogado de sua própria confiança** (HOFFMANN; BENTES, 2008, p. 407).

Ainda analisaremos o prejuízo acarretado à efetivação do Direito Fundamental à saúde de um sem número de pessoas, em decorrência do raciocínio desenvolvido pelo Judiciário em casos como esse. Por ora basta dizer que é precisamente por isso que o controle ao qual nos referimos é tão importante. Afinal, é a consistência argumentativa da decisão, ou, mais especificamente, a sua coerência interna e externa à luz do código binário do Direito, que garantem a sua legitimidade, e isso por permitir o resgate discursivo dos fundamentos que deram ensejo ao julgamento.

Essa análise, por si só, já desvela que as Críticas Institucionais, doravante analisadas, conquanto não inviabilizem a apreciação judicial de demandas afetas aos Direitos Fundamentais sociais, não podem ser consideradas de todo incoerentes. Como bem salienta Souza Neto (2008, p. 525: 525), *"embora nenhuma delas seja suficiente para afastar a atuação judicial, são importantes para estabelecer sua conformação correta"*.

A começar pela objeção financeira (2.1), mais especificamente, a crítica à atuação judicial nas demandas afetas a Direitos sociais, alicerçada na tão conhecida e já discutida 'reserva do possível' – que, aliás, também é um conceito que comporta inúmeras concepções –, não custa repetir que ela de fato pode se apresentar como um óbice pragmático à concretização do Direito. Isso pode acontecer de duas formas distintas.

Na primeira situação, a reserva do possível já passou pelo filtro dos discursos de fundamentação e, diante de uma nova demanda, volta a se apresentar ao operador do Direito como limitador da pretensão. Isso acontece, por exemplo, quando já houve decisão pela incorporação de determinada tecnologia como política do SUS, o que, como já dissemos, está necessariamente atrelado à questão orçamentária, e, em vista de pedido levado a juízo, pretende-se rediscutir transversalmente essa deliberação.

Nesses casos, a discussão da reserva do possível está atrelada à complexa tarefa de delimitar, *in concreto*, o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. É por isso que existem limites argumentativos para o trato legítimo desse *standard* em sede de discursos de aplicação. Para ficar em um exemplo corriqueiro, se a pessoa pleiteia um remédio que não foi incorporado como tecnologia pelo SUS, a despeito de registrado junto à ANVISA, a discussão em juízo deve perpassar pelo que foi previamente discutido no processo administrativo-

deliberativo que resultou na decisão de não incorporação. E o dever de trazer essas questões à baila é da defesa[996].

No trato dessas questões em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, o que se deve perquirir é se as referidas deliberações foram colonizadas por *lobbies* contaminados pela lógica do lucro a qualquer preço ou do poder simplesmente pelo poder. E isso, certamente, toca a discussão em torno da suficiência do montante orçamentário destinado ao Ministério da Saúde. Diante de tamanha responsabilidade, entendemos ser plenamente racional a exigência de que a reconstrução de todos os argumentos desfiados nos aludidos 'discursos de fundamentação' não subverta o código binário do Direito. Isso está intimamente relacionado com o dever de manutenção hermenêutica da coesão do sistema jurídico, intimamente relacionado à consideração das consequências da decisão judicial à luz de exigências de reciprocidade[997], e à noção de que a 'supervaloração' de um Direito pode implicar a escavação de outros[998].

Já na segunda situação, a reserva do possível carreia problemas à executoriedade das decisões judiciais. Isso acontece quando, *in concreto*, se confirma a existência do Direito – isto é, quando as peculiaridades pragmáticas exigem a inclusão da pretensão levada a juízo no âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde –, e a reserva do possível se apresenta como pressão externa a obstar a sua efetividade[999]. Aqui o desafio não é mais discutir se há

---

[996] Se a defesa não o faz ela é falha. E esse é igualmente um problema grave, que pode ser derivado de uma série de fatores: pode ser que, em vista do excesso de demandas, os procuradores municipais e estaduais, assim como os advogados da União, não tenham recebido subsídios suficientes para a elaboração de defesa em tempo hábil (a); pode ser que, a despeito do tempo hábil, os entes públicos não tenham encaminhado os aludidos subsídios para a defesa (b); pode ser, ainda, que pela falta de contingente de procuradores em algumas localidades, e excesso de demandas, o Estado esteja a apresentar, em juízo, defesas corriqueiramente chamadas de 'chapas', sem as teses em questão (c); e, finalmente, pode ser que os procuradores desconheçam a importância da discussão dessas questões em casos que tais (d).

[997] Nesses casos, faz todo o sentido a seguinte consideração de Souza Neto: *"A verificação da insuficiência de recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade de casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exeqüível se a providência fosse universalizada* [...]. *O parâmetro da universalidade é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiverem sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais"* (SOUZA NETO, 2008, p. 526-527).

[998] Diante disso, concorda-se com Carvalho Netto (2003, p. 145) no sentido de que um dos grandes desafios postos na atualidade consiste em 'digerir a ideia' de que, se por um lado os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais. Isso porque, a qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos e à demarcação do campo invisível daqueles que são excluídos de sua titularidade. Essa afirmação há que ser bem entendida; ela simplesmente atesta que os Direitos Fundamentais não são absolutos, a despeito de imporem obrigações absolutas.

[999] Como bem salienta Souza Neto, *"se não há condições materiais concretas, a decisão judicial está condenada à inefetividade. O problema não é de legitimação. Sob o prisma democrático, o Judiciário estaria legitimado para garantir a observância do artigo 7º, IV, da Constituição Federal. O problema é de executoriedade"* (SOUZA NETO, 2008, p. 526). Um bom exemplo disso é o caso da inexistência de leitos/vagas em hospitais públicos e privados, que inviabiliza a internação e o tratamento de inúmeras pessoas, caso que já discutimos no

Direito, mas se à luz das circunstâncias existe alguma outra forma de viabilizar o seu exercício. Caso não haja, materializa-se um atentado contra a pessoa titular do Direito, e, reflexamente, uma violação dos pressupostos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Assim, a faticidade do mundo da vida acaba por imperar sobre a validade da decisão jurisdicional, o que enfraquece a pretensão de legitimidade de todo o Estado.

O que não pode ser esquecido é que a reserva do possível toca a garantia de todos os demais Direitos Humanos Fundamentais[1000]. Com esse comentário, podemos passar à análise da objeção administrativa (2.2).

Em síntese, essa crítica salienta que a atuação jurisdicional na concretização dos Direitos sociais contribuiria mais para a desorganização da Administração Pública, e isso por implicar um desvio de foco por parte dos gestores públicos. Ao invés de se preocupar com o planejamento e a execução de políticas públicas, esses gestores acabariam por se dedicar ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário. Esse é um dos motivos que levam autores como Virgílio Afonso da Silva, Cass R. Sunstein, Fernando Farcucy Scaff e José Reinaldo de Lima Lopes, cujas concepções estudamos no capítulo anterior, a conceber formas diferenciadas de apreciação dessas demandas pelo Judiciário.

De fato, esse é um problema particularmente relevante em relação à concretização judicial do Direito Fundamental à saúde. Como explica Souza Neto:

> É freqüente que, para receber medicamentos do poder público, o paciente deva se cadastrar em programa de atenção à saúde. Quando é proferida a decisão judicial, num litígio individual, o administrador, muitas vezes, retira o medicamento do programa, desatendendo o cidadão cadastrado. Não é incomum que decisões que determinam a internação de paciente em UTI de hospital público levem o administrador a retirar pacientes que estejam em estado mais grave. É pertinente a metáfora do cobertor curto: quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés (SOUZA NETO, 2008, p. 528).

Conscientes disso, quase todos os autores da 'nova guarda' do Direito Constitucional defendem que as decisões judiciais afetas à saúde precisam considerar as suas consequências em sentido macro. Além dos autores já referidos, Gustavo Amaral, Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso[1001], Álvaro Ricardo de Souza Cruz, e, é claro, Cláudio Pereira de Souza Neto, demonstram expressamente essa preocupação nos seus escritos[1002].

---

tópico 6.2.3. A despeito da 'profissão de fé de alguns incrédulos', esse óbice pragmático assola não apenas o Brasil, mas todas as áreas do planeta Terra. A título de exemplo, vale conferir a reportagem postada em (SAÚDEWEB, 2009)

[1000] Isso já foi suficientemente discutido nos capítulos anteriores.

[1001] *"Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva de deliberações dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e*

Por tudo o que já dissemos até aqui, é evidente que estamos plenamente de acordo com a assertiva de que os juízes, desembargadores e ministros devam considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso (microjustiça), mas, igualmente, as implicações decorrentes de suas decisões para o andamento regular da gestão pública (macrojustiça), na busca pela resposta correta dos casos levados a juízo. Também é correto, a nosso ver, que um aperfeiçoamento da *accountability* horizontal, isto é, um aprofundamento *"do dever de os poderes se justificarem mutuamente"*, contribua para decisões mais racionais nessa seara (SOUZA NETO, 2008, p. 529).

Portanto, também essa objeção não invalida o controle jurisdicional, a despeito de demandar um aperfeiçoamento desse serviço.

A próxima objeção é de cunho técnico. Ela salienta que o Judiciário não estaria capacitado, por falta de conhecimento técnico, a verificar qual a providência mais adequada no campo das políticas públicas, o que não poderia ser dito em relação ao Executivo. Essa também é uma crítica importante, que não só pode como deve ser estendida para objetar a legitimidade de o Judiciário proceder o exame de qual medida seria menos gravosa em termos de tecnologia médica – juízos de necessidade[1003]. Por isso mesmo, ela demanda uma *self restraint* por parte do Judiciário no que toca à adequação e necessidade das políticas públicas. Mas não obsta a apreciação de demandas afetas aos Direitos sociais quando o Judiciário respeita os limites do discurso de aplicação. Convém fazermo-nos mais claros nesse ponto.

É evidente que os juízes, desembargadores e ministros jamais podem abrir mão de uma análise pragmática dos programas normativos relacionados às demandas que apreciam, na tentativa de delimitar legitimamente o âmbito normativo da norma jurídica adequada para

---

consistência. [...] Mais recentemente vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a ***desorganização da Administração Pública****. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, cometendo a eficiência administrativa no atendimento de cada cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública"* (BARROSO, 2008, p. 891-894).

[1002] Para mais detalhes nesse sentido, sugere-se um retorno ao capítulo quinto deste trabalho.

[1003] Estamos a criticar a submáxima da necessidade, segunda etapa da máxima da proporcionalidade. A nosso ver, afora as questões referentes à racionalidade metódica implícita à versão pré-ordenada da máxima da proporcionalidade, em discursos jurisdicionais de aplicação não cabe ao intérprete discutir se a medida é, ou não, a menos gravosa. Essa análise subentende as noções da teoria externa (a) e do suporte fático amplo dos Direitos Humanos Fundamentais (b), cujos problemas já discutimos anteriormente. Ademais, o emprego do método ajuda a subverter o código binário do Direito. Afinal, deixa-se de discutir o que é devido no caso concreto para perquirir-se se, comparativamente, 'esta tecnologia é menos gravosa que aquela'. Ora, o problema dessa investigação em sede de discursos de aplicação é o seguinte: menos gravosa para quem, e sob que tipos de parâmetros. Como vimos no tópico 6.2.1, o processo de inclusão de tecnologias é bastante complexo, transcendendo em muito as competências jurisdicionais em sede de discursos de aplicação.

sua solução. Esse empreendimento não prescinde da análise dos argumentos que, previamente, trataram da questão e traduziram-na para o código do sistema jurídico em discursos de fundamentação e precisa estar aberto aos influxos advindos das partes, do Ministério Público[1004], de terceiros interessados ou não[1005], das provas técnicas, da doutrina jurídica especializada, de protocolos e diretrizes técnicas relacionadas à questão etc. Por isso mesmo, ele transcende em muito a simples análise monológica e subsuntiva de textos normativos.

Durante esse tempo, que perdura por todo o período em que o processo se estende, os intérpretes se deparam fatalmente com a dúvida pragmática acerca da eficiência da tecnologia pleiteada pela(s) parte(s), para o tratamento cirúrgico de sua(s) patologia(s). E, certamente, essa é uma questão que não pode ser desconsiderada para a devida resolução do caso concreto.

No entanto, é necessário que esses intérpretes/aplicadores do Direito se dêem conta de que a dúvida crucial atinente ao caso não diz respeito à eficiência da tecnologia pleiteada em relação a um determinado fim, mas sim, ao fato de se ela é considerada lícita no Brasil (a) e se, em vista das especificidades fáticas que permeiam a situação em análise, devem ser consideradas como inclusas no âmbito normativo do Direito que a parte autora alega possuir (b). Em outras palavras, a dúvida crucial a ser respondida no discurso jurisdicional de aplicação é relativa ao que é adequado/devido em termos normativos, para a solução do caso.

É justamente por isso que os juízes, desembargadores e ministros precisam voltar aos argumentos delineados no processo administrativo-deliberativo que resultou na decisão de não incorporação, a fim de comprovar a sua ilegitimidade em face da Constituição e da legislação existente, na busca pela justificação interna e externa da decisão concessiva de uma tecnologia que não conta com o SUS. Para tanto, ele deve se munir dos argumentos que permeiam o processo, e não se fechar em um juízo monológico e metodológico. Só assim a decisão judicial consegue se sustentar em termos deontológicos.

Por tudo isso, a crítica técnica deve ser levada a sério. Mas ela não infirma o controle jurisdicional quando ele se atém aos limites impostos pelos discursos de aplicação.

A penúltima objeção é levantada pela crítica econômica (2.4). Essa crítica é manejada pelos adeptos da análise econômica do Direito, mas, apenas em sua versão extremo-utilitarista, infirma completamente a apreciação judicial das demandas relativas a Direitos sociais. Ela está fundada no argumento de que o Judiciário não seria a melhor instância para

[1004] Quando este atua como fiscal da lei.

[1005] Como no caso de pronunciamentos de *amicus curiae* ou de especialistas ouvidos em Audiências Públicas promovidas para o debate mais ampliado da questão.

analisar essas questões, pelo simples fato de que seus juízos estariam pautados em uma noção de microjustiça, e não de macrojustiça. Aos olhos de seus adeptos, a melhor decisão seria sempre a que produz melhores efeitos práticos (eficiência) em um contexto marcado pela escassez inexorável de recursos[1006].

No Brasil, a despeito de trabalharem com os pressupostos da análise econômica do Direito, nem Gustavo Amaral, nem Luciano Benetti Timm – que, em nossa ótica, mais se aproxima de um viés utilitarista[1007] – negam a possibilidade de apreciação judicial de demandas relativas a Direitos sociais. Tanto é verdade que Amaral, com os olhos voltados para as demandas afetas ao Direito à saúde, estabelece inclusive um gráfico para representar a análise de custo/benefício que deveria ser procedida pelo Judiciário em questões que tais – cuja carência de racionalidade[1008] e legitimidade já discutimos anteriormente. Já Timm prefere defender a prioridade de demandas coletivas, ao invés das individuais. Em todo caso, por tudo o que já dissemos, é evidente que a versão extremo-utilitarista da crítica em comento não deve prevalecer contra a possibilidade de análise jurisdicional da matéria.

A última crítica é relativa às desigualdades quanto ao acesso à justiça (2.5). Um de seus principais argumentos, para falar com Souza Neto, é o de que aqueles que obtêm acesso à justiça, com providências jurisdicionais favoráveis, são predominantemente os membros da classe média, porquanto os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça (2008: 533).

Conquanto esse seja um dado verdadeiro, e que possa ser oposto contra o modelo de Estado Judicial Social[1009], ele não é válido contra a possibilidade de apreciação judicial de demandas relativas aos Direitos sociais:

> O argumento da desigualdade de acesso à justiça incorre em uma falácia: utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. A solução é aumentar o acesso à justiça ao pobre; é melhorar a Defensoria Pública e o Ministério Público, e fomentar a advocacia que representa a sociedade civil organizada (SOUZA NETO, 2008, p. 534).

[1006] *"No contexto da **análise econômica do direito**, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R$ 102.960. 276,00 que foram investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde. Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concedida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios"* (BARROSO, 2008, p. 894-895).

[1007] Nesse sentido, vide a primeira parte do tópico 5.2.4.2.3, inscrito no capitulo quinto deste trabalho.

[1008] Obviamente, a racionalidade discursiva com a qual trabalhamos.

[1009] Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao tópico 5.2.4.2.1, inscrito no capítulo quinto.

Esclarecidos esses pontos, podemos, finalmente, analisar quais são os desafios inerentes à delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação.

6.4 Em busca da delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde: uma perspectiva pragmática

Como já dissemos alhures, nem todo tipo de argumento é válido em sede de discursos jurisdicionais de aplicação. Na verdade, alguns deles, ao invés de reforçar a correção das decisões judiciais, terminam por subvertê-las em novos e anômalos discursos de fundamentação, propiciando ao juiz uma liberdade argumentativa incompatível com uma concepção *pós-positivista* do Direito e com a própria pretensão de desenvolvimento e consolidação de um Estado Democrático de Direito[1010].

Essa questão é particularmente problemática em decisões afetas ao Direito Fundamental à saúde. Nelas, como fundamentação interna do provimento jurisdicional do pedido, é bastante usual encontrar argumentos do tipo: 'se o Estado não prestar o tratamento a pessoa vai morrer'(a), 'o medicamento é eficaz ao tratamento da patologia e, por isso, o Estado não pode se furtar a prestá-lo ao pleiteante'(b), 'como a saúde é Direito de todos e dever do Estado, nos termos do artigo 196 da CR/88, este não pode deixar de custear o tratamento em fase experimental, pleiteado por pessoa carente (c)'[1011].

O primeiro argumento, de cunho eminentemente moral, deve ser analisado com enorme cautela. A partir dele – como, aliás, já explicamos – é possível deferir qualquer tipo de pretensão pleiteada com base no Direito à saúde, inclusive aquelas em relação às quais não há qualquer tipo de comprovação quanto à segurança, eficácia e qualidade, nem aval por parte da comunidade médica nacional e internacional. A partir desse critério, absolutamente tudo pode ser incluído no âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde[1012]. Mas isso ofende o

---

[1010] Sobre o assunto, sugerimos um retorno aos capítulos anteriores.

[1011] No tópico 6.4.1, isso será devidamente demonstrado pela análise de casos que faremos.

[1012] Como bem assevera Barcellos, "*se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico,* ***simplesmente não será possível definir coisa alguma.*** *Praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá enquadrar-se nesse critério, pois é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas*" (2008: 804 – grifo nosso). Em análise empírica do caso HIV/AIDS, Hoffmann e Bentes apontaram uma circunstância que apontava justamente a correção desse argumento: "*[...] dois problemas constantemente soerguidos pelas autoridades públicas são a não-avaliação de evidências técnicas e a ausência generalizada de perícia técnica, no judiciário.* ***Embora existam peritos técnicos à disposição dos Tribunais e no MP, eles freqüentemente não são usados para avaliarem quão sustentável seriam os argumentos técnicos aduzidos pelos autores.*** *Já em 2001, o programa nacional de HIV/AIDS, sobrecarregado pelo grande número de ações requisitando acesso ao* ***Kaletra*** *instou pacientes e juízes, respectivamente, a se absterem de reclamar e a*

novo paradigma sob o qual a Medicina está assentada – *Medicina baseada em evidências*[1013] – , os próprios padrões de conduta médica[10141015] e de incorporação de tecnologias de saúde no Brasil, além de contrariar os pressupostos da doutrina do **suporte fático restrito** do Direito Fundamental à saúde, que com eles é compatível.

O segundo argumento, com forte caráter pragmático, desconsidera uma questão elementar diante de tudo o que já dissemos: o dever do Estado para com a prestação de uma determinada política de saúde não é definido apenas pela eficácia da tecnologia em questão. Existem inúmeros outros fatores que não podem ser deixados de lado, como os argumentos que permeiam o processo administrativo-deliberativo de incorporação de tecnologias, que circundam a delimitação e execução do orçamento destinado ao Ministério da Saúde, além dos imperativos de efetivação de outros Direitos Fundamentais, igualmente dependentes de recursos econômicos escassos. O que assusta é a facilidade com que essas questões são esquecidas e, se não o são, como elas muitas vezes são subvalorizadas nos julgados relativos ao Direito Fundamental à saúde.

Já o terceiro argumento, de caráter eminentemente moral e ético-político, além de desconsiderar por completo todos os fatores anteriormente delineados, ainda está pautado em

---

darem ganho de causa àquelas ações sem avaliarem primeiro a receita e o diagnóstico de cada paciente. Mais tarde, o programa enfatizou o consenso da comunidade médica internacional, de que iniciar tratamento HAART ou usá-lo substitutivamente não constituía uma emergência médica, conforme alegava a maioria das ações requerendo, entre outros medicamentos, o ***Kaletra****.* ***Na visão do gestor federal do programa de HIV/AIDS, aqueles juízes, reclinados sobre receitas inadequadas e apoiadas na retórica de uma emergência de vida e morte, eram uma presa fácil para essas 'receitas que caem na moda', científica e economicamente insalubres"*** (BARCELLOS, 2008, p. 406-407 – grifo nosso).

[1013] Como salientou Paulo Dorneles Picon, representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre na Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo: *"A medicina vive, hoje, um novo paradigma [o da Medicina baseada em evidências] [...] que realmente revolucionou os processos de decisão médica.* ***Ele permitiu abolir condutas contestáveis, experimentais, e especialmente de risco aos pacientes. Tornou condutas benéficas absolutamente obrigatórias, e criou uma extratificação baseada na plausibilidade biológica e, ao mesmo tempo, na irrefutabilidade dos estudos que embasavam a decisão, com critérios definidos de meta-análise****; ensaios clínicos, vivencionados também aqui hoje;* ***estudos de corte; estudos de séries de casos e a opinião de especialistas. A própria OMS recomenda que sim, condutas não baseadas na evidência científica, portanto não protetoras, podem ser contestadas e devem ser contestadas****"* (BRASIL, 2010).

[1014]Como bem salientou Geraldo Guedes, representando o Conselho Federal de Medicina, na Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo, *"a princípio, portanto, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar um consenso científico sobre a abordagem de um tratamento.* ***Sem respaldo científico testado e aprovado, ele não pode se sobrepor ao consenso vigente****"*. Nesse sentido, também se manifestou Raul Cutait, Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo: *"O médico tem que decidir junto com o que as políticas de saúde permitem e baseado no conhecimento científico"*. (BRASIL, 2010 – grifo nosso).

[1015] Não podemos deixar de mencionar o que disse Paulo Marcelo Gehm Hoff, já antes mencionado, na mesma Audiência Pública promovida pelo Supremo: *"****É verdade que, ocasionalmente, as medicações não-comprovadas são usadas por médicos e pacientes em uma situação de desespero. Medicina baseada na esperança, e não medicina baseada em evidências.*** *Essa é uma realidade. Quando se tem o paciente sentado à sua frente, com um diagnóstico de câncer terminal, ele quer uma opção e, às vezes, o médico se sente compelido a usar uma medicação para a qual nem sempre há uma comprovação.* ***Essa prática não deve ser encorajada, mas há de se reconhecer que existe esse fator****"* (BRASIL, 2010 – grifo nosso).

uma racionalidade metódico-dedutiva que, no fim das contas, tenta justificar a validade da pretensão levada a juízo a partir de uma subsunção que toma o texto do artigo 196 da Constituição como premissa maior[1016] (a), a carência da pessoa que pleiteia a prestação como premissa menor (b) e o dever do Estado como a conclusão lógica da análise desse silogismo.

Por tudo isso, nenhum desses argumentos consegue passar no teste de racionalidade propiciado pelos ganhos da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*. Na verdade, o que eles fazem é camuflar uma 'nova forma' de discricionariedade judicial, que, aliás, não é elidida pela Teoria da Argumentação Jurídica quando esta é concebida como um caso especial de discurso prático geral[1017].

Somado a isso, existe ainda um dilema de cunho *eksistencial* do Dasein julgador, o qual se manifesta na exata medida de sua 'circunvisão', isto é, de suas experiências diárias e vivenciais. Estamos a nos referir ao dilema da *preocupação-com-o-outro*, cuja extensão certamente varia de pessoa para pessoa, mas que inevitavelmente permeia a existência humana:

> É certamente penoso para um magistrado negar, e.g., o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda [...]. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade [da maioria] do[s] magistrado[s], ou pelo menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica (BARCELLOS, 2008, p. 805-806).

Obviamente, as preocupações acima referidas estão impregnadas pelo ângulo de visão de Barcellos e, não necessariamente, são compartilhadas por todos os magistrados brasileiros. Ainda assim, o trecho ilustra a dramaticidade que permeia uma decisão judicial no âmbito da saúde, muitas vezes proferida em sede de antecipação de tutela, desvelando, ademais, os problemas e a ilegitimidade inerente a juízos monológicos.

Estamos com Habermas no sentido de que esse esforço hermenêutico deva ser encampado por uma teoria da argumentação que privilegie a formação de um juízo discursivo, através de garantias como a exigência de simetria entre as partes, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição – para ficar nos exemplos que já antes utilizamos[1018]. A

[1016] É óbvio, como veremos no próximo tópico, que outros programas normativos são carreados para justificar o raciocínio dedutivo acima descrito. O erro, todavia, não é este, mas confundir o texto com a norma e, ademais, desconsiderar completamente os influxos advindos do processo e de fora dele na tentativa de delimitar o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde.

[1017] E, certamente, a maior razão disso é a desconsideração da importante distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação no âmbito da Moral e do Direito. Para mais detalhes, sugerimos um retorno aos capítulos segundo e quarto deste trabalho.

[1018] Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao tópico 4.2.2, inscrito no capítulo quarto deste trabalho.

nosso ver, isso ameniza a dramaticidade das decisões afetas ao tema. Em todo caso, assim como o filósofo e sociólogo alemão, percebemos que a questão *eksistencial* antes referida jamais deixa de influir no julgamento dos magistrados – mesmo porque ela é condição de possibilidade para a compreensão do que quer que seja. Essa, aliás, é mais uma razão pela qual a decisão jurisdicional caminha permanentemente entre a faticidade e a validade.

Em que pese tudo isso, por concordamos com Sarmento e Cruz no sentido de que não caiba no Direito Contemporâneo a procura por um juiz virtuoso, estamos convencidos de que uma das formas de controlar a validade das decisões judiciais perpassa justamente pelo resgate discursivo dos argumentos carreados para a sua justificação interna e externa. É por essa razão que, aos nossos olhos, o controle da validade dos argumentos carreados em discursos jurisdicionais de aplicação, além de contribuir para a superação da discricionariedade judicial, assume o *status* de questão central na busca pela delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde.

6.4.1 Por um controle de validade dos argumentos delineados nos discursos jurisdicionais de aplicação afetos ao Direito Fundamental à saúde: uma análise de casos

Diante de tudo o que dissemos, é chegado o momento de analisar algumas decisões judiciais proferidas no Brasil, relativas ao Direito Fundamental à saúde. Nossa intenção não é tanto discutir se os julgamentos foram acertados ou não, mas, principalmente, investigar o nível de suas fundamentações internas e externas, e isso à luz dos padrões de racionalidade discursiva com os quais trabalhamos.

Na medida do possível, procuramos ser bem versáteis na seleção dos casos apreciados. No entanto, à exceção da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Suspensão de Liminar nº 228/2008, que enfrenta a omissão do Poder Público na construção de leitos de UTI's, todos os demais julgados lidam com pleitos por tratamentos cirúrgicos ou medicamentosos.

Começamos por uma das decisões mais citadas acerca do tema, proferida pelo Ministro Celso de Mello na **Petição nº 1.246-1/SC**, no ano de 1997. Trata-se de uma decisão monocrática, exarada indevidamente sob a forma de despacho, que enfrenta o já referido pedido de custeio estatal de tratamento para Distrofia Muscular de Duchenne, à base de

implante de mioblastos. A ação que deu ensejo à referida decisão foi proposta por João Batista Gonçalves Cordeiro em face do Estado de Santa Catarina[1019].

Em síntese, o autor alegou existir um tratamento eficaz para a cura de sua doença, então ministrado nos Estados Unidos[1020] (premissa maior). Em seguida, salientou que as previsões constitucionais inscritas nos artigos 6º, 196 e 227, §1º, relativas ao Direito Fundamental à saúde, indicavam que ele faria jus ao custeio estatal do referido tratamento (premissa menor) e que, em vista disso, o Estado de Santa Catarina deveria ser compelido a liberar os sessenta e três mil dólares – à época, correspondentes a R$ 67.634,36 (sessenta e sete mil, seiscentos e trinta e quatro reais e trinta e seis centavos) –, necessários à consecução do procedimento no exterior (conclusão).

Esse pedido viria a ser concedido, em sede de decisão liminar, pela juíza de Direito da 2º Vara da Comarca de Araraguá/SC. Contra essa decisão, o Estado de Santa Catarina interpôs Agravo de Instrumento, recebido pelo Tribunal de Justiça do respectivo ente federativo nos efeitos devolutivo e suspensivo. Ao final, no entanto, prevaleceu o entendimento de que a verba deveria ser liberada à mãe do menor, razão pela qual, contra o acórdão proferido no Agravo de Instrumento, o Estado recorreu ao Supremo Tribunal Federal. No recurso dirigido ao Supremo, o recorrente alegou que a decisão combatida, além de violar os artigos 37, 100 e 167 da Constituição da República, ainda ofendia o princípio da separação dos poderes. No entanto, contra esses argumentos, o Ministro Celso de Mello simplesmente asseverou:

> A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30).
>
> O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e

[1019] Enfrentamos grandes dificuldades de pesquisa no site do STF em relação a este caso. Por isso mesmo, na tentativa de apresentar uma narrativa mínima acerca do trâmite do processo, recorremos a (SCAFF, 2010, p. 30 et. seq).

[1020] Trata-se exatamente do tratamento desenvolvido pelo fisiologista Peter Law, que já à época, como dissemos, era denunciado como ineficaz para o fim a que se pretendia.

> secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76).(BRASIL, 1997a).

Inconformado com essa decisão, o Estado de Santa Catarina ainda recorreu ao Plenário do Supremo, desta feita aduzindo, além dos argumentos anteriormente referidos, que o pleito do autor era fundado em normas de caráter programático, incapazes de obrigar o Estado a custear tratamento médico-hospitalar não abrangido pelas ações e serviços públicos de saúde (a); que fora impossibilitado de discutir os valores pleiteados e a legitimidade dos documentos apresentados pelo autor (b); que o julgado poderia gerar um 'efeito cascata' que comprometeria a qualidade e a amplitude das ações e serviços de saúde prestados pelo Poder Público, beneficiando uma minoria em detrimento da maioria da população[1021] (c); que o tratamento pleiteado encontrava-se ainda em fase experimental, não havendo nem sequer um caso em que ele tivesse se mostrado eficiente para a cura da patologia do autor, e que essa era a razão de sua não inclusão como tecnologia de saúde pelo SUS (d); que se prevalecesse o raciocínio da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, a conseqüência seria o reconhecimento de um *"direito irrestrito de todas as pessoas ao que de melhor, mais caro e mais avançado existir no mundo todo em termos de assistência médico hospitalar para os mais variados males"*, o que seria completamente irrealizável (e) (SCAFF, 2010, p. 31-32).

No entanto, o Plenário do Supremo decidiu não enfrentar o mérito do recurso, preferindo asseverar, vencido o Ministro Celso de Mello, que não competia ao Presidente do STF o julgamento de pedido de suspensão de liminar concedida em primeira instância e confirmada por tribunal em sede de agravo de instrumento. Com base nisso, o Tribunal não conheceu do pedido de suspensão de liminar formulado pelo Estado de Santa Catarina, dando por prejudicado o julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello[1022].

[1021] Aqui o recorrente pretendia chamar a atenção do pleno do STF para os *"[...] os riscos que a decisão liminar acarreta à saúde e à vida de milhares de doentes pobres e que dependem de tratamento inadiável em razão dos limitados recursos estabelecidos pela lei para os programas e políticas públicas de atendimento à população universalmente considerada, pois estes ficarão restringidos em face da transferência de recursos ordenada pela decisão judicial para outras finalidades que não as previstas em lei"* (SCAFF, 2010, p. 32).

[1022] *"Suspensão de Segurança: Competência. Não compete ao Presidente do STF o julgamento de pedido de suspensão de liminar concedida em primeira instância e confirmada por tribunal em sede de agravo de instrumento. Com base neste fundamento, o Tribunal, julgando agravo regimental interposto contra decisão do Presidente em exercício que indeferira suspensão de liminar requerida pelo Estado de Santa Catarina, não*

Neste trabalho, não interessa tanto a argumentação processual alinhavada na decisão colegiada proferida pelo Plenário do Supremo. Ainda assim, gostaríamos apenas de indagar o seguinte: se a liminar não possuísse fundamentos legítimos de validade, poderia ela passar ao largo do controle difuso de constitucionalidade? Em outras palavras: se ela se mostrasse ofensiva a uma leitura holística da Constituição, implicando rompimento do código binário e da coerência hermeneuticamente alcançada do sistema jurídico, haveria de fato incompetência do Presidente do Supremo para apreciar o pedido pela sua suspensão? E mais ainda: não seria a decisão do Plenário apenas um subterfúgio para manter a decisão monocrática do Presidente? Aos nossos olhos, as duas primeiras perguntas devem ser respondidas negativamente. Já a última parece comportar uma resposta positiva.

Com esse breve comentário, podemos voltar nossos olhos para a decisão do Ministro Celso de Mello. Seria de fato legítima a manutenção da liminar concedida em primeira instância? A nosso ver, não, e isso por uma série de fatores.

Em primeiro lugar, o Ministro Celso de Mello nem sequer cogitou a hipótese de o tratamento pleiteado não integrar o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Visivelmente sensibilizado com a situação do menor que ajuizara a ação, sua argumentação 'despencou' para o campo da moral convencional (ética), a fim de justificar um dever de garantia por parte do Estado que, em verdade, não se sustentava em termos de reciprocidade pós-convencional.

Na verdade, à luz das três premissas que buscavam justificar a decisão, absolutamente tudo o que viesse a ser pleiteado com vistas à proteção do Direito à saúde deveria ser deferido, inclusive os tratamentos em fase experimental ou declarados ilegais no Brasil. Referimo-nos especificamente à suposição de que o Direito Fundamental à saúde, por estar atrelado 'ao direito subjetivo inalienável à vida', pudesse ser considerado um Direito absoluto (a), de que o tratamento pleiteado fosse verdadeiramente o único meio capaz de salvar a vida do paciente (b) e de que não caberia ao Estado dar primazia a questões de ordem econômica em detrimento de um Direito de tamanha primazia (c).

O problema é que, naquela época, as opiniões da comunidade científica e da Agência Reguladora *U.S. Food & Drug Administration* já apontavam para a falácia do tratamento à

---

conheceu do pedido de suspensão, dando por prejudicado o julgamento do agravo regimental. A liminar cuja suspensão se pretendia determinou a liberação de R$ 67.634,36 para o tratamento de saúde, a ser feito no exterior, de portador de doença rara denominada distrofia muscular de Duchenne. Precedentes citados: SS 582-RJ (RTJ 150/695) e PET (AgRg) 810-DF (DJU de 8.4.94). Petição 1.246-SC (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 9.4.97". (BRASIL, 1997b).

base de mioblastos no combate da Distrofia Muscular de Duchenne[1023]. Elas atestavam não existirem nem sequer indícios mínimos de sua eficácia, e isso pelo fato de que absolutamente ninguém havia se curado, nem mesmo apresentado respostas favoráveis em virtude do aludido procedimento[1024]. Esses fatores já indicavam a coerência da não incorporação do tratamento como política pública oferecida pelo SUS.

Fora isso, conquanto estivéssemos a iniciar uma fase de romantismo constitucional e de repulsa a conservadorismos nefastos[1025], até então imperantes, entendemos não ser demasiado exigir que os intérpretes/aplicadores do Direito, já em meados da década de 1990, pudessem supor que o Direito Fundamental à saúde de um sem número de pessoas deixaria de ser garantido em decorrência de decisões judiciais pautadas em 'meros achismos/suposições'. Mesmo percebendo que o argumento da reserva do possível, àquela época, estivesse a

[1023] Como noticiamos no tópico anterior, já naquela época, a ineficácia do tratamento de Distrofia Muscular de Duchenne a partir de implante de mioblastos era denunciada pela Agência Reguladora *U.S. Food & Drug Administration.* Anos mais tarde, o Conselho Federal de Medicina viria a proibir a sua realização em todo o território nacional, além de vedar o encaminhamento de pacientes por médicos brasileiros para sua realização no exterior. Essas proibições foram delineadas na Resolução CFM nº 1637/2002, que se fundava no fato de que o aludido procedimento se mostrara comprovadamente ineficaz e prejudicial à saúde dos pacientes.

[1024] Isso viria a ser posteriormente esclarecido na Resolução CFM 1637/2002: *"RESOLUÇÃO CFM nº 1.637/2002: O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO que a Lei nº 3.268/57 confere aos Conselhos de Medicina a obrigação de zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance para o perfeito desempenho ético da Medicina; CONSIDERANDO que o alvo da atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional;* ***CONSIDERANDO a falsa expectativa de resultados terapêuticos criada pela publicidade da transferência de mioblastos nos meios de comunicação, especialmente na Internet; CONSIDERANDO a falta de comprovação científica dos possíveis efeitos terapêuticos acerca da transferência de mioblastos na distrofia muscular progressiva;*** *CONSIDERANDO que decisões do Poder Judiciário basearam-se na falsa suposição da tal terapia ser o único meio capaz de salvar a vida do paciente, além da impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a proteção à saúde (CF, art. 6º, c/c art. 227, §1º) e a um imperativo de solidariedade humana;* ***CONSIDERANDO que a distrofia muscular de duchenne não é uma doença rara, haja vista sua incidência de 1:3.000 a 4.000 nascidos vivos; CONSIDERANDO que a transferência de mioblastos, proposta para o tratamento da distrofia muscular de Duchenne, é uma abordagem abandonada pela comunidade científica especializada na área há cerca de dois anos, por falta de resultados positivos e intercorrências clínicas;*** *CONSIDERANDO que o tempo de sobrevida das células injetadas é curto, que a área beneficiada pela transferência é restrita, que existe rejeição do tipo transplante - com necessidade de uso concomitante de imunossupressores - e que há impossibilidade de atingir as musculaturas cardíaca e diafragmática com o método; CONSIDERANDO que esta técnica não trouxe nenhum benefício para crianças com distrofia muscular progressiva de Duchenne, sendo interrompida em todas as universidades, não havendo, desde então, nenhum progresso que justificasse mudança de opinião da comunidade científica e dos especialistas envolvidos com esta linha de pesquisa; CONSIDERANDO a Declaração de Helsinque, referendada pela Resolução CFM nº 671/75, sobre a experimentação científica em seres humanos; e o artigo 4º da Resolução CFM 1627/01.CONSIDERANDO o decidido em Sessão Plenária do dia 13 de junho de 2002, realizada em Brasília, com supedâneo no Parecer CFM nº 02/2002;* ***RESOLVE: Art. 1º – É vedada, em todo o território nacional, a utilização do procedimento conhecido como transferência de mioblastos, em distrofia muscular progressiva de Duchenne ou em qualquer outra patologia muscular, por tratar-se de procedimento ineficaz e prejudicial ao paciente pela ocorrência de graves efeitos colaterais.Art. 2º – É vedada a participação, direta ou indireta, de médicos regularmente inscritos nos CRMs no encaminhamento de pacientes para procedimento fora do País, financiado ou não pelo Sistema Único de Saúde.*** *Art. 3º – Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. Brasília-DF, 13 de junho de 2002"* (Disponível em CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002).

[1025] Para mais detalhes, convém retornar ao capítulo anterior.

justificar a inaplicabilidade direta de normas válidas *prima facie* referentes a esses Direitos, em vista do nível do discurso constituinte de 1987-1988, pensamos que esses intérpretes/aplicadores já pudessem vislumbrar o caráter nefasto decorrente da escassez de recursos, em especial, no tocante à concretização dos Direitos Fundamentais.

Ainda assim, apoiado na retórica de uma 'emergência de vida e morte', de 'uma eficácia inexistente' e de 'um dever de solidariedade', o Ministro Celso de Mello optou por manter a decisão liminar atacada pelo Estado de Santa Catarina. Ele decidiu com base no que 'achava melhor' e não à luz de uma leitura coerente e holística da Constituição, pautada nas especificidades do caso concreto. Com isso, ele acabou por romper o código binário do Direito, dando ensejo a uma decisão completamente ilegítima. Eis a razão de nossa implicância com a total liberdade argumentativa dos intérpretes do Direito em sede de discursos jurisdicionais de aplicação.

Todas essas críticas podem ser igualmente dirigidas à decisão monocrática proferida no julgamento do **Recurso Extraordinário nº 509569/SC**. Nela, o Ministro Celso de Mello invocou justamente o precedente da Petição 1246-1/SC para justificar externamente a sua fundamentação interna pela concessão de medicamento não incorporado pelo SUS a cidadão hipossuficiente:

> Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art.5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas (BRASIL, 2007a)

Essa decisão monocrática reformou o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que em sede de Recurso de Apelação, julgou extinta Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público estadual, por entender que faltava a este legitimidade para litigar em nome de um único cidadão. Antes, o pleito ministerial havia sido julgado procedente, acarretando a condenação do Estado de Santa Catarina a fornecer a Lindolfo Gomes, portador de hepatite dos tipos 'B' e 'C', o remédio conhecido pelo nome de Interferon Peguilato[1026].

[1026] "*Portanto, a escusa da ausência de previsão orçamentária ou a lesão à economia pública devem ser de pronto repudiadas, pois o direito à saúde e à vida digna prevalece também sobre estes obstáculos*

No Supremo, Celso de Mello nem sequer discutiu as razões pelas quais o Interferon Peguilato não havia sido incorporado como política de saúde pelo SUS[1027]. Antes, preferiu aduzir que a regra inscrita no artigo 196 não podia converter-se em 'promessa constitucional inconseqüente', sob pena de o Poder Público substituir o cumprimento de seu impostergável dever 'por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determinava a Constituição', 'fraudando, assim, justas expectativas nele depositadas pela coletividade'. Ele ainda salientou que recairia sobre o Poder Público uma obrigação muito clara de tornar efetivas as prestações de saúde, e isso a partir de políticas idôneas que tivessem por finalidade dar concreção ao disposto no referido artigo 196. A partir disso, ele acolheu a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público, 'reforçando' seu raciocínio com a citação de julgados do Supremo relacionados à concessão gratuita de medicamentos aos portadores de HIV/AIDS[1028].

---

burocráticos. Assim, diante do exposto, com lastro no art. 11, da lei 7.347/85, art. 196, da Constituição Federal, e art. 153, da Constituição Estadual, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS feitos pelo Ministério Público a favor de Lindolfo Gomes contra o Estado de Santa Catarina nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR. Em conseqüência, revogo a liminar de fls. 23/25 e condeno o Estado a disponibilizar, enquanto necessário, a Lindolfo Gomes o medicamento "INTERFERON PEGUILADO", para que este possa dar continuidade ao tratamento médico" (SANTA CATARINA, 2003).

[1027] Não custa repetir que a CITEC leva em conta uma série de fatores no processo de incorporação de tecnologias. Além da eficácia, segurança e qualidade da tecnologia, ela ainda afere se há infraestrutura para uso no país (i), a necessidade e relevância da incorporação para a melhora da saúde pública (ii), e, finalmente, o seu custo e benefício em relação comparativa com outras tecnologias (iii). No caso do Interferon Peguilato, a não incorporação deveu-se a uma séria de fatores, como bem esclareceu Paulo Dornelas Picon, na Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo: *"Aprendemos algumas lições com os Interferons Peguilados.* ***No primeiro estudo, em 2001, estava clara que havia uma superioridade pequena do Interferon Peguilado em relação ao Interferon convencional. Chamamos a atenção, em carta, àquele artigo, se isso não ocorria por causa da dose molecular maior utilizada na formulação do novo interferon.*** *Vejam:* ***um grama de Interferon Peguilado, à época, custava o equivalente a cem quilos de ouro. Essa precificação inescrupulosa e sem justificativa técnica tinha de ser discutida. A nossa dúvida, apontada na literatura, não foi respondida.*** *Mesmo assim, continuamos a cuidar dos nossos pacientes no centro de referência que criamos em 2003. Semanalmente, observamos os pacientes com Interferon Pequilado - genótipos tipo 1, 2 e 3 - e tratamos todos os pacientes. Essa é só uma apresentação, na nossa série, do genótipo tipo 1: 34,7% dos pacientes interrompem o tratamento. Fechamos essa análise, que é uma tese de doutorado de uma aluna minha, com 35% como máximo da melhor resposta observada. Na literatura, é 47%. Há essa discrepância porque tratamos, no cenário do SUS brasileiro, de pessoas em estado mais grave. Os pacientes chegam tarde ao tratamento. Em alguns desses casos, havia até contraindicação. Sob o prisma da judicialização, não há tempo de questionar essas indicações, e somos obrigados a incluir os pacientes nos tratamentos.* ***Pois bem, a maioria dos pacientes que morreram tinha contra-indicação ao início do tratamento****"*(BRASIL, 2010. Certamente, pesou o fato de o aludido medicamento ser demasiadamente caro, além do ínfimo acréscimo de qualidade que ele trazia aos pacientes que dele faziam uso (apenas 6%): *"Segundo estudo da FDA,* ***comparado ao interferon convencional****, fornecido comumente pelo sistema público de saúde,* ***o tratamento com o novo medicamento apresentaria taxa de resposta apenas 6% superior – e, ainda assim, exclusivamente em pacientes acometidos pelo vírus do genótipo 1, mais resistente –, a um custo 20 a trinta vezes maior****"* (HENRIQUES, 2008: 838 – nota de rodapé nº 28).

[1028] *"O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do*

O problema é que a argumentação delineada nesse caso não se sustentava nem mesmo internamente. Afinal, ao dizer que o Poder Público devia tornar efetivas as prestações de saúde a partir de políticas idôneas, Celso de Mello estava a reconhecer, ainda que implicitamente, a competência primacial do Executivo para definir estratégias de ação na área da saúde. Entretanto, se ele tivesse levado essa questão a sério, perceberia que nem toda negativa de incorporação de uma tecnologia pelo SUS poderia ser caracterizada como ilegítima. Ocorre que os argumentos delineados na decisão, de cunho moral, ético-político e pragmático, apontavam justamente para o sentido oposto desse raciocínio, porquanto buscavam justificar um Direito absoluto, insusceptível de limitação. Tanto que a não inclusão de tecnologias foi descrita como omissão estatal insuportável.

Perguntas do tipo ‘por que o Estado se negou a fornecer o medicamento?’(a); ‘o remédio é de fato eficiente para o tratamento da patologia?’(b); ‘existem similares que poderiam ser empregados com o mesmo fim e que são fornecidos pelo SUS?’(c), ‘o que diz a comunidade científica nacional e internacional acerca do medicamento pleiteado?’(d); ‘o procedimento de incorporação descambou para argumentos ilegítimos à luz de uma leitura holística do sistema jurídico e da Constituição como *locus hermenêutico* do Direito?’(e), cuja resposta se mostrava imprescindível para a correta solução do caso concreto, jamais foram minimamente cogitadas. No fim, a conclusão a que se chegou foi idêntica à Petição 1246-1/SC: absolutamente tudo deveria ser custeado pelo Estado. Por isso, também essa decisão acabou por assentar-se *naquilo-que-o-julgador* acreditava ser melhor, e não no que era verdadeiramente devido no caso. Nesse sentido, também aqui o sistema jurídico foi invadido pelo código da Política, visto que os discursos jurisdicionais de aplicação se desnaturaram em discursos de fundamentação.

Mas seria esse um problema apenas das decisões proferidas pelo Ministro Celso de Mello? Certamente que não. No Estado do Paraná, para ficar em um exemplo, o Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira também tentou fundamentar a decisão proferida no **processo judicial nº 0371512-6/PR –** em sede de Recurso de Apelação e reexame necessário em Mandado de Segurança – a partir de argumentos meramente morais, ético-políticos e pragmáticos. Com isso, também ele passou completamente ao largo de indagações importantes acerca da exigência, ou não, em termos de reciprocidade pós-convencional, da pretensão por ele apreciada em sede recursal.

STF." (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, pelas razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a restabelecer a r. sentença proferida pela magistrada estadual de primeira instância (fls. 49/52)” (BRASIL, 2007c).

No caso, a decisão de primeira instância havia concedido a segurança ao menor Wesley Perandre de Araujo, para compelir o Estado do Paraná a fornecer gratuitamente o medicamento Pregnyl 1500 UI, supostamente adequado ao tratamento do 'déficit de desenvolvimento da genitália externa em virtude de carência hormonal', doença que acometia o impetrante do *mandamus*. No Tribunal, foram várias as razões invocadas para a manutenção da segurança. Em primeiro lugar, alegou-se que tanto a doença, quanto a necessidade do tratamento estariam expressamente comprovadas em atestado médico acostado aos autos, fornecido ao apelado/impetrante por médico devidamente habilitado, vinculado ao SUS. Além disso, sustentou-se que, não podendo o impetrante/apelado arcar com os custos do tratamento necessário e indicado pelo médico que o acompanhava, não restaria ao Estado outra alternativa senão fornecer-lhe o medicamento pleiteado, sob pena de afronta à Constituição. Segundo o raciocínio do Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, por mais necessária que fosse a regulamentação dos procedimentos relativos à entrega gratuita de medicamentos pelo SUS, esta jamais poderia ir contra o dever estatal de assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde – o qual jamais poderia ser afastado, por mais relevantes que fossem as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos.

Aos olhos do relator, alegações de que inexistia comprovação da necessidade, indispensabilidade e eficácia do medicamento solicitado; de que para tanto seria preciso recorrer à prova pericial, incompatível com o procedimento do *mandamus*; de que o modelo do Sistema público de saúde, assim como as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos, justificariam a regulamentação da matéria; e de que o medicamento pleiteado pelo apelado/impetrante não se enquadrava entre aqueles excepcionais ou de alto custo, cuja distribuição estaria afeta ao gestor estadual, deviam ser afastadas pelo simples fato de ir contra a universalidade constitucionalmente estabelecida para políticas relativas à saúde, em favor de uma limitação administrativamente definida e flagrantemente inconstitucional:

> Frise-se que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS), não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de completo desrespeito à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave, dando poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. No caso em tela, isto fica evidente, porquanto a recusa está baseada no fato do medicamento receitado ao impetrante não estar inserido no programa de medicamentos excepcionais, isto é, em razão de uma condição estabelecida pelo administrador, ausência do medicamento na lista, desrespeitou-se a Constituição Federal em um dos seus postulados fundamentais (PARANÁ, TJ, Recurso de Apelação e reexame necessário em Mandado de Segurança nº. 0371512-6/PR, Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 2005).

Ao final, na pretensão de fundamentar a coerência interna dessa argumentação, o Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira ainda apegou-se a parecer emitido pela Procuradoria de Justiça, o qual exigia maior respeito ao apelado/impetrante em razão de sua menoridade[1029], e a três acórdãos acerca da matéria, fundados em argumentos meramente morais e ético-políticos. Desses acórdãos, destacam-se o que negava legitimidade a negativas procedidas pelo Estado com base na inexistência de registro do medicamento junto à ANVISA e de incorporação da tecnologia pelo SUS[1030], e o que dizia o seguinte:

> [...] O Estado, ao se negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. **É totalitário e insensível.** (T1 - REsp 837591/RS - Rel. Min. José Delgado - DJ. em 17.08.06).

Essa tentativa de justificação externa, no entanto, apenas agravou a ilegitimidade da argumentação empregada no julgado. Ela contribuiu ainda mais para a desnaturação do discurso jurisdicional de aplicação em discurso de fundamentação, rompendo, por conseguinte, o código binário do Direito. Convém, entretanto, que sejamos mais explícitos em nossas críticas.

Em primeiro lugar, ao contrário do que supôs o relator, o fato de existir nos autos um atestado médico comprovando a doença do menor, bem como a suposta idoneidade de seu tratamento à base de Pregnyl 1500 UI[1031], no máximo, poderia indicar a plausibilidade de sua

---

[1029] *"O artigo 3º da Lei supracitada assegura às crianças todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. O artigo 4º, por sua vez, dispõe ser também de responsabilidade do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, etc..., regendo-se também por esta Lei, as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular de acesso às ações e serviços de saúde (fl. 145). Por tudo isso, impõe-se negar seguimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário"* (PARANÁ, TJ, Recurso de Apelação e reexame necessário em Mandado de Segurança nº. 0371512-6/PR, Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 2005).

[1030] *"APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - FALTA DE REGISTRO NA ANVISA OU AUSÊNCIA NA LISTA DE MEDICAMENTOS BÁSICOS NÃO SÃO FUNDAMENTOS PARA JUSTIFICAR O NÃO FORNECIMENTO - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - JUÍZO INCOMPETENTE – QUESTÃO IRRELEVANTE FRENTE À NATUREZA DO DIREITO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Tem o Estado o dever de fornecer medicamentos vitais para a saúde do cidadão que não pode pagá-los"* (3ª C. Cível - Apelação Cível n.º 166707-8 - Rel. Des. J. Vidal Coelho - j. em 19.04.2005).

[1031] Durante nossa busca pelo registro do Pregnyl junto à ANVISA, o que acabamos por não encontrar, tomamos contato com um site de bulas de remédios, que entre outras coisas, nos propiciaram a seguinte informação: *"P**regny**l é um preparado de gonadotrofina coriônica humana obtido da urina de mulheres grávidas. **Pregnyl** estimula a formação de esteróides nas gônadas, devido ao efeito biológico similar ao do LH (hormônio luteinizante). No homem, ele promove a produção da testosterona e, na mulher, a produção de estrógenos, particularmente da progesterona após a ovulação. Em certos casos, este preparado é usado em combinação com a gonadotrofina humana da menopausa (menotrofina, p. ex.: Humegon). Por ser o HCG de origem humana, nenhuma formação de anticorpos é esperada"* (MEDICINANET, 2011).

pretensão, nunca a liquidez e certeza do Direito ao recebimento do medicamento. A despeito de relevantes e imprescindíveis para a delimitação do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde, essas constatações pragmáticas seriam incapazes de propiciar, sozinhas, um provimento legítimo pautado no que fosse lícito/devido para a solução do caso. Isso fica ainda mais evidente quando constatamos que o medicamento pleiteado não possuía registro junto à ANVISA, situação que perdura até o dia de hoje e que culmina na proibição de sua comercialização no Brasil[1032]. A nosso ver, se ao invés de 'descambar' para uma argumentação moral, o relator tivesse levado em conta essas informações, poderia ter reformado legitimamente a decisão que concedeu a segurança ao menor. Razões deontológicas para tanto não faltavam.

De fato, por demandar uma análise probatória mais profunda, casos como o do impetrante/recorrido não poderiam ser adequadamente resolvidos em sede de mandado de segurança. Isso pode ser vislumbrado pela explicação do Dr. Paulo Marcelo Gehm Hoff, acerca das diferentes situações que envolvem o registro de medicamentos, e que inequivocamente influem na delimitação do âmbito normativo do Direito à saúde:

> Quanto às drogas aprovadas apenas fora do país, a coisa começa a ficar um pouco mais complexa, porque elas estão comercialmente disponíveis [fora do país] e já foram avaliadas por alguma agência regulatória em algum ponto do planeta. **Não estão aprovadas no País porque ainda não foram aprovadas na ANVISA por uma destas razões: o pacote regulatório não foi apresentado à ANVISA; a droga está em avaliação – aqui eu ressalto que, embora tenha sido demonstrado um tempo curto, ou relativamente mediano de aprovação, a realidade é que, para algumas drogas, especialmente as de altos custos, existe uma discrepância de tempo entre a aprovação de uma indicação fora do país e a mudança da indicação de bula dentro do Brasil, que é uma realidade -, e, finalmente, há as drogas que foram avaliadas, mas tiveram a sua aprovação negada**.
> Essas três indicações, ou situações, têm de ser vistas de maneira distinta. Aquelas drogas cujo pacote regulatório não foi submetido no Brasil usualmente envolvem medicações para doenças muito raras, que não teriam o interesse econômico das

[1032] Em pesquisa no site da ANVISA não encontramos qualquer registro referente ao Pregnyl 1500. Esse, aliás, não é o único tipo de Pregnyl existente. Há, ainda, o Pregnyl (US) 10000 IU, o Pregnyl (BG) 100 IU e o Pregnyl (A,B,CH,GB,BG,GR,I, NL,PL,S,FI,YU,CZ,NO,HU) 5000 IU. Ainda hoje, esse medicamento só pode ser adquirido legalmente no exterior. Até onde pesquisamos, conseguimos encontrar o registro junto à FDA, nos Estados Unidos, e em Portugal, onde foi inclusive incorporado pelo Ministério da saúde. É o que se depreende Despacho n.º 15443/2009: "*MINISTÉRIO DA SAÚDE [DE PORTUGAL] Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde. Despacho n.º 15443/2009 [...] O despacho n.º 10 910/2009, de 22 de Abril, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 83, de 29 de Abril de 2009,* ***definiu as condições de dispensa e utilização de medicamentos para o tratamento da infertilidade, em especial os da procriação medicamente assistida. Face à solicitação de comparticipação de novas apresentações de medicamentos destinados ao tratamento da infertilidade, torna-se necessário actualizar o anexo dos medicamentos que beneficiam do regime especial de comparticipação abrangidos pelo despacho acima mencionado.*** *Assim, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º, dos n.os 3 a 5 do artigo 3.º e do artigo 6.º do Decreto -Lei n.º 118/92, de 25 de Junho, na sua redacção actual, determino que o anexo do despacho n.º 10 910/2009, de 22 de Abril, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 83, de 29 de Abril de 2009, passe a ter a seguinte redação: [...] Usado no tratamento de infertilidade [...]* ***Gonadotropina coriónica****:* ***Pregnyl 1500 U.I./1 ml: 3 unidade(s) pó e solvente para solução injectável 1 ml, número de registo: 8995118. Pregnyl 5000 U.I./1 ml: 3 unidade(s) pó e solvente para solução injectável 1 ml, número de registo: 8995126****"*. (PORTUGAL, 2009).

> empresas. Nesse caso, a importação individual é raramente justificada, mas não se pode dizer que nunca esteja justificada.
> Depois, há as drogas em avaliação, nas quais a eficácia e a segurança ainda estão sendo consideradas pela ANVISA. Nesse caso, creio que deve haver um limite de tempo para que a ANVISA faça essa determinação, mas, obviamente, se isso for feito de uma maneira ágil em um tempo razoável as drogas não deveriam ser importadas até que a ANVISA faça a determinação da eficácia e benefício dessa medicação.
> Para as medicações em que a aprovação foi negada pela ANVISA, se aceitamos que esta cumpre o seu papel, essas drogas não devem ser importadas porque já foram avaliadas e consideradas não-benéficas para os nossos pacientes (BRASIL, 2010).

No caso em comento, justamente por vislumbrar limitações argumentativas inerentes aos discursos de aplicação, entendemos que não caberia aos intérpretes/julgadores perquirir a idoneidade (a) e a necessidade do medicamento (b), nem partir para ponderações entre Direitos (c), na tentativa de justificar a sua aplicação no caso concreto. Isso também implicaria em desnaturação do Direito em Política, afinal, por motivos técnicos inclusive, o Judiciário não seria nem de longe a instância adequada para a definição dessas questões.

Mas, dentro do que já dissemos, caberia perfeitamente aos intérpretes/aplicadores do Direito, em sede de discursos de aplicação, controlar a legitimidade das atividades dos demais poderes. E na situação específica que estamos a analisar, o primeiro passo para tanto seria aferir os motivos pelos quais o medicamento Pregnyl 1500 UI ainda não possuiria registro junto à ANVISA. Também seria legítimo, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, perquirir se a RENAME ou a lista de medicamentos excepcionais apresentada pelo Estado do Paraná conteria algum medicamento similar ao requerido, já disponibilizado pelo Poder Público para o combate da patologia do menor[1033]. Aqui a prova pericial seria particularmente

---

[1033] No caso dos autos, isso poderia ter fortalecido em muito a legitimidade de uma decisão denegatória de segurança ao menor, tendo em vista que a Resolução da ANVISA - RE nº 363, de 29 de novembro de 2000, concedera registro para uma série de medicamentos similares ao Pregnyl: *"O Diretor da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere a Portaria 724, do Diretor Presidente de 10 de outubro de 2000, considerando o art. 12 da Lei n.º 6.360, de 23 de setembro de 1976; considerando o inciso IV do art. 50 e o § 3º do art. 107 do Regimento Interno aprovado pela Portaria n.º 593, de 25 de agosto de 2000, resolve: Art. 1º Conceder o Registro de Produto Similar, Nova Apresentação Comercial, Novo Acondicionamento, Novo Prazo de Validade, Nova Forma Farmacêutica, Revalidação de Registro de Produto, Retificação de Publicação de Registro, Alteração de Registro por Modificação de Adjuvante, Cancelamento Total do Registro do Produto, Mudança de Local de Fabricação, de Produtos farmacêuticos, conforme na relação em anexo. Art. 2º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.* [...] *[1] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA – CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.006-3 500 UI PO LIOF INJ CX FA VD INC + AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [2] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.007-1500 UI PO LIOF INJ CX 2 FA VD INC + 2 AMP VD INC X 2 ML0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [3] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.008-1 1000 UI PO LIOF INJ CX FA VD INC + AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [4] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE*

importante, devidamente aberta aos quesitos advindos da parte autora e da parte do Estado. A partir disso, talvez fosse possível afastar a inconstitucionalidade por omissão, e isso pela constatação de que omissão não haveria.

Se, contudo, ficasse comprovada a existência de medicamento similar registrado junto à ANVISA, mas ainda não incorporado como política de saúde pelo SUS, não seria legítimo simplesmente conceder esse medicamento, sem antes aferir em que estágio essa tecnologia se encontraria no processo de análise da CITEC. Eventualmente, se o intérprete/aplicador se deparasse com um estágio avançado do processo administrativo, com fortes indícios argumentativos favoráveis à incorporação, poderia balizar a sua decisão a partir também desses argumentos. Mas o contrário também seria possível. A partir disso, se optasse pela concessão, sua decisão seria concretista, sem com isso, recair em um ativismo prejudicial ao Direito.

Para se ter uma noção do que acabamos de dizer, existia à época do julgamento do processo judicial nº 0371512-6/PR um medicamento similar[1034] ao pleiteado pelo menor Wesley Perandre de Araujo, de nome Choriomon[1035], o qual veio a ser incluído como

---

PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.009-8 1000 UI PO LIOF INJ CX 2 FA VD INC + 2 AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [5] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.010-1 1500 UI PO LIOF INJ CX FA VD INC + AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [6] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.011-1 1500 UI PO LIOF INJ CX 2 FA VD INC + 2 AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [7] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.012-8 2000 UI PO LIOF INJ CX FA VD INC + AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [8] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - HORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.013-6 2000 UI PO LIOF INJ CX 2 FA VD INC + 2 AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [9] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.014-4 5000 UI PO LIOF INJ CX FA VD INC + AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004; [10] GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA ALTAMENTE PURIFICADA - CHORIOMON 25000.030655/98-11 1.2361.0006.015-2 5000 UI PO LIOF INJ CX 2 FA VD INC + 2 AMP VD INC X 2 ML 0507008 HORMONIO GONADOTROFICO 36 MESES 106 REGISTRO DE NOVA APRESENTACAO COMERCIAL 03/2004". (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2000).

[1034] Existiam, precisamente, os medicamentos **PREGNYL Gonadotrofina coriônica humana** [1] e **CHORIOMON Gonadotrofina Coriônica Humana (HCG)**. Para mais informações sobre esses medicamentos, vide (BULASMED, 2011).

[1035] "*INDICAÇÕES PRINCIPAIS: - CHORIOMON: O uso de Choriomon é indicado para que a função das gônadas seja ativada, porém seu sucesso terapêutico depende da capacidade funcional das mesmas. Os casos de hipersecreção de gonadotrofinas, sinal de insuficiência gonodal primária irreversível, não respondem ao Choriomon. Em mulheres: Na indução da ovulação após um tratamento com HMG (Menotrofina) destinado à manutenção do folículo ou após um tratamento com FSH (Urofolitrofina) nos casos de esterilidade funcional, tais como amenorréia primária, amenorréia secundária crônica e anovulação crônica. Choriomon é indicado ainda no tratamento da esterilidade decorrente da redução da fase luteínica do ciclo, já que induz a um atraso*

tecnologia pelo SUS dois anos após o julgamento proferido em segunda instância[1036]. Certamente, a notícia desse medicamento (a), bem como o eventual estágio do processo de incorporação na CITEC (b), além de informações a ele atinentes (c) deveriam ter sido apresentadas pela defesa do Estado do Paraná, de modo a fortalecer a tese de ilegitimidade da pretensão do menor. Se isso tivesse acontecido, seria dever dos intérpretes/aplicadores do Direito levar esses influxos em conta, sob pena de ilegitimidade de suas decisões, no momento de proferir o julgamento.

O irônico é que nenhuma dessas questões foi sequer levada em conta na decisão do Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira. Ao invés disso, ele preferiu supor que a regulamentação dos procedimentos relativos à entrega gratuita de medicamentos pelo SUS, a despeito da imprescindível, jamais pudesse restringir o dever do Estado em assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde – por mais relevantes que fossem as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos. Essa tese, por um lado, desconsiderava completamente que a concretização de absolutamente todos os Direitos Fundamentais, inexoravelmente,

---

no início do sangramento, prolonga a fase madura do corpo lúteo e, desse modo, promove condições mais favoráveis para a nidação.Em pacientes que sofrem de amenorréia crônica ou anovulação crônica, o tratamento com HMG (ou FSH) e Choriomon é indicado apenas se o resultado de um teste de progesterona anterior for negativo ou se tratamentos reiterados com estimuladores de ovulação, tais como clomifeno, ciclofenil, não obtiveram êxito. Em crianças e homens: Choriomon é utilizado nos casos de criptorquidismo, hipogonadismo hipogonadotrófico e puberdade tardia. Um tratamento para criptorquidismo com Choriomon só terá sucesso se não existirem lesões primárias congênitas dos testículos e se o canal inguinal estiver aberto. No caso de hipogonadismo hipogonadotrófico, Choriomon é especialmente indicado para o eunucoidismo hipogonadotrófico decorrente de deficiência funcional do sistema diencéfalo- hipofisário em que o tecido18 testicular permanece no estágio de desenvolvimento pré-puberal. A combinação com a Gonadotrofina Menopausal (HMG) também estimula a função tubária dos testículos com possibilidade de melhorar a fertilidade" (BULASMED, 2011b)

[1036] *"**Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Portaria SAS nº 312 de 05 de junho de 2008.** O Secretário de Atenção à Saúde, no uso de suas atribuições e, Considerando a Portaria GM/MS n.º 321 de 08 de fevereiro de 2007, que institui a Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses e Próteses e Materiais Especiais do Sistema Único de Saúde – SUS; Considerando a Portaria GM/MS n.º 2848 de 06 de novembro de 2007 que consolida a estrutura organizacional e o detalhamento completo dos procedimentos da Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses e Próteses e Materiais Especiais do Sistema Único de Saúde – SUS; Considerando a necessidade de efetuar adequações da tabela de procedimentos, a partir de contribuições recebidas das áreas técnicas do Ministério da Saúde, bem como de gestores estaduais e municipais de saúde, resolve: **Art. 1º - Atualizar os Atributos dos Procedimentos, da Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses e Próteses e Materiais Especiais (OPM) do SUS, relacionados nos anexos: I, II, III, IV, V, VI e VII, desta portaria. § 1º - Os anexos de I a VII definidos neste Artigo estão disponíveis no sítio da Secretaria de Atenção à Saúde: www.saude.gov.br/sas. § 2º - A tabela completa dos procedimentos com as adequações realizadas para competência junho de 2008, encontra-se disponível no Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS – SIGTAP, no endereço eletrônico: http://sigtap.datasus.gov.br/, usuário e senha: publico.** Art. 2º – Estabelecer que caberá ao Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas - DRAC, da Secretaria de Atenção à Saúde – SAS, providenciar junto ao Departamento de Informática do SUS – DATASUS/SE/MS, para que sejam efetivadas nos Sistemas de Informações as adequações definidas nesta portaria. Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. JOSÉ CARVALHO DE NORONHA DO Nº 110 de 11/06/2008, Seção 1, pg. 63 [...] P**rocedimento - 0202060217 - DOSAGEM DE GONADOTROFINA CORIÔNICA HUMANA (HCG, BETA HCG)"** (BRASIL, 2008).

demanda custos[1037]. Por outro lado, ela pressupunha um Direito à saúde 'sem qualquer limite fático', o que não se sustenta em lugar algum do mundo.

Na verdade, a própria funcionalidade do SUS e a higidez do Direito Fundamental à saúde pressupõem esse tipo de adensamento e restrição legal e infralegal, à luz da Constituição. Afinal, nem tudo o que se apresenta ao mercado como 'solução para os problemas' das pessoas, sobretudo em termos de medicamentos, é realmente eficiente, seguro, de qualidade e de imprescindível incorporação no Brasil. Por esses motivos, aliás, raciocínios como o do Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, na ânsia de supervalorizar o Direito à saúde, terminam por infringi-lo, seja por incluir no seu âmbito normativo tecnologias proibidas/ilícitas (a), seja por desconsiderar a noção de *macrojustiça* que apontaria para sua falta de consistência, em termos de reciprocidade pós-convencional (b), ou pelo déficit de coerência interna que uma leitura como essa desencadeia no sistema jurídico como um todo (c).

Em vista de tudo o que acabamos de dizer, esperamos não restarem dúvidas quanto à ilegitimidade da decisão proferida em Recurso de Apelação e reexame necessário, no processo judicial nº 0371512-6/PR. Provavelmente, foram decisões desse tipo que levaram Barroso a propor, como parâmetro de racionalização e uniformização da atuação judicial no fornecimento de remédios, que as decisões proferidas em ações individuais se ativessem aos medicamentos constates nas listas elaboradas pelos entes federativos[1038], e que, apenas nas demandas coletivas, transcendessem esses limites[1039]. Em que pese entendermos as

---

[1037] A decisão criticada atesta que, de fato, Holmes e Sunstein estavam com a razão quando afirmaram que muitas das condenações judiciais simplesmente desconsiderariam o problema do custo dos direitos, e, ainda, que essa resistência dos juízes afiguraria como uma das grandes razões para a desconsideração do problema relativo ao custo dos direitos (1999: 29-31). O que mais assusta nessa decisão é ver que a desconsideração do custo dos Direitos se opera num campo em que ela nunca foi desprezada, a saber, o dos 'Direitos sociais'.

[1038] *"**Em Relação às Ações Individuais. Parâmetro: no Âmbito de Ações Individuais, a atuação Jurisdicional deve ater-se a efetivar a Dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos**. [...] Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos. Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático"* (BARROSO, 2008, p. 897 – grifo nosso).

[1039] *"**Em Relação às Ações Coletivas. Parâmetro: a Alteração das Listas Pode ser Objeto de Discussão no Âmbito de Ações Coletivas**. [...] Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. **O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para a defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias** [...] a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; [...] b) O judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; [...] c) O Judiciário deverá optar pelo*

preocupações do jurista fluminense, pensamos que o problema não esteja na quantidade de litigantes, nem nos efeitos gerados pelas respectivas decisões – *inter* partes ou *erga omnes* e vinculante[1040] –, mas na argumentação carreada com o intuito de fundamentá-las. Mesmo porque, decisões que transbordem os limites inerentes aos discursos jurisdicionais de aplicação são tão nefastas no primeiro, quanto no segundo caso[1041]. Essa consideração em particular também se dirige a Sarmento, Virgílio Afonso da Silva, Scaff, Souza Netto e outros tantos que, pelos motivos mais diversos, enxergam a via coletiva como mais favorável ao trato de questões que tais, conquanto estejamos conscientes de que nenhum destes chegue a estabelecer regras *a priori* para a solução de casos específicos[1042], como problematicamente decide fazer Barroso. Ainda assim, concordamos que a sede coletiva de fato apresente benefícios para a aprecição mais depurada dos pedidos levados a juízo, em que pese a insuficiência deste 'fator' para infirmar as demandas individuais[1043].

A próxima decisão que nos predispomos a analisar foi proferida no **Recurso de Apelação cível nº 1.0024.07.385337-6/002/MG**, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatado pelo Desembargador Almeida Melo.

---

medicamento genérico, de menor custo[...]; d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida" (BARROSO, 2008, p. 899-901).

[1040] Em que pese a importância dessa questão, deixamos a sua discussão para uma outra oportunidade.

[1041] Na verdade, decisões que o fazem convertem-se em discurso político, subvertendo o código diferença lícito-ilícito do Direito. Isso é um problema tanto na seara coletiva, quanto na seara individual. Por outro lado, decisões que respeitem o código binário do Direito, ainda que apresentem algum componente criacional, são concretistas. Elas não distorcem os discursos de fundamentação, antes, definem é o que lícito, e, consequentemente, devido no caso concreto, e o que é ilícito, e, portanto, indevido/inadequado para a solução do litígio. Mas se esses limites são respeitados, não há razões para distinguir as tutelas coletivas das individuais. Para mais detalhes, vide (CRUZ, 2007, p. 224 *et. seq.*). Fora isso, como bem lembrou Cruz, atualmente uma ação individual pode gerar efeitos erga omnes nos casos de suspensão da lei ou ato normativo pelo Senado (Art. 52, X, Cr/88) (a), de edição de súmula vinculante (b), e de transcendência dos argumentos da decisão (c).

[1042] Por todos, vale trazer a consideração de Souza Neto no sentido de que: "*Parâmetros para a efetivação dos Direitos sociais* [...]. *Preliminarmente, é necessário apenas ressaltar que: (a) tais parâmetros funcionam como mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado, que deve utilizá-los* ***não como postulados de observância peremptória – se, em determinado caso, há razões para superá-los, é o que deve ocorrer.*** *[...] Parâmetros Processuais. Prioridade para as Ações Coletivas. Embora possam ocorrer decisões judiciais em litígios individuais – como, de fato, vem ocorrendo –, há várias razões para que se priorizem as ações coletivas: (a) As decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalidade da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontram nas mesmas condições. (b) As* ***decisões proferidas em ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública****. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador. (c) Nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos.[...] (d) A priorização das ações coletivas estimulam que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de ações da sociedade civil. (e) A prioridade de ações coletivas evita que cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais. (f)* ***Nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento****"* (SOUZA NETO, 2008, p. 534-535 – grifo nosso). Ainda que nem todos os argumentos acima descritos sejam de fato procedentes, ao menos os que destacamos são sim, interessantes.

[1043] Neste particular, estamos de acordo, por exemplo, com (SARMENTO, 2008, p. 584-585).

A ação que deu ensejo a essa decisão foi ajuizada por S.O.[1044] em face do Estado de Minas Gerais. Em sua petição inicial, o autor explicou ser vítima de Hepatite Crônica do tipo C, Cid B 18.2, comprovando essa alegação a partir de declaração de seu médico particular e de diagnósticos aferidos de biópsia e exame de sangue. Aduziu que sua doença se agravara em vista do surgimento de dois nódulos em seu fígado, descobertos durante exame de rotina, no ano de 2007. Explicou que foi encaminhado por seu médico particular a outro profissional, especializado no tratamento de casos desse tipo, e que, a fim de avaliar a extensão dos referidos danos, este lhe solicitou mais exames, como ressonância magnética, tomografia computadorizada e cintilografia óssea, esta última para diagnosticar a eventualidade de metástase.

Os referidos exames, segundo salientou o autor, diagnosticaram a doença hepatocarcinoma – câncer de fígado –, demonstrando a existência de dois nódulos hepáticos, um de 2,6 cm (dois vírgula seis centímetros) no segmento III, e outro de 3,5 cm (três centímetros e meio), localizado no segmento IVA. O fígado, conforme noticiou, ainda estava acometido de cirrose, decorrente da Hepatite C, além de apresentar redução de tamanho. Em vista disso, conforme relatório médico acostado aos autos[1045], a única opção de tratamento que se lhe apresentava consistia no transplante de fígado, procedimento não coberto pelo seu plano de saúde[1046].

Ocorre que o autor não pode inscrever-se na lista de candidatos a recepção de fígado organizada pela Central de Notificação, Capacitação e Distribuição de Órgãos – CNCDO, vinculada à Secretaria de Saúde do Estado, em razão da Portaria nº 1.160/06 do Ministério da Saúde. Essa portaria estabelecia os critérios para o cadastramento de candidatos a recepção de fígado, no caso de doador cadáver. Segundo explicou, a referida Portaria adotava, no caso do transplante de fígado, os critérios 'de Milão' e 'de Barcelona'. O primeiro – **critério de Milão** – definia como requisitos para a inscrição na referida lista, entre outras coisas, que o fígado do candidato à recepção de novo órgão apresentasse cirrose (a), além de nódulo único de até 05 cm (cinco centímetros) (b.1) ou até três nódulos com até 03 cm (três centímetros) de diâmetro

[1044] O filho do autor da ação, que gentilmente nos disponibilizou o acórdão em análise, a petição inicial e outras informações sobre o caso, solicitou-nos que não citássemos o nome de seu pai nesta pesquisa. Em vista disso, referimo-nos a este pelas iniciais de seu nome.

[1045] Segundo informou o autor, antes de concluir pela opção do transplante, o médico responsável estudara a possibilidade de duas outras formas de combate aos nódulos. Essas formas alternativas, pautadas em método de ablação, consistiam em alcoolização ou radiofreqüência, os quais, entretanto, foram descartados pelo elevado risco de desencadearem uma piora na função do fígado do autor, com grande chance de óbito posterior, por falência daquele órgão.

[1046] Como vimos no tópico 6.2.2, aos nossos olhos, este procedimento deveria ser incluído ao menos nos planos referência e hospitalares, o que não ocorre. Esse é um problema dos planos e seguros de assistência privada, que, aliás, decorre da Lei 9656/98. Evidentemente, ele é passível de controle de constitucionalidade pela via de ação e de exceção.

cada um (b.2) e ausência de trombose neoplásica do sistema porta (c). O segundo – **critério de Barcelona** – definia que o fígado possuísse tumor único menor de 05 cm (cinco centímetros) (a.1) ou até três nódulos, menores de 03 cm (três centímetros) cada um (a.2), não apresentasse comprometimento vascular (b) e cujo risco de falência fosse classificado na escala Child nos padrões B ou C (c)[1047].

Em vista disso, com fulcro no Direito à vida – e evidentemente, também no Direito à saúde, ainda que nenhuma menção expressa a este conste na petição inicial –, o autor pleiteou a concessão de tutela antecipada em seu favor, a fim de compelir o Estado a inscrevê-lo – ou permitir que ele mesmo o fizesse – na lista de pacientes candidatos a recepção de fígado para transplante, conforme a gravidade de seu caso. Pediu, ainda, a confirmação da tutela antecipada quando do julgamento final do mérito, com a consequente declaração de inconstitucionalidade difusa da portaria ministerial 1.160/06, no tocante aos Critérios de Milão e Barcelona.

Na defesa, o Estado apegou-se a esses critérios e às peculiaridades do caso do autor, a fim de justificar a inexistência de Direito a inscrição, 'reforçando' essa suposição com a tese da impossibilidade de atender a todos, pautada no argumento da reserva fática do possível. Em outras palavras, o Estado se apegou fortemente na tese de que um dos nódulos existentes no fígado do autor tinha diâmetro de 3,5 cm (três centímetros e meio), superior em 0,5 cm (meio centímetro) aos limites previstos no anexo II da Portaria nº 1.160/2006, do Ministério da Saúde. Entretanto, a defesa não apresentou os argumentos técnicos que justificavam a coerência dos padrões estabelecidos pelo Ministério da Saúde, nem as razões que contra-indicariam o transplante no caso do autor, para além da simples menção à estrapolação numérica. O Estado ainda alegou que uma decisão contrária aos critérios definidos pela Portaria 1.160/06 implicaria violação ao princípio da separação dos poderes.

Certamente, caberia ao Estado recorrer aos discursos de fundamentação da Portaria 1.160/2006, ou da Portaria 541/2002, por ela alterada, na tentativa de justificar a coerência da adoção dos critérios de Milão e de Barcelona para casos de transplante de fígado. Também caberia a ele apresentar laudos técnicos emitidos quando do processo de inclusão da aludida tecnologia pelo SUS (transplante de fígado), se, eventualmente, esses fizessem menção aos mencionados critérios. Por fim, ainda seria oportuno carrear aos autos documentos científicos e opiniões técnicas atestando os riscos e contra-indicações à realização de transplantes de fígado em casos como o do autor, o que também poderia, eventualmente, justificar a

[1047] Portaria 1160/06 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2006)

racionalidade dos critérios de inscrição, tendo em vista o Direito Fundamental a que eles se dispunham a regulamentar. No entanto, nada disso foi feito[1048].

Na sentença, tendo em vista principalmente as previsões constitucionais e legais referentes ao Direito à vida e à saúde (premissa maior), bem como as evidências pragmáticas advindas dos documentos apresentados pelo autor (premissa menor), o juiz de primeira instância julgou procedente o pedido do autor, para confirmar a tutela antecipada anteriormente deferida, determinando que o Estado de Minas Gerais inscrevesse o autor na lista de receptores de fígado para transplante, com todas as conseqüências de fato e de direito advindas dessa providência. Com isso, ele afastou, naquele caso, a aplicação dos critérios para inscrição definidos pela Portaria nº 1.160/06 do Ministério da Saúde (conclusão)[1049]. Vale dizer que, à época, o autor já havia se submetido, com sucesso, ao transplante de fígado.

No acórdão, o Desembargador relator Almeida Melo inicialmente levou em consideração o relatório médico acostado aos autos que atestava ser o transplante de fígado a única opção terapêutica capaz de tratar simultaneamente os tumores e a disfunção hepática apresentados pelo autor/apelado. Em seguida, sustentou que o 0,5 cm (meio centímetro) excedente do nódulo presente no fígado do autor em relação aos parâmetros estabelecidos nas portarias do Ministério da Saúde, não era suficiente para inviabilizar a determinação postulada e atendida a partir da decisão que antecipou a tutela. Ele ainda levou em conta o fato de o Estado de Minas Gerais não haver demonstrado expressamente a contra-indicação do transplante no caso.

Consideradas essas especificidades, passou a fundamentar a sua posição pela manutenção da sentença. A ementa do acórdão estabelecia o seguinte:

> EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSCRIÇÃO DE PACIENTE EM SISTEMA DE RECEPTORES DE ÓRGÃO PARA TRANSPLANTE. O Estado deve assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde, porque decorrente de preceitos rígidos da Constituição Federal. Mantém-se sentença que determina a inscrição de paciente portador de doença grave em sistema de receptores de órgão para transplante, com base em indicação médica fundamentada, porque **é imperiosa a preservação da vida, em obséquio da proteção aos direitos fundamentais que, como frutos da própria natureza humana, são anteriores ao Estado e inerentes à ordem jurídica**

[1048] Esses documentos poderiam, inclusive, justificar porque seria possível a inscrição de candidato com três tumores com até três centímetros cada, que somados chegam a nove centímetros, ao passo que, no caso do autor, em que a soma dos nódulos seria de cinco centímetros e seis milímetros, a inscrição seria vedada. Afinal de contas, o maior nódulo do fígado do autor não excedia cinco centímetros, e a soma dos dois nódulos não excedia o valor nove. Apenas um laudo técnico, ou documentos científicos reconhecidos pela comunidade científica nacional e internacional, poderiam explicar a racionalidade desses padrões. Isso facilitaria a justificação dos critérios de Barcelona e Milão como lícitos, e os demais parâmetros como ilícitos, na linguagem do sistema jurídico.

[1049] A lógica do raciocínio, claramente subsuntivo, foi repetida no Acórdão do Tribunal de Justiça.

> **brasileira.** Confirma-se a sentença (MINAS GERAIS, TJ, Recurso de Apelação nº. 1.0024.07.385337-6/002/MG, Rel. Des. Almeida Melo, 2008).

Em síntese, o relator afirmou que, por força do disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição da República, os cidadãos gozariam do Direito à saúde, não podendo o Estado se recusar a efetivá-lo, visto que o tratamento necessário dos doentes seria obrigatório. Feito isso, destacou que também a Lei 8.080/90 daria guarita à pretensão do autor/apelado, uma vez que previa, em seu artigo segundo, ser a saúde um direito fundamental do ser humano, pelo que o Estado deveria prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Nas palavras de Almeida Melo, essa lei ainda definia que o dever do Estado consistente na garantia da saúde implicaria a formulação e execução de políticas econômicas e sociais tendentes à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como no estabelecimento de condições que assegurassem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O relator ainda buscou suporte nos incisos II e III, do artigo 5º da referida Lei, relativos aos objetivos do SUS. Para concluir, ressaltou que, de acordo com o artigo 7º dessa mesma Lei, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS deveriam ser desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, pelo que deveriam ser obedecidos, no caso, os princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (I); da integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos (II).

Com base nisso, entendeu que incumbiria ao Estado regulamentar e fiscalizar os serviços de saúde, sendo-lhe vedado impor restrições ou embaraços ao acesso a uma garantia constitucional, porquanto, exigindo a vida o respeito incondicional, seria vedado ao SUS deixar de prestar assistência aos pacientes necessitados. Exatamente por isso, o relator sustentou que se prevalecessem os critérios de ‘Barcelona’ e ‘Milão’ ou algum dos obstáculos suscitados pelo réu, possível seria assimilar que a Constituição conteria palavras inúteis e, ainda, que ela poderia ser objeto de modificações por via outra que não a prevista no seu art. 60, e sem a observância da vedação de deliberação de propostas de emenda que visassem abolir Direitos e garantias individuais. Essa argumentação convenceu os demais desembargadores envolvidos no julgamento, que, unanimemente, acompanharam o relator na decisão de manter a sentença.

As perguntas que fazemos, diante desses argumentos, são as seguintes: eles foram suficientes para afastar validamente, em termos pós-positivistas, a aplicação da portaria que

regulamentava os critérios de inscrição para recepção de fígado? Eles passariam no teste de racionalidade pautado nos pressupostos da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática*? O âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde, nesse caso, de fato englobaria o direito à inscrição em lista de espera? Por que motivos? Em outras palavras, quais seriam as razões deontológicas que nos levariam a acreditar que a inscrição pleiteada seria lícita e, portanto, devida no caso em análise? Ao tentar responder essas perguntas, deparamo-nos com os déficits de legitimidade dos argumentos que sustentam a decisão do Desembargador Almeida Melo.

Primeiramente, tendo em vista os pressupostos decorrentes da *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática,* é problemática a fundamentação jusnaturalista que norteia a concepção do relator acerca do Direito à saúde. Supor que ele seja dado preliminarmente ao legislador constitucional em decorrência de sua natureza, ou melhor, de sua vinculação com a natureza humana, automaticamente, implica a eleição de um fundamento metafísico de validade para o Direito à saúde, o qual termina por coisificá-lo. Com isso não queremos dizer que o respeito à condição humana prescinda desse Direito, mesmo porque, aos nossos olhos, as pessoas só são respeitadas *como e enquanto*[1050] seres humanos na medida em que se lhes reconhecem Direitos Humanos Fundamentais. Ocorre que esses Direitos Humanos Fundamentais possuem conteúdos necessariamente fluidos, e isso por comportarem inúmeras leituras ao longo da história. Daí porque o seu fundamento de validade é o discurso, do qual, aliás, eles são também condição de existência[1051], e não a condição humana ou um suposto Direito Natural[1052].

Por outro lado, entendemos que o relator deixou de investigar um ponto essencial para a resolução legítima do caso, a saber, os discursos de fundamentação que pretendiam justificar a adoção dos critérios de Milão e Barcelona tanto na Portaria nº 541/02, quando na de nº 1.160/06, que alterou a primeira. Ele simplesmente se limitou a dizer que o 0,5 cm não seria suficiente para inviabilizar a pretensão do autor, sem, entretanto, pautar essa assertiva em qualquer estudo clínico-científico que fosse contrário aos critérios de Milão e Barcelona e que indicasse, eventualmente, um furo de racionalidade nos padrões por eles estabelecidos. Convém salientar, nesse particular, que em rápida pesquisa sobre os transplantes de fígado e

[1050] Na condição de ser e tempo.

[1051] A noção de tempo com a qual trabalhamos para pressupor os Direitos Humanos Fundamentais como condição e consequência do discurso não é cronológica, mas kairológica. Para mais detalhes sobre o assunto, sugerimos um retorno ao capítulo segundo deste trabalho.

[1052] Afinal, não há como imaginar que o que *se-tem-por* Direito Fundamental à saúde nos dias de hoje, seja idêntico àquilo que se pressupunha acerca do mesmo no século passado. O âmbito normativo desse Direito é tão efêmero que ele só pode ser definido caso a caso, a partir, obviamente, dos padrões deontológicos/pontos de partida estabelecidos em discursos de fundamentação.

suas contra-indicações na *Internet*, encontramos, sem grandes dificuldades, um artigo publicado na Revista da Associação Médica Brasileira, intitulado Transplante de Fígado, em que se lia o seguinte:

> *CONTRA-INDICAÇÕES. 1) Hepáticas. No que se refere à contra-indicação de natureza hepática, duas situações devem ser consideradas.* ***A primeira contra-indicação ocorre nos pacientes que apresentam tumor primário de grande tamanho ou múltiplo. Nessa situação, a expectativa de sobrevida é pequena e não atinge 20%. Por isso, de modo geral, não se realiza o transplante nessas condições.*** *Ainda no que se refere aos tumores primários do fígado, deve-se fazer alguns comentários ao colangiocarcinoma de grandes dutos biliares. Especialmente nessa situação, a recidiva é a regra, com a disseminação da doença no pós-operatório. É o tipo de tumor mais freqüente na colangite esclerosante e nas doenças fibrocísticas do fígado.* ***A segunda contra-indicação hepática refere-se ao tumor metastático com doença exclusiva no fígado. Essa situação é encontrada com alguma freqüência, por exemplo, em portadores de metástase hepática de câncer de cólon e reto, cujo tumor primário já foi ressecado. O transplante não apresenta bom resultado nessa situação, uma vez que, freqüentemente, o paciente desenvolve recidiva tumoral em outros locais e, eventualmente, no próprio fígado transplantado.*** *Alguns tipos de metástases, como as dos tumores neuroendócrinos, os chamados apudomas, merecem atenção especial. Alguns desses tumores apresentam metástases hepáticas em grande quantidade, são muitas vezes sintomáticos e de crescimento muito lento.* ***Existem grupos que defendem a realização de transplante nesses pacientes, mesmo que não seja um procedimento curativo. Provavelmente, irão desenvolver recidiva tumoral, porém com sobrevida longa e de boa qualidade***. (REVISTA DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, 1998)

Esse estudo científico já apontava pelo menos duas razões clínicas que poderiam justificar o controle do tamanho dos tumores em fase preliminar à realização de transplantes de fígado, que talvez pudessem ser igualmente invocadas em favor dos critérios de Barcelona e de Milão. No entanto, ele também indicava a existência de estudiosos defensores da realização de transplantes mesmo em casos que não fossem curativos, tendo em vista, principalmente, uma sobrevida considerável e de boa qualidade dos pacientes. Obviamente, uma pesquisa mais aprofundada dos estudos desenvolvidos por estes últimos talvez pudesse indicar razões coerentes, em termos clínicos, para o afastamento da aplicabilidade das portarias no caso do autor. Isso fatalmente aumentaria a legitimidade da inclusão da pretensão do autor, no âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde.

Da mesma forma, um recurso aos discursos de fundamentação das Portarias nº 1.160/2006 e nº 541/2002 poderia, eventualmente, reforçar a ilegitimidade dos argumentos utilizados para justificar a adesão do SUS aos critérios de Milão e Barcelona, tendo por parâmetro os discursos constitucionais e legislativos de fundamentação, voltados para a regulamentação do Direito Fundamental à saúde, bem como a Constituição como *locus hermenêutico.*

No entanto, nada disso foi empregado na tentativa de fundamentar legitimamente o acórdão analisado. Ao contrário; o Desembargador relator pautou-se em análises genéricas dos artigos 6º, 60, 196 e 198 da Constituição da República de 1988, bem como dos artigos 2º, §1º; 5º, incisos II e III; e 7º, da Lei 8.080/90, para, em seguida, explorar as provas demonstrativas da doença e da necessidade de transplante, e, finalmente, chegar à conclusão pela procedência da pretensão autoral. Assim, ele acabou por recair no mesmo déficit de racionalidade da sentença, ao identificar textos normativos com normas e pautar seu juízo em uma racionalidade metódico-silogística do tipo:

[1] Texto = norma (premissa maior)
[2] Fato = alegações do autor acerca da doença e necessidade de transplante (premissa menor)
[3] Decisão = procedência da pretensão autoral (conclusão).

Assim, tendo em vista a nossa concepção sobre o assunto, ele não conseguiu fundamentar o seu voto em termos pós-positivistas. Ao contrário, a justificação interna e externa de sua decisão apresentava claros déficits de legitimidade.

Com essas considerações, podemos analisar mais três julgados do Supremo Tribunal Federal, na tentativa de investigar outras concepções acerca do tema, defendidas em sede jurisdicional. Também é nossa intenção verificar se essas concepções são acompanhadas de algum avanço em termos de legitimidade argumentativa, tendo em vista tudo o que dissemos até aqui.

O primeiro julgado que analisamos com esse intuito é a **Suspensão de Tutela Antecipada nº 185/DF**. Trata-se de uma decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, em dezembro de 2007, oportunidade em que presidia o Supremo Tribunal Federal. Nela, a Ministra Ellen Gracie deferiu o pedido formulado pela União, para suspender a execução do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS.

Em síntese, a decisão colegiada da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformara a sentença que extinguiu o feito sem julgamento de mérito[1053], para

[1053] *"Foi proferida sentença de extinção do feito sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido e inadequação da via eleita para a solução da questão posta em juízo. O provimento judicial recorrido fundamentou suas conclusões na natureza programática da norma do artigo 196 da CF/88 (direito à saúde), inexistindo, portanto, direito subjetivo violado. Nesta linha, aduziu que o Poder Judiciário não pode exercer poder legiferante, sendo impróprio solucionar a questão deduzida de forma global, com efeito erga omnes em*

determinar que a União, no prazo de trinta dias, promovesse todas as medidas apropriadas a fim de possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônodas e caracteres sexuais secundários. Ela ainda compelia a União a editar ato normativo que previsse a inclusão desses procedimentos cirúrgicos na tabela de procedimentos remunerados pelo SUS.

Sua fundamentação contava com argumentos do tipo: a exclusão das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde, configura discriminação proibida constitucionalmente, *"além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde"* (1); o princípio da igualdade impõe a adoção *"de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação"* (2); inexiste justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois *"(a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo*", que caso fossem negados implicariam discriminação sexual contra transexuais masculinos e femininos (3); a dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; *"são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos*" (4); o direito à saúde *"é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos"*, estando superada a noção de norma meramente programática (5); a inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo como política pública do SUS, *"configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde*" (6) (BRASIL, TRF4, AC 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, 2007).

---

ação civil pública. Ademais, considerou a sentença que razões científicas obstam o provimento requerido, uma vez que a Resolução citada considera a cirurgia de transgenitalização de caráter experimental, havendo, inclusive, disposição administrativa pela inclusão do aludido procedimento no âmbito do SUS, a partir de resolução do Conselho Federal de Medicina que altera a condição atual desse procedimento" (BRASIL, TRF4, AC 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, 2007)

Na tentativa de cassar a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal, a União defendeu a competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal para a apreciação do pedido de suspensão de execução do referido acórdão (a); a existência de violação da referida decisão colegiada em relação ao princípio da separação dos Poderes, ante a intervenção indevida do Poder Judiciário na gestão dos recursos públicos no âmbito do SUS e no financiamento do sistema público de saúde (b); **a inexistência de estudos prévios para a inclusão dos mencionados procedimentos cirúrgicos na tabela do SUS e de fixação de critérios técnico-científicos para os novos protocolos, indispensáveis para se garantir resultado eficaz com riscos aceitáveis, sem os quais seria impossível assegurar a ocorrência de danos físicos e psicológicos aos pacientes** (c); a consubstanciação de afronta aos artigos 194 e 195, ambos da Constituição da República de 1988, em vista da criação de um novo serviço a ser oferecido pelo SUS, sem a participação dos órgãos governamentais responsáveis e sem a criação de novas fontes de custeio, fato que fatalmente repercutiria diretamente sobre a alocação de recursos públicos, atingindo toda a população atendida pela rede pública de saúde (d); a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a decisão ora impugnada desfalcaria os recursos destinados aos demais programas mantidos pelo governo, estabelecendo intervenção indevida do Poder Judiciário na organização orçamentário-administrativa, atividade própria do Poder Executivo (e); a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional, bem como à economia pública, tendo em vista a imposição à União da inclusão de procedimentos médicos na tabela do Sistema Único de Saúde, sem prévia previsão orçamentária necessária para a sua execução, nem criação de fonte de custeio específica para tanto (f); e, finalmente, a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos decorrentes da decisão atacada, em razão da considerável quantia que seria alocada para o pagamento desses procedimentos cirúrgicos (g).

Em vista desses argumentos, primeiramente a Ministra Ellen Gracie reconheceu a sua legitimidade para apreciar o pedido de suspensão de execução do acórdão, justificando externamente a coerência desse raciocínio a partir uma série de julgados proferidos no interior do Supremo Tribunal Federal, especificamente nesse sentido. Em seguida, asseverou que a Lei 8.437/92, em seu art. 4º, caput e § 1º, c/c a Lei 9.494/97, art. 1º, autorizariam o deferimento de pedido de *"suspensão de execução de tutela antecipada"*, concedida em Ação Civil Pública proposta contra o Poder Público ou seus agentes, em caso de manifesto interesse

público (i) ou de flagrante ilegitimidade (ii), e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (iii) (BRASIL, 2007b) [1054].

Feito isso, ela alegou não desconhecer o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo[1055], pessoas que se submeteriam a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar, justamente com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização[1056]. Entretanto, sustentou que no caso em análise encontrar-se-ia devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional, porquanto a execução do acórdão impugnado pela União repercutiria na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas.

Para a Ministra, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal ainda acarretaria grave lesão à ordem pública, em sua acepção administrativa, por desorganizar a gestão da política nacional de saúde. Além disso, sua imediata execução demandaria o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que, em sua visão, certamente causaria problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional. A partir dessas razões, ela justificou a suspensão da execução da 'tutela antecipada'.

O caso em comento ilustra brilhantemente o problema da desconsideração das diferenças entre discursos de fundamentação e aplicação. Ele torna visível a nefasta consequência da des-diferenciação sistêmica para a consolidação do Estado Democrático de Direito. E, finalmente, comprova o que antes havíamos dito de forma menos direta: a via coletiva não é uma panacéia para o trato dos Direitos sociais.

Na realidade, nem o acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nem a decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, respeitaram devidamente o código binário do Direito. A primeira simplesmente desconsiderou os limites inerentes aos discursos jurisdicionais de aplicação, legislando no caso concreto. A segunda, ainda que apegada em uma noção de macrojustiça, deixou de justificar-se em argumentos deontológicos.

[1054] Ainda que o pedido da União não fosse de suspensão de tutela antecipada, mas de suspensão da execução do acórdão, essa foi uma das fundamentações utilizadas pela Ministra Ellen Gracie para justificar a decisão. De se ressaltar que a tutela antecipada fora negada unanimemente pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

[1055] Patologia que, segundo a Ministra Ellen Gracie, seria devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde: CID-10 F64.0 (BRASIL, 2007b).

[1056] Também conforme a Ministra Ellen Gracie, nos termos da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina.

De modo mais explícito, a decisão colegiada do Tribunal apoiou-se em argumentos basicamente morais e de cunho ético-político[1057], a fim de justificar a pretensa procedência dos pedidos aduzidos na Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público em favor dos transexuais. Perdendo completamente de vista os limites do discurso que deveriam exercer, seus prolatores desenvolveram um raciocínio que não se sustentava nem mesmo internamente, e que, afinal, subvertia a jurisdição em legislação. A tese por eles defendida, além de desconsiderar a incompetência do Judiciário para realizar juízos de mera conveniência sobre a incorporação de tecnologias pelo SUS[1058] e de minorar os efeitos nefastos decorrentes de uma decisão desse tipo, ainda estava pautada na errônea concepção de que o Direito Fundamental à saúde não comportasse limites fáticos:

> Aquilo que talvez esteja subjacente ao argumento esgrimido pela defesa é a dúvida quanto à legitimidade da mudança de sexo. Tanto que, a certa altura, a União menciona a existência de controvérsia sobre o efeito mutilador da cirurgia e seu caráter experimental. Ela também sustenta a impossibilidade do atendimento do pedido, invocando a reserva do possível e o caráter meramente programático da norma constitucional que assegura o direito à saúde. Estes argumentos merecem exame, a ser realizado quando da consideração de outros direitos fundamentais pertinentes ao caso: os direitos de liberdade, de privacidade, de livre desenvolvimento da personalidade, da proteção da dignidade humana e o direito à saúde. [...]
> A fundamentação ora desenvolvida é de grande relevância para o caso, uma vez que, diversamente daquilo que concluiu a sentença, a **atuação judicial aqui não é a de "legislador positivo"**, em invasão da competência constitucional do Parlamento ou da Administração. **Trata-se, ao contrário, de respeitar a eficácia do direito já existente**, que é o direito fundamental, previsto na "Lei das leis", a Constituição. Cuida-se, deste modo, não de ultrapassagem dos limites da atribuição constitucional da jurisdição, mas, ao contrário, de cumprimento da mais importante missão de juízes e de tribunais, que é zelar pelos direitos fundamentais.
> Neste ponto, a propósito, fica clara a impropriedade da preocupação de que o pedido não possa ser acolhido em virtude da chamada **"reserva do possível"**, ou seja, da impossibilidade de demandar prestação jurídica positiva que onere demasiadamente e desproporcionalmente os cofres públicos, impondo-lhes encargos acima de suas capacidades. **Em primeiro lugar**, pelo fato de que os casos envolvendo transgenitalização são **numericamente muito pequenos** e, em segundo lugar e muito relevante, porque **o SUS já destina recursos para tais cirurgias**, somente excluindo de seu âmbito, todavia, transexuais. **Não se está inovando ou impondo novas despesas ao Poder Público**, mas simplesmente **corrigindo discriminação contra grupo numericamente restrito de cidadãos, para quem o acesso aos procedimentos médicos é vital.**
> Todas estas circunstâncias certificam que, no caso concreto, não há qualquer justificativa que possa repelir a juridicidade do pedido veiculado.
> Neste passo, é de se registrar que, **ainda que não se admitisse qualquer eficácia direta e aplicabilidade imediata ao direito fundamental à saúde** (o que é incorreto em face da doutrina e da jurisprudência constitucionais contemporâneas), é

[1057] Que, como já dissemos, são legítimos em sede de discursos jurisdicionais de aplicação apenas se filtrados por discursos de fundamentação.

[1058] Por tudo o que dissemos acerca desse procedimento no tópico 6.2.1, esperamos não restarem dúvidas quanto à incompetência do Judiciário nesse particular, o que não implicar dizer que ele não deva controlar a validade dos argumentos delineados nos discursos de fundamentação atinentes ao tema, sempre com base numa leitura holística e coerente da Constituição como *locus hermenêutico* do Direito como um todo.

> correto pontuar que **o caso pode ser compreendido como hipótese de reconhecimento de direito derivado à saúde** (BRASIL, TRF4, AC 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, 2007).

Certamente, não vemos com bons olhos o fato de a União ainda insistir na tese das normas programáticas como um dos impeditivos ao atendimento da pretensão ministerial via Judiciário. Como já dissemos no capítulo anterior deste trabalho, essa tese de fato não se sustenta à luz da racionalidade pós-metafísica contemporânea. Ainda assim, entendemos que caberia à Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, ante as informações prestadas pelo próprio Ministério Público acerca da constituição de grupo de trabalho pelo Ministério da Saúde[1059] objetivando a inclusão dos aludidos procedimentos no SUS, verificar por quais motivos isso não chegou a se configurar. Quais seriam as razões para a manutenção da decisão pela não incorporação da aludida tecnologia como política de saúde? Seria ela, de fato, experimental? A 'mutilação' dela decorrente configuraria crime? O que diria a comunidade científica acerca desses assuntos? Possuiria ela condições de implementação no Brasil? Qual o custo médio dos referidos procedimentos? O impacto financeiro, de fato, seria irrelevante? Os resultados da cirurgia trariam o necessário alívio psicológico para os indivíduos? A nosso ver, apenas a partir da rediscussão dessas questões à luz dos programas normativos existentes acerca do assunto, o Tribunal começaria, eventualmente, a comprovar a legitimidade da configuração por ele procedida em relação ao âmbito normativo do Direito à saúde. Caso contrário, estaria sim a legislar, como acabou por acontecer na situação dos autos.

Para que se tenha uma noção, ao invés de uma investida do tipo que acabamos de expor, os Desembargadores federais simplesmente concluíram, sem qualquer evidência ou suporte pragmático, que a exclusão das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde, configuraria discriminação proibida constitucionalmente. E o fizeram a partir de uma dedução complexa, assentada em uma série de premissas, entre elas, a de que o princípio da igualdade impunha a adoção de tratamento isonômico aos destinatários das medidas estatais (a), e de que inexistiria justificativa para tratamento desfavorável aos transexuais quanto ao custeio, pelo SUS, das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, e isso em vista de sua suposta adequação e necessidade para o tratamento da aludida patologia (b).

[1059] Como consta no próprio relatório do acórdão: "*Neste tribunal, o MPF requereu a suspensão do feito por algumas vezes, em face da constituição de grupo de trabalho pelo Ministério da Saúde, objetivando a inclusão do procedimento no SUS. A medida foi renovada algumas vezes, tendo transcorrido integralmente o prazo assinado. Em derradeira manifestação, foi noticiada a continuidade dos trabalhos, sem, contudo, qualquer previsão de sua conclusão"* (BRASIL, TRF4, AC 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, 2007).

Mas caberia perguntar aos Desembargadores federais em que tipo de padrões eles estariam a se pautar para sustentar a adequação e a necessidade dos aludidos procedimentos. Seriam padrões discursivamente alcançados a partir de debates com a comunidade científica e civil? Psicólogos, médicos, religiosos e transexuais foram ouvidos em Audiências Públicas? Se não, onde estaria a legitimidade dos mesmos? Seria o Judiciário uma instância legítima para ponderações desse tipo? Por tudo o que dissemos até aqui, fica evidente que os procedimentos foram considerados adequados e necessários com base, unicamente, na opinião dos julgadores.

Se seguíssemos o raciocínio delineado na decisão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, conseguiríamos 'justificar' a inclusão de todo e qualquer tipo de tecnologia como política de saúde pública, desde aquelas em fase experimental, até as comprovadamente ineficazes, inseguras, sem qualidade, desnecessárias ou sem condições de implementação no Brasil. Afinal, tecnologias desse tipo, voltadas eventualmente para o combate da infertilidade, do câncer, da AIDS e de muitas outras doenças, ver-se-iam 'obrigatórias', sob pena de discriminação daqueles que, infelizmente, se vissem vítimas desses problemas. Contra possíveis insurreições contra esse raciocínio, ademais, bastaria dizer que os aludidos procedimentos seriam sim, adequados e necessários ao tratamento dessas patologias.

Ora, evidentemente esse raciocínio, além de ilegítimo, é falacioso. Ele, absolutamente, não justifica a decisão em termos deontológicos. Por isso mesmo, em sede de discursos de aplicação, ele termina por subverter o Direito em Política. Daí o déficit de legitimidade e consistência sistêmica do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Todas essas questões poderiam ter sido exploradas pela Ministra Ellen Gracie, a fim de justificar a suspensão da execução, conforme requereu a União. Mesmo porque, à luz das informações constantes nos autos, nem sequer conseguimos nos convencer de que os aludidos procedimentos cirúrgicos pudessem legitimamente integrar o âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde[1060] sem subversão dos discursos jurisdicionais de aplicação em discursos de fundamentação. Entretanto, sua decisão monocrática se pautou basicamente em uma noção de macrojustiça, sem, todavia, justificar devidamente porque o raciocínio delineado pela primeira decisão seria ilícito à luz de uma leitura holística e coerente do Direito.

[1060] Ainda que essas pessoas pudessem justificar juridicamente a sua submissão aos referidos procedimentos, em nosso entendimento, isso não faria parte de seu Direito à saúde, caso verdadeiramente a tecnologia em questão estivesse em fase experimental. Esse é apenas um exemplo hipotético, que, sinceramente, não conseguimos descartar a partir das informações contidas no acórdão.

Na realidade, sob a desculpa de que não caberia, em sede de suspensão, analisar com profundidade a matéria de mérito discutida na origem, a Ministra simplesmente optou por declarar que a decisão impugnada acarretava grave lesão à ordem pública, seja por gerar impacto nas finanças públicas, seja por desorganizar a gestão da política nacional de saúde, seja por implicar, para sua execução, remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde.

Em momento algum, ela se posicionou quanto ao fato de a decisão reformada extrapolar os limites do discurso de aplicação, e, em razão disso, violar uma visão contemporânea do princípio da separação dos poderes. E não o fez por também desconsiderar a importância dessa distinção. Ela também deixou de discutir a questão essencial em torno da existência, ou não, de estudos prévios para a inclusão dos mencionados procedimentos cirúrgicos na tabela do SUS (i) e de fixação de critérios técnico-científicos para os novos protocolos (ii), além de ter passado ao largo de uma análise quanto à violação comprovada de outros Direitos Fundamentais – inclusive o Direito à saúde de um sem número de pessoas –, em decorrência da realocação de recursos públicos provenientes da decisão reformada. Além disso, não deixou claro quais seriam os argumentos passíveis de comprovar impacto financeiro tomado como fundamento para a decisão.

Por essas razões, também a decisão monocrática proferida na STA 185/DF desnaturou-se em discurso político, uma vez que o ponto forte de sua fundamentação, a saber, a prognose judiciária atinente aos 'macroefeitos' do acórdão reformado, deixou de assentar-se em argumentos deontológicos.

Feitas essas anotações, podemos analisar outra decisão proferida em sede de tutela coletiva, especificamente, a bastante elogiada **Suspensão de Liminar nº 228-7/CE**[1061]. Essa decisão monocrática foi proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em outubro de 2008.

Deu ensejo a essa decisão um pedido de suspensão de liminar, manejado pela União, contra decisão proferida pelo Juiz da 18ª Vara Federal de Sobral, na oportunidade do julgamento de Ação Civil Pública proposta conjuntamente pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Ceará. Essa decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A Ação Civil Pública ajuizada na origem buscava garantir à população dos 61 municípios que compunham a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral, o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo, em casos de grave risco à saúde.

[1061] Scaff (2010, p. 40) chega a pintar essa decisão como *"um exemplo de judicialização 'social'"*.

A decisão liminar concedida em primeira instância e mantida em sede recursal determinou que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral realizassem a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo para hospitais públicos e/ou particulares que dispusessem de tais unidades de atendimento. Determinou, além disso, o início das diligências tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias. Por fim, fixou para a hipótese de descumprimento, uma multa diária no valor de R$ 10.000,00 para cada réu.

Contra essa decisão, como já dissemos, a União interpôs Agravo de Instrumento, o qual teve seu efeito suspensivo negado, daí a razão do pedido de Suspensão da Liminar perante o Supremo, fundado na alegação de lesão à ordem público-administrativa, à saúde pública, à economia pública, violação ao princípio da separação funcional dos poderes, desrespeito ao princípio da legalidade orçamentária e inobservância da cláusula da reserva do financeiramente possível. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial deferimento do pedido, tão-somente para sustar a imposição da multa diária fixada na decisão impugnada.

Na decisão, após breve consideração sobre sua legitimidade para a apreciação do pedido, com menção expressa, nesse particular, à Suspensão de Tutela Antecipada 185/DF, o Ministro Gilmar Mendes realizou uma considerável investida teórica atinente ao Direito à saúde, aprofundando consideravelmente uma série de pontos que antes já haviam sido referidos, pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45 MC/DF[1062].

[1062] Não interessa tanto o motivo (veto presidencial) que deu ensejo ao ajuizamento da ADPF nº 45/DF, mesmo porque ele foi sanado antes da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello. Mas é bastante relevante o fato de, pela primeira vez desde a decisão da Petição 1246, o Ministro ter discutido a questão da concretização dos Direitos sociais de modo um pouco mais aprofundado, com menção genérica à tese de Holmes e Sunstein acerca do custo dos Direitos e de Ana Paula Barcelos acerca da compatibilização entre mínimo existencial e reserva do possível, dentre outras. Feito isso, ele teceu a seguinte consideração acerca do controle jurisdicional das políticas públicas: *"Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. **É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado*** (BRASIL, 2009). O problema é que Celso de Mello, logo na sequência, fez menção à tese defendida por Andreas Krell acerca dos Direitos sociais, para, em seguida, com ela concordar. Isso, no entanto, atentou contra a consistência interna de seus argumentos, uma vez que, como vimos no capítulo quinto, tópico 5.2.4.2.1, a concepção de Krell não se compatibiliza com a tese da reserva do possível. Recentemente essa inconsistência argumentativa pode ser

Inicialmente, ele ressaltou que as divergências doutrinárias quanto ao "*efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde"* decorriam, em sua ótica, especialmente da natureza prestacional desse Direito e da necessidade de compatibilização entre o 'mínimo existencial' e 'reserva do possível'. Em seguida, demonstrou conhecimento[1063] e concordância em relação à tese de Holmes e Sunstein, bem como à contribuição de Amaral, particularmente no tocante à inexorabilidade da escassez de recursos, à necessidade de decisões alocativas e à existência de escolhas trágicas. Fez, ainda, referência genérica aos defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde para concluir que:

> [...] o denominado problema da "judicialização do direito à saúde" ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias (BRASIL, 2008).

Uma vez assentada essa posição, lembrou a tese de Canotilho sobre a metodologia fuzzy, para salientar que também não se surpreendia com o fato de a problemática dos direitos sociais[1064] ter se deslocado, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito. Dito isso, asseverou, em uma segunda conclusão parcial, que no fim das contas problemas concretos deveriam ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas direta e indiretamente relacionadas à questão dos Direitos sociais. Isso, a seu ver, indicava que *"juízos de ponderação"* seriam inevitáveis *"nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos*". Nesse ponto, ele fez expressa menção à teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, salientando, entretanto, que alguns dos desafios enfrentados pelo alemão não se repetiriam no Brasil, sobretudo em vista da previsão constitucional dos Direitos Fundamentais sociais[1065] (BRASIL, 2008).

---

vislumbrada, mais uma vez, no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no AgR STA 175/CE, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

[1063] Ainda que tenha insistido em se referir à faceta defensiva dos Direitos Fundamentais como 'negativa', ele salientou que mesmo estas demandariam o emprego de recursos públicos para a sua garantia.

[1064] Evidentemente, isso é uma realidade em relação a todos os Direitos Fundamentais.

[1065] *"A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos*

Após essas considerações, passou a tecer alguns comentários em torno dos sentidos do Direito Fundamental à saúde, a partir da semântica do artigo 196 da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, ele foi bem enfático ao dizer que, por ser assegurado principalmente mediante políticas sociais e econômicas, **não haveria um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção**, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que viesse a concretizá-lo. Em todo caso, segundo ele, **haveria um direito público subjetivo a políticas públicas que promovessem, protegessem e recuperassem a saúde**[1066].

Ele também fez questão de destacar a competência comum dos entes da federação no tocante à elaboração e execução de políticas de saúde pública, direcionadas a toda a população, para defender, em seguida, a responsabilidade solidária e a legitimidade passiva da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em demandas cuja causa de pedir fosse a negativa de prestações na área de saúde pelo SUS.

Na sequência, após referir-se à fluidez de conteúdo do Direito Fundamental à saúde[1067], Gilmar Mendes Mendes enfatizou que o estudo do Direito à saúde no Brasil o levava a concluir que os problemas ligados à sua eficácia social deviam-se *"muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes"*, do que *"à falta de legislação específica"*[1068]. A problemática não seria, portanto,

---

sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde" (BRASIL, 2008). Convém destacar que, ao menos nesse trecho, o Ministro Gilmar Mendes se aproximou de uma 'fundamentação positivista' dos Direitos Fundamentais sociais, para usar a terminologia de Sampaio (2004, p. 85). Em todo caso, no tocante à aplicação e resolução de conflitos entre esses Direitos, sua concepção em muito se aproximava daquela defendida por Alexy.

[1066] Nesse ponto, sua tese em muito se aproximou da posição defendida, dentre outros, por Sunstein e Scaff.

[1067] *"É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos,* ***a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada****"* (BRASIL, 2008). Em que pese a nossa concordância com a tese, entendemos ser conveniente salientar que essa fluidez não é exclusiva do Direito à saúde, estendendo-se, na realidade, ao conteúdo de todos os Direitos Fundamentais. Ademais, em vista da histórica semântica atrelada à teoria das normas programáticas, preferimos evitar essa terminologia, conquanto não desconsideremos a existência de concepções mais modernas acerca do assunto, como aquela defendida por Neves. Para mais detalhes, sugerimos um retorno ao capítulo anterior.

[1068] Essa posição também foi defendida por Barroso, em relação às políticas de medicamento: *"Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada entre federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes"* (Barroso, 2008, p. 889).

de inexistência, mas de execução administrativa das políticas públicas pelos entes federados (BRASIL, 2008).

Essa realidade, segundo ele, indicava a necessidade de um redimensionamento da questão da 'judicialização' dos direitos sociais no Brasil. Por aqui, na maior parte dos casos, a intervenção judicial não decorreria de uma omissão legislativa absoluta em matéria de políticas de saúde pública, mas de *"uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas"*. Esse 'dado', em sua ótica, poderia ser importante para a construção de um parâmetro de decisão em casos como este, nos quais a discussão referir-se-ia, primordialmente, ao *"problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes"* (BRASIL, 2008).

Segundo Gilmar Mendes, em casos que tais, o primeiro aspecto a ser considerado seria a existência, ou não, de política estatal que abrangesse a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. Em sua opinião, ao deferir uma prestação de saúde que estivesse incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não estaria criando uma nova política pública, mas determinando o seu devido cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política de saúde seria evidente.

Por outro lado, se a prestação pleiteada não fosse abrangida pelas políticas do SUS, seria imprescindível distinguir se a não-prestação decorria de uma omissão legislativa ou administrativa (a), ou de uma decisão administrativa de não fornecer (b). Nesses casos, na visão do Ministro, *"a ponderação dos princípios em conflito"* daria a resposta ao caso concreto. No fim, caso chegasse à conclusão pelo dever de *"determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.)"*, o julgador precisaria assegurar-se de que o Sistema de Saúde *"possuiria condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrassem em situação idêntica"* (BRASIL, 2008).

Feitas todas essas colocações, o Ministro Gilmar Mendes passou a analisar o mérito do pedido de suspensão de liminar formulado pela União.

Segundo ele, *in casu*, inexistiria grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição, uma vez que a separação dos Poderes *"não justificaria a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), com a absoluta prioridade para o atendimento das crianças e adolescentes (art. 227)"*, o qual estaria já legalmente regulamentado pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde, e tecnicamente especificado pelas Portarias do Ministério da Saúde (BRASIL, 2008).

Da mesma forma, seria impossível conceber grave lesão à economia da União, sobretudo em vista da expressa determinação constitucional de prioridade na formulação de políticas sociais e econômicas nesta área (a) e de destinação orçamentária respectiva (b). Nesse particular, o Ministro destacou que a Constituição indicaria de forma clara os valores a serem priorizados, recebendo, ainda, o apoio das Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações não poderiam ser desconsideradas quando da formulação orçamentária, tendo em vista o seu caráter vinculante em relação ao Poder Público. Além disso, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Ceará já teriam instaurado, conjuntamente, o Inquérito Civil Público nº 1.15.003.000048/2007-94, a fim de apurar o alto índice de incidência de casos de dengue e o número preocupante de óbitos na região de Sobral. Por meio desse procedimento, teria sido constatada uma inegável escassez de leitos de Unidade de Terapia intensiva naquela macro-região[1069], bem como a inexistência de leitos de UTI pediátrica, para atender as crianças de 28 dias a 14 anos, e de leitos de UTI neonatal, para o atendimento de recém-nascidos que necessitem de tratamento intensivo.

Essa escassez de leitos representaria sério óbice, na região, para a efetivação do Direito à saúde de um sem número de pessoas, como testemunhavam o Coordenador do Serviço de Neonatologia da Santa Casa de Misericórdia, a Diretora Administrativa da Santa Casa, Regina Célia Carvalho da Silva e o Secretário Municipal de Saúde de Sobral, Arnaldo Ribeiro Costa Lima[1070]. Somado a isso, havia uma prova documental que indicava que a

---

[1069] Segundo atestava o Inquérito Civil Público, o Município de Sobral, uma macro-região do Sistema Único de Saúde no Ceará possuía ínfimos nove leitos para atendimento aos pacientes do SUS.

[1070] *"O Coordenador do Serviço de Neonatologia da Santa Casa de Misericórdia testemunhou que: '[...] diariamente todos os leitos ficam preenchidos, e há um improviso porque a demanda sempre supera a capacidade instalada; que aproximadamente 90% dos pacientes internados apresentam perfil de UTI neonatal; que estes pacientes ficam sendo atendidos em leitos de média complexidade na neonatologia e ficam, a depender do caso, esperando vagas nos hospitais de Fortaleza [...] que a mortalidade neonatal é muito alta, devido a um carente acompanhamento da gestante e da falta de condições técnicas do serviço, e os recém-nascidos com peso inferior a 1,5 Kg precisam de cuidados intensivos [...] que o recém-nascido exige um cuidado especial, já que é um ser indefeso, com baixa imunidade, especialmente quando exposto a agentes infectantes presentes no hospital; que numa região pobre como o norte do Ceará, muitas vezes, nem mesmo a proporcionalidade estabelecida pelas normas do SUS são adequadas, já que a realidade local é influenciada por fatores próprios da pobreza, tais como a falta de acompanhamento das grávidas, planejamento familiar etc., o que existe em menor grau nas regiões mais desenvolvidas; que desde o início da estruturação da maternidade, houve a identificação da necessidade de criação de leitos UTI neonatal, mas as autoridades não avançam na resolução do problema [...] que há, no total, 9 incubadoras no setor de média complexidade, atendendo pacientes de alto risco; que, geralmente, há a dolorosa escolha médica de retirar paciente em estado grave da incubadora para a substituição por outro em estado mais grave; que o ideal seria 1 leito de UTI neonatal para cada 1.000 nascimentos; que além de poucas vagas em Fortaleza para transferência de pacientes em alto risco, há problema de falta de equipe e veículos para transferência [...] que o recurso repassado para fazer face à UTI pediátrica é menor que aquele destinado à neonatal [...].' (fls. 52-53) A Diretora Administrativa da Santa Casa, Regina Célia Carvalho da Silva, declarou que: '[...] Por falta de vagas no hospital e em outros da região, o paciente fica internado nos leitos de observação e em macas, sendo que os mais graves ficam no leito de ressuscitação. Que são colocadas macas na sala de ressuscitação e também nos corredores do hospital por falta de vagas. Que a Santa Casa tem 9 leitos de UTI, sendo que nenhum deles é pediátrico ou para UTI neonatal [...]'. (fl. 55). O Secretário Municipal de Saúde de Sobral,*

macroregião de Sobral encontrar-se-ia na pior situação no tocante à relação leito/habitante no Estado, considerada a Portaria nº 1.101/GM de 2002, do Ministério da Saúde[1071].

Para complementar, a Portaria nº 3.432/GM, de 12 de agosto de 2002, do Ministério da Saúde, determinaria expressamente, ao estatuir sobre os critérios de classificação entre as diferentes Unidades de Tratamento Intensivo, que todo hospital que atendesse gestante de alto risco deveria dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e neonatal'. Por sua vez, a Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002, relativa aos parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especificaria a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região, nos seguintes termos:

> 3.5. Necessidade de Leitos Hospitalares. Em linhas gerais, estima-se a necessidade de leitos hospitalares da seguinte forma: a) Leitos Hospitalares Totais = 2,5 a 3 leitos para cada 1.000 habitantes; b) Leitos de UTI: calcula-se, em média, a necessidade de 4% a 10% do total de Leitos Hospitalares; (média para municípios grandes, regiões, etc.); c) Leitos em Unidade de Recuperação (pós-cirúrgico): calcula-se, em média, 2 a 3 leitos por Sala Cirúrgica; d) Leitos para pré-parto: calcula-se, no mínimo, 2 leitos por Sala de Parto[1072] (BRASIL, 2008).

Em vista disso, o Ministro Gilmar Mendes salientou que a suspensão da decisão atacada poderia ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da população abrangida pela macro-região do Município de Sobral, tendo em vista que o Poder Público estaria a oferecer apenas nove leitos de UTI para o atendimento de uma população estimada em mais de um milhão e meio de habitantes.

Ele ainda fez questão de demonstrar a sua ciência em relação à "*existência de aproximadamente uma dezena de leitos de UTI no Hospital do Coração, também em Sobral"*. No entanto, esclareceu que "*as internações naquela unidade hospitalar"* se vinculariam à especialidade cardiológica. Desse quadro, seria possível vislumbrar que a região dispunha "*de*

Arnaldo Ribeiro Costa Lima, disse ao Ministério Público o seguinte: 'Que, no total, são 9 leitos de UTI adulta, presentes na Santa Casa e 10 de UTI especificamente cardiológica no hospital do Coração; que na macroregião de Sobral, a proporção é de 88.000 pessoas para cada leito de UTI, enquanto a recomendação da Organização mundial de Saúde indica a necessidade de 10.000 pessoas para cada leito da UTI; que cada paciente internado custa R$ 900 diariamente, e o Estado do Ceará repasse nenhum valor, sendo que a União repassa R$ 450 diários por leito; que há necessidade de que o Estado repasse pelo menos R$ 150 mil por mês; que há projeto do aumento do número de UTIs em duas versões; que o primeiro não se mostra viável financeiramente, e o segundo projeto, levado em consideração pelo Município de Sobral, visa a instalação de 10 leitos de UTI neonatal e 8 pediátricas, mantendo-se os 10 leitos de UTI adulta (em verdade quis referir-se aos 9 já existentes) [...] que quando chega um paciente em estado grave, e inexiste leito disponível, o direcionamento do paciente é feito por uma central estadual de regulação de leitos, cabendo à prefeitura transportar o paciente para o local de acordo com a vaga encontrada [...].' (fls. 55-56)" (BRASIL, 2008).

[1071] Como informou o Ministro Gilmar Mendes, essa portaria estabeleceria *"os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS a partir de recomendações técnicas ideais, constituindo-se em referências para orientar os gestores do SUS dos três níveis de governo no planejamento, programação e priorização das ações de saúde a serem desenvolvidas (art. 1º e parágrafo único)"* (BRASIL, 2008).

[1072] A Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002 está disponível em (MINAS GERAIS, 2002)

menos da metade do número mínimo de leitos comuns por macroregião", defasagem essa que também diria respeito aos leitos de UTI, cuja necessidade seria *"estimada em 4% a 10% dos leitos hospitalares, em média"*, tendo em vista o item 3.5, letra 'b', do Anexo da Portaria 1.101/2002. Isso sem levar em conta a ausência de leitos de UTI pediátrica e neonatal. Com base nessas razões, concluiu a sua decisão asseverando o seguinte:

> **Verifico que a decisão objeto do pedido de suspensão, especialmente na parte em que determinou a instalação de UTIs neonatais e pediátricas, apenas determinou o cumprimento de política pública constitucionalmente definida como prioritária (art. 196 c/c 227, *caput*, e §1º, I) e especificada de maneira clara e concreta por atos normativos do próprio Ministério da Saúde.**
> [...]
> Entendo que tão-somente neste ponto a decisão impugnada gera lesão à economia pública, ou seja, apenas quanto à fixação de multa por não cumprimento, em 90 (noventa) dias, da determinação de iniciar as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de pelo menos 10 (dez) novos leitos de UTIs adulta, 10 (dez) leitos de UTI neonatal e 10 (dez) leitos de UTI pediátrica. Para se chegar a essa constatação, basta observar que a fixação de multa em valor elevado e sem limitação máxima constitui ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade. Dessa forma, remanesce íntegra a decisão, quanto à possibilidade de multa por não transferir os pacientes que necessitem de atendimento em Unidade de Tratamento Intensivo para hospitais, públicos ou particulares, que as possuam.
> Destaco, contudo, que não se impede a fixação de multa por descumprimento de decisão judicial. O que não se pode perder de vista é a possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade, por multa fixada em decisão liminar baseada em juízo cognitivo sumário.
> **Assim, não vislumbro grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, valores protegidos pela Lei no 8.437, com exceção da fixação de multa diária em valor demasiadamente elevado.**
> **Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de suspensão, tão-somente quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem judicial quanto ao início das ações para a instalação e funcionamento dos leitos de UTIs em 90 dias, mantendo a decisão liminar nos seus demais termos.** (BRASIL, 2008).

Essa decisão merece muitos aplausos de nossa parte. Nela percebemos uma argumentação mais consistente na fundamentação do controle jurisdicional sobre a gestão executiva das políticas de saúde – no caso uma omissão que se mostrou inconstitucional; vimos a 'superação' da tese do Direito Fundamental à saúde como Direito absoluto; notamos uma maior consideração dos influxos advindos do caso concreto para a devida configuração do âmbito normativo do Direito à saúde; constatamos uma preocupação com as noções de macro e microjustiça; e observamos a extensão dos efeitos protetores do Direito Fundamental à saúde para além da relação vertical Estado-cidadão[1073]. Além disso, vimos que, a despeito

[1073] Conquanto sejamos críticos de algumas pré-compreensões que permeiam a leitura de Scaff, em certa medida a sua análise resume bem tudo o que acabamos de dizer: "*No caso em apreço foi privilegiada uma política socioeconômica estabelecida em normas pelo órgão público competente, que estava sendo descumprida pelos órgãos incumbidos de aplicá-la. O número de leitos deferidos não surgiu da 'aplicação livre do Direito' pelo*

de defender uma ponderação aos moldes delineados por Alexy, ao final, Gilmar Mendes não a empregou em momento algum de sua decisão.

Decerto, ao menos em nossa visão, sua consistência em nada tem a ver com o fato de ela ter sido manejada em sede de tutela coletiva. Antes, vemos nela um bom exemplo de decisão concretista pelo fato de seu componente criacional não ter extrapolado os limites do discurso jurisdicional de aplicação.

Ainda assim, existem alguns pontos passíveis de críticas na argumentação do Ministro Gilmar Mendes. Em primeiro lugar, não vemos com bons olhos a aproximação de sua concepção com aquela delineada por Robert Alexy. Como já dissemos, a noção de ponderação advinda dessa concepção subverte o código binário do Direito em 'código de preferências do julgador'. Além disso, conquanto estejamos cientes da relevância dos *standards* argumentativos para a aplicação coerente do Direito, pensamos que a sede dos discursos jurisdicionais de aplicação, nem de longe, seja o melhor momento para o seu estabelecimento (criação). A nosso ver, um empreendimento como esse corre sempre o risco de desnaturar os discursos de aplicação em juízos de fundamentação – por exemplo, na medida em que estiver pautado em noções utilitaristas, de razoabilidade como bom senso ou completamente alheias aos programas normativos existentes acerca da matéria. Fora isso, a decisão é bastante consistente.

Por fim, é importante analisar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no **Agravo Regimental** interposto pela União, contra a decisão negativa do pedido **de suspensão de tutela antecipada nº. 175/CE**. Por meio desse acórdão, o Plenário do Supremo entendeu por bem manter a decisão monocrática antes proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, e, por conseguinte, a tutela antecipada recursal concedida em favor de Clarisse Abreu de Castro Neves, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região. Assim, prevaleceu a determinação para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, na medida de suas responsabilidades, fornecessem à agravada/beneficiária o medicamento Zavesca (Miglustat), orçado em R$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais.

Judiciário, ou mesmo de sua aplicação diretamente da Constituição. É claro que a Constituição foi aplicada – mas de acordo com parâmetros normativos claros, que davam concreção às normas estabelecidas. Além disso, a decisão de 1ª instância concedeu prazo para que fossem iniciados os procedimentos tendentes à instalação das UTI's, decidindo quanto aos casos urgentes que estavam sem condições de atendimento pelo sistema hospitalar na região, sem discriminar entre leitos de hospitais públicos e privados. Observa-se ainda mais que, a despeito de terem sido alcançadas pela decisão pessoas em situação de fragilidade, o objeto do pedido não foram apenas elas, mas a implementação de uma política pública estabelecida globalmente, e que estava sendo descumprida. Não houve a usual transformação dos cofres públicos em plano de saúde privado" (SCAFF, 2010, p. 41-42).

Tanto no Tribunal Regional Federal, quanto na decisão do presidente do Supremo, entre os fundamentos invocados para a concessão e manutenção da tutela antecipada estava a comprovação de que a agravada de fato padecia de doença neurodegenerativa rara, denominada Niemann-Pick Tipo C, causadora de uma série de distúrbios neuropsiquiátricos (i); a existência, nos autos, de relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação, demonstrando que o medicamento requerido poderia possibilitar um aumento da sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (ii); a incapacidade financeira da agravada/beneficiária, bem como de sua família, para o custeio do tratamento (iii); a prescrição formulada por médico devidamente habilitado (iv); e a existência de posicionamentos da clínica médica e da Agência Européia de Medicamentos no sentido de que o medicamento seria o único capaz de deter o avanço da doença (v).

Fora os argumentos habituais, a União atacou a decisão do Tribunal Regional Federal com a alegação de que o medicamento Zavesca (Miglustat) não possuía registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que, por conseguinte, acarretaria na proibição de sua comercialização no Brasil. Segundo constava no pedido de suspensão, não havia comprovação da eficácia do uso de Zavesca para o tratamento da patologia que acometia a agravada/beneficiária. Essas alegações, que quando da propositura da ação pelo Ministério Público Federal eram de fato procedentes, já não fariam mais sentido à altura da STA nº 175, porquanto o Zavesca – princípio ativo Miglustate – fora posteriormente registrado na Anvisa sob o nº 15530002, válido até janeiro de 2012. Ainda assim, o medicamento continuaria à margem dos Protocolos e Diretrizes terapêuticas do SUS, razão pela qual não seria contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Mantida a tutela antecipada, a União interpôs Agravo Regimental ao Plenário do Supremo. Preliminarmente, arguiu a sua ilegitimidade passiva, pautada na tese de que inexistiria previsão normativa quanto à responsabilidade solidária dos integrantes do SUS. No mérito, requereu a reforma da decisão sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes (1), de desconsideração da competência exclusiva da Administração para definir políticas públicas (2), de violação das normas regulamentadoras do SUS (3) e de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, em razão da determinação de desembolso de uma considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, passível de acarretar deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e efeito multiplicador (4).

No acórdão, o Ministro Gilmar Mendes primeiramente votou pelo indeferimento da preliminar de mérito. Para tanto, ele invocou os mesmos fundamentos descritos na decisão

anteriormente analisada[1074]. Feito isso, antes de adentrar o mérito do pedido, passou a analisar questões complexas relacionadas à concretização do Direito à saúde, levando em conta, para tanto, os influxos advindos da Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo, muitos deles já referidos neste trabalho. Visivelmente, ele também aproveitou a pesquisa delineada na decisão da SL 228-7/CE.

Além dos pontos já antes discutidos, que foram devidamente reiterados no voto em comento, ele aduziu que os Direitos Fundamentais, além de uma proibição de intervenção, assegurariam uma vedação de prestação insuficiente. Sustentou que o SUS estaria pautado no financiamento público e na cobertura universal, e que, em vista disso, a manutenção do sistema dependeria da estabilidade dos gastos com a saúde e da captação regular de recursos.

Em seguida, ampliou a posição anteriormente defendida na SL 228-9/CE, ao dizer que se a prestação de saúde pleiteada não estivesse entre as políticas do SUS, seria imprescindível distinguir se isso decorria de uma omissão legislativa ou administrativa (1), de uma decisão administrativa de não fornecê-la (2) ou **de uma vedação legal de sua dispensação (3)**[1075]. Nesse ponto, asseverou que os pleitos levados ao Juízo, não raras vezes, conteriam pedidos de medicamentos nem sequer registrados junto à ANVISA. Salientou que os depoimentos prestados na Audiência Pública deixavam claro que seria vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possuísse o aludido registro, o que, ademais, seria decorrente da vedação expressa da Lei nº 6360/76:

> A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos [...] determina, em seu artigo 12, que 'nenhum dos produtos de que trata esta Lei, **inclusive importados**, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde'. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.
> O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento (BRASIL, 2010b)

A partir disso, o Ministro Gilmar Mendes constatou que o registro na ANVISA configurar-se-ia como uma condição necessária para atestar a segurança e o benefício do

---

[1074] Por isso mesmo, não vamos repeti-los nesse momento.

[1075] Como salientamos anteriormente, (1) e (2) já se encontravam descritos na decisão da SL 228-9/CE. Já o motivo (3) decorreu dos esclarecimentos técnicos prestados na Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo Supremo.

produto, sendo, pois, o primeiro requisito para que o SUS pudesse considerar a sua incorporação. Ainda assim, ele destacou a existência de uma exceção, proveniente da Lei nº 9.782/99, que dispensaria de registro os medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública (BRASIL, 2010b).

Uma vez esclarecida essa condição, passou a explicar o segundo fator que deveria ser considerado pelos intérpretes/aplicadores no tocante aos pedidos de concessão jurisdicional de medicamentos, a saber, a existência de motivação para a não incorporação de uma determinada tecnologia como política de saúde pelo SUS. Segundo ele, por vezes o SUS decidiria não prestar determinada política de saúde, e isso por entender que existiriam evidências científicas suficientes para autorizar a sua exclusão. Nesses casos, vislumbrar-se-iam duas situações distintas: na primeira, o SUS forneceria tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; na segunda, o SUS não possuiria nenhum tratamento específico para determinada patologia.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, por todos esses fatores, a obrigação do Estado evidenciada no artigo 196 da Constituição, a princípio, estaria adstrita ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas. Na realidade, isso decorreria do fato de o SUS haver se filiado ao paradigma da 'Medicina com base em evidências'. Assim, pedidos em desconformidade com protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas deveriam ser vistos com cautela, porquanto tendentes a contrariar um consenso científico vigente:

> Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. [...] Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. 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 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 judicial (BRASIL, 2010b).

Situação diferente, segundo ele, seria a da inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, seria preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais das novas

tecnologias não testadas pelo SUS. No primeiro caso, com apoio no que disse o Dr. Paulo Marcelo Gehm Hoff, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que o SUS não deveria ser obrigado a custear o tratamento. No segundo caso, seria preciso agir com cuidado redobrado na apreciação dos pedidos judiciais. Uma vez que o conhecimento científico/médico não seria estanque, e tendo em vista a velocidade de sua evolução, dificilmente a burocracia administrativa conseguiria acompanhá-la. Isso poderia gerar, eventualmente, a indesejável situação em que um determinado tratamento fosse acessível à rede privada, com comprovada eficácia, segurança e qualidade, mas não à rede pública. Nesse sentido, se por um lado *"a elaboração dos Protocolos e Diretrizes privilegiaria a melhor distribuição de recursos públicos"*, bem como a segurança dos pacientes, por outro *"a aprovação de novas indicações terapêuticas"* poderia se mostrar muito lenta, e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento a muito prestado pela iniciativa privada[1076]. Assim, aos olhos do Ministro Gilmar Mendes, sempre que a inexistência de Protocolos Clínicos ou Diretrizes Terapêuticas implicasse uma violação ao princípio da integralidade do sistema e, ademais, acarretasse uma diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada, seria possível conceber uma intervenção do Judiciário, independentemente do fato de a demanda ser coletiva ou individual. No entanto, nesses casos seria imprescindível que houvesse instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderia configurar-se como um obstáculo à concessão de medida cautelar[1077].

Feitas todas essas considerações, ele retomou o exame das razões específicas apresentadas pela União em seu Agravo Regimental para, em primeiro lugar, afastar a tese de violação ao princípio da separação dos poderes. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, no caso dos autores a intervenção garantiria o Direito à saúde da paciente, por meio do fornecimento de medicamento imprescindível para o aumento de sua sobrevida e melhora de sua qualidade de vida. Ela estaria pautada em provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Ademais, a possibilidade de intervenção judicial seria

[1076] Ainda que o Ministro Gilmar Mendes não tenha feito a devida referência nesse ponto, isso também fora dito pelo Dr. Paulo Marcelo Gehm Hoff, especialmente em relação aos tratamentos de câncer.

[1077] *"Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde"*. (BRASIL, 2010b).

já uma questão pacífica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, sobretudo para a preservação do Mínimo Existencial[1078].

Em seguida, o Ministro relator do acórdão salientou que a decisão agravada, ao contrário do que alegava a União, não afetaria a competência desta, nem provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que, teoricamente, seriam próprios aos Estados e aos Municípios. Nesse ponto, ele salientou que existiria responsabilidade solidária dos três entes da federação em questões afetas à saúde, o que tentou justificar externamente a partir de acórdãos do próprio Supremo Tribunal Federal[1079]. Após a descrição desses acórdãos, Gilmar Mendes destacou que a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido seguia as normas constitucionais que fixaram a competência comum – art. 23, II, da CR –, bem como a Lei Federal nº 8080/90 (Art. 7º, XI).

Além disso, renovou o argumento de que a determinação decorrente da decisão agravada não configuraria grave lesão à ordem púbica. Isso também seria uma verdade contra a alegação de grave lesão à economia e à saúde públicas, tendo em vista que a decisão agravada consignara que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que possuía registro junto à ANVISA não seria suficiente para impedir seu fornecimento pelo Poder Público. Por fim, sustentou que a decisão não geraria efeito multiplicador, tendo em vista que a análise de demandas como a dos autos dar-se-ia *"caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida"* (BRASIL, 2010b).

Por todos esses motivos, o Ministro Gilmar Mendes negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União, no que foi seguido unanimemente pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal. Vale apenas dizer que, a despeito de chegar à mesma conclusão do relator, o Ministro Celso de Mello fundamentou seu voto por meio da mesma argumentação delineada na Petição nº 1.246-1/SC, conquanto também tenha reproduzido considerações atinentes ao Mínimo Existencial e à Reserva do Possível, originalmente descritas na ADPF nº 45 MC/DF[1080]. Isso, no entanto, apenas aumentou a inconsistência de seus argumentos.

Na realidade, nem mesmo a argumentação do Ministro Gilmar Mendes foi consistente a ponto de justificar legitimamente o voto por ele proferido. Conquanto sua reconstrução teórica tenha perpassado por questões centrais à discussão do caso – incorporando de modo

[1078] Nesse ponto, a fim de justificar externamente os seus argumentos, Gilmar Mendes fez referência à ADPF 45/DF, e aos ensinamentos de Victor Abramovich e Christian Courts. Nesse sentido, vide (BRASIL, 2010b).

[1079] Dentre os acórdãos referidos estavam o proferido no RE 195.192/RS e o delineado no RE-AgR 255.657-1/RS. O Ministro Gilmar Mendes ainda chamou a atenção para a possibilidade de discussão da matéria no RE 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

[1080] Por esses motivos, entendemos que seria enfadonho reproduzir, mais uma vez, todas as suas argumentações.

bastante interessante os influxos advindos da Audiência Pública –, no fim a negativa de provimento do agravo interposto pela União pautou-se meramente em argumentos pragmáticos e morais, assim como em silogismos pautados em textos legais. Dizemos isso porque, em nossa ótica, o fato de o medicamento possuir registro junto à ANVISA, por si só, não justificaria a sua concessão à paciente. Da mesma forma, a comprovação da doença e da necessidade do medicamento para seu tratamento não o fariam, a despeito de serem, igualmente ao primeiro, fatores centrais para a configuração coerente do âmbito normativo do Direito à saúde no caso em exame.

Faltou ao Ministro Gilmar Mendes discutir porque razões o medicamento pleiteado continuava a não ser fornecido pela Política Farmacêutica da rede pública. Seriam essas razões consistentes à luz de uma visão holística da Constituição? Ou desnaturariam o discurso político por cederem à lógica do poder simplesmente pelo poder ou do lucro simplesmente pelo lucro? Esse era um fator central para a decisão legítima do caso e que, não obstante, foi esquecido no final do voto[1081]. Também faltou uma maior exploração dos relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação, das considerações da clínica médica e da Agência Européia de Medicamentos, a indicarem que o medicamento seria o único capaz de deter o avanço da doença. Talvez os argumentos descritos por esses segmentos pudessem, eventualmente, justificar o questionamento da legitimidade das razões expostas para a não incorporação da tecnologia pelo SUS.

Fora isso, é preciso ressaltar a incoerência de se trabalhar os pressupostos da teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, aliados a influxos que buscam delimitar, em sede de discursos de fundamentação, o suporte fático do Direito Fundamental à saúde. Expliquemos: ao dizer que, a princípio, a obrigação do Estado quanto à saúde devesse restringir-se às políticas sociais e econômicas por ele formuladas, Gilmar Mendes assume pressuposto incompatível com a teoria do suporte fático amplo, acolhida por Alexy. Ele faz o mesmo ao salientar, pautado nas explicações do Dr. Paulo Marcelo Gehm Hoff e, ainda, na Lei Federal 6360/76, que os medicamentos experimentais estariam excluídos do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Ora, se é assim, ele trabalha com um suporte fático restrito em sede de discursos de aplicação, o que não se compatibiliza com os pressupostos da Teoria dos Direitos de Alexy. Por isso, ele deveria optar por abandonar ou os pressupostos defendidos por Alexy, ou os influxos advindos da Audiência Pública – Saúde nesse particular. No

[1081] Como dissemos, na primeira parte de seu voto o Ministro Gilmar Mendes até fez menção à importância dessa discussão para a concessão de uma tecnologia não incorporada pelo SUS, em sede jurisdicional. No entanto, quando ele se voltou para os argumentos da União, e para a fundamentação 'propriamente dita' do seu voto, nem sequer um comentário desenvolveu sobre essa questão.

entanto, se escolhesse a segunda opção, fatalmente a legitimidade de sua argumentação agravar-se-ia ainda mais.

Quanto ao voto do Ministro Celso de Mello, reiteramos tudo o que antes já dissemos na oportunidade da análise da Petição nº 1246-1/CE e do Recurso Extraordinário nº 509569/SC: argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos, se não forem filtrados por discursos de fundamentação, não fundamentam legitimamente discursos jurisdicionais de aplicação[1082].

A análise de todos esses casos demonstra claramente, em termos hermenêuticos, a impossibilidade de se estabelecer *a priori* uma **decisão modelo** (padrão) para a solução do drama atinente à *judicialização de políticas públicas* relativas *à saúde*. Além disso, ela comprova o *déficit* de legitimidade de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais não filtrados por discursos de fundamentação, na justificação interna de decisões judiciais, sobretudo porque, com base neles, torna-se possível operar o Direito a partir de uma lógica do preferível, do *melhor-para- o-juiz,* e não de acordo com o que é devido no caso concreto.

Atualmente, não há como sustentar que, por ser a saúde um Direito Fundamental constitucionalmente garantido, necessariamente, todas as demandas relativas à concessão de remédios[1083], transplantes, internações etc., apenas para citar três exemplos, devam ser providas, a tal ponto que a "resposta correta" para casos como tais seja sempre um sim da parte do Estado – postura ativista. Assim como não há como sustentar, por outro lado, tal como se fazia antigamente, que decisões relativas ao tema sejam sempre atreladas à análise 'nua e crua' da reserva orçamentária e da reserva política, desconsiderando-se completamente o caráter deontológico e coercitivo da Constituição como um todo, a tal ponto que a eficácia

---

[1082] Em nossa ótica, argumentos como *"**O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas** as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República"*, presentes no voto do Ministro Celso de Mello, em nada contribuem para a fundamentação de discursos de aplicação, se levarmos em conta as exigências provenientes da racionalidade pós-metafísica advinda da reviravolta *hermenêutico-lingüístico-pragmática.* O argumento acima descrito pode ser vislumbrado em (Brasil, 2010b).

[1083] Quando indagado, na oportunidade da edição da Rename 2006, se esta poderia auxiliar na diminuição de ações judiciais contra Estados e Municípios para o fornecimento gratuito de medicamentos, e mais, se liminares abusivas autorizando a compra de medicamentos não registrados, de alto custo e sem eficácia poderiam ser evitadas, o Dr. Manoel Santos respondeu o seguinte: *"Sim. [...] a disponibilidade dos pareceres técnicos que fundamentam as decisões da Comare, deixam de forma muito transparente os critérios adotados para a incorporação dos medicamentos. **Assim, tanto os Ministérios Públicos, quanto as Defensorias e o Judiciário podem compreender que a adequada atenção à saúde não depende da oferta de todos os produtos farmacêuticos disponíveis no mercado. Mas sim daqueles que se mostram eficazes e seguros de acordo com estudos independentes e de boa qualidade publicados em revistas científicas com credibilidade.** Além disso, estados e municípios dispõe de um instrumento poderoso para justificar a não oferta de um medicamento específico, se a doença para a qual este medicamento seria utilizado estiver coberta pela disponibilidade de outros medicamentos da Rename"* (REVISTA FATOR BRASIL, 2006)

do Direito à saúde fique eternamente à disposição de legisladores e administradores públicos omissos – postura passivista.

Em demandas relativas à saúde, os julgadores não hão de ser nem ‘passivistas’, coniventes com a situação de desigualdade social que assola o Brasil e com a ineficácia desse importante Direito Fundamental, nem ‘ativistas’ inconsequentes, que ao contrário dos primeiros, procuram, *a la Hollywood*, ‘fazer justiça com as próprias mãos’. Antes, o seu dever é com a coerência argumentativa de suas decisões, à luz de uma visão holística e discursiva do Direito, tendo em vista o seu caráter deontológico e cogente. Eles devem buscar discursivamente, isto é, a partir dos influxos trazidos pelas partes e pelos interessados na causa, a delimitação legítima do âmbito normativo do Direito à saúde, sempre conscientes das consequências que suas decisões, eventualmente, poderão causar para os demais membros da sociedade brasileira.

7 CONCLUSÃO

Ao final dessa extensa pesquisa, esperamos ter conseguido demonstrar em que medida os ganhos decorrentes da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática contribuem para a compreensão e aplicação do Direito Fundamental à saúde, com base em padrões argumentativos *pós-positivistas*. Esperamos, ainda, ter contribuído para o enfrentamento legítimo, no âmbito dos *discursos jurisdicionais de aplicação*, dos inúmeros óbices pragmáticos que se opõem diariamente ao exercício efetivo desse importante Direito Humano Fundamental.

Durante essa caminhada, inicialmente vimos que os ganhos trazidos pela *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* extrapolavam os limites da Filosofia, repercutindo em toda a Teoria do Conhecimento e, com base em seus pressupostos – as renovadas condições de *possibilidade e validade* da compreensão – perquirimos quais seriam as marcas de uma abordagem pós-metafísica do Direito, pautados principalmente nos ensinamentos de Habermas.

Construído esse alicerce, sentimo-nos movidos a combater o paradigma epistemológico ainda predominante no Brasil, cujos pressupostos mostraram-se tributários da Filosofia da Consciência. Referíamo-nos, nesse momento, ao paradigma positivista, mais especificamente, ao positivismo jurídico. Na tentativa de nos precavermos contra algumas críticas que já se faziam sentir por essas bandas, principalmente através do trabalho de Dimoulis, investigamos algumas das mais variadas vertentes do positivismo jurídico para, só então, tentar delinear em que medida nossa abordagem era capaz de superar suas aporias.

Feito isso, perpassamos por diversas teorias do Direito e da argumentação jurídica, com os olhos voltados claramente para o discurso sobre os Direitos Fundamentais sociais. Fizemos incursões nas teorias de Dworkin, Alexy, Günther, Habermas, Cruz, Müller, Holmes/Sunstein e Neves, sem, entretanto, desconsiderar os pontos de encontro e desencontro entre essas variadas concepções, para, só então, complementar a nossa concepção pós-positivista no tocante aos discursos jurisdicionais de aplicação. Na oportunidade, fomos explícitos em destacar que nossa argumentação se adequava ao trato de todos os Direitos Fundamentais.

No capítulo quinto, analisamos a fundo a argumentação atinente aos Direitos Fundamentais sociais, a fim de agregar ainda mais conteúdo à nossa abordagem. Nossa exposição teve no fundo três objetivos distintos, a saber: a) o de criar condições para que

pudéssemos discutir as diversas concepções existentes no Brasil e no mundo acerca dos Direitos sociais, sob as exigências reflexivas que antes já havíamos assentado; b) o de cumprir o objetivo de encerramento do estado da arte acerca do tema; e, finalmente, c) o de preparar o terreno para a abordagem específica dos discursos de aplicação atinentes ao Direito Fundamental à saúde. Com isso, pretendíamos dar o quarto passo necessário antes da abordagem específica do Direito à saúde.

Nesse momento, primeiramente tratamos de concepções que negavam absolutamente o caráter jurídico-vinculante e a fundamentalidade dos Direitos Sociais (Grupo A); em seguida, analisamos aquelas que reconheciam certa vinculabilidade a esses Direitos, na forma de uma faceta objetiva (Grupo B); logo após, abordamos algumas posições intermediárias entre (A) e (B), que chamamos de *conservadoras moderadas* (Grupo C); feito isso, investigamos inúmeras propostas que transcendiam as concepções anteriormente delineadas, na direção do reconhecimento de uma faceta subjetiva aos Direitos Sociais (Grupo D). Durante essa exposição, perpassamos por inúmeras concepções acerca de conceitos como proibição de retrocesso (i), mínimo existencial (ii), reserva do possível (iii), micro e macrojustiça (iv), escassez de recursos (v), limite dos limites (vi), núcleo essencial dos Direitos Fundamentais (vii), entre vários outros. Apenas ao final desse empreendimento, delineamos qual era a nossa concepção acerca do assunto, destacando que, também nesse particular, seguiamos com ‘Habermas para além de Habermas’.

Enfim, chegamos ao capítulo sexto devidamente preparados para investigar o que seria preciso levar em conta, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, na busca pela delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde. Nessa oportunidade, com os olhos voltados para o sistema jurídico brasileiro, investigamos a relação entre o Sistema Único de Saúde, as políticas públicas e a questão orçamentária. Em seguida, perquirimos as características centrais da Assistência Privada à saúde para, logo após, tecer algumas considerações em relação às possibilidades de horizontalização do Direito Fundamental à saúde. O passo seguinte foi enfrentar as objeções e justificações ao controle judicial das omissões e políticas públicas legislativas e executivas no tocante à saúde.

Só então, consideradas as exigências advindas da racionalidade pós-metafísica decorrente da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática, tentamos demonstrar, a partir de uma análise de casos concretos, porque a resposta correta em relação ao conteúdo do Direito à saúde perpassaria, fundamentalmente, pelos pontos de partida captados do mundo da vida, filtrados e traduzidos para o Direito por meio de discursos de fundamentação, bem como pela análise pragmática desses influxos, à luz de discursos de aplicação. Através dessa análise

pragmática, ainda buscamos explicar porque motivos seria ilegítimo manejar alguns tipos de argumentos, em sede de discursos jurisdicionais de aplicação, na tentativa de justificar uma 'inclusão forçada' de pretensões que não poderiam ser coerentemente incluídas no âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde.

Agora nos resta, parafraseando Neves, esperar que nossos eventuais leitores nos apresentem os 'pontos cegos' de nossa pesquisa[1084].

[1084] *"[...] todo observador tem um limite de visão no 'ponto cego', aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de* ***alter*** *e* ***ego****, que 'eu vejo o que tu não vês', cabe acrescentar que o 'ponto cego' de um observador pode ser visto pelo outro"* (NEVES, 2009, p. 298).

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2010. **Resolução Normativa n. 211/2010** Disponível em<http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A9588D4257EE41901257F3589BA1708&lumS=ans.corporativo.service.legislacao&id_legislacao=8A9588D42670BEE0012670D06D142777&lumItemId=8A9588D42670BEE0012670D06D142778> Acesso em jan.2011.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução nº 363, de 29 de novembro de 2000.** Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/2000/363_00re.htm>. Acesso em jan. 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas**. In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). Jurgen Habermas, **80 anos. Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

ALEXY, Robert. **Sobre los derechos constitucionales a protección**. In. ALEXY, Robert; BASTIDA, Francisco J.; AMADO, Juan Antonio García; FIGUEROA, Alfonso García; VÁLDES, Ernesto Garzón; HIERRO, Liborio L.; MORESO, José Juan; PARDO, Celestino; PECES-BARBA, Gregório. **Derechos Sociales y Ponderación.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009b.

AMADO, Juan Antonio García. **El Juicio de Ponderación y sus partes. Una Crítica** In. ALEXY, Robert; BASTIDA, Francisco J.; AMADO, Juan Antonio García; FIGUEROA, Alfonso García; VÁLDES, Ernesto Garzón; HIERRO, Liborio L.; MORESO, José Juan; PARDO, Celestino; PECES-BARBA, Gregório. **Derechos Sociales y Ponderación.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009b.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direito acima dos orçamentos?** In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. Ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2010.

APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia. 1: Filosofia Analítica, Semiótica, Hermenêutica. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

ARANGO, Rodrigo. **O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Jurisdição Constitucional da Liberdade.** In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Delrey, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, v.16, n.62 , p.135-200, jan. 2008.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **A Interpretação dos Direitos Fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal.** In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Delrey, 2003

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BELLO, Enzo. **Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um enfoque Político e Social.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? In 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 149-162, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas: 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito.** Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. Ed. Brasília: Unb: 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa**. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que Medida? In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, Petição 1246-1/SC, Min. Celso de Mello, DJ 13/02/1997a. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28peti%E7%E3o+1246%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia> Acesso em jan. 2011

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, Petição 1246-SC, Re, Min. Sepúlveda Pertence. Informativo de abril de 1997b. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo66.htm> Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 509569/SC, Min. Celso de Mello, DJ.14/03/2007a. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia[...]> Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 185/DF, Min. Ellen Gracie, DJ 12/12/2007b. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/STA185.pdf.> Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 45 MC/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em jun. de 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, SL 228-7/CE, Decisão monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 21/10/2008. Disponível em <http://www. stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp [...]>. Acesso em jan. 2011

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.136.475/RS (2009/0076243-9), Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 16/03/2010. Disponível em <www.stj.jus.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp[...]> Acesso em dez. 2010.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª região. AC 2001.71.00.026279-9, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, DJ. 22/08/2007. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&hash=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912> Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª região. Disponível em http://www.trf5.jus.br/trf5. Acesso em Janeiro de 2010.

BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/default.cfm> Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria SAS nº 312 de 05 de junho de 2008.** Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/PT_tabela_Proced_Jun08.pdf> Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Portaria nº 1160 de 2006 do Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União,** Brasília, 13 out. 2006. Disponível em http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/biblioteca/pdf/portaria_no-1.160.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2011..

BRASIL. Lei nº 9656, de 13 de julho de 1998.
Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, 04 jun. 1998.

BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 2000. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20 set. 2000.

BRASIL. Lei nº 9961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 29 jan. 2000.

BRASIL, 2007, **Resolução Normativa nº 162, de 17 de outubro de 2007**. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúdee sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado deassistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2° e 4° da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**. 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/...> Acesso em 22 dez. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175 AgRg/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30/04/2010b. Disponível em <www.STF.jus.br/portal/jurisprudência/listar jurisprudência[...]>. Acesso em jan. 2011.

BRASIL, Senado Federal. Assembléia Nacional Constitionte: atas das Comissões, 1987-1988, p. 114. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em dezembro de 2010> Acesso em 01 jan. 2011.

BULASMED. **Bulas dos medicamentos Pregnyl Gonadotrofina coriônica humana e Choriomon Gonadotrofina Coriônica Humana (HCG).** Disponível em <http://www.bulas.med.br/p/gonadotrofina+corionica+humana-79287,4.html>. Acesso em jan. 2011.

BULASMED. **Indicações Principais Choriomon.** Disponível em http://www.bulas.med.br/?C=A&V=66506F737449443D34303932266163743D7072696E74. Acesso em jan. 2011b.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** 1 ed. 2. Tiragem. São Paulo. Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação.** In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3.ed.rev. Coimbra: Coimbra, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Prefácio"**. In Idem. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.** In Idem. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1. Ed. Brasileira. 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: 2008a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Metodologia Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na Poblemática actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.** In Idem. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1. Ed. Brasileira. 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: 2008b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais.** In Idem. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1. Ed. Brasileira. 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: 2008c.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado.** In Idem. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1. Ed. Brasileira. 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: 2008d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Bypass" social e núcleo essencial de prestações sociais.** In Idem. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1. Ed. Brasileira. 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: 2008e.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 15ª ed. Belo Horizonte, DelRey, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito.** In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.637/2002. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1637_2002.htm> Acesso em jan. 2011.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHRISTENSEN, Ralph. **Teoria Estruturante do Direito.** In MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes.** 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder Constituinte e Patriotismo Nacional.** In GALLUPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Pucminas, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro.** 2ª ed. Belo Horizonte: Lúmen Juris, 2008a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito**. In, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008b.

CRUZ Álvaro Ricardo de Souza; BREGUNCI, Thiago Henrique Barouch. Constituição Dirigente e reformismo constitucional. In 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 35-56, 2008c.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico na Modernidade: O Conceito de Paradigma é Aplicável ao Direito?** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença.** 3ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009b.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça** (no prelo).

DESCARTES, René. **Discurso sobre o Método; e Princípios da Filosofia.** Tradução Norberto de Paula Lima; Torrieri Guimarães 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008b.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. O renascimento do Mandado de Injunção. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 131-155, jan/dez. 2008.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. O direito ao lazer sob a ótica pós-positivista: uma proposta dialógica de compreensão e implementação. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008b. p. 3313-3344

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. Aplicabilidade do Mandado de Injunção como viabilizadorr do exercício do Direito Social ao Lazer. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n.11, p. 415-445, jul/dez 2008c.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Levando o Direito ao lazer a sério. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.4, v. 73, p.73-96, out/dez.2009.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Os Elementos Fundantes do Constitucionalismo: uma Análise Histórica Contra-majoritária. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009b.p. 6819-6844.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O terrorismo como distorção discursiva ou fracasso logocêntrico.** In **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror.** Coordenação Geral: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: DelRey, 2009c.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução Jussara Simões. Revisão técnica Cícero Araújo; Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate.** Princeton University, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Enciclopédia Wikipédia, a encíclopéia Livre. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wilhelm_von_Humboldt> Acesso em 28 out. 2009; <http://pt.wikipedia.org/wiki/Or%C3%A7amento_Participativo> Acesso em 15 set. 2007; <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_puerperal> Acesso em jan. 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Prefácio.** In MOREIRA, Luiz (Org.). Com Habermas contra Habermas: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da Teoria à Crítica. Princípio da Proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas.** Belo Horizonte, Dictum, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Cultura dos Direitos Fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte**: Del Rey, 2003.

FORST, Rainer. **Facticidade e Validade.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). Jurgen Habermas, 80 anos. **Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

FRANCISCO, José Carlos. **Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANKENBERG, Günter. **Teoria Crítica.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). Jurgen Habermas, 80 anos. **Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2007.

GADAMER, Verdade e método. Trad. Flávio Paulo Meurer, revisão Enio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, Verdade e método II. Trad. Enio Paulo Giachini, revisão Marica Sá Cavalcante-Shuback. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são os Direitos Fundamentais.** In SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constituicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni Gomes. **Kant e o Pós-positivismo no Direito.** In GOMES, Alexandre Travessoni Gomes; MERLE, Jean Christophe Merle. **A Moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni Gomes. **A relação entre Direito e Moral: Kant e Habermas.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). **Jurgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIBSON, Sérgio Armanelli. O administrativismo contemporâneo: pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada linguístico-pragmática. 2008 223 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução Claudio Molz; Coordenação, revisão técnica e introdução à edição brasileira: Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.
GÜNTHER, Klaus. **Interpretações Liberais e Teórico-discursivas dos Direitos Humanos.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). **Jurgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris: 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de La Acción Comunicativa: complementos y estúdios previos.** Traducción: Manuel Jiménes Redondo. Segunda Edicion. Madrid: Cátedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento. Tradução: Marcio Suzuki. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, n. 26, p. 100 – 113, mar. 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade. vol. I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichker - UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade. vol. II.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichker - UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos.** Tradução: Claudio Molz; Revisão técnica da tradução: Luiz Moreira e Cláudia Toledo. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org). **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003c.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Discurso de Agradecimento.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). **Jurgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I.** Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. 2ª Ed. Petropolis, 1988: Vozes.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte II.** Tradução Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. 10ª Ed. Petropolis, 2002: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco.

HEIDEGGER, Martin. **A Linguagem.** In HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. Petropolis, 2003: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco.

HENRIQUES, Fátima Vieira. **Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. **Estado Constituição e Direitos Sociais.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HIERRO, Liborio L. **Los derechos econômicos-sociales y El principio de igualdad em La teoria de los derechos de Robert Alexy.** In. ALEXY, Robert; BASTIDA, Francisco J.; AMADO, Juan Antonio García; FIGUEROA, Alfonso García; VÁLDES, Ernesto Garzón; HIERRO, Liborio L.; MORESO, José Juan; PARDO, Celestino; PECES-BARBA, Gregório. **Derechos Sociales y Ponderación.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009b.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** New York: Norton & Company. 1999.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R.N.M. **A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: Uma Abordagem Empírica.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Tradução: J. Rodrigues de Merege. Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) Homepage do grupo: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Disponível na página http://ateus.net/ebooks/geral/kant_critica_da_razao_pura.pdf, acesso de 22/03/2010 a 15/06/2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Tradução Antônio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução Paulo Quintela. Rio de Janeiro: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 2. ed. São Paulo Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In SARLET , Ingo Wolfgang (org). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado".** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 3.ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeita. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e Direito Fundamental ao Mínimo Existencial.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficaciais dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação.** In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da "reserva do possível"**. In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo. **Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos) – Uma revisão.** In MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Orgs). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoiético. **Revista da Faculdade Mineira de Direito,** Belo Horizonte , v.1, n.2 , p.82-88, 2º sem. 1998.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

MEDICINANET. Bula do Pregnyl. Disponível em http://www.medicinanet.com.br/bula/4214/pregnyl.htm. Acesso em janeiro de 2011

MENDONÇA, Eduardo. **Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

MINAS GERAIS, Secretaria de Saúde. **Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002.** Disponível em http://www.saude.mg.gov.br/institucional/cib/legislacoes-e-materais-de-apoio-1/Portaria%20n.%201101-2002.pdf. Acesso em jan. 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Recurso de Apelação nº. 1.0024.07.385337-6/002/MG, Rel. Des. Almeida Melo, DJ 26/06/2008. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/consultas/jurisprudencia> Acesso em 23 jul. 2009

MOREIRA, Luiz. **Direito e normatividade**. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org). **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003.

MOREIRA, Luiz. **Introdução.** In MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas contra Habermas: direito, discurso e democracia.** São Paulo: Landy, 2004.

MOREIRA, Luiz. **Introdução à Edição Brasileira**. In GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. Tradução Claudio Molz; Coordenação, revisão técnica e introdução à edição brasileira: Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004b.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes.** 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

NEVES, Marcelo. **A Força Simbólica dos Direitos Humanos.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 3ª ed. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Moral, Direito e Democracia: o Debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática**. In MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas contra Habermas: direito, discurso e democracia.** São Paulo: Landy, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A injunction anglo-americana e as origens do mandado de injunção.** Belo Horizonte: 1998b. p.203-225,

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo **Caiorológico da Constituição e Democracia Sem Espera: O Processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade da Constituição Brasileira Vinte Anos Depois.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). **Jurgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Democracia sem Espera e processo de constitucionalização: Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada 'transição política brasileira'.** In **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror.** Coordenação Geral: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: DelRey, 2009b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A Súmula Vinculante n.4 e o "desvio" hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada "nova configuração" da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República**. In **Constituição e Processo: a Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro.** Coordenação Geral: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: DelRey, 2009

PALLOMBELA, Gianluigi. From Human Rights to Fundamental Rights: consequences for a conceptual distinction encontra-se disponível no site http://ssrn.com/abstract=963754.

PARANA, Tribunal de Justiça. 4ª C. Cível, Recurso de Apelação e reexame necessário em Mandado de Segurança nº. 0371512-6/PR, Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, DJ 16/05/2005.

PORTUGAL, Despacho n.º 15443/2009. Diário da República, 22 Abril 2009. Disponível em http://dre.pt/pdf2sdip/2009/07/130000000/2671026711.pdf. Acesso em jan. 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. **Reflexiones sobre los derechos sociales.** In. ALEXY, Robert; BASTIDA, Francisco J.; AMADO, Juan Antonio García; FIGUEROA, Alfonso García; VÁLDES, Ernesto Garzón; HIERRO, Liborio L.; MORESO, José Juan; PARDO, Celestino; PECES-BARBA, Gregório. **Derechos Sociales y Ponderación.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana**. Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundamentes e Garantidores da Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTUGAL, Despacho n.º 15443/2009. Diário da República, 22 Abril 2009. Disponível em http://dre.pt/pdf2sdip/2009/07/130000000/2671026711.pdf. Acesso em jan. 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. **Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Critica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Átria.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo Repolês: **Habermas e a Desobediência Civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. Transplante de Fígado. vol.44 n.2 São Paulo Apr./June 1998. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42301998000200011 Acesso em jan. 2011.

REVISTA FATOR BRASIL. Reportagem acerca da edição da RENAME 2006.Disponível em www.revistafatorbrasil.com.br. Acesso em jul. 2009

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito.** Curitiba, Juruá: 2010.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JUNIOR, Vidal. **Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação.** In MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Orgs). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência à saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant:** seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel.** São Paulo: Loyola, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constituicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Retorno às Tradições: a Razoabilidade como Parâmetro Constitucional. Democracia, constituição e realidade.** In. Idem. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p.741-823, jan./ jun.2003b.

SAMPAIO, José Adércio Leite**. Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública Judicial Militante.** In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). Jurgen Habermas, 80 anos. **Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e Distanciamento: uma narrativa historiográfica.** In CATTONI, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático** brasileiro. Belo Horizonte: Delrey, 2009b.

SÁNCHEZ, Miguel Revenga. **Los Drechos Sociales (Instrumentos de Garantía en la Constitución Española).** In SCAFF, Fernando Facury; Roberto Romboli; Miguel Revenga (Orgs). **A Eficácia dos Direitos Sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SANTA CATARINA, ACP; Processo nº 005.03.000475-5; Vara da Fazenda Pública; Balneário Camboriú. DJ 15/05/2003. Disponível em http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/show.do. Acesso em jan. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". **Interesse Público,** Sapucaia do Sul , v.5, n.17 , p.56-74, jan./fev. 2003.

SARLET, Ingo Wolgang. Direitos Fundamentais Sociais, mínimo existencial e direito privado. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 16, n.61, 2007, p. 90/124.

SARLET, Ingo Wolgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

SAÚDEWEB. **ANS atualiza lista de procedimentos** Disponível em <http://www.saudebusinessweb.com.br/noticias/index.asp?cod=64335> Acesso em 12 jan.2010; **Escassez de leitos na Irlanda.** <http://www.saudebusinessweb.com.br/noticias/index> Acesso em 20 jul. 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil: Garantias Constitucionais de Financiamento e Judicialização.** In SCAFF, Fernando Facury; Roberto Romboli; Miguel Revenga (Orgs). **A Eficácia dos Direitos Sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SCAFF, M. Luma Cavaleiro de. **A Efetividade do Direito à saúde no Brasil. Entre o Orçamento, o Financiamento e as Decisões Individuais.** In SCAFF, Fernando Facury; Roberto Romboli; Miguel Revenga (Orgs). **A Eficácia dos Direitos Sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Nívea Mônica da. Os impactos jurídicos das relações intersistêmicas na concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro (Dissertação. 2010).

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito.** 6. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2005.

STRECK, Lênio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. In 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 35-56, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta**. In **Constituição e Processo: a Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro.** Coordenação Geral: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: DelRey, 2009

SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.tal?abstract_id=296657. Acesso em 27 de novembro de 2010

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia.** In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo et al. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais.** In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios e natureza orçamentária.** SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008b.

VIEIRA, Walderês Martins. **Direito à saúde: Compêndio.** Belo Horizonte, Fórum: 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Abril Cultural, 1975.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Custos ou Competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível.** In SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.