

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA DA PONDERAÇÃO E
NO SENSO DE ADEQUABILIDADE**

Débora Cardoso de Souza

Belo Horizonte
2010

Débora Cardoso de Souza

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA DA PONDERAÇÃO E
NO SENSO DE ADEQUABILIDADE**

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: Álvaro Ricardo de Souza Cruz

**Belo Horizonte
2010**

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

S729j Souza, Débora Cardoso de
Judicialização dos direitos sociais na teoria da ponderação e no senso de adequabilidade / Débora Cardoso de Souza. Belo Horizonte, 2010. 241f.

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

1. Direitos sociais. 2. Democracia. 3. Alexy, Robert, 1945- 4. Habermas, Jürgen, 1929- I. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7

Débora Cardoso de Souza

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA DA PONDERAÇÃO E
NO SENSO DE ADEQUABILIDADE**

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.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orientador)

Edimur Ferreira de Faria

Ingo Wolfgang Sarlet

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2010.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me fazer acreditar que é possível, sempre.

Ao querido Álvaro, pela dedicação e disponibilidade com que conduziu minha orientação. Pela abertura ao debate. Pelas oportunidades. Por ter confiado e apostado em mim. Por ter me permitido ser orientada por um homem de inteligência, acessibilidade e hombridade raras.

Aos professores avaliadores, pela honra de ser avaliada por juristas tão nobres.

Aos meus pais, por me proporcionarem esta conquista. A minha mãe, por fazer da minha formação pessoal e intelectual um de seus objetivos de vida. Por ter me norteado pelos valores de honestidade e dignidade. Ao meu pai, pelo respeito às minhas escolhas, preocupação constante com meu bem estar e amizade. A ambos, pelo orgulho, sempre expressamente demonstrado: um dos meus maiores incentivos. E, mais uma vez, pelas “asas e raízes”!

A minha irmã, Cintinha, por me conhecer tanto e, por isto, ser capaz de me confortar com gestos únicos, sem necessidade de uma única palavra. Minha eterna amiga.

Ao Rafael, por ter o dom de me tranquilizar nos momentos de tensão e medo. Pela confiança inquestionável. Pelo interesse com o qual escuta minhas inquietações intelectuais. Pela disponibilidade, carinho e amor, sem os quais este processo teria sido muito mais duro.

Aos grandes amigos que o Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais me apresentou, Felipe F. de Oliveira, Sérgio Armaneli e Leonardo Ferraz, pelo incentivo, confiança e amizade. Queridos, obrigada também pelos ensinamentos e constante possibilidade de debate.

As minhas amigas e à família, que, ora foram o conforto para o cansaço, ora me compreenderam pela ausência para a realização deste trabalho. Em especial, à Flávia Vilela, pela amizade. Como foi bom poder dividir as inevitáveis angústias que nos rodearam durante este processo.

“Há escolas que são gaiolas e há escolas que são asas. Escolas que são gaiolas existem para que os pássaros desaprendam a arte do voo. Pássaros engaiolados são pássaros sob controle. Engaiolados, o seu dono pode levá-los para onde quiser. Pássaros engaiolados sempre têm um dono. Deixaram de ser pássaros. Porque a essência dos pássaros é o voo. Escolas que são asas não amam pássaros engaiolados. O que elas amam são pássaros em voo. Existem para dar aos pássaros coragem para voar. Ensinar o voo, isso elas não podem fazer, porque o voo já nasce dentro dos pássaros. O voo não pode ser ensinado. Só pode ser encorajado.”

Rubem Alves

“Não haverá borboletas se a vida não passar por longas e silenciosas metamorfoses.”

Rubem Alves

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo acerca da judicialização dos direitos sociais. Para tanto, foi necessária a contextualização do tema, em termos paradigmáticos. Assim, o primeiro capítulo abarcou uma breve evolução histórica dos paradigmas estatais, quando então se identificou o paradigma do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. O capítulo segundo contou também com uma breve evolução histórica dos paradigmas filosóficos, quando se identificou o paradigma da Filosofia do Ser, da Consciência e da Linguagem. Em sequência, foram apresentadas algumas das contribuições de Austin, Searle, Heidegger, Gadamer e Habermas. O terceiro capítulo contou com a contextualização do modo de operar o Direito, quando foram ressaltados aspectos do Positivismo Jurídico, bem como de teorias que se pretendem pós-positivistas. Neste contexto, foram inseridas algumas críticas à adoção de argumentos utilitaristas no discurso jurídico. No capítulo quarto, aproveitando-se de uma categorização em modelos de pensamentos sobre os direitos no Brasil, de Flávio Galdino, buscou-se apresentar a visão da doutrina nacional acerca da judicialização dos direitos, de modo a demonstrar que a maioria dela se encontra apegada às diretrizes da Teoria da Ponderação de Robert Alexy. Nesta oportunidade, abarcaram-se diversos aspectos que, geralmente, rodeiam a discussão da judicialização dos direitos sociais, entre elas, a reserva do possível, o mínimo existencial, questões micro e macro-econômicas, contingenciamento. No último capítulo, o posicionamento adotado diz respeito ao que se considera a melhor aplicação do Direito, com base na Teoria do Direito de Dworkin, na Teoria da Argumentação de Klaus Günther, na Teoria Discursiva de Habermas e, via de consequência, no Senso de Adequabilidade, aprimorado pelos adeptos de uma corrente crítico-deliberativa.

Palavras-Chave: Judicialização dos direitos sociais. Paradigmas estatais e filosóficos. Positivismo Jurídico. Teoria da Ponderação de Alexy. Modelos de pensamento dos direitos sociais no Brasil. Utopia. Limitação de recursos. Custos dos direitos. Senso de Adequabilidade.

ABSTRACT

This paper examined the judicialization of social rights. In order to carry out such, it was necessary to place the theme in context in paradigmatic terms. Thus, the first chapter provides a brief historical overview of the development of the paradigms of state, identifying the paradigms of the Liberal, Social, and Legal Democratic States. The second chapter outlines the history of the development of philosophical paradigms, distinguishing the Philosophy of Being, Conscience and Language, then proceeding to the presentation of some contributions to the subject from Austin, Searle, Heidegger, Gadamer and Habermas' works. The third chapter contextualizes how to operate the Law, pinpointing some aspects of Legal Positivism, including purportedly post-positivist theories. Within this context are set forth some criticisms concerning the adoption of utilitarian arguments in legal discourse. In Chapter Four, through Flávio Galdino's categorization of thinking models about social rights in Brazil, an endeavor is made to present the nation's doctrinal view of the judicialization of rights, with the goal of demonstrating that the greater part of it is embedded in Alexy's Theory. Following this, reference is made to several points which generally accompany the debate over the judicialization of social rights, among them, "reserve of the possibilities", "existential minimum", micro and macroeconomic issues, and contingency. Finally, in the closing chapter, the stance taken pertains to what is considered the most adequate application of the Law, based on Dworkin's Legal Theory, Klaus Günther's Theory of Argumentation, Habermas's Discourse Theory and, consequently, on the Sense of Suitability, ameliorated by the advocates of a critical deliberation approach.

Keywords: Judicialization of social rights. State and philosophical paradigms. Legal positivism. Alexy's Theory. Social rights thinking models in Brazil. Utopia. Resource limitation. Cost of rights. Sense of Suitability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTEXTUALIZAÇÃO PARADIGMÁTICA	14
2.1 A noção de paradigma e o direito	14
2.2 Do Estado Absoluto ao paradigma do Estado Constitucional Liberal	21
2.3 Do paradigma do Estado Constitucional Liberal ao paradigma do Estado Constitucional Social	25
2.4 Do paradigma do Estado Constitucional Social ao paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito.....	31
3 CONTEXTUALIZAÇÃO FILOSÓFICA	38
3.1 Do paradigma da filosofia do ser	39
3.2 Do paradigma da filosofia da consciência	42
3.3 Do paradigma da filosofia da linguagem	47
3.4 Algumas contribuições de Austin e Searle	57
3.5 A ontologia de Martin Heidegger	60
3.6 A hermenêutica de Hans- Georg Gadamer	64
3.7 Algumas contribuições de Jürgen Habermas	68
4 CONTEXTUALIZAÇÃO DO MODO DE OPERAÇÃO DO DIREITO	80
4.1 O positivismo	81
4.2 O positivismo jurídico	82
4.3 O positivismo kelseniano	85
4.4 O positivismo jurídico no Brasil	89
4.5 A teoria da ponderação de Robert Alexy	92
4.5.1 <i>Algumas considerações sobre seu conteúdo</i>	92
4.5.2 <i>Análise crítica da teoria alexyana</i>	98
4.6 Análise econômica do direito de Richard Posner.....	111
4.6.1 <i>Algumas considerações sobre seu conteúdo</i>	111
4.6.2 <i>Análise crítica da teoria da análise econômica do direito</i>	112
5 MODELOS DE PENSAMENTO SOBRE DIREITOS NO BRASIL	116
5.1 Sobre a classificação dos direitos fundamentais em gerações e em dimensões	116
5.2 Modelos de pensamento sobre os direitos no Brasil	122
5.2.1 <i>Modelo teórico da indiferença</i>	123
5.2.2 <i>Modelo teórico do reconhecimento</i>	124
5.2.3 <i>Modelo teórico da utopia</i>	127
5.2.4 <i>Modelo teórico da verificação da limitação dos recursos</i>	132
5.2.5 <i>Modelo teórico dos alexyanos</i>	139
5.2.6 <i>Modelo teórico dos custos dos direitos</i>	176

6 PENSANDO A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA DA PONDERAÇÃO E NO SENSO DE ADEQUABILIDADE	183
6.1 Análise das classificações dos direitos fundamentais e do ativismo do poder judiciário	183
6.2 O princípio da separação dos poderes à luz da teoria da argumentação e da teoria discursiva	188
6.3 Suporte fático e restrições ou limites aos direitos fundamentais	198
6.4 Senso de adequabilidade	205
6.4.1 <i>Standards do senso de adequabilidade</i>	206
6.4.1.1 <u>Razoabilidade</u>	207
6.4.1.2 <u>Proibição do excesso ou da insuficiência</u>	208
6.4.1.3 <u>Proibição do retrocesso social</u>	210
6.4.1.4 <u>Depuração dos argumentos de política</u>	211
6.5 A aplicação do direito no senso de adequabilidade e na teoria da ponderação de valores	214
6.6 Direito como integridade e resposta correta de Dworkin	218
7 CONCLUSÃO	223
REFERÊNCIAS	228

1 INTRODUÇÃO

O que dizer a quem requer, judicialmente, o fornecimento de um medicamento ou de um tratamento médico necessário a sua sobrevivência? O que dizer a um aluno que requer, judicialmente, uma vaga em uma escola? O que responder a um representante do Ministério Público que requer a alocação de recursos públicos, originariamente, destinados ao custeio de um centro cultural para o custeio de programas de reabilitação ambiental? O que responder ao Partido Político que requer judicialmente a autorização para realizar os gastos previstos pela lei orçamentária e embargados por um ato do Poder Executivo?

Tais questões têm chegado, com frequência, ao Poder Judiciário e, comumente, tidas como exemplos do fenômeno da judicialização dos direitos sociais ou da judicialização das políticas públicas. Propõe-se, aqui, estudá-las.

Trata-se de questões complexas que colocam juízes e doutrinadores em situação de grande conflito. Negar os requerimentos acima pode, à primeira vista, parecer um ato impiedoso e covarde diante das necessidades vitais que nelas se evidenciam. Por outro lado, dar ao Judiciário a possibilidade de concedê-los, indiscriminadamente, pode ser crucial à democracia.

Com certeza, rodeiam essas perguntas aspectos ligados ao mínimo existencial, à reserva do possível, à limitação dos recursos públicos, à importância dos direitos fundamentais, à corrupção, ao contingenciamento realizado pelo Poder Executivo, à incapacidade do Judiciário em relação às políticas de cunho macroeconômico e aos custos dos direitos, entre tantas outras, a respeito das quais se propõe debater no decorrer deste trabalho.

Observa-se que a doutrina nacional - diante de casos como os acima mencionados - ora indica soluções imbuídas exclusivamente de sentimentos piedosos em relação aos necessitados, que elaboram seus requerimentos na via judicial, ora indica soluções a partir da adoção de teorias que evidenciam uma aplicação do Direito em bases ilegítimas.

Neste contexto, podem ser suscitadas algumas críticas às teorias que adotam um utilitarismo forte ou, nos termos de Dworkin, que adotam argumentos de política nos discursos jurídicos e, por isso, acabam por desnaturar o Direito em Política, em evidente afronta à própria democracia.

A discordância aqui se refere às posições enfatizadas, com maior clareza e frequência, nas teses dos adeptos da Teoria da Ponderação de Robert Alexy. Essa teoria assume como pressuposto a distinção entre princípios e regras, em razão de suas diferentes formas de aplicação. Sustenta que conflitos entre regras devem ser resolvidos na ordem da validade e pela via da subsunção, ao passo que os conflitos entre princípios devem ser resolvidos pela lei de colisão e sopesamento.

O grande problema da aludida teoria, como se constatará, reside no fato de autorizar a utilização de argumentos utilitaristas em decisões judiciais e, via de consequência, na sua utilização para justificar uma postura ativista do Judiciário. Isso acaba por colocá-lo na condição de superego da sociedade, mais uma vez em afronta à democracia.

Porém, este não é um trabalho que se realizou apenas com o intuito de criticar uma vertente doutrinária. Um de seus objetivos é também vislumbrar uma nova maneira de operar o Direito, embora a acepção do vocábulo “maneira”, aqui empregado, esteja longe de evidenciar método aplicativo.

Entende-se que o Estado Democrático de Direito se propõe a realizar a inclusão e emancipação social e, exatamente por isso, deve ter como protagonista o povo e não o Judiciário.

Assim, o Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes. Mas, então, como este Poder deve atuar diante das situações hipotéticas acima elencadas? Sobre esse aspecto se refletirá no decorrer deste trabalho, ao se propor a formulação de uma reinterpretação do princípio da Separação dos Poderes, em conformidade com a aplicação do Direito em bases pós-positivistas legítimas e, inevitavelmente, a partir dos avanços promovidos pelo modo de pensar da Filosofia da Linguagem.

Há, neste trabalho, o intuito de buscar um melhor norte para a solução da judicialização dos direitos sociais, na tentativa de superar antigas e inadequadas concepções acerca da atuação estatal, das possibilidades da ciência e do próprio homem.

Nesse diapasão, pretende-se afastar a concepção clássica de um mundo dividido entre sujeito que conhece e objeto que é conhecido. O mundo e o homem são linguagem e o objeto o é apenas a partir da abertura do homem para o mundo pela linguagem. Tudo é linguagem.

Se o mundo é linguagem - e esta não se reduz à mera denotação ou representação das coisas, mas abarca a imensidão de possibilidade de sentidos dos signos - não se pode mais enxergar o Direito como uma ciência fechada à interpretação.

Os adeptos de uma jurisdição orientada pelo Senso de Adequabilidade, dentre os quais se inclui esta autora, entendem necessária a manutenção da estrutura e da lógica interna do Direito, de maneira a garantir a integridade de sua deontologia, bem como do seu código binário específico – atrelado, no entanto, a uma atividade reflexiva e concretista. Assim, se distingue tanto do modo de operar positivista quanto do modo de operar ponderativo alexyano.

Não se entende tratar-se de tema de fácil solução para os magistrados. Estes se deparam, em seu dia-a-dia, com processos cujos autores têm identidade, CPF, endereço, familiares pelos corredores do Fórum ou Tribunal aguardando o resultado da decisão. Enfim, decidir sobre a vida alheia é tormentoso, sem dúvida. Mas, é possível e inevitável num Estado Democrático de Direito.

Consciente da complexidade do tema e, sobretudo, da falibilidade humana, neste trabalho, não se pretende encerrar com um ponto final tantas controvérsias. Apenas indicar, ainda que em caráter provisório, aquilo que se entende ser o mais adequado e coerente com o Direito. Outra pretensão seria, inclusive, contraditória com a proposta aqui apresentada.

Tendo em vista todas as questões acima anotadas, este trabalho foi dividido em seis capítulos acrescidos da conclusão. Após esta introdução (primeiro capítulo), dar-se-á início ao segundo capítulo, com uma reflexão em torno da expressão paradigma e de sua relação com as ciências sociais, para, em seguida, traçar uma evolução paradigmática - que, tendo como ponto de partida o Estado Constitucional, abarca os paradigmas do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, faz-se uma reflexão em torno dos paradigmas sob a ótica filosófica, identificando-se, pois, na evolução da filosofia, os paradigmas do Ser, da Consciência e da Linguagem. A proposta deste capítulo é ressaltar os aspectos mais relevantes dos mencionados paradigmas, com o fito de trazê-los para a ciência jurídica, num processo de complementação e aprimoramento entre Direito e Filosofia.

No quarto capítulo, há uma análise do modo de aplicação do Direito, a partir do movimento que deu origem ao Positivismo Jurídico, e como ponto de chegada uma análise breve da Teoria da Ponderação, de Robert Alexy e da Teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard Posner.

No quinto capítulo, esclarece-se a respeito da classificação dos direitos fundamentais em gerações e em dimensões, bem como a respeito da classificação dos referidos direitos em positivos e negativos. Em sequência, reflete-se sobre a forma como alguns autores pensam os direitos sociais, seguindo, em termos, a categorização dos modos de pensar em modelos teóricos, como proposto por Flávio Galdino. De acordo com Galdino, vislumbram-se os modelos da indiferença, do reconhecimento, da utopia, da verificação da limitação dos recursos e dos custos dos direitos. Como se observará, neste trabalho, serão adotados, como apoio, os modelos de Galdino, distanciando-se deles, em especial, por se vislumbrar o que aqui se denomina modelo dos alexyanos.

No sexto capítulo, apresenta-se a aplicação dos direitos fundamentais sociais à luz da Teoria da Ponderação e do Senso de Adequabilidade e, seguindo a linha de Álvaro Cruz, filia-se a este último. Para tanto, faz-se menção a algumas das lições de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas.

Ao final, em sede de conclusão, esta autora apenas pontua algumas questões que considera relevantes para as perguntas elaboradas durante o trabalho. Todavia, o faz com a certeza de que as respostas apresentadas não são absolutas, nem definitivas, nem isentas de reparos, pois isso incorreria em séria contradição com sua linha de raciocínio.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO PARADIGMÁTICA

Antes de se adentrar especificamente no tema que propõe para este trabalho, torna-se pertinente localizá-lo no tempo histórico, bem como no momento filosófico e científico no qual ele se encontra.

Neste capítulo, será feita uma incursão do tema no tempo histórico, através de uma elaboração retrospectiva dos paradigmas vivenciados pelo Estado Constitucional.

O Estado Constitucional surgiu em substituição do Estado Absoluto, em função de movimentos contrários ao poder extremado e ilimitado do soberano. Na verdade, o Estado Constitucional é o resultado das lutas burguesas, do século XVIII, entre as quais podem ser mencionadas a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa. E é também uma criação dos filósofos da época. Entre eles, Montesquieu, aqui enfatizado, tendo em vista os objetivos deste trabalho.

Atentos às relações que, gradualmente, foram sendo instituídas pelos Estados, bem como à maneira pela qual se passa a ver e a interpretar o Estado, no que se refere a sua forma de atuação, podem ser destacados três paradigmas distintos de Estado. No entanto, desde já é preciso compreender que não se trata de momentos ou modalidades totalmente desconectadas ou apartadas.

Os referidos paradigmas são intitulados paradigma do Estado Liberal, paradigma do Estado Social e paradigma do Estado Democrático de Direito, sobre os quais se pretende discorrer brevemente, não sem antes justificar o ponto de vista a respeito da possibilidade de se utilizar o termo paradigma em uma ciência social aplicada.

2.1 A noção de paradigma e o direito

Abre-se aqui um tópico para explicitar o posicionamento favorável à utilização do termo “paradigma”, nas ciências sociais, em especial no Direito, tendo em vista ter se instalado, por alguns juristas, uma dúvida acerca de tal possibilidade.

O termo paradigma foi cunhado por Thomas S. Kuhn, em obra publicada em 1963, intitulada *A Estrutura das Revoluções Científicas*, a qual, inclusive, foi objeto de reconsiderações publicadas pelo próprio autor em 1970, em posfácio à obra.

Naquela oportunidade, Thomas Kuhn, mais preocupado com as mudanças e inovações promovidas no âmbito das ciências naturais, mas não excluindo (ao menos não expressamente) de suas considerações as mudanças ocorridas no âmbito das ciências sociais (como entendem que assim o teria feito, *data vênia*, alguns autores, a respeito dos quais se falará adiante), lecionou deste modo:

Percebe-se rapidamente que, na maior parte do livro o termo ‘paradigma’ é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeça que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (KUHN, 1978, p.218) (grifos nossos).

Mais, adiante, ainda naquele posfácio, Kuhn (1978, p.226) assevera que “uma leitora simpatizante” de sua concepção de paradigma¹, preparou um índice analítico parcial e concluiu que o termo paradigma é utilizado pelo autor em pelo menos vinte e duas maneiras diferentes.

Não obstante essas considerações, Kuhn foi categórico ao afirmar o seguinte: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.” (KUHN, 1978, p.226).

Das lições de Kuhn, pode-se inferir que o conceito de paradigma nas ciências sociais remete ao modo por meio do qual os indivíduos encaram o seu comportamento e a atuação do Estado na sociedade. Aquilo que os indivíduos de uma sociedade entendem, por um determinado período, durante o qual “vigora” o paradigma, como pressuposto, como lei, como aceitável ou certo. Crenças comuns, relativas ao modo de comportar dos indivíduos são paradigmáticas, pois não são questionadas por uma sociedade durante certo lapso temporal.

Dizer que uma sociedade vive um determinado paradigma não é o mesmo que dizer que todos os que vivem naquela sociedade interpretam todas as coisas do mesmo jeito. As interpretações, sem dúvida, são múltiplas, inclusive porque em cada

¹ Referindo-se a Margaret Materman.

indivíduo está implícita uma série de pré-concepções, distintas ou não nesses indivíduos. Não obstante serem diferentes, as interpretações terão uma orientação comum, predominante, de maneira que as interpretações estarão inseridas num dado modelo paradigmático. Um mesmo paradigma não implica necessariamente uma interpretação padronizada².

Na esteira do que entende Thomas Kuhn, um paradigma não é imutável. Ele sofre abalos e acaba sendo substituído por outro, o que, no entanto, não ocorre de um dia para o outro, nem numa data específica³. Além disso, é de se considerar que um paradigma pode coexistir com outro durante um período de transição⁴.

A substituição de um paradigma por outro é ocasionada pelo que o autor chama de Revoluções Científicas, “desintegradoras da tradição à qual a ciência normal está ligada.”

A Ciência Normal, em Thomas Kuhn, é a pesquisa baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Trata-se dos trabalhos realizados no passado, sobre os quais se firmaram problemas e métodos de um campo de pesquisa para gerações futuras. É também a atividade que pretende solucionar, na terminologia de Kuhn, os “quebra-cabeças”.

Desde essas formulações do referido autor, o termo paradigma tem sido utilizado corriqueiramente em diversas ciências, e aqui importa a sua utilização nas ciências sociais, em especial no Direito. O termo tem sido utilizado para identificar uma concepção de vida ou um modo de agir, predominante numa determinada sociedade, num Estado. Enfim, refere-se às regras, aos modelos e aos padrões adotados na ciência do Direito e praticados pela sociedade.

Embora tenha se tornado corriqueiro o uso do termo paradigma em ciências sociais aplicadas, em especial no Direito, há autores que entendem que este é um

² “Isto é, podem concordar na identificação de um paradigma, sem, entretanto, entrar num acordo (ou mesmo tentar obtê-lo) quanto a uma interpretação ou racionalização completa a respeito daquele. A falta de uma interpretação padronizada ou de uma redução a regras que goze de unanimidade não impede que um paradigma oriente a pesquisa.” (KUHN, 1978, p. 69).

³ “É por isso que uma teoria, por mais particular que seja seu âmbito de aplicação, nunca ou quase nunca é um mero incremento ao que já é conhecido. Sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores. Esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completado por um único homem e nunca de um dia para o outro.” (KUHN, 1978, p. 26).

⁴ “Assim, ver-se-á, mais à frente que a ruptura kuhniana deve ser interpretada dialeticamente, em uma relação de contrários que se interpenetram para que seja viável sua compreensão”. (CRUZ, 2009, p.151-152).

termo que não pode ser utilizado pelas ciências sociais. Por essa razão se decidiu incluir este item neste trabalho.

Permitiu-se, seguindo o raciocínio adotado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em sua recente obra, *O Discurso Científico na Modernidade*, discordar do também notável jurista Marcelo Campos Galuppo, quando este, na linha dos que entendem pela impossibilidade da utilização do termo para as ciências sociais, afirma que o mesmo “não parece adequado quando empregado em uma Teoria da Justiça.” (GALUPPO, 2008, p.101).

Galuppo apresenta três razões para que o termo paradigma não seja utilizado em uma Teoria da Justiça. A primeira, conforme argumenta Galuppo, seria o fato de que o próprio Thomas Kuhn não estaria certo de que o termo pudesse ser aplicado em âmbito diferente do das ciências naturais, já que estas se apresentam com comunidades linguisticamente mais coesas, além de terem uma evolução distinta das demais áreas do conhecimento.

Por óbvio, não se opõe aqui à ideia de que as ciências naturais e as ciências sociais apresentam especificidades suficientes a classificá-las em categorias diversas. No entanto, não é possível concordar nem com o fato de que Thomas Kuhn não estaria certo quanto à possibilidade de aplicação do termo paradigma às ciências sociais, nem com o fato de que - ainda que Thomas Kuhn tivesse criado o referido termo apenas para se referir às Ciências naturais - isto obstasse a utilização dele para as ciências sociais. Justifica-se tal posição.

Certamente, Kuhn, num primeiro momento, pensou no termo paradigma no âmbito das ciências naturais. Essa inferência pode ser feita a partir dos seus inúmeros exemplos relativos às teorias desenvolvidas por Newton, por Darwin, por Einstein, entre tantos outros.

Porém, é o próprio Thomas Kuhn que, apesar de não ser explicitamente claro a respeito, permite deduzir que o termo paradigma não é de aplicação impossível para as ciências sociais. Por exemplo, na passagem em que o autor afirma que, quando uma comunidade científica adquire um paradigma, adota, conseqüentemente, um critério para a escolha de problemas, e assim acaba por excluir outros problemas antes aceitos. A exclusão de problemas anteriores, em

função da aquisição de um paradigma, segundo o autor, acontece em algumas das ciências sociais contemporâneas⁵.

Sendo assim, como se poderia afirmar que o termo paradigma não pode ser aplicado às ciências sociais? Se Thomas Kuhn assevera que, ao adquirir um paradigma, uma determinada ciência social pode acabar excluindo problemas anteriores, não há como negar que Thomas Kuhn admite a utilização do termo paradigma para as ciências sociais.

Nota-se que, além disso, Thomas Kuhn, em posfácio a sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, declara-se “surpreendido” com aqueles que ampliaram as teses nela contidas para outros campos, além da ciência e, ainda, não manifesta qualquer tipo de oposição a esta atitude, pelo contrário⁶.

Isto só reafirma a não oposição de Thomas Kuhn à utilização do termo paradigma para as ciências sociais. Se o autor admite a possibilidade de se utilizar as suas teses, dentre as quais se inclui a concepção de paradigma, para campos além da ciência, certamente, não se obstará a tal utilização pelas ciências sociais.

Ainda que assim não o tivesse feito, não se poderia prender a um único significado de um termo atribuído por seu criador, sob pena de se desconsiderar a capacidade inerente aos seres humanos, de, por sua natureza, interpretar tudo, a todo tempo. O tema será ainda debatido, ao se tecerem algumas linhas sobre as contribuições filosóficas de Gadamer⁷.

A segunda razão, apresentada por Galuppo para justificar sua posição de que o termo paradigma não é adequado para uma teoria da justiça, é a de que o

⁵ “Já vimos que uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, podemos considerar como dotados de uma solução possível. Numa larga medida, esses são os únicos problemas que a comunidade admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver. Outros problemas, mesmo muitos dos que eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como metafísicos ou como sendo parte de outra disciplina. Podem ainda ser rejeitados como demasiado problemáticos para merecerem o dispêndio de tempo. Assim, um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não redutíveis à forma de quebra-cabeça, pois não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma. Tais problemas podem constituir-se numa distração para os cientistas, fato que é brilhantemente ilustrado por diversas facetas do baconismo do século XVIII e por algumas das ciências sociais contemporâneas.” (KUHN, 1978, p.60).

⁶ “Vários daqueles que retiraram algum prazer do livro reagiram assim não porque ele ilumina a natureza da ciência, mas porque consideraram suas teses principais aplicáveis a muitos outros campos. Percebo o que querem dizer e não gostaria de desencorajar suas tentativas de ampliar esta perspectiva, mas apesar disso fiquei surpreendido com suas reações.” (KUHN, 1978, p.255).

⁷ “Desse modo, como o homem não capta essa essência e sim interpreta o mundo, ele não pode jamais iconizar a interpretação de um texto, de modo a considerar que somente a interpretação do autor pudesse ser autorizada.” (CRUZ, 2009, p.155).

conceito de paradigma pressupõe a refutação definitiva de um paradigma por outro, o que não seria possível na seara de uma Teoria da Justiça. Argumenta, para tanto, que o pensamento de Aristóteles e de Kant seria atual e, portanto, tão possível para a fundamentação de posições quanto o pensamento de Rawls, Habermas e MacIntyre, embora em determinados momentos se possa dizer da superioridade de um sobre o outro. Aqui, entende-se que o equívoco do professor Galuppo, com a devida licença e respeito, parece referir-se a uma interpretação equivocada do que se deve entender por ruptura de paradigmas em Kuhn.

Como já foi adiantado, o autor não entende que seja possível um paradigma sucumbir de uma hora para outra e ceder lugar a outro paradigma, de imediato. O autor entende que uma “Revolução Científica”, ou a substituição de um paradigma por outro, acontece de forma gradual, ao longo do tempo. Começa com questionamentos até dar origem a uma nova forma de pensar. Dessa maneira, percebe-se que Thomas Kuhn não prevê uma sequência de paradigmas intermediados por rupturas estanques⁸. O que acontece é uma constante metamorfose científica gradual, o que possibilita, em determinados momentos, a coexistência de paradigmas e não uma ruptura definitiva⁹.

Assume-se também aqui o posicionamento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, segundo o qual a noção de refutação de Thomas Kuhn não está atrelada a juízos descritivos de natureza empírica (aquilo que é), mas a juízos normativos (aquilo que deve ser). A refutação de um paradigma pelo outro, entendida dessa forma, não impede de adotar o termo paradigma nem para as ciências sociais, nem, especificamente, para uma Teoria da Justiça, como entende Galuppo.

A terceira razão, apresentada por Galuppo para justificar sua posição de que o termo paradigma não é adequado para uma Teoria da Justiça, é a de que o conceito de paradigma, compreendido como o que uma comunidade de cientistas considera científico, trata-se de um dado quantitativo, referente à quantidade de

⁸ “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar problemas.” (KUHN, 1978, p.116).

⁹ “E a resposta é simples: o fato é que essa ruptura somente o será se também for entendida como uma continuidade, eis que somente poderemos verificar as novas bases de nossa visão, se pudermos examinar e comparar o que dava suporte ao paradigma anterior.” (CRUZ, 2009, p.159).

cientistas que concordam com a cientificidade de uma teoria, e isso ensejaria o risco de um relativismo.

Primeiramente, reafirma-se que, como o próprio Thomas Kuhn já manifestou, o termo paradigma extrapola a noção de ciência, abarcando não só os cientistas, como os indivíduos em geral.

Ademais, verifica-se que não se trata de uma concepção restrita a poucos indivíduos, mas de uma forma de pensar predominante entre um universo de indivíduos que possuem crenças comuns e assumem os mesmos padrões em determinada sociedade.

Por todas as razões explicitadas, não há sentido se opor à utilização do termo paradigma em relação às ciências sociais e, em especial ao Direito, ou mesmo a uma Teoria da Justiça.

Aliás, é preciso esclarecer que, a utilização do termo "paradigma" seria inadequada no Direito, se fosse incompatível com essa ciência, nos vinte e dois sentidos catalogados por Margaret Materman.

Admite-se, então, como plenamente possível o uso do termo paradigma, entendendo-o como forma de pensar predominante em um dado contexto histórico e temporal, sujeita a influências de outras formas de pensar, que podem, inclusive, se tornarem predominantes e se sobreporem à primeira, num processo gradual e não de ruptura estanque.

Anote-se a contribuição de Habermas, de extrema importância para o estudo dos paradigmas do Estado:

Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de Direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior. (HABERMAS, 2003, v. 2, p.181).

É essa tal forma de pensar predominante, e de enxergar e interpretar o mundo, que permite identificar os paradigmas presentes no desenrolar da história do Estado Constitucional.

Como se sabe, Estado Constitucional não se deu num mesmo momento em todos os Estados. Da mesma forma, não se percebe a presença dos paradigmas liberal, social e democrático num único momento em todos os Estados. No entanto,

é possível traçar algumas linhas comuns e identificar uma evolução histórica geral, bem como os motivos que conduziram os Estados a assumirem os mencionados paradigmas.

2.2 Do Estado Absoluto ao paradigma do Estado Constitucional Liberal

O Estado Absoluto, no qual todo poder derivava do soberano, antecede historicamente o Estado Constitucional. Surgiu da necessidade de fortalecimento e concentração do poder, em decorrência da fragilidade do Estado Medieval frente a tantas ordens jurídicas e fontes de comando instáveis e abaladas pelas invasões bárbaras¹⁰.

Fortalecido o Estado e concentrado o poder, o Estado passa a ser governado por um único homem, cujas ações e estratégias não eram limitadas por leis ou por uma Constituição. Sequer se conheciam tais instrumentos.

A fonte única de poder era o soberano, legitimado, num primeiro momento, pela vontade divina, e, num segundo momento, por um contrato social hipotético, uma criação filosófica, o que, no entanto, não representava, de fato, limitações ao seu poder.

O soberano impunha suas vontades e convicções. Essa era a concepção de Estado. O poder se concentrava num único homem, que, embora tivesse apoio técnico de um corpo de homens, a eles não devia satisfação de seus atos.

Já a realidade social era marcada pela garantia de privilégios, concedidos com exclusividade a uma pequena parcela da sociedade: à nobreza e ao clero.

O cenário somente começa a se modificar com o surgimento de uma nova classe identificada principalmente pelos praticantes de atos de comércio, indignada com os mandos e desmandos do soberano, com a instituição indiscriminada e arbitrária de tributos e, ainda, com a impossibilidade de sua participação nas decisões políticas¹¹.

¹⁰ Esclarece-se que, tendo em vista os fins deste trabalho, não serão considerados os paradigmas pré-modernos.

¹¹ Essa transição, como anota Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “consolidou-se culturalmente devido a quatro principais fatores: a) a Reforma Protestante; b) a consolidação do Capitalismo; c) a Revolução

O Estado de Direito ou Estado Constitucional começa a apontar como uma necessidade de liberdade e participação da classe burguesa, o que, via de consequência, acarretaria a limitação do poder estatal.

Na verdade, o Estado Constitucional, como já foi adiantado, funda-se então em duas raízes. A primeira identifica-se com as revoluções burguesas e, a segunda, com as contribuições filosóficas da época - dentre as quais, em função do objetivo deste trabalho, se destacam as de Montesquieu, que elaborou uma sistematização do Princípio da Separação dos Poderes, bem como inovou ao instituir um Sistema de Freios e Contrapesos, a respeito da qual se discorrerá mais adiante.

Dessa maneira, como necessidade de limitação do poder Estatal, de busca por maior participação da classe burguesa e de construções filosóficas, o Estado Constitucional começa a nascer para o mundo, evidenciando, neste primeiro momento, o paradigma liberal.

Dentre as revoluções burguesas, podem-se mencionar, de maneira breve, a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa. A primeira deu origem ao Bill of Rights, que ratificou a Declaração Inglesa de Direitos, na qual se afirmou também a supremacia do Parlamento. Da segunda, originou-se a independência das treze colônias inglesas e, conseqüentemente, a formação do Estado Constitucional Liberal dos Estados Unidos da América. A terceira exerceu influência por toda a Europa e foi responsável pelo nascimento de uma nova forma de pensar predominante naquele continente, a qual deu origem às nacionalidades europeias legitimadas numa ordem jurídica constitucional de cunho liberal e pretensão universalista.

O paradigma do Estado Constitucional Liberal instituiu a limitação do poder estatal com a criação de uma Constituição, lei escrita e superior às demais, à qual todos deveriam obedecer. A ordem era garantir a liberdade, e sob esse pressuposto contribuiu sobremaneira, exercendo forte influência, a obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu.

A ideia de separação de poderes, ou de divisão funcional dos poderes do Estado, não era inédita. Aristóteles já havia dito que considerava injusto e perigoso atribuir a um único homem o exercício do poder. Maquiavel e John Locke, também no mesmo sentido, haviam defendido a divisão do Estado em três e quatro funções,

Científica; d) o Racionalismo Filosófico." Assunto a ser abordado, detalhadamente, no capítulo seguinte. (CRUZ, 2004, p.56)

respectivamente. Mas, foi Montesquieu quem sistematizou o Princípio da Separação dos Poderes e inovou ao instituir um sistema de freios e contrapesos. Exerceu influência determinante em todo o constitucionalismo ocidental, pelo que o referido princípio foi inserido senão em todas, na grande maioria das constituições do mundo. (DALLARI, 2009, p.217-218).

Montesquieu alertou para a tendência que o homem tem de abusar do poder quando está em seu exercício e, por isto, entendeu que a liberdade só se faria presente se o governo fosse moderado.

Para tanto, entendeu necessária a existência de um órgão para o exercício de cada função do Estado. Somente, assim, seria possível evitar a tirania¹². O poder deveria ser limitado pelo próprio poder.

Montesquieu atrelou a necessidade da separação dos poderes à existência de uma Constituição. Para ele, um Estado sem separação de poderes não possuía Constituição.

Lecionou ainda que se o poder de julgar não estivesse separado do Legislativo e do Executivo não haveria liberdade, pois, se estivesse junto com o Legislativo, o juiz seria também legislador, e, se estivesse junto com o Executivo, o juiz exerceria a força de um opressor.

Já o Sistema de Freios e Contrapesos elaborado por Montesquieu preconizava o controle mútuo entre os poderes, de maneira que um limitasse o outro. Assim, o Legislativo, responsável pela prática de atos gerais que consistem na edição de regras gerais e abstratas, não atuaria de forma concreta na vida dos indivíduos, pelo que não teria meios nem para beneficiá-los nem para prejudicá-los, concretamente. Já o Executivo praticaria atos especiais, agiria concretamente, porém não de forma discricionária em função das limitações previstas pelo próprio legislativo. Ainda assim, caso houvesse algum tipo de abuso de poder, o Judiciário deveria coibi-lo, mediante sua ação fiscalizadora.

Esclarece-se que a teoria de Montesquieu, no momento de sua criação, deve ser compreendida de acordo com o contexto da época em que foi elaborada e, em momentos posteriores, deve ser relida e atualizada de acordo com os contextos posteriores.

¹² “Tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas individuais.” (MONTESQUIEU, 2008, p.170).

A referida teoria foi criada num momento em que se buscava liberdade e limitação do poder. Para esse filósofo, a liberdade não consistia em dar ao indivíduo condição de fazer tudo o que quisesse, mas tudo o que se deveria querer fazer, ou seja, tudo o que as leis permitissem.

O Estado, em função das sequelas deixadas pelo absolutismo, era visto como inimigo da sociedade; por isso, não deveria interferir em suas relações, de maneira que se absteve de qualquer intervenção econômica ou social. A ordem era deixar o mercado se regular por si mesmo. A garantia de liberdade se dava com a não intervenção do Estado.

Dessa forma, a característica marcante desse paradigma, justificada pela necessidade de liberdade, era de que o Estado deveria atuar minimamente, ou seja, apenas para garantir a não perturbação dos direitos individuais: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Sendo assim, os direitos proclamados neste paradigma foram reconhecidos por Paulo Bonavides como direitos de defesa ou direitos negativos, como que em oposição a uma conduta positiva do Estado. (BONAVIDES, 2003, p.517)

Ao Judiciário, inclusive, ao aplicar o Direito, caberia apenas a mera aplicação do raciocínio lógico, num método de subsunção do fato à norma jurídica. O Judiciário, no paradigma do Estado Liberal, era mera “boca da lei”. O Direito era visto como um sistema hermeticamente fechado, de regras a serem aplicadas pelos juízes de forma subsuntiva. Na verdade, o Direito era visto como mero garantidor da harmonia social, apenas como estabilizador de expectativas de comportamento. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.57).

Embora o Princípio da Separação dos Poderes tenha se instalado nos Estados como um dogma, o qual em hipótese alguma poderia ser desrespeitado, de fato, ele não foi suficiente para garantir liberdade a todos. A evolução do absolutismo para o paradigma liberal representou muito mais, uma simples ampliação de privilégios à burguesia, antes exclusivos para a nobreza e para o clero, do que uma real liberdade e igualdade a todos os indivíduos. (DALLARI, 2009).

Assim, sob a bandeira de que todos são iguais, neste primeiro paradigma do Estado Constitucional, apenas a burguesia foi incluída no sistema. Os mais pobres continuaram excluídos e o crescente processo de concentração de renda aumentou ainda mais essa exclusão. A miséria se instalou nos Estados, atingindo índices altíssimos. (MAGALHÃES, 2002, p.64).

Dessa maneira, os ideais de liberdade e igualdade para todos os indivíduos fracassaram, porque significou, na verdade, apenas a extensão de privilégios a uma única classe, tornando os mais pobres ainda mais marginalizados e explorados economicamente.

No Brasil, Wolkmer ressalta que o liberalismo não nasce em virtude de revoluções e lutas burguesas, como símbolo de renovação ou libertação gradual. Por aqui, o liberalismo nasce como uma oposição das oligarquias, dos grandes proprietários de terra aos vínculos coloniais. Na prática, o que se teve foi um movimento de cunho individualista das oligarquias agrárias, as quais, mesmo sustentando um discurso de cunho liberal, acabaram por manter viva a escravidão. (WOLKMER, 2008, p.94).

Pode-se identificar como marco formal da inauguração do paradigma do Estado Liberal, no Brasil, a Constituição de 1891, que - indiferente à garantia de direitos sociais - previu basicamente direitos e garantias individuais, ligados à liberdade, segurança e propriedade, imprimindo ao Estado a característica de mero garantidor ou de não interventor em aspectos econômicos ou sociais.

2.3 Do paradigma do Estado Constitucional Liberal ao paradigma do Estado Constitucional Social

No decorrer do século XIX, alguns fatores contribuíram para que o paradigma liberal fosse gradualmente substituído pelo paradigma social. José Luiz Quadros anota que essa substituição não se deu em razão de uma única justificativa geral, aplicável a todos os Estados. (MAGALHÃES, 2002, p.65). No entanto, podem ser apontadas algumas motivações comuns a diversos Estados.

O cenário da transição do paradigma liberal para o social, em especial na Europa, era de frustração em relação às promessas do liberalismo. A prometida igualdade e liberdade para todos, de fato, não se efetivou, senão para a burguesia à qual se garantiu participação política e facilidade no desenvolvimento de seus negócios, já que o Estado não interferia neles.

A não intervenção do Estado, principalmente em relações econômicas e sociais, permitiu que se instalasse uma série de consequências maléficas, também

decorrentes do desenvolvimento desenfreado da industrialização e do capitalismo. A burguesia estabeleceu uma relação de dominação e exploração econômica sobre o proletariado, e era altíssimo o nível de marginalização, concentração de renda, desigualdade e injustiça.

Surgia, portanto, uma grande classe operária oprimida e explorada, a qual deu origem a movimentos sociais de massa. Tais movimentos tinham como suporte ideais democráticos, de maior participação e inclusão social do operariado, pela concessão de direitos sociais, ligados ao trabalho, previdência, educação e saúde¹³.

Diante desse cenário de tensão social, a elite e a burguesia foram pressionadas e, a partir de conquistas sociais, incluíram-se direitos sociais e econômicos no ordenamento jurídico. Além disso, como explica Baracho Júnior, aqueles direitos concedidos apenas à burguesia, no Estado Liberal, tiveram de ser estendidos às demais camadas da população. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.55-56). Nos países mais desenvolvidos, isto, de fato, aconteceu; nos mais periféricos, não.

A conquista de direitos sociais se evidenciou ainda mais no período posterior à primeira guerra mundial, principalmente para os Estados europeus. Constitui-se marco desse processo a Constituição do México de 1917, primeira a compilar um rol de direitos sociais, seguida da Constituição da Alemanha de 1919, também de caráter social, a qual exerceu forte influência sobre as demais constituições europeias que se seguiram.

Daniel Sarmento (2004) aponta também, como fator que ensejou a interferência Estatal, a crise econômica ocasionada pela quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, a qual deu mostras de que a “mão invisível” do Estado Liberal não era capaz de regulá-lo.

O Estado não interventor ou regulador foi aos poucos dando lugar a um Estado interventor ou Estado providência, ocupado em prestar serviços públicos, garantidores de direitos sociais, ligados à saúde, educação, previdência e assistência social, bem como ao trabalho, ao garantir direito às férias, ao repouso semanal remunerado e limitação de jornada; além de impedir e coibir abusos dos agentes econômicos¹⁴.

¹³ “O desenvolvimento do movimento democrático e do capitalismo implicou na problematização da estrutura liberal. Em consequência, as técnicas e instituições liberais tiveram que ser estendidas a parcelas da população antes excluídas.” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 55-56).

¹⁴ “A legitimidade do poder estatal é aferida em razão dos serviços que presta, da sua capacidade de controlar as relações sociais de forma a reduzir as desigualdades econômicas. Temos em tal

O direito à propriedade, tipicamente liberal, deixou de ser garantido de forma absoluta, tal qual no paradigma anterior. Agora, a garantia estaria condicionada à realização de sua função social.

Assim, percebe-se que há uma redefinição dos direitos, já consagrados no paradigma liberal, de maneira a estender sua concessão aos até então excluídos, bem como a inclusão de uma série de outros direitos no ordenamento jurídico¹⁵. Há também uma releitura dos princípios norteadores do Estado, os quais se adaptam ao novo paradigma de atuação estatal.

Tais direitos, em especial os direitos sociais, são reconhecidos por alguns autores como direitos positivos¹⁶, que exigem a atuação do Estado para sua concretização e, por isso, ensejam custos. Também, aqui, se manifesta a discordância com relação a esta classificação, sobre o que tratará em tópicos seguintes.

Diante desse novo paradigma, o Princípio da Separação de Poderes não poderia mais ser interpretado como meio garantidor da liberdade possibilitada pela não intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais.

O Estado Social requer uma releitura do Princípio da Separação de Poderes. O Estado, sobretudo na função do Executivo, deve agora atuar diretamente na concretização dos direitos sociais.

A importância do Princípio da Separação dos Poderes, no paradigma social, está muito mais ligada à noção de eficiência do que à noção de liberdade¹⁷. O Estado deve ter suas funções distribuídas entre seus órgãos para garantir a eficiência na prestação dos serviços públicos. Dessa maneira, o Executivo deixa de

paradigma a consolidação do Estado como agente econômico, voltado para realizações materiais. O que importa no Estado Social são as realizações e não o fundamento de suas ações.” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 99).

¹⁵ “E, num contexto social tão modificado, o status negativo de sujeitos do direito não podia mais ser garantido, apenas através do direito geral, a liberdades subjetivas iguais. 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 nova categoria de direitos fundamentais, capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade).” (HABERMAS, 2003, p.139-140).

¹⁶ “O advento dessa segunda geração de direitos fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas.” (SARMENTO, 2004, p.389).

¹⁷ Não se nega com isso a importância da liberdade para o paradigma social. Ao contrário, a noção de liberdade é importantíssima, mas agora é entendida de forma indissociável dos direitos sociais. Vale dizer, não é possível a um indivíduo ser livre se não lhes forem garantidos direitos sociais. Não pode ser livre um indivíduo que não se alimenta, não tem acesso à educação, moradia, vestuário, informação, participação.

ser mero executor das leis e passa à condição de autêntico chefe de governo, responsável pela execução das políticas públicas e disponibilização de serviços públicos.

Via de consequência, a figura do magistrado deixa de ser apenas a de “boca da lei” e passa a ser a de responsável pela concretização de direitos. Para tanto, passa a enfrentar um direito lacunoso e repleto de antinomias, o que o torna uma espécie de juiz legislador diante dos casos concretos.

Não se pode deixar de manifestar aqui uma concepção a respeito. A busca pela concretização dos direitos sociais é inteiramente legítima. Esta autora entende que, nos anseios prioritários, certamente, deve-se incluir não apenas a busca pela concretização de tais direitos, mas a esperança de que isto é possível, embora não se ignore a existência de certas limitações.

No entanto, isso não impede o reconhecimento de problemas decorrentes da concretização dos direitos sociais pelo fato de se realizar por intermédio de um Judiciário legislador¹⁸. Talvez esse seja um problema tão grave quanto deixar à míngua aqueles que não têm acesso à alimentação, moradia, educação, saúde, informação, participação e a outras inúmeras necessidades.

A questão, relacionada ao fato de o Judiciário atuar como Legislador será tratada mais adiante, mas desde já é possível manifestar oposição a tal possibilidade.

É preciso considerar que o Estado Social propôs a intervenção econômica e social para a promoção de uma “vida boa”, de um “bem-estar social” (*Welfare State*), possível através da prestação de serviços e concessão de direitos sociais pelo Estado.

É pertinente mencionar, neste momento, a contribuição de Paulo Bonavides, que registra que o Estado Social teria passado por quatro fases. De acordo com o autor, a primeira delas seria a fase dos direitos sociais como normas programáticas. Por normas programáticas ele entende aquelas que não têm aplicabilidade direta e imediata; que representam mera promessa de um Estado Social ainda conservador,

¹⁸ “Aqui nos interessam as consequências que a materialização do direito traz para a divisão funcional de poderes. Nós tratamos pormenorizadamente da crítica ao direito desenvolvido pelos juízes, o qual se transforma em legislação implícita, colocando em risco a legitimação do poder judiciário.” (HABERMAS, 2003, p.175).

o qual, no entanto, é incapaz de superar as sequelas deixadas pelo Estado Liberal¹⁹. A segunda seria uma fase da concretização da igualdade e da justiça social, na qual o Estado assumiria uma postura mais ativa e participante. A terceira fase identificaria o Estado com um socialismo democrático, entendido como elemento substitutivo e transformador e não como mero conservador de *status* da sociedade capitalista. A quarta fase seria identificada como a dos estados sociais ditatoriais, os quais revogam o pacto democrático.

José Luiz Quadros aponta o Estado Social Ditatorial fascista como o responsável pela eclosão da Segunda Guerra Mundial²⁰.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, por uma questão de sobrevivência, renovação e reconstrução das nações, os Estados europeus se agarraram ainda mais aos preceitos do Estado Social e à necessidade de concretização dos direitos sociais. A Europa viveu, de fato, o Estado Social.

José Afonso da Silva entende que os direitos econômicos e sociais tendem a ser de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas ressalva que alguns deles, especialmente os que são previstos por normas que “mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta.” (SILVA, J., 2001, p.184)

A questão suscitada por José Afonso da Silva, a qual foi alvo de muitos seguidores e também de muitos críticos, traz em seu cerne o dilema que abarca este trabalho, o da concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais. A grande questão é como concretizar os direitos sociais num Estado Social Democrático de Direito. Não se pretende buscar uma solução para essa questão neste capítulo, mas não se poderia deixar de mencioná-la aqui.

Tendo em vista o objetivo do trabalho, é importante mencionar o paradigma social no Brasil. Por aqui, o Estado Social nasce num momento político bastante conturbado, marcado pela prática de atos arbitrários e autoritários do Presidente Getúlio Vargas, iniciada em 1930.

¹⁹ Considera-se ultrapassada a concepção de direitos sociais como normas programáticas ou simples promessas, embora se reconheça que suas concretizações enfrentam limites, como se verá no decorrer deste trabalho.

²⁰ “O Estado Social fascista, produto dos interesses do grande capital nacional e a crise social econômica que se abateu sobre alguns países europeus, tornou-se responsável pelo maior conflito militar da história da humanidade, e após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota militar da Alemanha, da Itália e do Japão, o mundo passa a ter duas novas potências, sendo construído a partir de então um mundo bipolar e a Guerra Fria até 1989.” (MAGALHÃES, 2002, p. 67).

A Constituição de 1934, por influência da Constituição de Weimar (1919), foi a primeira a conter um capítulo que tratasse da ordem econômica e social, mas durou apenas cerca de um ano, quando Getúlio declarou Estado de Sítio.

Em 1937, foi outorgada outra Constituição, ditatorial, inclusive na sua forma de aplicação. Em 1940, foi publicada a Consolidação das Leis Trabalhistas, e em todas as Constituições seguintes foram positivados os direitos econômicos e sociais.

Num primeiro momento, os direitos sociais se restringiam aos direitos reguladores da relação de trabalho, tais como a concessão de férias e a limitação da jornada. Depois foram garantidos os direitos relativos à previdência, à assistência social, educação, cultura e saúde. Fato é que, embora os direitos tenham sido positivados, muitos deles, senão todos, nunca foram efetivados pelo Estado Brasileiro.

A jurisprudência brasileira, por vezes, considerou os direitos sociais como normas programáticas, não os concretizando na via judicial, com o argumento de que os direitos sociais eram meras promessas, que dependiam de atuação, seja do legislativo, para elaborar a legislação complementar, seja do Executivo, para elaborar políticas públicas.

A referida doutrina já se encontra superada, mas isso não significa que a jurisprudência brasileira tenha encontrado um caminho adequado à aplicação do Direito, em especial no que se refere à concretização de direitos sociais.

Tem-se assistido a julgamentos em diversos sentidos; ora considerando que, se os direitos sociais estão previstos na Constituição, eles devem ser concretizados; ora considerando que entre os direitos sociais se estabelece uma relação de colisão, na qual é possível estabelecer aquele que, por meio de uma ponderação, deve se sobrepor e, portanto, ser garantido. Tais posições também serão expostas, detalhadamente, mais adiante.

Mas, o fato é que a realidade social brasileira evidencia que o Estado Social jamais se fez presente plenamente, em nosso país. Constituem-se apenas alguns exemplos dessa afirmação o fato de a fome e a miséria ainda apresentarem altos índices, de a saúde pública não conseguir atender minimamente às demandas, de as escolas públicas não oferecerem vagas suficientes, de o sistema previdenciário não conseguir oferecer uma aposentadoria digna aos cidadãos, de o sistema

penitenciário estar sucateado e de as opções de cultura para as classes mais pobres serem bastante restritas²¹.

Assim, ao contrário do que aconteceu nos países desenvolvidos, no Brasil, vive-se apenas a retórica do Estado Social, não se vivencia a concretização dos direitos sociais.

Acredita-se que alguns dos fatores que contribuíram para a não concretização dos direitos sociais, num nível minimamente esperado, estejam ligados ao longo processo de ditadura, em função do qual os órgãos do judiciário não tiveram funcionamento normal ou não puderam atuar com liberdade e autonomia, embora os primeiros direitos sociais, ainda atrelados exclusivamente aos direitos trabalhistas, tenham surgido nesse período. A ditadura sufocou por muito tempo os movimentos sociais.

Além disso, sabe-se que o Executivo brasileiro está, quase sempre, atento apenas aos interesses das elites lobistas, representadas pelo grande capital, e se mantém, portanto, distante dos reais problemas sociais.

Outros fatores se relacionam aos índices altíssimos de corrupção e, ainda, aos aspectos culturais de uma população, muito pouco ativa e inerte diante das aberrações praticadas pelo poder público, mesmo em momentos democráticos.

2.4 Do paradigma do Estado Constitucional Social ao paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito

O Estado Social, no início da década de 1970, começa a entrar em crise. Aqui, também como no paradigma anterior, não se pode utilizar uma justificativa geral aplicável a todos os Estados para a crise, mas é possível encontrar alguns pontos comuns que permitem identificar mais uma metamorfose paradigmática.

Na década de 1970, para pressionar os Estados Unidos e a Europa, por razões políticas, os árabes reduziram a produção do petróleo, e, em consequência,

²¹ “O Estado Brasileiro jamais foi capaz de, minimamente, atender às necessidades da maioria da população. Tampouco pronunciou-se por meio de um deslocamento do peso do Poder Legislativo para o Executivo. Ao contrário, de maneira geral, o centro do Estado brasileiro sempre foi o Executivo e, na maioria das oportunidades, de modo extremamente autoritário, como demonstra a instabilidade política do Brasil no século passado.” (CRUZ, 2004, p.133).

forçaram um grande aumento no preço do produto. Isso deu origem à maior crise do petróleo, a qual afetou toda a economia mundial.

A primeira crise do petróleo colocou em dúvida a eficiência do dirigismo estatal, vale dizer, a atuação direta do Estado na regulamentação da economia e na realização de serviços sociais. (SARMENTO, 2004, p.395). Deu sinal de que as políticas econômicas do Estado Social não haviam obtido êxito.

Os custos da manutenção dos serviços públicos tornaram-se insuportáveis num momento de crise econômica. A burocracia era representada por um contingente enorme. E a população havia envelhecido com o desenvolvimento da medicina e da tecnologia, o que gerava um custo ainda maior com a manutenção de um sistema previdenciário.

Soma-se a isto o fato de que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, o mundo começou a viver um intenso processo de globalização e de pós-industrialização, com incremento dos meios de comunicação e da informática, com o qual se torna impossível para o Estado obter o controle das relações comerciais, ditar regras e estabelecer limitações econômicas. Os agentes econômicos, agora multinacionais, atuantes ao mesmo tempo em vários países do mundo, aparecem como um outro poder, alheio ao Estado.

No aspecto social, verifica-se que o mundo se mostra, assim, cada vez mais complexo e heterogêneo. Os sujeitos não podem mais ser identificados apenas como pertencentes a uma única categoria social, tal como a burguesia, a nobreza, o clero ou os pobres. Cada um dos indivíduos pertence a uma série delas. Assim, numa mesma pessoa, encontra-se a categoria, mulher, negra, estudante, mãe. Cada sujeito apresenta-se com diversos papéis na sociedade²². A pluralidade impede uma concepção homogênea de “vida boa”, porque as diferenças são mais evidentes.

Toda essa diversidade dá origem a movimentos sociais liderados por correntes cuja bandeira era senão inusitada, ao menos inédita. Tais movimentos

²² “Só, quando afastarmos a concepção do sujeito como um agente simultaneamente racional e transparente para si próprio e também para a suposta homogeneidade do conjunto das suas posições, estaremos em posição de teorizarmos a multiplicidade de relações de subordinação. Um único indivíduo pode ser dominante numa relação, ao mesmo tempo que é subordinado noutra. Assim, podemos conceber o agente social como sendo constituído por um conjunto de posições de sujeito, que nunca podem ser totalmente fixas num sistema fechado de indiferenças, composto por uma diversidade de discursos, entre os quais não existe uma relação necessária, mas antes um constante movimento sobre determinação e deslocamento.” (MOUFFE, 1996, p.104-105).

demonstravam sua contrariedade com relação ao modelo de Estado Social, em face de sua limitação no que se refere ao limite e alcance das políticas públicas²³.

Nesse contexto, surgiram as ideias neoliberais de afastamento do Estado das questões econômicas e sociais, o que evidenciou que o Estado Social estava realmente em crise.

Nos países menos desenvolvidos, devido à fragilidade e instabilidade dos governos, bem como à falta de movimentação e participação política da maioria da população, essas ideias tomaram força com maior rapidez. (MAGALHÃES, 2002, p.72). A maioria dos países subdesenvolvidos vivia o paradigma social num governo autoritário, ditatorial, fator suficiente para sufocar a soberania popular.

Sob a influência dos movimentos sociais contrários, tanto ao modelo de Estado do Bem-Estar quanto ao modelo do Estado Socialista, começa a nascer a ideia de que é necessária a concretização de direitos sociais, mas não de maneira solipsista pelo Estado. Torna-se imprescindível a participação ativa da sociedade, dos seus grupos de interesse.

Os ideais de democracia - entendidos como modelo que permite a participação popular nos processos de decisão política, já desejada desde as revoluções do século XVIII - ganham força. Se aquelas revoluções permitiram a extensão dos direitos políticos, exclusividade da nobreza e clero, para a burguesia, agora, no final do século XX, num contexto de sociedade complexa que sequer pode ser estratificada em apenas três classes sociais, busca-se a extensão dos direitos de participação nas decisões políticas a todos os indivíduos.

Não se está, nesse paradigma, abandonando a principal bandeira do paradigma social, ou seja, a da concretização de direitos fundamentais sociais. No paradigma do Estado Democrático de Direito, não se preconiza um retorno ao paradigma liberal, embora, no campo econômico, as ideias neoliberais tenham certa força.

²³ “No estilo dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a ‘nova esquerda’, a chamada esquerda não-estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia -, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão Estado Democrático de Direito.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.62).

O que se pretende com o paradigma Democrático de Direito é uma interpretação reflexiva acerca do modo pelo qual se pretende a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Alinha-se aqui a Habermas que entende que a deficiência do Estado Social está, na verdade, em seu caráter paternalista²⁴ de concretização de direitos fundamentais sociais; no fato de o paradigma social (assim como o liberal) desconsiderar a autonomia pública do cidadão²⁵ e apostar na justiça social como simples distribuição de direitos, os quais acabam por serem tratados como se fossem bens consumíveis, sobre os quais os indivíduos não são chamados a decidir.

O paradigma do direito centrado no Estado Social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garante, a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros de direitos, livre e iguais, têm de pressupor implicitamente. A idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade da pessoa humana.(...) 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 ser exercitada e, comum, na medida em que participa da prática da legislação. (HABERMAS, 2003, p.159) (grifos nossos).

A concretização de direitos sociais de modo assistencialista pelo Estado, por vezes, não é capaz de emancipar o ser humano, mas de torná-lo ainda mais dominado, daí porque pode se mostrar incompatível com o Estado Democrático de Direito. As políticas públicas assistencialistas, salvo as adotadas em situação de premente necessidade e de miséria extrema, acabam por tornar os indivíduos dependentes e não autônomos, inviabilizando-se assim uma real inclusão social²⁶.

²⁴ “Um programa jurídico é discriminador, quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas das desigualdades fáticas; ou paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades”. (HABERMAS, 2003, p.157).

²⁵ “Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da ‘crise do Estado Social’ residia na ‘insensibilidade’ das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado social simétrica à da ‘cegueira social’ do direito formal burguês”. (HABERMAS, 2003, p.125).

²⁶ Nos casos de situações extremadas, é possível se justificar a adoção de medidas de cunho assistencialista, pois nestes casos, a adoção ou não de alguma política pode fazer a diferença entre

Isto é ainda mais evidente quando as políticas públicas são realizadas em caráter permanente. A não provisoriedade impõe uma eterna dependência²⁷.

O paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser entendido como o modelo que possibilita a concretização dos direitos sociais (e, ainda, de outros direitos cuja sociedade moderna passa a demandar), construídos através da inclusão dos cidadãos, pela participação desses nos processos que decidem as políticas públicas a serem implementadas, bem como nos que decidem a sua forma de implementação.

É neste sentido que Habermas entende que o indivíduo apenas terá autonomia quando passar da posição de destinatário das normas jurídicas para a posição de autor das normas jurídicas. Daí porque leciona que a legitimidade do Direito estabelece uma relação de co-originalidade com a autonomia privada e com a autonomia cidadã dos indivíduos. Esta última se evidencia na “formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos”. (HABERMAS, 2003, p.146). Nisso consiste o que o autor denomina de paradigma procedimentalista do direito.

A sociedade de um Estado Democrático de Direito deve ser, nos termos de Peter Häberle (1997, p.15), uma sociedade aberta de intérpretes, cujos destinatários das normas são também autores delas. Inclusive, porque o próprio homem é interpretação. A condição de intérprete, na linha de pensamento de Gadamer, é inerente à natureza humana. Não poderia ser diferente.

Assim, a construção das políticas públicas - seu alcance e limitações - deve ser realizada com a participação dos cidadãos; o resultado final certamente será a conjugação dos diferentes intérpretes com seus diferentes interesses. (HÄBERLE, 1997, p.32).

A democracia representativa continua sendo importante e até inevitável, dada a dificuldade de se implementar no mundo atual uma democracia direta, já que os

viver e morrer. Há lugares em que ainda é preciso dar um mínimo de direito social para que a pessoa não morra de inanição. Entre morrer de fome e ser paternalista, é melhor ser paternalista.

²⁷ Aproveito a oportunidade para afirmar minha posição com relação a certas políticas implementadas no Brasil, as quais, certamente, tiveram o louvável resultado de contribuir para que muitos brasileiros pudessem ao menos se alimentar, mas que, por outro lado, dado o seu caráter permanente e exclusivamente financeiro, não foram capazes de dar condições aos indivíduos de se emanciparem. As bolsas família e escola são, no meu entendimento, exemplos típicos de políticas públicas do estilo “cala a boca”. O cidadão se sente bem ao receber um dinheiro, passa a admirar o governo que o possibilitou, mas não tem condições de se tornar independente dele. Na maioria das vezes, sequer tem consciência dessa manipulação, daí porque se torna ainda mais dominado e não emancipado. Neste sentido, leciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “Por aqui, tais políticas são perpetuadas estrategicamente para impor a manutenção da própria insuficiência.” (CRUZ, 2007, p. 328).

colégios eleitorais são imensos e há necessidade de tomar decisões rapidamente.

Por outro lado, a democracia representativa mostra-se insuficiente porque não é capaz de agregar à necessidade de atender às demandas sociais com a participação dos cidadãos. Por isso, é preciso implementar uma democracia participativa, na qual a democracia representativa é incrementada com institutos que possibilitam a ampliação da participação popular nas decisões políticas.

Assim, o Estado Democrático de Direito se legitima com o fortalecimento da democracia, com o incremento da participação popular na concretização de direitos sociais.

O salto representado pela passagem da adoção de uma democracia estritamente representativa para uma democracia incrementada com instrumentos de democracia participativa permite identificar, na verdade, um salto de uma postura solipsista, monológica do Estado para uma postura discursiva, intersubjetiva, exigência intrínseca de um Estado que se propõe Democrático de Direito, legitimado na autonomia do cidadão, ao mesmo tempo destinatário e autor das normas jurídicas.

Nesse novo paradigma, a noção de necessidade de serem assegurados os direitos sociais de um indivíduo para que ele seja livre, emancipado, está atrelada a sua condição de cidadão ativo, participante dos processos de decisão. Os direitos individuais não se concretizam, caso não sejam garantidos também ao indivíduo os direitos sociais e os direitos de participação e vice-versa.

Dessa maneira, o Direito agrega ao seu ideal de estabilizador de expectativas de direitos o ideal de inclusão social dos indivíduos, seja pela possibilidade de participação desses nos processos decisórios, seja pela efetivação de direitos sociais.

Em função dessas novas concepções, é importante mais uma vez reler o Princípio da Separação dos Poderes, agora coerente com os pressupostos do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Já houve, neste trabalho, manifestação contrária a uma postura inteiramente liberal do Estado, na medida em que se considera essencial a concretização de direitos sociais. Por outro lado, já se apresentou também oposição à concretização dos direitos sociais de maneira solipsista pelo Estado, através de um Executivo autoritário ou de um Judiciário legislador.

Assim, entende-se que as políticas públicas devem ser definidas em conjunto com os cidadãos. E, ainda, no que se refere à atuação do Judiciário, já se adiantou que, embora este esteja autorizado legitimamente pelo Estado Democrático de Direito a syndicar as decisões políticas, deve-se restringir suas manifestações ao âmbito do código binário do direito, de maneira a respeitar os limites existentes entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação, a respeito do que também se discorrerá, minuciosamente, adiante.

Permite-se abrir um parêntese, nesta oportunidade, para mencionar breves linhas, acerca do paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito no Brasil.

Por aqui, o paradigma do Estado Democrático de Direito inaugura-se com o processo constituinte, de onde se originou a Constituição da República Federativa de 1988, com o fim de longo período ditatorial. Na verdade, a Constituição brasileira atual é símbolo da redemocratização do país e da busca pela implementação de um novo Estado, cujos moldes eram diferentes de todos os anteriores. Razão pela qual a Constituição valorizou bastante os institutos garantidores da democracia, tanto representativa quanto participativa.

De lá para cá, o funcionamento do Judiciário não sofreu interrupções. No entanto, é alvo de frequentes ingerências do Poder Executivo, que, em diversos momentos, consegue, mediante lobby, interferir nas decisões judiciais. Quando isso acontece, o que se percebe é que as decisões judiciais, especialmente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, são influenciadas por argumentos pragmáticos, de cunho político ou econômico, que se afastam do aspecto deontológico e, via de consequência, do código binário do direito²⁸.

²⁸ “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).

3 CONTEXTUALIZAÇÃO FILOSÓFICA

Também, neste capítulo, será adotado o termo paradigma para indicar as principais preocupações do pensamento filosófico que se sucederam ao longo do tempo. Para tanto, filia-se ao entendimento de Karl-Otto Apel, que também adota o termo paradigma para indicar os momentos distintos de evolução da história da filosofia.

De acordo com Apel (1996), há três paradigmas filosóficos: a metafísica ontológica, que teria se encerrado em Kant; a filosofia da consciência transcendental do sujeito e a filosofia enquanto semiótica transcendental²⁹.

Embora se concorde com Apel acerca da possibilidade de adoção do termo paradigma para a filosofia, e de também se identificar três paradigmas, apresenta-se denominação distinta. Identifica-se, pois, na evolução da filosofia, os paradigmas da Filosofia do Ser, da Filosofia da Consciência e da Filosofia da Linguagem, por entender que tais nomenclaturas já indicam de antemão as respectivas preocupações filosóficas preponderantes.

É importante esclarecer que o objetivo deste trabalho não é tecer minúcias acerca dos referidos paradigmas, mas sim ressaltar seus aspectos mais relevantes, com o fito de trazê-los para a ciência jurídica, num processo de complementação e aprimoramento do Direito e da Filosofia.

Sendo assim, permitem-se identificar, nos paradigmas filosóficos, apenas os elementos mais importantes para compreensão da hipótese formulada neste trabalho. Certamente, em função do objetivo, bem como do tempo e dimensão do esforço aqui empreendido, aspectos relevantes, sob o ponto de vista da evolução histórica da filosofia, serão excluídos.

²⁹ “Vejo três paradigmas filosóficos enquanto método. Primeiro a metafísica ontológica, que remonta até Kant. Segundo, a filosofia como consciência transcendental do sujeito. Terceiro, a filosofia enquanto semiótica transcendental. Neste caso, ela contém uma pragmática transcendental da linguagem, que exigiria ser explicitada. No séc. XX, estamos assistindo à entrada da filosofia nesse terceiro paradigma, que deve servir de base para a fundamentação da filosofia teórica e da ética. Como projeto, penso que a estética também necessita ser reformulada do ponto de vista de uma semiótica transcendental. Na transição do primeiro para o segundo paradigma, a filosofia radicalizou a indagação sobre as condições de possibilidade do conhecimento. Do segundo para o terceiro, a radicalização atingiu a questão da linguagem como condição transcendental da produção do conhecimento.” (APEL, 1996, p. 3).

3.1 Do paradigma da filosofia do ser

A filosofia surge com o intento de ampliar o conhecimento da totalidade das coisas. Sendo assim, diferencia-se das demais ciências pelo fato de estas pretenderem o estudo de uma parte do todo, ou seja, de aspectos particulares, especializados, ramificados.

Inicialmente, em momento anterior ao paradigma da Filosofia do Ser, por volta do século VI e V a.C., a totalidade conhecida pelo homem, restringia-se à natureza e ao cosmos. Daí porque este era o objeto e, portanto, o foco dos primeiros questionamentos filosóficos do homem. (REALE; ANTISERI, 2007, vol. I).

O objeto de maior preocupação da filosofia só começou a se alterar depois do séc. V a.C, e perdurou durante a era antiga e a medieval. Tal alteração se deu com os Pré-socráticos. Contudo, apenas a partir dos Sofistas e, em seguida com Sócrates, a Filosofia do Ser ganhou contornos mais sofisticados. E este será o ponto de partida.

Os Sofistas eram filósofos e educadores, ocupados em ensinar a retórica e a oratória. Entendiam como virtuoso o homem dotado de saber, o que, portanto, não dependeria da origem ou dos laços de sangue do homem³⁰.

Protágoras, um dos sofistas de maior destaque, ensinava a forma pela qual se podia fazer prevalecer um argumento mais frágil sobre um mais forte e cobrava por tais ensinamentos.

Essas condutas dos sofistas geraram incisivas críticas, inclusive, por parte de Platão e de Aristóteles - consideravam apenas aparente a verdade daqueles, já que obtida pela técnica de persuasão e não desejada de maneira desinteressada, mas visando o lucro. As críticas de Platão e Aristóteles acabaram por ensejar uma visão exclusivamente negativa dos sofistas, a qual mais recentemente tem sido de certa forma alterada. (MARCONDES, 2008).

Apesar de ter sofrido críticas, os Sofistas foram, mais tarde, reconhecidos como os responsáveis pela alteração do objeto da filosofia, que deixa de ser o

³⁰ Apesar disso, a realidade desse momento histórico demonstrava que o homem ainda se posicionava na sociedade de acordo com sua origem e que as normas; religiosas, morais e de Direito; que regulavam as relações dessa sociedade formavam uma unidade indissociável. A indissociabilidade da fé e da razão, bem como da ciência e da fé foi ainda mais reforçada no século XIII, com São Tomás de Aquino, segundo o qual a igreja era a única instituição com gabarito para interpretar as Escrituras.

cosmos para ser o ser humano e suas virtudes. Nos termos de Giovanni Reale e Dario Antiseri, os sofistas “(...) *operaram uma verdadeira revolução espiritual, deslocando o eixo da reflexão filosófica da physis e do cosmos para o homem e aquilo que concerne à vida do homem, como membro de uma sociedade.*” (REALE; ANTISERI, 2007, vol. I, p.73).

Sócrates sofreu forte influência dos sofistas, embora também tenha sido crítico destes. Viveu entre os anos 470 e 399 a.C. e realizava seus ensinamentos em locais públicos, despertando fascínio em quem o ouvia.

Diferentemente de Giovanni Reale, Danilo Marcondes (2008), em sua obra *Iniciação à História da Filosofia* (2008), expressa que foi Sócrates quem inaugurou uma nova fase na filosofia, referindo-se, certamente, à Filosofia do Ser. Se a cosmologia grega se preocupava com o mundo natural, agora o cosmos socrático une natureza à sociedade, como identidade em torno da alma humana.

Fato é que, assim como os Sofistas estavam atentos aos problemas relacionados ao homem como membro da sociedade, Sócrates também assumiu o homem como preocupação central de seus questionamentos filosóficos. Porém, criou seu próprio objeto de investigação, identificado com o questionamento acerca da essência do ser, da essência do homem.

Platão também se ocupou com as questões relativas à essência do homem, por isso pode-se dizer que ele se inseriu no paradigma da Filosofia do Ser. Ele constatou a existência de dois mundos: o mundo sensível, cujos fenômenos seriam explicados por causas físicas; e, o mundo inteligível, que corresponde ao que é captado pelo intelecto.

Em Platão, as ideias são a essência das coisas, ou seja, aquilo que faz com que cada coisa seja o que é. Mais tarde, o estudo dessa realidade, que vai além da realidade física e está atrelada ao mundo das ideias como essência das coisas, foi denominado Metafísica.

Manfredo de Oliveira ensina que Platão, certamente por estar inserido no contexto do paradigma da Filosofia do Ser, além de não ter a linguagem como foco central de suas investigações, entendeu-a de maneira atrelada a sua essência. Para Platão havia uma afinidade entre o som e a significação de uma palavra, de maneira que a palavra apresenta a essência da coisa. Já aqui se percebe uma isomorfia entre a estrutura gramatical e a estrutura ontológica; entre a linguagem e o ser.

Além disso, Platão entendia que as coisas podem ser conhecidas sem seus respectivos nomes, a linguagem seria apenas um instrumento, portanto não imprescindível para se conhecer a realidade. Aqui a linguagem está dissociada do pensamento (do conhecer em si) e tem função apenas designativa.

Aristóteles, discípulo de Platão, foi além do mestre. Criticou o seu mundo inteligível, por entender que se as ideias fossem transcendentais, elas não poderiam ser a causa da existência das coisas, nem a causa de sua cognoscibilidade.

Por outro lado, também atrelado à noção de essência do ser, Aristóteles concebeu a metafísica como “toda tentativa do pensamento humano no sentido de ultrapassar o mundo empírico para alcançar uma realidade metaempírica”. (ANTISERI; REALE, 2007, vol. I, p.73).

A metafísica seria, em Aristóteles, a realidade suprafísica, aquela que transcende as necessidades materiais e, por isso, responde às necessidades espirituais do ser. Na verdade, ao conceber a Metafísica, Aristóteles elabora quatro indagações, que conduzem ao encontro de Deus, de maneira que, em Aristóteles, a Metafísica indica a teologia.

Aristóteles, assim como Platão, não tinha a linguagem como foco central de suas preocupações. No entanto, elaborou uma Teoria da Significação, na qual a linguagem é concebida como símbolo da realidade. A palavra é um som que exprime uma convenção e, por isso, tem significado. Para ele, a unidade de significação das palavras recebe o nome de essência, ou aquilo que é. Em Aristóteles, porque as coisas têm essência é que as palavras têm sentido. (OLIVEIRA, 2006).

É importante mencionar que Aristóteles instrumentalizou suas investigações pela lógica. Assim, aplicava o método do silogismo, de maneira que, dadas as premissas, tornava-se possível conhecer uma solução verdadeira. O silogismo é método científico dedutivo, por meio do qual, a partir de verdades particulares se extrai verdades universais.

A lógica de Aristóteles exercerá influência, posteriormente, na forma de aplicação do Direito, em especial no que se denomina aplicação positivista do Direito.

Realizadas tais considerações, é necessário esclarecer que não interessa ao objetivo deste trabalho tratar da Filosofia do Ser em sua fase escatológica, ou seja, no mundo medieval.

3.2 Do paradigma da filosofia da consciência

O paradigma da Filosofia da Consciência é cooriginária do pensamento moderno, ao qual se associa a ideia de rompimento com a tradição. Ele surge, como leciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em função de quatro principais fatores: a Reforma Protestante, a consolidação do Capitalismo, a Revolução Científica e o Racionalismo Filosófico (2004).

A Reforma Protestante (século XVI) significou muito mais que um simples repúdio aos dogmas e modo de vida praticado pelos membros da Igreja Católica. É bem verdade, que Martinho Lutero pregou suas teses nas portas de Igrejas Católicas, condenando a vida luxuosa e, portanto, dispendiosa, dos padres e teólogos. Defendeu uma Igreja mais simples, que desse maior importância a questões espirituais e não materiais. Mas, sobretudo, defendeu que o homem era capaz de compreender e interpretar as escrituras sagradas, sozinho, sem a intermediação da Igreja ou de teólogos.

Ao fazê-lo, Lutero concebeu o homem como ser capaz e, via de consequência, eliminou da Igreja a condição de titular do monopólio do conhecimento, de titular do monopólio da fé ou, ainda, de única capaz de interpretar as escrituras e, portanto, de chegar ao conhecimento verdadeiro. Lutero fomentou a concepção de que o indivíduo é capaz de realizar algo sozinho, de chegar ao conhecimento verdadeiro através de sua consciência sem o intermédio de uma autoridade. Esse aspecto da Reforma Protestante evidencia sua concepção individualista³¹.

Assim, a Reforma Protestante acabou por abalar a unidade da Igreja Católica.

Para compreender essa assertiva, é preciso considerar que a Igreja Católica e o Estado representavam até então uma unidade, na qual se concentrava a ciência (e, conseqüentemente, o Direito), a fé e a moral, já que o conhecimento era produzido pela Igreja, que se dizia imune a erros. O Estado não era laico, todas as

³¹ “Podemos considerar assim que, de um ponto de vista filosófico, a Reforma aparece neste momento como representante da defesa da liberdade individual e da consciência como lugar da certeza, sendo o indivíduo capaz pela sua luz natural de chegar à verdade (em questões religiosas) e contestar a autoridade institucional e o saber tradicional, posições que se generalizarão além do campo religioso e serão fundamentais no desenvolvimento do pensamento moderno, encontrando-se expressas um século depois em seu mais importante representante, René Descartes. A ênfase dada por Lutero na passagem citada, à consciência, certamente prenuncia a filosofia de Descartes, bem como o espírito crítico característico da modernidade. (MARCONDES, 2008, p.153).

universidades pertenciam à Igreja Católica e as normas morais se fundamentavam em preceitos religiosos.

A Reforma Protestante deu início à ruptura dessa unidade, ao propagar a capacidade individual do homem de conhecer utilizando-se apenas da sua consciência, sem a intermediação da Igreja³².

A concepção individualista do homem foi marcante na passagem do Estado Feudal para o Estado Moderno. Essa passagem, que se deu com o fim das invasões bárbaras e com a instituição de um Estado centralizador, associada ao descobrimento das Américas, propiciou um incremento das relações mercantis orientadas pelo capital. Instalou-se, assim, uma nova ordem econômica, cuja base era o comércio e a defesa da livre concorrência. Em decorrência, surgiram novos empreendimentos econômicos e até novas classes sociais (burguesia e operariado), que passaram a se situar na sociedade em função do capital e do trabalho, consolidando-se assim o capitalismo.

No século seguinte ao da Reforma Protestante, há um novo fator que ensejaria um processo de alteração do paradigma filosófico: a Revolução Científica, marcada pelas descobertas de Nicolau Copérnico, seguidas das demonstrações de Galileu Galilei e de Isaac Newton. Sucintamente, Copérnico descobriu que o sol - e não a Terra - era o centro do universo e que a Terra era apenas um astro a girar em torno do sol. Galileu demonstrou a veracidade das descobertas de Copérnico com o método dos experimentos e observações.

Aparentemente a Revolução Científica representou apenas uma evolução acerca dos conhecimentos sobre o cosmos. No entanto, sabe-se que significou muito mais. Em primeiro lugar, serviu de referência para uma nova forma de o homem pensar, conhecer e se localizar no mundo, diferente da que remontava os tempos de Aristóteles e Ptolomeu.

Em segundo lugar, a Revolução Científica revelou fortes indícios de que a ruptura definitiva entre a fé (Igreja Católica) e a ciência seria inevitável. A Igreja Católica, que se proclamava como a única, escolhida por Deus para produzir ciência, não poderia admitir que tivesse cometido erros. Mas, a demonstração de que a Teoria Geocêntrica, produzida por Aristóteles e Ptolomeu, com respaldo da

³² O autor Danilo Marcondes, de maneira distinta, aponta a descoberta do Novo Mundo como um dos fatores, junto do Renascimento, da Reforma Protestante e da Revolução Científica, para o surgimento da Filosofia da Consciência. (MARCONDES, 2008, p.143).

Igreja, era um erro, tornou evidente que a Igreja não era a única capaz de produzir ciência e, ainda, que não estava imune a erros.

A Revolução Científica significou, em terceiro lugar, a valorização de um novo método científico, baseado nas observações, experimentações e demonstrações. A ciência começava a distanciar-se das concepções religiosas e procurava espelhar a realidade concebida por meio de experimentos³³.

Por fim, a Revolução Científica também abriu espaço para um primeiro indício de que o foco das preocupações da filosofia se reverteria da essência do ser para o conhecimento humano; de maneira que a pergunta filosófica de maior importância deixaria de ser o que é, para o porquê e o como das coisas.

O último fator determinante para a passagem do paradigma da Filosofia do Ser para o paradigma da Filosofia da Consciência é o Racionalismo Filosófico. Tal Racionalismo é identificado pela crença absoluta dos filósofos na razão, como instrumento que possibilita ao homem conhecer o mundo e a verdade das coisas. O Racionalismo Filosófico teve como grande representante René Descartes, cujo precursor foi Francis Bacon.

Francis Bacon elaborou importantes críticas à tradição filosófica, aos filósofos antigos, medievais e renascentistas. Criticou a tradição por entender necessária a instituição de uma ciência baseada no método experimental e apartada dos aspectos “mágicos” (metafísicos) ou especulativos da filosofia clássica.

A preocupação central de Bacon era a elaboração de um método científico que possibilitasse ao homem chegar ao conhecimento verdadeiro, sem erros. Com base nessa crença, ele defendeu a utilização da experimentação associada ao método indutivo, segundo o qual o homem formula leis genéricas por indução através de observações e experimentações.

René Descartes, influenciado pela proposta de produzir ciência por meio de experimentações e atento aos significados da Reforma Protestante e da Revolução Científica, em especial aos relacionados aos erros da Igreja, bem como às

³³ “Uma das principais transformações do ponto de vista da metodologia científica está precisamente na inversão dessa ordem de prioridades. A ciência moderna surge quando se torna mais importante salvar os fenômenos e quando a observação, a experimentação e a verificação de hipóteses tornam-se critérios decisivos, suplantando o argumento metafísico. Trata-se, no entanto, como quase sempre na história das idéias, de um longo processo de transição, muito mais do que de uma ruptura radical.” (MARCONDES, 2008, p.156).

consequências do individualismo, de fato, inaugurou o paradigma da Filosofia da Consciência³⁴.

A grande contribuição de Descartes é identificada por sua defesa pela produção da ciência completamente desprovida de qualquer concepção religiosa ou aspecto subjetivo, enfim, de qualquer fundamentação metafísica.

É desta forma que Descartes possibilitou a ruptura (que já vinha sendo construída desde a Reforma Protestante) definitiva entre a fé e a ciência. Assim, Descartes concebeu a ciência baseada puramente na razão humana e na utilização correta do método científico dedutivo, criado por ele.

Ao elaborar seu método dedutivo, segundo o qual se fazem inferências a partir de leis gerais, Descartes pretendeu dar à ciência a função de descrição matemática dos fenômenos, dotados de causa e efeito.

O erro, para Descartes, era incompatível com a razão humana e com a utilização correta do método científico. Para ele, o método existe para evitar erros. Por isso, só haveria erro quando o método fosse aplicado de maneira incorreta, pois não existe nada que a razão não possa explicar. Em Descartes, a razão permite ao homem conhecer a verdade de forma definitiva e verdadeira, com segurança e certeza.

O método de observação do objeto, que se dava de modo solipsita pelo indivíduo, distanciado do objeto, evidenciou o que se tornou uma marca do novo paradigma filosófico: a “radical distinção” entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível³⁵.

Descartes provocou, na verdade, um deslocamento do foco central da filosofia. O foco que até então era a essência do ser passa, com Descartes, à consciência (à razão) humana. Se no paradigma da Filosofia do Ser a preocupação central das investigações dos filósofos era a essência do ser, agora, no paradigma da Filosofia da Consciência, os filósofos se ocupam da busca pelo conhecimento através da razão. A partir de então, eles tendem a crer cegamente na razão humana e, via de consequência, na possibilidade de conhecimento de tudo no mundo.

³⁴ Não estamos aqui contrariando o nosso próprio entendimento de que um paradigma não se inicia num único momento estanque. Estamos apenas anotando que as considerações de Descartes foram determinantes no processo de transformação do modo de fazer e conceber a ciência.

³⁵ “Essa separação radical do homem e da natureza produziu a chamada filosofia da consciência, que distinguiu radicalmente o sujeito cognoscente do objeto cognoscível.” (CRUZ, 2004, p. 56).

Kant deu sequência ao projeto de Descartes. Ocupou-se também do conhecimento humano, bem como provocou mais uma ruptura da unidade inerente ao pensamento da tradição filosófica, ao desmembrar a moral da ciência do Direito.

Para Kant, o verdadeiro conhecimento se baseava em juízos sintéticos *a priori*. A ciência se sustentava em juízos, ou seja, proposições formadas por sujeito e objeto, universais e necessárias, pois não decorrem da experiência, além de serem ampliadores do conhecimento.

Kant, assim como Descartes, manteve a distinção entre sujeito e objeto. Porém, entendeu que não é o sujeito que se orienta em torno do objeto analisado, mas sim o objeto que, quando conhecido, é construído pelo sujeito que o conhece. A respeito disso, Georges Pascal leciona:

Como se vê, a revolução copernicana de Kant é a substituição, em teoria do conhecimento, de uma hipótese idealista à hipótese realista. O realismo admite que uma realidade nos é dada, quer seja de ordem sensível (para os empiristas) ou de ordem inteligível (para os racionalistas), e que o nosso conhecimento deve modelar-se sobre essa realidade. Conhecer, nessa hipótese, consiste simplesmente em registrar o real, e o espírito, nesta operação, é meramente passivo. O idealismo supõe, ao contrário, que o espírito intervém ativamente na elaboração do conhecimento e que o real, para nós, é resultado de uma construção. O objeto, tal como o conhecemos, é, em parte, obra nossa e, por conseguinte, podemos conhecer *a priori*, em relação a todo objeto, os característicos que ele recebe de nossa própria faculdade cognitiva: 'não conhecemos *a priori* nas coisas senão aquele que nós mesmos nelas colocamos' (B VVIII; TP 19). (PASCAL, 2005, p.36).

Kant utiliza-se do termo transcendental para indicar os modos - exercidos pela sensibilidade e pelo intelecto, e, por meio dos quais o homem pode, *a priori*, conhecer os objetos. Trata-se, portanto, das condições de conhecimento do objeto, não conhecidos em si mesmos, como pressupunha a Filosofia do Ser, mas construídos pelo intelecto e pela sensibilidade do sujeito cognoscente.

Dessa forma, a valorização do "eu", do subjetivismo humano, do sujeito que, solipsisticamente, é capaz de conhecer o mundo, iniciada por Descartes, atinge o seu ápice em Kant.

No que se refere à ruptura da unidade classicamente pregada entre Direito, Religião e Moral, Kant aprimorou a noção de Descartes, que concebeu a ciência desmembrada da fé. Para Kant, a Moral e a ciência do Direito não se confundem, seja pelo aspecto da coercibilidade, inerente apenas ao Direito, seja pelo aspecto da internalidade, inerente apenas à moral. A Moral, em Kant, elabora regras para a

convivência em sociedade, as quais têm alicerce na razão humana; o Direito, por sua vez, se fundamenta nos preceitos morais identificados pelos imperativos categóricos. Desse modo, a ciência do Direito torna-se independente e autônoma, não só em relação à Religião (como já concebia Descartes), mas também em relação à Moral. (CRUZ, 2004).

3.3 Do paradigma da filosofia da linguagem

O paradigma da Filosofia da Linguagem tem suas origens ainda no século XIX, quando algumas críticas começaram a ser realizadas aos fundamentos do paradigma da Filosofia da Consciência.

A radical separação preconizada entre sujeito e objeto, o caráter solipsista atribuído ao conhecimento humano e, enfim, à supervalorização do “eu”, no intuito de atribuir credibilidade à ciência produzida pelo indivíduo, foram alvos de críticas em momento posterior ao de consolidação da Filosofia da Consciência. Passa-se a questionar, na verdade, a valorização do indivíduo como cognoscente, dado seu caráter eminentemente subjetivo.

Danilo Marcondes aponta alguns acontecimentos que teriam contribuído para a formulação de tais críticas: a Revolução Copernicana, a Revolução Darwiniana, a Revolução Freudiana, a Revolução da Informática e a Revolução Biológica. (MARCONDES, 2008).

Para o autor, a Revolução Copernicana³⁶ teria feito o homem repensar a posição que ocupava no espaço e, logo, perceber que não se localizava no centro do universo.

Já a partir da Revolução Darwiniana, quando Darwin elabora a Teoria da Evolução, ou seja, da transformação das espécies pela seleção natural, fica demonstrado que o homem é apenas mais uma espécie natural, e tem, inclusive, com os símios um ancestral comum. Disso, decorre um abalo na crença de superioridade do homem.

³⁶ Com relação à Revolução Copernicana, entende-se que ela tenha sido mais um elemento que fomentou o paradigma da Filosofia da Consciência, pelas razões já mencionadas, do que um elemento que teria contribuído para a elaboração de críticas à forma de pensar dos filósofos da Filosofia da Consciência.

Com a Revolução Freudiana, época em que Freud descobre a existência do inconsciente, constata-se que o homem não se define pela racionalidade e age frequentemente por impulsos. Assim, a visão até então predominante - de que o homem era capaz de conhecer a verdade de forma definitiva, em função de sua consciência - também é abalada.

Com a Revolução da Informática, surgiram questionamentos acerca da exclusividade da inteligência humana em face da possibilidade de se criar uma inteligência artificial.

Até então, o homem era o único ser considerado pensante. Nessa fase, porém, o desenvolvimento das máquinas e supercomputadores deu ensejo a questionamentos acerca da possibilidade de criação de uma máquina capaz de reproduzir a atividade do pensamento ou, ao menos, substituir o homem em diversas de suas atividades.

Dentre as consequências dessa revolução, importa aqui a constatação de que, mesmo depois de tantos debates e avanços filosóficos e científicos, a natureza do pensamento parece ainda ser uma desconhecida.

Além disso, neste momento, o homem vislumbra a possibilidade do pensamento não ser mais um ato apenas desempenhado pelo ser humano, o que reforçaria a recente noção de que o homem não é seria o único ser pensante e, portanto, um ser superior aos demais.

Por fim, surge a Revolução Biológica, identificada pelos avanços nas descobertas científicas na área da biologia. Descobre-se, por exemplo, a possibilidade de criar novas espécies, de manipular as características de uma espécie, de manipular os genes, para que seres humanos nasçam com esta ou aquela característica, de conceber bebês de proveta, as “barrigas de aluguel” e a clonagem.

Todas essas descobertas, se, por um lado, demonstraram a capacidade de o homem interferir nos seres vivos, por outro, ensejaram sérios questionamentos acerca dos limites dessa interferência, acerca da própria natureza da vida e, ainda, da estranha situação de manipulação genética do ser humano por outro ser humano. Mais do que isto, a própria centralidade do homem tornou-se, novamente, questionável.

Lúcia Aragão (2002), no mesmo sentido, ao tratar da passagem do Paradigma da Filosofia da Consciência para o da Filosofia da Linguagem, aponta

que ela se deu a partir dos questionamentos acerca da possibilidade de acesso à consciência, a qual não poderia ser submetida a um tratamento objetivo, pois apenas é acessível introspectiva e intuitivamente. Esta seria, inclusive, a crítica que a Filosofia da Linguagem teria feito à Filosofia da Consciência.

Entende-se que as revoluções acima mencionadas, bem como a percepção humana de que a razão apresenta falhas ou de que o próprio homem não é de todo racional, e, ainda, de que é um equívoco a dicotomia pregada entre o mundo (a natureza) e o que é percebido dela pelo intelecto humano, acabou por abalar as estruturas de uma filosofia que não mais conseguia apresentar respostas para os questionamentos modernos³⁷.

Dessa maneira, a filosofia, aos poucos, tem tentado abandonar a perspectiva de supervalorização da razão arraigada na separação entre sujeito e objeto, bem como tem se debruçado no estudo da linguagem.

Nesse processo, surgiram, num primeiro momento, diversas correntes teóricas, que, focadas na matemática e na gramática, passaram a estudar a linguagem, sob ângulos diversos.

Cabe citar alguns, entre os diversos filósofos, que devotaram seus estudos ou parte deles, à análise da linguagem: Edmund Husserl, Friedrich Frege, Bertrand Russell, Charles S. Peirce, Rudolf Carnap, Ludwig Wittgenstein, Austin, Searle, Heidegger, Gadamer e Jürgen Habermas.

É de se observar que, embora o estudo da linguagem seja algo comum entre esses filósofos, o mesmo não aconteceu com a forma de encará-la. Alguns deles adotaram uma concepção tradicional da linguagem, atribuindo-lhe função meramente designativa.

Os filósofos que adotaram uma concepção tradicional, embora tenham se ocupado do estudo da linguagem, não se inseriram no que aqui se intitula Paradigma da Filosofia da Linguagem. Afinal, este paradigma não é marcado,

³⁷ “A partir do momento em que as idéias sobre a oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica Kantiana, não convenciam mais a ninguém e a partir do momento em que o entrelaçamento especulativo e dialético entre as esferas da essência e da aparência, criado por Hegel, perdeu sua plausibilidade, entraram em cena, no decorrer do final do século XIX, interpretações empiristas que passaram a dar preferência a uma explicação psicológica das relações lógicas ou conceituais; contextos de validade foram assimilados a processos fáticos de consciência. Contra tal psicologismo levantaram-se, utilizando quase os mesmos argumentos, Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl, na Alemanha e G. E. Moore e B. Russeel na Inglaterra. E, ao se recusarem a tomar a psicologia como base para a lógica, a matemática e a gramática, eles lançaram as bases para a filosofia do século XX.” (HABERMAS, 2003, vol. I, p. 27).

simplesmente, pelo estudo da linguagem, mas pela reviravolta linguístico-pragmática, que libertou a linguagem das amarras da ontologia clássica³⁸.

É o caso, por exemplo, dos cinco primeiros filósofos citados acima, a respeito dos quais se permite mencionar apenas breves linhas, tendo em vista que o objetivo deste capítulo não é elaborar uma espécie de enciclopédia filosófica, mas apenas demonstrar a evolução dos paradigmas filosóficos.

Edmund Husserl realizou uma análise semântica da linguagem, conferindo-lhe apenas a função de denotação. Entendeu que um nome próprio tem como única função designar um objeto. Para ele, a significação do objeto, no entanto, não vem puramente da escrita ou puramente do som, mas é o modo de dar-se do objeto. Assim, embora reconheça que a significação não é o objeto, entende que a significação depende do conceito de objeto. (OLIVEIRA, 2006).

Friedrich Frege, considerado o fundador da Filosofia Analítica, preocupado com o rigor científico e íntimo do que é próprio da matemática, também se ocupou do estudo da linguagem, em especial da semântica. Construiu uma linguagem artificial, através da lógica, por meio da qual, com poucos símbolos, era possível exprimir com exatidão todas as formas linguísticas. Além disso, distinguiu sentido de significado³⁹.

Habermas acrescenta, sobre Frege, que este, ao entender que os pensamentos e fatos só podem ser acessíveis quando expressos através de proposições, dá um “primeiro passo rumo à guinada linguística.” (HABERMAS, 2003, p.28).

Bertrand Russell também estudou a linguagem e se distanciou de Frege com relação à preconizada distinção entre sentido e significado. Elaborou a “Teoria das Descrições”, na qual distinguiu descrições indefinidas ou ambíguas de descrições definidas. Mais importante que mencionar sua teoria é ressaltar sua crítica à Filosofia Analítica, relacionada ao fato de ela praticar o uso comum da linguagem em detrimento da linguagem técnica e, ainda, de buscar o sentido das palavras, ao invés do sentido das coisas e da realidade.

³⁸ Os ganhos desse novo paradigma, como poderá ser visto adiante, não podem ser desconsiderados por uma ciência que pretende uma adequada aplicação do Direito.

³⁹ “Frege fizera notar que expressões como ‘a estrela da manhã’ e ‘a estrela vespertina’, embora indicando o mesmo planeta Vênus, dizem coisas diferentes. Conseqüentemente, ele distinguiria entre sentido (Sinn) e significado (Bedeutung) ou, em termos clássicos, entre conotação e denotação ou intensão e extensão.” (REALE; ANTISERI, 2007, vol. III, p.647).

Rudolf Carnap, representante da Filosofia Analítica, foi também um líder do Círculo de Viena. Pretendeu trazer a lógica para a filosofia como forma de dotá-la da tão desejada exatidão e precisão. Também se preocupou com a elaboração de uma linguagem artificial que contivesse convenções para descobrir eventual falta de sentido e, assim, tentou elaborar um sistema de sintaxe lógica. Mais tarde, concebeu a linguagem em três dimensões: sintaxe, semântica e pragmática, excluindo, no entanto, esta última do objeto de seus estudos.

Os pensamentos de Charles S. Peirce demonstram com clareza um salto quando comparados aos anteriores. Ele também se ocupou do estudo da linguagem ao elaborar sua “Teoria dos Sinais”. De acordo esta teoria, todo pensamento é sinal e participa essencialmente da natureza da linguagem. Para ele, a palavra ou sinal que o homem usa é o próprio homem. Além disso, Peirce analisou a linguagem sob uma perspectiva pragmatista, atento ao uso da linguagem e não apenas à linguagem em si. Daí porque Habermas entende que Peirce completou a guinada linguística⁴⁰.

Conforme já se adiantou, nas linhas anteriores, foram mencionados os filósofos para demonstrar, de forma sucinta, a concepção de cada um a respeito da linguagem.

Neste momento, dedica-se ao estudo, um pouco mais amplo, da linguagem em Ludwig Wittgenstein - autor apontado como responsável, de fato, pela reviravolta linguístico-pragmática, na linha de Giovanni Reale, Manfredo Oliveira e Álvaro Cruz.

O estudo das obras de Wittgenstein evidencia a evolução da concepção da linguagem, já que, numa primeira fase, ele a concebeu como os filósofos de tradição; e, numa segunda fase, teceu críticas a tal concepção, atribuindo-lhe uma ótica pragmatista e transcendental. A esse respeito se discorrerá adiante⁴¹.

⁴⁰ “Ora, a semântica formal de Frege opera com um único conceito semântico de linguagem, que não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem, deixando-os entregues à análise empírica; por isso, ela não consegue explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação linguística. Ao invés disso, ela recorre à relação ontológica entre linguagem e mundo, entre proposição e fato, ou entre pensamento e força de pensamento (como a capacidade subjetiva de produzir pensamentos e de avaliá-los). Contrapondo-se a essa linha, Ch. S. Peirce completou a guinada linguística, incluindo na análise formal o uso da linguagem.” (HABERMAS, 2003, vol. I, p. 31).

⁴¹ É preciso esclarecer que as obras de Wittgenstein são complexas e de difícil compreensão, tendo em vista que não foram organizadas de forma sistematizada e nem em linguagem clara. Os autores muitas vezes não concordam em muitos aspectos a respeito das diversas interpretações que lhe são atribuídas. Neste trabalho, busca acatar-se-á os posicionamentos do ilustre professor Mário Lúcio Leitão Conde, o qual dedicou mais de doze anos de sua vida ao estudo de Wittgenstein, bem como de Manfredo Oliveira, que realizou estudo sobre a linguagem desde Aristóteles, passando, obviamente, por Wittgenstein.

Seguindo o conselho de Frege, Wittgenstein estudou filosofia com Russel, cujos ensinamentos influenciaram sobremaneira sua primeira importante obra, o *Tractatus Lógico-Philosophicus*.

No *Tractatus*, Wittgenstein afirma que as coisas que não podem ser pensadas também não podem ser ditas. Com isso, ele pretende estabelecer o limite entre o que pode ser dito e o que não pode ser dito, o que está fora desse limite está fora do mundo e, é, portanto, transcendente⁴².

Verifica-se, pois, que, já no *Tractatus*, o principal interesse de Wittgenstein é a linguagem. Nessa fase, embora ainda não tivesse inaugurado o paradigma da Filosofia da Linguagem, já se inicia um processo gradual de distanciamento dos dogmas do paradigma da Filosofia da Consciência.

É o que acontece, por exemplo, quando Wittgenstein conclui, diferentemente da concepção cartesiana de que a razão humana pode explicar tudo; que o sentido da vida é algo que não pode ser explicado pelo homem⁴³.

Isso ocorre também quando ele transfere para o limite da linguagem (o que posso dizer?) aquilo que em Kant aparece como limite da razão teórica (o que posso saber?).

É neste sentido que Mário Lúcio Leitão Conde - em sua obra *Wittgenstein – Linguagem e Mundo* - ao traçar uma comparação entre Kant e Wittgenstein, aponta semelhanças entre os dois filósofos. No entanto, esclarece que, apesar de haver entre eles pontos em comum, Wittgenstein não pode ser considerado um neokantiano:

Dessa forma, em Kant, temos como analisandum os 'juízos sintéticos a priori', portanto, o problema geral da Crítica da Razão Pura torna-se 'como são possíveis os juízos sintéticos a priori?'. Em Wittgenstein, por sua vez, o analisandum será a 'proposição' e, assim sendo, a pergunta a que o *Tractatus* procurará responder será 'como é possível a proposição?'. Entretanto, devemos lembrar que é salientada a posição antikantiana de Wittgenstein quando ele rejeita toda e qualquer possibilidade de proposições sintéticas a priori; princípio básico na obra de Kant. Não se trata, portanto, de considerar Wittgenstein um neokantiano, mas apenas de

⁴² "5.6 Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo. 5.61 (...) Aquilo que não podemos pensar; também não podemos dizer aquilo que não podemos pensar." (WITTGENSTEIN, 2002, p.114-115).

⁴³ "6.52 Sentimos que mesmo quando todas as possíveis questões da ciência fossem resolvidas os problemas da vida ficariam ainda por tocar. É claro que não haveria mais questões; e esta é a resposta. 6.521 A solução do problema da vida nota-se no evanescimento do problema. (Não é este o motivo pelo qual aqueles para quem após longa dúvida o sentido da vida se torna claro, não são capazes de dizer em que é que este sentido consiste?)." (WITTGENSTEIN, 2002. p.141).

aproximar alguns pontos estruturais entre esses filósofos. (CONDÉ, 1998, p. 47).

Ao questionar o que pode ser dito, Wittgenstein pretende buscar aquilo que é a linguagem ou, de outra maneira, perquirir a essência da linguagem. É por essa razão que, no *Tractatus*, a linguagem assume a concepção tradicional, ontológica (ligada àquilo que é). A linguagem é aquilo que pode ser dito ou, nas palavras de Wittgenstein, “A totalidade das proposições é a linguagem”. (WITTGENSTEIN, 2002, p.52).

De maneira coerente ao objeto de pesquisa do *Tractatus*, Wittgenstein elabora a “Teoria da Figuração Proposicional”. De acordo com essa teoria, a proposição é uma figuração ou uma descrição da realidade. Há, desse modo, uma relação de correspondência direta entre o mundo e a linguagem, ou seja, um isomorfismo entre o mundo e a linguagem⁴⁴.

Sendo assim, só seria verdadeira a proposição que descrever fielmente a realidade⁴⁵. Isso explica porque ele rejeita a possibilidade de proposições sintéticas *a priori*.

Wittgenstein, nessa sua primeira fase de pensamento, entendia que, pelo fato de se pensar o mundo e também de se falar o mundo, existe algo em comum entre o pensamento e a linguagem, ou seja, a lógica (gramatical em suas dimensões sintática e semântica). Essa lógica se fundamenta na adequação entre um nome e um objeto, de maneira a garantir a eliminação de erros na utilização da linguagem⁴⁶.

Depois de publicar o *Tractatus*, em 1921, Wittgenstein se afastou dos estudos filosóficos por um tempo, retornando mais tarde, em 1926. Entre 1936 e 1949 escreveu sua revolucionária obra, *Investigações Filosóficas*, a qual só foi publicada dois anos após a sua morte, em 1953.

⁴⁴ “A proposição é uma imagem da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal como nós a pensamos”. (WITTGENSTEIN, 2002, p.53).

⁴⁵ “2.223 Para reconhecer se a imagem é verdadeira ou falsa, temos que compará-la com a realidade. 2.224 Só pela imagem, não é possível reconhecer se ela é verdadeira ou falsa. 2.225 Não a uma imagem verdadeira *a priori*. A imagem lógica dos fatos é o pensamento. 3 A imagem lógica dos factos é o pensamento. 3.001 Um estado de coisas é pensável, quer dizer: podemos nos fazer dele uma imagem. 3.01 A totalidade dos pensamentos verdadeiros é uma imagem do mundo.” (WITTGENSTEIN, 2002, p.38).

⁴⁶ “2.1.7.4 A imagem não pode, porém, colocar-se no exterior da sua forma de representação. O que cada imagem, qualquer que seja a sua forma, tem que ter em comum com a realidade para o poder de todo representar pictorialmente – correcta ou incorrectamente – é a forma lógica, isto é, a forma da realidade. 2.181 Se a forma da representação pictorial é a forma lógica, então a imagem chama-se imagem lógica.” (WITTGENSTEIN, 2002, p.37).

Nas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein inaugura uma nova fase de seus pensamentos e, como já foi adiantado, realiza uma crítica a sua própria concepção de linguagem do *Tractatus* e, então, adota uma nova perspectiva de análise, marcando o início do paradigma da Filosofia da Linguagem.

Wittgenstein substitui sua preocupação relativa à essência da linguagem pela preocupação com o funcionamento da linguagem ou, melhor dizendo, com os diversos usos da linguagem, realizados em diferentes contextos⁴⁷.

Isso significa que Wittgenstein passa a se interessar pelo âmbito pragmático da linguagem. Se antes, Wittgenstein se preocupava com a essência da linguagem, formulada com base em uma lógica de âmbito apenas sintático e semântico, seguindo a tradição filosófica, agora ele se preocupa com as diversas possibilidades de uso da linguagem, bem como com suas significações⁴⁸.

Se, antes, as proposições não podiam ser tomadas *a priori*, em Wittgenstein, porque eram consideradas espelhos da realidade, continuam não podendo ser concebidas *a priori*. Porém, em razão da multiplicidade de usos das proposições, pois suas significações dependem do contexto onde se realizam.

É certo que, já no *Tractatus*, Wittgenstein trata do uso da linguagem; entretanto, considera-o apenas no âmbito sintático e semântico e não pragmático, o qual lhe permite considerar o contexto de utilização de uma proposição, bem como sua decorrente significação.

Para Wittgenstein, nessa segunda fase de sua filosofia, não existe a linguagem em si, mas apenas linguagens, tantas quanto forem os possíveis diferentes usos. Para cada uso, em um determinado contexto, poderá ser atribuída uma significação diferente. É o contexto e o uso que determinam o significado de uma proposição. Condé explica melhor:

⁴⁷ “116 Quando os filósofos usam uma palavra – ‘saber’, ‘ser’, ‘objeto’, ‘eu’, ‘proposição’, ‘nome’- e almejam apreender a essência da coisa, devem sempre se perguntar: esta palavra é realmente sempre usada assim na linguagem na qual tem o seu torrão natal? Nós conduzimos as palavras do seu emprego metafísico de volta ao seu emprego cotidiano. 117 Alguém me diz: ‘Você entende esta expressão? Ora, - também eu a uso no significado que você conhece’ – Como se o significado fosse uma penumbra que acompanha a palavra e é transferida para todos os seus empregos”. (WITTGENSTEIN, 1996, p. 72).

⁴⁸ “No *Tractatus*, como vimos, a análise da linguagem era essencialmente reducionista: tinha como finalidade primeira reduzir a linguagem comum à linguagem formalizada da lógica. Nisto consistia justamente o papel esclarecedor da filosofia: esclarecer as frases através de sua transformação em expressões da linguagem universal, ou seja, da linguagem da lógica formal. Neste sentido esta análise significa uma fuga da vida concreta e prática do homem em função da análise de formas abstratas que, enquanto normas, deveriam servir de critérios para o julgamento do sentido ou não da linguagem comum. (OLIVEIRA, 2001, p. 98).

Com efeito, se a mesma expressão lingüística for usada de outra forma ou em outro contexto, sua significação poderá ser outra, isto é, poderá ter uma significação totalmente diversa da anterior, dependendo do uso no novo contexto e das relações pragmático-lingüísticas exigidas por ele. (CONDÉ, 1998, p.89).

Como o uso de uma proposição altera sua significação de acordo com o contexto no qual se dá, Wittgenstein formulou a noção de jogos de linguagem. O autor, no entanto, não define o que são jogos de linguagem⁴⁹ e se justifica:

Aqui nos deparamos com a grande questão que está por trás de todas estas considerações. – É que alguém poderia retorquir: ‘Você facilita muito a coisa! Você fala de todos os jogos de linguagem possíveis, mas não disse, em nenhum lugar, o que é a essência do jogo de linguagem e, portanto, da linguagem. O que é comum a todos esses processos e os torna uma linguagem ou peças da linguagem. Você se dá de presente, portanto, exatamente a parte da investigação que, a seu tempo, lhe deu as maiores dores de cabeça, a saber: a parte que diz respeito à forma geral da proposição e da linguagem.’ E isto é verdadeiro. – Ao invés de indicar algo que seja comum a tudo o que chamamos linguagem, digo que não há uma coisa sequer que seja comum a estas manifestações, motivo pelo qual empregamos a mesma palavra para todas, - mas são aparentadas entre si de muitas maneiras diferentes. Por causa deste parentesco, ou destes parentescos, chamamos todas de ‘linguagens’. (WITTGENSTEIN, 1996, p. 51).

Certamente, Wittgenstein não apresentou uma definição para os jogos de linguagem para não correr o risco de praticar o essencialismo, tão abominado por ele. Apesar disto, pode-se inferir alguns aspectos a respeito dos jogos de linguagem⁵⁰.

Tais jogos linguagem se estabelecem entre pessoas que se comunicam, as quais estão inseridas num determinado contexto. As regras desse tal jogo são aprendidas pelos jogadores à medida que eles vão jogando, ou seja, as regras da

⁴⁹ “Quero chamar esses jogos de ‘jogos de linguagem’, e falar de uma linguagem primitiva às vezes como de um jogo de linguagem. E poder-se-ia chamar também de jogos de linguagem os processos de denominação das pedras e da repetição da palavra pronunciada. Pense em certo uso que se faz das palavras em brincadeiras de roda. **Chamarei de ‘jogo de linguagem’ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada.**” (WITTGENSTEIN, 1996, p.19) (grifos nossos).

⁵⁰ Se eu estou em uma cozinha e um colega, apontando uma faca, me solicita que eu a entregue e eu lhe pergunto: o quê? Ele dirá: o talher para cortar a fruta. No entanto, imaginemos que eu esteja sendo ameaçada, em um beco escuro, por alguém que tem em sua mão uma faca pontiaguda. Se alguém perguntar, o que a pessoa tinha na mão? Certamente, eu direi: uma arma. Como se observa, a mesma palavra teve seu significado alterado, em razão dos contextos diferentes em que foi utilizada.

linguagem que indicam como as palavras devem ser usadas, nas diversas possibilidades existentes, são aprendidas à medida que as pessoas se comunicam.

Os jogos são, pois, variáveis, já que dependem de uma significação que varia de acordo com um contexto, relacionado à forma de vida das pessoas que se comunicam. Sendo assim, os jogos de linguagem são incompatíveis com o que se entende por essência da linguagem.

Os jogos de linguagem remetem a tudo aquilo que pode contribuir e interferir para a significação de uma proposição, ou seja, remetem à linguagem corporal, às intenções, ao contexto social e cultural, enfim, a tudo o que se relaciona com as palavras utilizadas. (CONDÉ, 1988). Eles são possíveis em razão das diversas formas de vida, ou seja, das diversas formas de se relacionar linguisticamente com o mundo, pois a linguagem é uma parte constitutiva de uma forma de vida.

Embora Wittgenstein admita que os usos e, via de consequência, as significações são diversas, ele não admite que o uso da linguagem se dê de maneira desregrada⁵¹. O Wittgenstein, das *Investigações Filosóficas*, deu ênfase ao que chamou de gramática profunda em detrimento de uma gramática superficial. Não é que Wittgenstein tenha desprezado a gramática superficial. Trata-se, na verdade, de duas faces da gramática, uma predominantemente semântica e outra predominantemente pragmática, a esta última Wittgenstein apenas deu maior importância.

A gramática superficial é a face predominantemente semântica, pois se ocupa da construção correta das frases, da essencialidade da linguagem. Já a gramática profunda é predominantemente pragmática, pois é responsável pela verificação das diversas possibilidades de uso das palavras e proposições. Logo, ao contrário da gramática superficial, não apresenta nenhum papel normatizador⁵².

A constatação de que são variadas as significações das expressões, em razão dos seus usos em diferentes contextos, vale dizer, a impossibilidade de uma

⁵¹ “Por isso nossa reflexão é uma reflexão gramatical. E esta reflexão ilumina o nosso problema resolvendo mal entendidos. Mal entendidos que dizem respeito ao uso de palavras, provocados, entre outras coisas, por certas analogias entre as formas de expressão em diversas áreas de nossa linguagem”. (WITTGENSTEIN, 1996, p. 65).

⁵² “664. No uso de uma palavra, poder-se-ia fazer a distinção entre a ‘gramática superficial’ e uma ‘gramática profunda’. No uso de uma palavra, o que se fixa em nós, imediatamente, é o modo de sua aplicação na *construção da frase*, a parte de seu uso – poder-se-ia dizer – que se pode apreender com o ouvido. – E compare agora a gramática profunda, p. ex., da palavra “ter-em-mente” com aquilo que sua gramática superficial nos faria supor. Não é de admirar que se julgue difícil estar por dentro.” (WITTGENSTEIN, 1996, p.225).

essência invariável das expressões, ensejou a elaboração da noção de gramática profunda. Com esta, Wittgenstein deixa de entender a gramática como apenas um conjunto de regras da sintaxe lógica que regulamentam os nomes atribuídos aos objetos. E passa a entender a gramática sem necessidade de ela se fundamentar na adequação nome-objeto, mas de se estabelecer a partir dos diversos usos de expressões, nos mais diversos contextos. (CONDÉ, 1998, p.113).

Com tudo isso, Wittgenstein amplia a dimensão da linguagem. Antes, meramente descritiva, agora, preocupada com a possibilidade de diversas significações, tendo em vista as inúmeras possibilidades de uso. Sendo assim, não há mais que se falar em isomorfismo entre linguagem e realidade já que os usos são múltiplos. Isso, no entanto, não o impede de conceber que algumas palavras exigem uma relação com objetos o que envolve denotações.

Para Wittgenstein, em *Investigações*, não é que a linguagem seja a representação do mundo, é que o mundo não existe sem a linguagem. Assim, o mundo é linguagem; o homem é linguagem. Manfredo A. de Oliveira explica melhor:

Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre por meio da linguagem (IF 101-104, 737, 380, 379, 384). Entidades atributos, as próprias coisas se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. Isso significa, de fato, apesar de não ser expresso em Wittgenstein com tanta clareza em virtude do próprio caráter assistemático de sua obra, a descoberta da transcendentalidade da linguagem humana, de seu caráter transcendental, tese, hoje, levada às últimas consequências na Pragmática Transcendental. A linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, é, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal. (OLIVEIRA, 1996, p.128).

3.4 Algumas contribuições de Austin e Searle

De tudo o que aqui se debateu, conclui-se que, em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein lançou a ideia de que o significado de uma mesma palavra ou proposição pode ser diferente quando proferida em circunstâncias e contextos diferentes. Dessa forma, uma palavra não tem um significado único e *a priori*, pois ele varia de acordo com o jogo de linguagem que se estabelece.

Foi também a partir das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein que se começou a perceber que a linguagem não é apenas um instrumento para indicar

objetos, ou seja, ela não se atém apenas à função de designar as coisas, mas possibilita (dá condições para) a interação entre sujeitos, participantes de um jogo de linguagem.

Estas novas perspectivas possibilitaram um deslocamento do paradigma anterior, centralizado na distinção entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, para o paradigma atual que se norteia pela interação entre sujeitos por meio da linguagem. Tudo isso influenciou sobremaneira os trabalhos da Escola de Oxford, dentre os quais se destacam os de John Austin e de John Searle.

Austin também se opôs à perspectiva de que a função da linguagem se restringiria à descrição da realidade e, conseqüentemente, à ideia de que há apenas sentenças declarativas. A partir daí, ele elabora a Teoria da Linguagem Performativa. Austin entende que existem enunciados constatativos e enunciados performativos. Nestes últimos, embora não contenham constatações, executam por si uma determinada ação.

A novidade apresentada por Austin está no reconhecimento da existência de enunciados performativos, ou seja, no reconhecimento de que determinados enunciados são verdadeiros atos. Nestes enunciados, dizer é também fazer algo. O “dizer” está associado a um “fazer”, a “um agir”.

Austin soma à concepção do significado da linguagem determinado pelo uso a concepção de que o uso de certas palavras (ou proposições) conduzem também, inevitavelmente, a um agir.

Os atos constatativos, por serem apenas descritivos da realidade podem ser classificados como verdadeiros ou falsos, à medida que são ou não, respectivamente, verificados na realidade.

Já os atos performativos não serão averiguados dessa forma. Não há que se perguntar se um ato performativo é verdadeiro ou falso, mas se as condições necessárias para sua realização, de fato, aconteceram. Tais condições são convenções sociais. Assim, se o ato foi praticado de acordo com o que as convenções sociais preceituam, o dizer implicará, automaticamente, um fazer.

Assim, se a sociedade convencionou que um casal dizer “Sim!”, numa cerimônia religiosa, diante de um padre, significa que praticou o ato de se unir em matrimônio, então, os falantes, além de terem dito algo, terão também praticado o ato de se casar. (OLIVEIRA, 2006).

As convenções sociais são normas estabelecidas por uma comunidade linguística e praticadas entre sujeitos, daí o caráter de intersubjetividade da linguagem.

Austin, no entanto, percebe que não é possível, em todas as ocasiões, distinguir, com clareza, entre atos constatativos e atos performativos, até porque por vezes um ato não se mostra puramente constatativo ou puramente performativo. Manfredo esclarece a respeito:

No entanto, a distinção – que está na base de tudo isso – entre procedimentos constatativos e performativos começa por muitas razões a aparecer a Austin como não pertinente e, em virtude disso, ele tenta definir os procedimentos performativos procurando critérios para sua distinção. Primeiramente são seguidos critérios de ordem gramatical (sintaxe) e vocabular sem sucesso, pois ele chega à conclusão de que, com muita probabilidade, não há aqui critério absoluto nem é possível estabelecer uma lista desses critérios. Além disso, em muitos casos, podem-se usar os mesmos procedimentos às vezes como constatativos, às vezes como performativos. (OLIVEIRA, 2006, p.156).

Dessa maneira, Austin elabora a Teoria dos Atos de Fala, na qual considera a pluridimensionalidade dos mesmos. Na verdade, Austin passa a conceber um ato de fala, por mais simples que pareça ser, como uma unidade complexa que pode abarcar três dimensões: a locucionária, a ilocucionária e a perlocucionária.

A dimensão locucionária indica apenas o dizer algo. A dimensão ilocucionária indica que, além de ter dito algo, também se praticou um ato. E a dimensão perlocucionária indica que, além de ter dito e feito algo, com isto, se provocou uma reação no ouvinte.

Sendo assim, ao proferir uma palavra ou proposição, pode-se transmitir um pensamento (locucionário), praticar um ato (ilocucionário) e/ou provocar uma reação ou efeito no ouvinte (perlocucionário).

Se um mesmo ato de fala pode ser locucionário, ilocucionário e perlocucionário, então, não faz mais sentido categorizar os atos em meramente constatativos ou performativos, como se os atos de fala fossem unidimensionais.

Quando Austin concebe o ato de fala em três dimensões, ele está, na verdade, aprimorando a reflexão de Wittgenstein de que os enunciados têm seu significado alterado de acordo com o contexto no qual forem proferidos. Isto porque ele vislumbra a possibilidade de um dizer, dependendo das circunstâncias, ora

simplesmente representar a transmissão de um pensamento, ora praticar um ato, ora causar um efeito em outrem.

John Searle assume como ponto de partida a Teoria dos Atos de Fala de John Austin, ao admitir que a linguagem se constitui de unidades básicas, os atos de fala.

Ele elabora a “Teoria da Linguagem” e, à semelhança de Austin, entende que um ato de fala abarca três ações: a execução de atos de expressão, os atos proposicionais e os atos ilocucionários. Além disso, considera ainda a possibilidade de o ato se manifestar como perlocucionário. Mais importante do que isso, certamente, é o aprimoramento que ele realizou nas teorias de Wittgenstein.

Para tanto, Searle tomando por base o ensinamento de Wittgenstein – de que, embora sejam possíveis os diversos usos e significações para uma mesma palavra ou proposição, o uso da linguagem na se dá de maneira desregrada (arbitrariamente), pelo que se torna necessária uma gramática profunda – adotou uma classificação de regras comportamentais divididas em regras regulativas e constitutivas.

As ‘regulativas’ são as regras de comportamento que existem independentemente delas. As ‘constitutiva’ são aquelas que entram na própria constituição desses comportamentos, por exemplo, as regras do jogo de xadrez – sem elas não há jogo de xadrez, o que não é o caso, por exemplo, das regras de boa educação, que regulam comportamentos já existentes (relações intersubjetivas). (OLIVEIRA, 2006, p.180).

As regras da linguagem, para Searle, são do tipo constitutivas, pois, sem que se estabeleçam determinadas regras, tanto relativas à correta formulação das frases quanto ao uso das palavras, não há como se praticar o exercício da linguagem. Daí porque as regras da linguagem se baseiam em convenções sociais.

3.5 A ontologia de Martin Heidegger

Heidegger, filósofo extremamente complexo, foi interpretado de forma até mesmo antagônica por seus estudiosos. Apresenta seus pensamentos de maneira bastante peculiar, tendo em vista o significado que adota para alguns termos, os

quais não coincidem com sua etimologia nem com seus conceitos habituais, mas com noções atribuídas pelo próprio filósofo.

Não se pretende, neste pequeno tópico, abarcar muitas questões do pensamento de Heidegger, mas tão-somente algumas que se afiguram como importantes para o objetivo do trabalho.

Heidegger percebeu que o estudo do ser caiu no esquecimento por muito tempo, pois a filosofia que teria nascido para buscar o fundamento das coisas, na era medieval, encontrou como fundamento, os pensamentos metafísicos. Sendo assim, ele se ocupou do estudo do ser e, por esta razão, realizou uma reconstrução do que foi o ser desde Aristóteles.

Destacou que Aristóteles buscou compreender a filosofia a partir da pergunta “o que é o ser”, enquanto ser. Assim, concebeu o ser ontologicamente, ou seja, com base na sua essência, naquilo que lhe é próprio, excluindo de si tudo o que não é ínsito a sua substância. A ontologia de Aristóteles, portanto, permaneceu fechada no “aquilo que é” das coisas. Além disso, concebeu todos os entes de forma geral, sem nenhuma distinção entre o homem e os demais entes.

Apenas em Descartes, e de maneira mais evidente em Kant, é que o homem é concebido como um ente que se diferencia dos demais em função de ser o único ente que pensa.

Heidegger, refletindo sobre a pergunta de Aristóteles, observou que mais importante do que conhecer a essência do ser é entender o sentido do ser. Até porque, para ele, só é possível conhecer o que é o ser, depois de se conhecer o sentido do ser. É conhecendo o sentido do ser que se conhece o ser⁵³.

É nesta direção que Heidegger estabelece uma relação na qual a verdade ôntica (científica, relativa ao ente) pressupõe a verdade ontológica (relativa ao sentido do ser).

Verdade ontológica e verdade ôntica são os conceitos fundamentais com que Heidegger introduz a sua teoria sobre o ser. As duas se relacionam na medida em que o ente só se revela guiado e iluminado por uma compreensão do ser: “a verdade ôntica e ontológica refere-se, de modo diverso respectivamente, ao ente no seu ser e ao ser do ente. **Portanto, a verdade ontológica é condição necessária para a revelação do ser do ente, e o ente, por sua vez, é a condição de revelabilidade do ser.** Isto não constitui um círculo vicioso, mas um círculo ontológico dentro do qual o ser se mostra ao ente. Porém, interpelar o ente na condição de algo (etwas alsetwas) não significa ainda desvelar o ser em sua revelabilidade possível,

⁵³ É conhecendo o que uma faca significa (talher ou arma) que se conhece o ser (faca).

dados que o movimento fenomenológico da revelação é constante, porém acessível em seus diversos momentos. (SILVA, Disponível em: <http://www.posgrap.ufs.br/periodicos/cadernos_ufs_filosofia/revistas/ARQ_cadernos_3/bartolomeuleite.pdf>. p.26. Acesso em: 26 set. 2009) (grifos nossos).

Christian Dubois, no mesmo sentido, explica: “Sem verdade ontológica, não haveria nenhum acesso à verdade ôntica: a verdade ontológica já sempre se abriu, possibilitando nosso encontro com as coisas e conosco mesmos.” (DUBOIS, 2004, p.87).

Fala-se em ontologia em Aristóteles e em Heidegger. É, portanto, importante esclarecer que se trata de interpretações totalmente distintas. A ontologia de Heidegger não é fechada no “aquilo que é”, como em Aristóteles, mas na abertura do ser, historicamente situado.

Heidegger propõe a existência de dois tipos de entes (em sentido amplo), os intramundanos e o *Dasein*. O critério de diferenciação entre esses entes é a capacidade de compreensão⁵⁴.

Os seres intramundanos são todos os entes incapazes de compreensão. Assim, seriam exemplos de seres intramundanos, um livro, um papel, uma cadeira. O *Dasein* é o único ente capaz de estabelecer um relacionamento com o próprio ser; de compreender o sentido do ser e de compreender todas as outras coisas. É um ser aberto para o mundo e situado no tempo. Trata-se, na verdade, de termo utilizado por Heidegger para referir-se ao ser humano.

Para Heidegger, todos os entes são, mas apenas o *Dasein* existe; existir significa, em Heidegger, relacionar-se consigo mesmo e ser capaz de compreender o sentido do próprio ser.

O homem aberto ao mundo (*Dasein*) é capaz de compreender a si próprio e ao mundo. Isto ocorre na linguagem porque o homem e o mundo se constituem linguagem⁵⁵. É na linguagem que se dá a revelação dos entes ao mundo. Segundo Heidegger, a linguagem é condição de possibilidade do conhecimento.

⁵⁴ Álvaro Ricardo de Souza Cruz, referindo-se a Heidegger, leciona que ele “mantém a distinção transcendental entre mundo e intramundo como diferença ontológica entre ser e ente, mantendo com isso a diferença entre investigações ontológicas e ônticas.” (CRUZ, 2007, p.125).

⁵⁵ “Para a Filosofia da Linguagem, nos termos da reviravolta lingüístico-pragmática, a intersubjetividade e a linguagem são instâncias criadoras do próprio mundo, e não instrumento que se coloca à disposição do ser humano. Assim, para Heidegger, a linguagem constitui o mundo e o próprio ser humano, não havendo nenhuma possibilidade de uma coexistência apartada de um mundo em si, como o ‘Mundo 1’ de Popper que se apresentasse de modo independente à subjetividade típica do ‘Mundo 2’.” (CRUZ, 2009, p.119).

É por meio da palavra que se revelam os entes, que se conhece o mundo. O que a palavra revela não é só o ente, mas o sentido do ser desse ente. Daí a relação hermenêutica entre o homem e o ser. A linguagem é espaço onde o ser se mostra. Em outras palavras:

Para Heidegger, a linguagem se revela precisamente como a vinculação do homem com o evento do ser. O evento reúne os homens enquanto ouvintes na linguagem. O ser acontece na linguagem e, agora, aparece com todo o sentido dizer que ela é a casa do ser, isto é, o lugar onde o sentido do ser se mostra. É, portanto, na linguagem que o ser, enquanto, evento de verdade, se desvela precisamente no acontecer da diferença. (OLIVEIRA, 2006, p.215).

Em razão de o *Dasein* ser o único que compreende a si e as outras coisas, verifica-se que, em Heidegger, um ente intramundano só está no *Dasein*, de maneira que não há uma separação entre sujeito e objeto. Além disso, o fato de o *Dasein* se caracterizar por compreender a si e as coisas significa que ele está aberto ao mundo e, nele, a verdade acontece.

Para Heidegger, a tematização da questão do sentido do ser passa necessariamente por uma análise do homem, enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser: o ser se dá; nesse sentido, **só há mundo e só há verdade, porque o homem é Dasein, isto é, o eis-aí-ser, portanto, a presença, a revelação, o desvelamento do ser.** Em outras palavras, o universo sentido-fundamento deixa-se tematizar pela mediação de uma análise do homem enquanto ser-no-mundo: é a analítica existencial o caminho indispensável para a reposição da questão do sentido do ser. (OLIVEIRA, 2006, p. 208) (grifos nossos).

A verdade, em Heidegger, torna evidentes questões importantes e inovadoras de seu pensamento. Em *Ser e Tempo*, Heidegger contesta a ideia tradicional de verdade (segundo a qual a verdade está na identificação entre um juízo e um objeto) e nega a possibilidade de verdades eternas⁵⁶.

Heidegger entende que um enunciado não é verdadeiro porque representa fielmente a realidade, mas é verdadeiro à medida que o *Dasein* descobre uma verdade pré-existente, ou seja, à medida que o ente se mostra ao *Dasein*.

O enunciado é verdadeiro significa: ele descobre o ente em si mesmo. Ele enuncia, indica, 'deixa ver' o ente em seu ser e estar descoberto. O ser-

⁵⁶ "Quando se dêem 'verdades absolutas', isso só pode ser comprovado de modo suficiente caso se consiga demonstrar que, em toda a eternidade, a presença foi e será. Enquanto não houver essa prova, a proposição será apenas uma afirmação fantástica que não recebe nenhuma legitimidade apenas porque os filósofos geralmente nela 'acreditaram'." (HEIDEGGER, 2008, p.298).

verdadeiro (verdade) do enunciado deve ser entendido no sentido de ser-descobridor. A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto).

Enquanto ser-descobridor, o ser verdadeiro só é, pois, ontologicamente possível com base no ser-no-mundo. (HEIDEGGER, 2008, p. 289).

Assim, o conceito de verdade de Heidegger se dá na abertura do ser. Por outro lado, Heidegger assume que, por vezes, o *Dasein* está fechado em si mesmo e, então, nesses casos, o ente não se mostra ou há um ocultamento e, por isto, no *Dasein* também se dá a não verdade⁵⁷.

3.6 A hermenêutica de Hans- Georg Gadamer

Gadamer, analisando o ser-aí desenvolvido por Heidegger como ser histórico e aberto ao mundo, procurou interpretar o processo de compreensão do homem.

A compreensão do homem, em Gadamer (2003), se dá apenas historicamente, ou seja, em decorrência do que o homem viveu no passado e no presente, com olhos para o futuro. Na concepção de historicidade inclui-se, portanto, a de tradição, que representa os legados transferidos historicamente.

Assim é que a história de cada indivíduo é condição de possibilidade da sua compreensão (OLIVEIRA, 2006):

Na verdade, não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente, na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. (GADAMER, 2003, p. 368).

Se o homem pertence a sua própria história e ela é determinante para que se realize a sua compreensão, então, não há como negar que os preconceitos, ou seja, a história de vida, as experiências, os valores, sentimentos e posições, já

⁵⁷ “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 proposições, o *Dasein* está na verdade, o *Dasein* está na não verdade. Toda verdade deve assim ser reconquistada, arrancada de múltiplas possibilidades de ‘encobrimentos’ e de ‘fechamentos’. A verdade é desvelamento. Este termo traduz o grego *aletheia*.” (DUBOIS, 2004, p.47).

previamente concebidas, influenciam no processo de compreensão de tudo aquilo que está ao redor, ou mesmo de um simples discurso, seja ele verbal ou escrito.

A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos constituem a realidade histórica do seu ser. (GADAMER, 2003, v. I, p.368).

Sendo assim, os preconceitos também se constituem condição de possibilidade da compreensão. Na linha de Manfredo Oliveira (2006), concluiu-se que o ideal de transparência plena do sujeito e o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos, pregados como possibilidades pelos representantes da Filosofia da Consciência, são impossíveis.

À palavra preconceito, por vezes, atribuiu-se um significado pejorativo ou negativo, mas ele significa simplesmente um juízo prévio, anterior. Quando, porém, se faz presente em um processo judicial, pode ser extremamente prejudicial às partes. Nas palavras do próprio Gadamer:

Em si mesmo, 'preconceito' (Vorurteil) quer dizer um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência, um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, préjuidice, em francês, tal como praeiudicium, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente. 'Preconceito' não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu preconceito possa ser valorizado positiva ou negativamente. (GADAMER, 2003, v. I, p.360).

Quando Gadamer leciona que os preconceitos influenciam no processo de compreensão, o que ele está dizendo é que aquilo que se concebe, por exemplo, como correto, como bom, como eficaz, de maneira prévia, ou seja, anterior, poderá influenciar a compreensão.

O homem decide, opina, toma posição com base em sua compreensão das coisas e, nesse processo, é influenciado pelos seus preconceitos (ou pré-

compreensões). Trata-se de algo que, de acordo com Gadamer, independe de sua vontade⁵⁸.

Por outro lado, Gadamer entende que os preconceitos podem gerar mal entendidos num processo de compreensão, e que esses mal-entendidos devem ser evitados, o que é possível a partir da abertura do intérprete para a opinião do texto.

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. (GADAMER, 2003, v. I, p. 358).

É claro que os preconceitos podem ser alterados ao longo do tempo, pois a eles são atribuídas novas concepções advindas das sucessivas experiências de vida.

Nesse contexto, Gadamer fala em hermenêutica. A hermenêutica como interpretação surgiu, pela primeira vez, ainda na época da hegemonia da Igreja Católica, quando esta era tida como a única capaz de interpretar as escrituras sagradas.

Com Gadamer, apoiado em muito do que Heidegger havia construído acerca da compreensão como um modo de ser do *Dasein* e não como um modo de comportamento, simplesmente, a hermenêutica passa a ser uma disciplina filosófica. Gadamer estuda o processo de compreensão em si mesmo. (PEREIRA, 2007).

A compreensão, em Gadamer, se dá na forma da interpretação, por isso, é a busca pelo entendimento a respeito de algo, o que só é possível na linguagem. Desta maneira, também a linguagem, em Gadamer, é condição de possibilidade para a compreensão e, portanto, para a verdade.

Ao contrário, a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. Constatar isso não significa que não haja problemas específicos em relação à expressão.(...) Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.

(...)

A relação essencial entre o caráter de linguagem e a compreensão se mostra de imediato no fato de que é essencial para a tradição existir no

⁵⁸ “Enquanto tais, os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos.” (GADAMER, 2003, v. I, p.391).

medium da linguagem, de tal modo que o objeto primordial da interpretação possui a natureza própria da linguagem. (GADAMER, 2003, v.I, p.503).

Gadamer destaca que a linguagem escrita ocupa o “centro do fenômeno hermenêutico”. Isso se deve ao fato de que, ao compreender um texto, um leitor participa de sua interpretação e o faz, na linguagem, porém influenciado por seus próprios preconceitos. Daí porque surgem diversas interpretações de um mesmo texto, muitas vezes completamente diferentes da que o autor originalmente concebeu, em razão da autonomia de um texto em relação ao seu autor.

Assim, precisamente por desvincular totalmente o sentido do enunciado daquele que enuncia, a fixação por escrito permite que o leitor que compreende possa defender sua própria pretensão de verdade. Justamente por isso, o leitor experimentou a validade daquilo que lhe fala e daquilo que ele compreende. O que ele compreendeu é sempre mais do que uma opinião estranha, já é sempre uma possível verdade. É isso que vem à luz em virtude da desvinculação do que é dito com relação a quem o disse e em virtude do caráter de duração conferido pela escrita. (GADAMER, 2003, v.I, p. 510).

Sendo assim, Gadamer entende que não existe uma interpretação correta em si, mas diversas possíveis compreensões. O processo de compreensão de uma linguagem escrita revela ainda outro aspecto, denominado, por Gadamer, de Fusão de Horizontes. (GADAMER, 2003, v.I, p.514). Nesse processo, há uma fusão de pré-concepções e de interpretações, bem como uma sequência de perguntas e respostas entre aquele que escreveu um texto e aquele que lê.

Ao tratar desse aspecto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz destaca o seguinte:

E tais perguntas devem permitir ao intérprete ‘ouvir’ adequadamente o que o texto ‘pretende lhe dizer’, de modo a facilitar-lhe aferir as virtudes/vícios de seus preconceitos, entendidos por ele como antecipações necessárias e decorrentes da condição de ‘ser humano’. Somente assim poder-se-ia dar a fusão de horizontes entre as tradições e a história efetual do intérprete com o horizonte do texto que é lido. Com isso estava aberto o caminho para uma nova teoria do conhecimento e para a fundação de um novo conceito de verdade pelo desocultamento do sentido de ‘algo como algo’ em sua ‘circunstância explicativa’. (CRUZ, 2007, p.84).

A troca realizada entre o texto e o leitor os coloca em processo de associação, ou fusão mesmo. Isso evidencia mais uma vez a falácia da radical

distinção entre sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, pregada pela Filosofia da Consciência⁵⁹.

Com o objetivo de analisar o processo de compreensão, Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, opõe à noção de verdade a de que é necessário um método para atingi-la. Certamente, Gadamer critica a visão cartesiana de que um método utilizado no processo de conhecimento é garantidor absoluto de obtenção de verdades absolutas.

Rodolfo Viana Pereira (2007, p.17-18) esclarece que a verdade, em Gadamer, depende da situação hermenêutica e, via de consequência, de um diálogo constante com a tradição e com as pré-compreensões. Daí porque um método previamente estabelecido não coaduna com a noção de verdade de Gadamer.

3.7 Algumas contribuições de Jürgen Habermas

Habermas se ocupa, em sua trajetória intelectual, de diversas questões distintas, dentre as quais se destacam as relacionadas à Filosofia, Sociologia, Política, Religião e Direito. Em todos os seus trabalhos, no entanto, há algo de comum: uma forte preocupação com aspectos ligados à linguagem e à comunicação.

Habermas se apoiou, bem como aprimorou a Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e a Teoria dos Atos de Fala da Escola de Oxford.

Wittgenstein, considerando a linguagem como condição de possibilidade do conhecimento, alertou para a possibilidade de atribuição de distintos significados às palavras, conforme o contexto de seu uso. Dessa maneira, concedeu à linguagem outras funções, além da meramente descritiva da realidade. Já Austin concebeu um ato de fala nas dimensões locucionária, ilocucionária e perlocucionária. E, Searle entendeu que a linguagem é regulada por normas constitutivas.

Foi em consonância com esses legados que Habermas elaborou o que chamou de “situação ideal de fala”, bem como a sua própria Teoria dos Atos de

⁵⁹ “Resultado disso é novamente uma desconfiança em relação à velha metódica, pois, ao tentar especular sobre a verdade a respeito de algo, toma por termo a completa dissociação entre o ser que interpreta e aquilo que é dado a conhecer. Ou seja, Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento.” (PEREIRA, 2007, p.47).

Fala. O autor vislumbra a comunicação dividida em atos de fala ordinários e atos de fala de comunicação. Estes últimos são marcados pela busca de um acordo racional acerca da validade de alguma norma social ou científica.

No caso dos discursos, há, portanto, a possibilidade de um consenso obtido racionalmente, de maneira que o critério de legitimação desse consenso, como se pode perceber da análise dos requisitos da “situação ideal de fala”, é o procedimento.

Tais requisitos são “a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e da pluralidade); o *medium* linguístico, supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista que concerne no mundo da vida); ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada na execução do discurso”. (CRUZ, 2006a, p.88).

O último requisito, segundo o qual se pretende exercer influência sobre uma decisão racional do ouvinte, pode se estabelecer nos moldes de um agir comunicativo, que visa o entendimento, ou de um agir teleológico, que engloba um agir instrumental e um agir estratégico. Estes têm em comum o fato de o falante utilizar-se da linguagem de maneira a convencer o ouvinte não pela pureza de seus argumentos, mas em razão de argumentos que acobertam seus interesses.

Lenio Streck entende que a situação ideal de fala proposta por Habermas não tem aplicabilidade, em razão de seus requisitos serem de impossível implementação no mundo real.

Uma teoria que se pretenda operativa deve apresentar indicadores de aplicabilidade. O lugar privilegiado, na verdade, condição de possibilidade, assumido pela situação ideal de comunicação para a aferição da verdade argumentativa faz com que as exigências decorrentes da complexidade da cotidianidade das práticas jurídicas não encontram na teoria do discurso proposta por Habermas qualquer indicativo de viabilidade. (STRECK *apud* CRUZ, 2006, p.).

A situação ideal de fala pode ser de difícil concretização. Por outro lado, mesmo quem rejeita a possibilidade de se estabelecer uma situação ideal de fala, só tem como fazê-lo porque considera, ainda que implícita ou desapercebidamente, a existência de seus próprios requisitos.

Quando alguém afirma que a situação ideal de fala é, por exemplo, utópica, ou que ela, na prática, não pode ser implementada, na verdade, estabelece com seu ouvinte uma situação de fala, na qual se acredita que há entre si e o seu ouvinte uma simetria de posições, com igualdade na oportunidade de fala, uma ideia subjacente de *ego* e *alter ego*, um *medium* linguístico, uma ilimitação de tempo para se obter o acordo e, principalmente, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada na execução do discurso.

Isto evidencia uma contradição performativa, ou seja, embora um falante negue a existência de uma situação ideal de fala, ao fazê-lo, ele acaba por defender os seus próprios requisitos. Se realmente não existissem os requisitos da situação ideal de fala, sequer seria possível ao falante defender a sua inviabilidade.

Assim, pode-se dizer que a situação ideal de fala é contrafática. Há, nos discursos, sempre uma busca pela sua concretização. Fato é que o indivíduo sempre age como se a situação ideal de fala fosse real. Na verdade, já a supõe quando participa de um debate. Se é assim, como se pode afirmar, como o faz Streck, que a situação ideal de fala é algo apartado da realidade?

A pressuposição da situação ideal de fala acontece em situações adversas, seja em um país subdesenvolvido como, no Brasil, seja num país desenvolvido. O local em que se estabelece o debate não faz com que os falantes/ouvintes defendam ou deixem de defender os requisitos da situação ideal de fala, mesmo quando eles sejam, aparentemente, rejeitados.

Quando Habermas fala sobre a possibilidade de um consenso obtido racionalmente através de uma situação ideal de fala, ele está apontando algo que pensa acerca das condições de validade do conhecimento. Tais condições estão relacionadas ao procedimento pelo qual se obtém o conhecimento, sem que, portanto, possa se pensar em qualquer conteúdo verdadeiro estabelecido *a priori*.

Observa-se que, com relação à condição de possibilidade, Habermas indicou a linguagem, em toda sua amplitude, e em sua perspectiva performativa (ilocucionário, perlocucionário).

No âmbito das condições de validade, Habermas, desde sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*, entendeu a verdade como consenso - obtido como resultado de uma argumentação livre (indicando ausência de coação), com base nos melhores argumentos.

Desta forma, um consenso obtido mediante um debate que se estabelecesse através da livre argumentação e respeitadas as condições da situação ideal de fala era, para Habermas, verdadeiro.

O consenso, portanto, não era um método para se chegar à verdade, mas um elemento das condições da validade. A validade identificava-se com a correção normativa.

A grande questão é que a Teoria da Verdade como Consenso equiparou correção normativa à pretensão de verdade e, desta forma, não respondeu questões como a legitimação de uma mentira, pelo simples fato de ter sido obtida por meio de um consenso. Ou, ainda, o fato de, eventualmente, não existir um consenso implicar a conclusão de que não havia uma verdade.

A orientação da verdade assume papéis diferentes nos contextos diferentes da ação e do discurso. Levando em conta essa diferença, distingo – com mais rigor do que havia feito até então – entre verdade de uma proposição e sua assertibilidade racional (mesmo sob condições aproximativamente ideais) e submeto a concepção epistêmica do conceito de verdade a uma revisão há muito necessária. Retrospectivamente, vejo que o conceito discursivo de verdade se deve a uma generalização excessiva do caso especial da validade de normas e juízos morais. Por certo, uma compreensão construtivista do dever moral exige uma compreensão epistêmica da correção normativa. Mas, se queremos fazer a intuições realistas, o conceito da verdade enunciativa não pode ser assimilado a esse sentido de aceitabilidade racional sob condições aproximativa ideais. Isso me levou, na dissertação seguinte, a uma diferenciação mais precisa entre ‘verdade’ e ‘correção’. (HABERMAS, 2004, p.15).

Habermas, então, na obra *Verdade e Justificação*, fez uma revisão da sua Teoria da Verdade para concebê-la como uma verdade antropológica. A partir daí, apropriando-se do naturalismo de Quine, numa versão fraca e, associando-o à noção de *Dasein* de Heidegger, constrói uma nova noção de verdade.

Quine é representante do naturalismo estrito, por isso, entende que ao conhecimento humano podem ser aplicados os procedimentos típicos das ciências empíricas. A utilização desses procedimentos implicaria, no entanto, uma objetivação das práticas sociais, entre elas, a normativa. Para tanto, seria necessário converter a linguagem do saber intuitivo do homem na linguagem teórica das ciências empíricas.

O grande problema que se percebe no naturalismo estrito de Quine é o distanciamento do saber intuitivo do homem. Para Habermas (2004), sujeitos

capazes de agir e de falar não podem se reconhecer sob a descrição objetivante das ciências empíricas.

Daí porque Habermas se apropria do naturalismo, mas numa versão fraca. Utiliza-se do naturalismo apenas para fazer uma analogia do conhecimento e aprendizado humano com a evolução natural.

Assim como os animais têm sua natureza e mecanismos de defesa aperfeiçoados depois de passarem por alguma dificuldade ou situação de perigo, e assim como os animais sofrem mutações para se adaptarem a novas condições do ambiente, o homem abandona conhecimentos antigos e adota novos conhecimentos através de um contínuo processo de aprendizagem.

O homem aprende com a solução de novos problemas, com os seus erros, renova seus objetos de pesquisa, aprimora as suas teorias, e assim promove novos conhecimentos. Estes, muitas vezes, se revelam em oposição a antigos conhecimentos até então consagrados como verdadeiros.

A possibilidade de substituição de uma teoria por outra com a verificação de que a primeira era um equívoco, como aconteceu na Revolução Copernicana, desvela um processo de aprendizagem humano, que é contínuo. Este processo só é contínuo em razão de o homem ser falível, quer dizer, de ser um ser que erra. Logo, a aprendizagem permanente e a falibilidade do homem dotam o conhecimento humano de um caráter de provisoriedade.

Por outro lado, o homem é o único ser capaz de compreensão. A compreensão, como já dito anteriormente, é um modo de ser do *Dasein*, um ser que está aberto para o mundo. Essa abertura é que permite uma atribuição de significado (de sentido) às coisas e possibilita ao *Dasein* chegar à verdade.

Em Habermas, conforme anota Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007), não é que a abertura do ser coincida com a verdade, mas a abertura do ser para o desvelamento é que possibilita se alcançar a verdade.

Embora a verdade em Habermas, a partir de *Verdade e Justificação*, seja provisória, em razão da própria condição de falibilidade do homem, Habermas não abandonou a pretensão de correção normativa. Passou a concebê-la como o que se tem por verdadeiro⁶⁰.

⁶⁰ “Embora saibamos, em atitude reflexiva, que todo saber é falível, não podemos viver no cotidiano unicamente com hipóteses, ou seja, de modo totalmente falibilista. O falibilismo organizado da pesquisa pode consolidar o trato hipotético com pretensões de verdade controversas porque serve a

Assim, verifica-se que Habermas elabora uma nova Teoria da Verdade, na qual distingue a verdade da correção normativa (ter por verdadeiro) e associa a verdade às noções de falibilidade, de provisoriedade e de aprendizado contínuo.

A falibilidade, a provisoriedade e o aprendizado permanente, na verdade, constituem o ser humano, representam a abertura do homem para o mundo. Enfim, é parte característica do ser humano.

Esclarecida a revisão de Habermas acerca da verdade que se alterou sem cair na superada concepção de verdade como descrição fiel da realidade, por meio da linguagem, retomam-se os aspectos relacionados à situação ideal de fala de Habermas.

A situação ideal de fala está intimamente ligada ao que o autor denomina universais pragmáticos, identificados pelos pronomes pessoais, palavras e locuções usadas para abrir o discurso e para o tratamento das pessoas, expressões indicativas, verbos performativos e verbos intencionais (não usáveis performativamente). O nome “universais pragmáticos” se deve ao fato de se tratar de expressões que se coordenam com estruturas universais da situação de fala.

Com relação à Teoria dos Atos de Fala, verifica-se que, apoiado em Searle, Habermas a concebeu de maneira a categorizar os referidos atos em quatro tipos:

- 1) os comunicativos. Eles servem para exprimir o sentido da conversa, isto é, explicitam o sentido do proferimento enquanto proferimento. Quando conversa pressupõe uma pré-compreensão fática do que significa comunicar-se na linguagem, compreender proferimentos e possivelmente compreendê-los mal. Exemplo: dizer, expressar-se, falar, perguntar, objetar, contradizer, etc.; 2) os constatativos que expressam o sentido do uso cognitivo de sentenças, ou seja, explicitam o sentido das declarações enquanto sentenças declarativas. Exemplos: descrever, comunicar, narrar, explicar, interpretar, etc.; 3) os representativos, que servem para expressar o sentido pragmático da auto-apresentação de um falante a um ouvinte, ou seja, explicitam o sentido de expressões, intenções, atitudes do falante. Neste caso, as sentenças subordinadas de conteúdo proposicional são sentenças intencionais como saber, pensar, querer, desejar, amar, odiar, manifestar, ocultar, etc.; 4) os regulativos, que exprimem a realização de ações regradas institucionalmente; em contraposição às três primeiras classes, não pertencem aos universais pragmáticos. Exemplos: saudar, agradecer, dar pêsames, casar, batizar, nomear, etc. Eles não pertencem

uma obtenção o consenso desvinculado do agir. Esse não é nenhum modelo para o mundo da vida. Por certo, nele devemos tomar decisões com base em informações incompletas; e riscos existenciais como a perda do próximo, doença, velhice e morte são a marca da vida humana. Mas as rotinas do dia-a-dia repousam, a despeito dessas incertezas, na confiança irrestrita no saber tanto dos leigos como de especialistas. Não pisaríamos em nenhuma ponte, não utilizaríamos nenhum carro, não nos submeteríamos a nenhuma cirurgia, nem sequer levantaríamos à boca uma refeição de preparo sofisticado, se não considerássemos certos os conhecimentos empregados, se não tivéssemos por verdadeiras as suposições consumidas na produção ou na execução.” (HABERMAS, 2004, p.250).

aos universais pragmáticos precisamente por pressupor instituições, enquanto os universais constituintes do diálogo geram, primeiramente, as estruturas universais da situação de fala. (OLIVEIRA, 2006, p.302).

Os atos regulativos de Habermas são muito próximos das dimensões ilocucionária e perlocucionária dos atos de fala em Austin, bem como das regras constitutivas de Searle. Estas, como já foi dito anteriormente, estão na própria constituição do comportamento regrado.

Assim, a linguagem, como comportamento regrado que é, forma-se por regras constitutivas, pois, sem estas não há como a linguagem se realizar. Do mesmo modo, acontece com o Direito que também assume regras constitutivas.

O Direito é concebido em Habermas, tanto como uma instituição que constitui e é constituído pelo “mundo da vida” quanto como um sistema social que opera sob a forma de um código binário de carácter deontológico. Embora conceba o Direito também como sistema social, Habermas discorda parcialmente da Teoria Sistêmica de Luhmann, sobre o que se falará adiante.

Antes, porém, é necessário resgatar aspectos relacionados à sociedade e ao Estado, em especial as discussões relativas à autonomia (privada e pública) do indivíduo. Habermas vislumbra a esfera pública como elemento depurador da política deliberativa, responsável pela integração da sociedade e do Estado.

Essa integração está fundamentada na institucionalização de procedimentos de criação e aplicação normativa, na qual todos se percebem não apenas como destinatários, mas também como autores do próprio ordenamento - possível exclusivamente com a prática da cidadania ativa, que une direitos humanos e soberania popular. (CRUZ, 2006).

A soberania popular se expressa nos direitos à comunicação e à participação, e a soberania das leis se baseia nos direitos humanos clássicos (que garantem o direito à vida e à liberdade para que os indivíduos sigam os seus projetos pessoais). É a partir destes dois aspectos que deve se legitimar o Direito. (HABERMAS, 2003).

Nesse sentido, a liberdade reporta-se à possibilidade de o indivíduo participar na implementação dos discursos de fundamentação e aplicação das normas jurídicas, e a dignidade reside no fato de todos poderem participar em condições simétricas no discurso. Sendo assim, neste primeiro momento, os direitos

fundamentais não funcionam como valores substantivos. Sendo condições para o próprio discurso, são entendidos, aqui, como pressupostos para a comunicação.

Observe-se que a legitimidade do Direito surge da legalidade. Não daquela positivista, mas de uma legalidade cuja validade é atribuída à origem discursiva e racional da legislação.

Por outro lado, é esta legalidade que coloca o Direito entre a Moral, entendida como um procedimento de direitos admissíveis em razão da sua universalidade, aceitabilidade e de sua reciprocidade, e a Política, caracterizada pela consideração imparcial de valores, bem como pela escolha racional dos meios necessários à realização dos fins sociais.

Já num segundo momento, os direitos fundamentais, como frutos elaborados pelo procedimento discursivo se mostram, agora, não como pressupostos, mas como substância.

Os direitos que passam no teste da moralidade (admissíveis em razão da sua universalidade, aceitabilidade e de sua reciprocidade) são os direitos fundamentais de Habermas, elencados em cinco categorias:

(1) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

(...)

(2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do Direito;

(3) Direitos Fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(...) esses direitos fundamentais garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis (...)

Somente no próximo passo os sujeitos do direito assumem também o papel de autores da ordem jurídica através de:

(4) Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política através dos quais eles criam direito legítimo.

(...)

(5) Direitos Fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4). (HABERMAS, v.I, 2003, p. 159-160).

São esses os direitos que estabelecem o código do Direito: serão consideradas lícitas as normas que garantirem o seu exercício, e ilícitas as que os desnaturarem.

Agora, sim, é possível retomar a análise da visão de Habermas acerca da Teoria Sistêmica de Luhmann. Embora o autor a adote como ponto de partida não concorda totalmente com ela. Em sua Teoria Sistêmica, Luhmann concebeu a sociedade como um sistema global composto por diversos subsistemas sociais, cada qual regulado por um código binário próprio, com linguagem (semântica) própria.

Tais subsistemas são autopoieticos⁶¹, fechados em si mesmos, sem se abrirem para outros subsistemas ou mesmo para o mundo da vida. Autônomos, pois regulam a si próprios, e auto-referenciais, na medida em que se auto-produzem - o que emana de um subsistema é fruto de si mesmo. As normas e ações de um subsistema são produzidas por ele mesmo⁶².

Os elementos de um subsistema compõem uma unidade e estabelecem relações entre si, bem como com outros subsistemas. Luhmann trata dessas relações com outros subsistemas como irritações externas (*output*) provocadas pelos subsistemas distintos.

Citando Luhmann, Habermas anota que:

Entre os diversos sistemas psíquicos, nenhum terceiro comum pode ser construído, senão um sistema social que surge por autocatálise, o qual volta a se incluir imediatamente em suas próprias perspectivas de sistema, recolhendo-se aos próprios e egocêntricos pontos de vista de observação: "Para os escassos aspectos que importam nas relações (dos sistemas auto-referenciais que se observam mutuamente), pode bastar sua capacidade de elaborar informações. Permanecem separados, não se fundem, não se entendem melhor do que podem observar no outro enquanto sistema em-um-mundo-circundante como input e output, e aprendem sempre de modo auto-referencial, cada qual em sua própria perspectiva de observação. Podem tentar influenciar por meio da ação aquilo que observam e podem voltar a aprender com o feedback. Dessa maneira, uma ordem emergente pode se realizar... Denominamo-la...sistema social." (LUHMAN *apud* HABERMAS, 2002, p.528-529).

⁶¹ "Assim é que se afirma que o sistema é autopoietico: ele não somente se auto-organiza; o sistema se auto-reproduz, isto é, produz a si mesmo a partir daquilo por ele mesmo já produzido, o que, na verdade, tem um impacto na observação da relação entre estrutura e seu processo de produção (operação)." (CHAMON JÚNIOR, 2007, p.52).

⁶² "A auto-referencialidade das operações dos sistemas elaboradores de sentido tem, antes de tudo, o sentido prático da autoprodução e não o sentido teórico da autopresentificação." (HABERMAS, 2002, p.515).

Assim, por exemplo, os subsistemas que se relacionam com o Direito (política, economia, moral, religião) provocam irritações recíprocas. Estas veem de fora do sistema do Direito, mas se incorporam a ele após uma filtragem ou tradução, que o sistema produz. Por não fazerem parte do seu conjunto de elementos não podem ser utilizadas para orientar as suas operações (ou seja, não podem servir de base para o seu modo de operar). O Sistema Jurídico opera por aquilo que é do Sistema Jurídico. Portanto, opera de acordo com seu código binário do lícito/ilícito, normas válidas/inválidas e não de acordo com outros códigos especializados.

O que as Teorias da Ponderação e da Análise Econômica parecem fazer é exatamente o contrário⁶³. Essas teorias permitem que as tais irritações orientem a aplicação do Direito, de maneira a violar a sua estrutura. Do Direito só deve emanar Direito e não economia, política etc.

Da mesma maneira, a Economia deve ser regulada pelas próprias normas que produz, de acordo, pois, com o código binário do menor custo/menor benefício. A Política também deve ser regulada pelas próprias normas que produz, logo, de acordo com seu código binário da maioria/minoria.

Ainda com relação à Teoria Sistêmica de Luhmann, ele coloca os cidadãos em posição secundária. Na verdade, para Habermas (2002, p.489), Luhmann pressupõe que os indivíduos foram eliminados do seu mundo da vida e que o sistema social e o sistema pessoal se constituem mundos circundantes um para o outro.

A sociedade, em sua concepção, não é formada por cidadãos, mas por subsistemas sociais operacionais de comunicação. Em Luhmann, os sistemas se veem como únicos, pois tudo que o circunda é ambiente. Assim, a Economia irrita o Direito na qualidade de ambiente e vice-versa. Desse modo, os indivíduos - entendidos como subsistemas psíquicos - são, em verdade, considerados como ambiente para os subsistemas sociais, tal como o Direito. Em Luhmann, os cidadãos apenas são o ambiente, no qual tais subsistemas promovem suas realizações⁶⁴.

⁶³ Na primeira adota-se uma ética gradualista na aplicação do Direito, e, na segunda, um utilitarismo/consequencialismo forte.

⁶⁴ “A teoria dos sistemas abandona o nível dos sujeitos da ação, sejam eles indivíduos ou coletividade, e, amparada na densificação dos complexos organizatórios, chega à conclusão de que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham uns em relação aos outros. A interação entre tais sistemas não depende mais das intenções ou dos interesses de autores participantes, mas de modo de operação próprios, determinados internamente.” (HABERMAS, v.II, 2003, p.63).

Dessa forma, o Direito - como subsistema social, fechado para a participação dos cidadãos - é mero instrumento estabilizador de expectativas sociais, jamais um sistema capaz de promover mudanças sociais com tendência à inclusão.

Como já se adiantou, Habermas concorda apenas em parte com Luhmann, ao pensar o Direito como um sistema social que opera sob a forma de um código binário de caráter deontológico. Discorda, por outro lado, já que o Direito em Habermas não se reduz a isto, sendo também uma instituição que constitui e é constituído pelo “mundo da vida”.

O ponto de discordância entre Habermas e Luhmann consiste, sobretudo, no que se refere à formatação autopoiética dos subsistemas e, por consequência, na posição secundária atribuída aos cidadãos dentro de uma sociedade.

Em Habermas, os sistemas sociais assumem um código binário de linguagem peculiar, porém, isso não os torna um subsistema autopoieticamente fechado⁶⁵. Ao contrário, este filósofo, ao conceber o Direito como instrumento de inclusão social, apresenta-o aberto ao mundo da vida e à capacidade de aprendizagem dos cidadãos. Além disso, vislumbra os subsistemas em permanente abertura para uma linguagem, que, fornecida pelo mundo da vida, torna-se comum aos pontos limites de diferenciação dos códigos especiais.

Esta visão de Habermas é o que permite ao Direito manter a sua linguagem própria e, ao mesmo tempo, incorporar as contribuições oriundas dos contextos informais de comunicação aos processos institucionalizados de formação da vontade e da opinião. O Direito deve se abrir para argumentos não jurídicos (morais, ético-políticos, pragmáticos, por exemplo), sem, no entanto, abrir mão de sua linguagem. Isto é possível desde que os valores em questão estejam resguardados pela Constituição. Soma-se a isto o fato de o Direito fornecer decisões dentro do que é possível, lidando com o risco contingencial de decisões arbitrárias e ilegítimas. O direito é contingente porque vale por força das suas decisões. (CRUZ, 2007).

Para tanto, Habermas leciona a necessidade de um processo de tradução de argumentos não jurídicos para argumentos jurídicos. Aqueles argumentos de cunho pragmático, ético, moral, religioso (ou outros que não jurídicos) devem ser

⁶⁵ “Sob a descrição de um sistema autopoiético, o direito marginalizado, narcisisticamente, só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade como um todo.” (HABERMAS, v.I, 2003, p. 76).

traduzidos para o código binário do Direito. Isso acontece num momento de discussão legislativa e agrega maior adesão da cidadania⁶⁶.

Não se afirma, pois, que valores são completamente apartados do Direito, mas o contrário: os valores fundamentam o Direito. Porém, o fazem num momento de elaboração legislativa, com a participação ativa da sociedade, num processo que realiza a tradução de valores sociais, cujo código binário é bom/mau e a linguagem é axiológica; para normas, cujo código binário é lícito/ilícito e a linguagem é deontológica⁶⁷.

A justificação de decisões judiciais deve ser elaborada no âmbito de seu código binário, e em consonância com seu caráter deontológico. Porém, isso não significa o desprezo ou desconhecimento de argumentos típicos de outros subsistemas, mas apenas que estes devam estar traduzidos para a linguagem jurídica, quer dizer, em consonância com o Direito Constitucional e não com normas da Ciência Econômica, por exemplo.

Os demais sistemas sociais, é claro, exercem influência sobre o Direito, mas não de maneira a orientar a sua operação e, por conseguinte, desnaturá-lo, o que ocorre quando o código binário do lícito/ilícito é desconsiderado. Mais do que desnaturar o direito, uma sobreposição de outro sistema, por exemplo, da Economia, ensejaria o que Habermas chama de colonização do mundo da vida.

⁶⁶ “O Direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular em toda a amplitude da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vista como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.” (HABERMAS, v.I, 2003, p.82).

⁶⁷ “Essas qualidades do código jurídico exigem uma ‘tradução’ dos argumentos pragmáticos, éticos e morais, assim como dos resultados de negociações que ingressam no sistema jurídico por meio de aconselhamentos e resoluções do legislador político.” (HABERMAS, 2007, p.377).

4 CONTEXTUALIZAÇÃO DO MODO DE OPERAÇÃO DO DIREITO

Neste capítulo, intitulado *Contextualização do modo de operação do Direito*, pretende-se analisar o modo de sua aplicação, tendo como ponto de partida o movimento que deu origem ao Positivismo Jurídico, e como ponto de chegada a análise de teorias que se pretendem pós-positivistas.

Como se observará, trata-se de mera pretensão de superação do positivismo, haja vista que, ora incorrem nas mesmas falhas deste, ora elaboram diretrizes incompatíveis com a estrutura do Direito.

Para tanto, de início, apresenta-se, em linhas gerais, o Positivismo como movimento de pensamento que permeou diversas áreas de conhecimento. Em seguida, a influência do pensamento positivista no Direito para, então, interpretar os principais marcos que caracterizam essa doutrina, adotada durante todo o século XIX (e, ainda, não abandonada totalmente).

Tendo em vista o objetivo deste trabalho, as origens do Positivismo serão abordadas de forma breve, e não serão tecidos detalhes sobre todos os movimentos e autores que se destacaram. Enfim, o estudo da Escola Histórica do Direito, da Escola da Exegese, das características gerais do Positivismo Jurídico e de algumas das contribuições de Hans Kelsen será suficiente para a compreensão do modo de aplicação positivista do Direito, sem que a leitura se torne enfadonha.

Entendido o modo de aplicação positivista do Direito, prossegue-se com a análise da Teoria da Ponderação de Robert Alexy, bem como da Teoria da Análise Econômica do Direito de Richard Posner, as quais vêm sendo utilizadas (mesmo que erroneamente) como instrumentos justificadores de posturas ativistas.

Neste capítulo, preocupa-se em demonstrar que nem o Positivismo Jurídico, nem a Teoria da Ponderação de Alexy, nem a Teoria da Análise Econômica do Direito são suficientes e/ou legítimos para a aplicação do Direito.

4.1 O positivismo

O Positivismo foi um movimento de pensamento que abarcou toda a cultura europeia, tendo permeado o âmbito filosófico, político, jurídico, econômico e literário, de meados do século XIX até as proximidades da Primeira Guerra Mundial.

O pensamento positivista é cooriginário da Revolução Industrial, bem como de seus efeitos (benéficos e maléficos) sociais. A crença de que a razão humana e, via de consequência, a Ciência era capaz de resolver todos os problemas do homem, fortaleceu-se ainda mais com descobertas nas áreas da matemática, medicina, da produção industrial e da comunicação, entre outras. (REALE; ANTISERI, 2005).

O Positivismo, seguindo, portanto, a tradição cartesiana supervalorizou a ciência como único método capaz de conhecer as ciências naturais e as relações sociais. Assim, para o Positivismo, a ciência era o único método capaz de resolver todos os problemas do homem (por meio da consideração de fatos empíricos). Essa certeza, associada à convicção de que a ciência é sinônimo de progresso, imputa ao Positivismo um caráter de extremo otimismo.

O movimento positivista também se identificou com o combate às concepções idealistas e espiritualistas da realidade, em suma, àquilo que considerava metafísico. Como já foi assinalado, aqui haverá espaço apenas para algumas considerações acerca do positivismo filosófico.

De acordo com Auguste Comte, cada uma das principais concepções passa obrigatoriamente por três estágios, que coincidem com três tipos de filosofia: a teológica, a metafísica e a positivista. Esta última seria a fase fixa e definitiva, por meio da qual se procura descobrir, através do raciocínio e da observação, as leis efetivas. (REALE; ANTISERI, 2005).

A filosofia positiva, para Comte, deveria analisar a sociedade por meio da ciência. Daí o surgimento da sociologia. O autor entendia que, assim como para a física era possível estabelecer leis que orientam os fenômenos físicos, através do

raciocínio e da observação, para a sociologia, também era permitido elaborar leis que orientassem os fenômenos sociais, através do raciocínio e da observação⁶⁸.

4.2 O positivismo jurídico

Conforme se afirmou, o Positivismo foi um movimento que permeou e influenciou diversas áreas do conhecimento, inclusive o Direito.

No entanto, mais do que as influências do Positivismo, o crescimento da legislação e, ainda, a implementação do paradigma do Estado Liberal, como regulador dos interesses burgueses, contribuíram para que o Positivismo Jurídico se tornasse prática da aplicação do Direito. (CRUZ, 2004).

No final do século XVIII e começo do século XIX, quando predominavam as ideias naturalistas de estado de natureza, de lei natural e de contrato social, difundidas, inicialmente, por Thomas Hobbes e lançadas também por Rousseau e John Locke, entre outros naturalistas, surgiu, na Alemanha, o que se identificou por Escola Histórica do Direito.

A Escola Histórica do Direito não se confunde com o Positivismo Jurídico, mas de certa forma o inaugura, ao elaborar ferrenha crítica à concepção iluminista de Direito Natural, bem como ao propor a subsunção dos fatos às normas jurídicas. A Escola Histórica se opôs à concepção liberal de que o Direito Natural era universal, imutável e, principalmente, à ideia de que ele é deduzido da razão. Para esta Escola, os direitos não eram valores universais frutos da razão humana, mas frutos da construção histórica, da tradição, dos costumes de um povo. (BOBBIO, 2006).

Por esse motivo, a referida Escola defendeu a existência de um Direito Consuetudinário, deduzido não da razão, mas da história ou dos costumes de um povo. O Direito Consuetudinário era, para esta Escola, o que ela denominava o próprio “espírito do povo”.

No que se refere à aplicação das normas jurídicas, Friedrich Carl Von Savigny, expoente da Escola Histórica, influenciado pela metodologia de Descartes

⁶⁸ Comte divide a sociologia em estática social e dinâmica social. A primeira indagaria sobre as condições da ordem e a segunda sobre as leis do progresso. (COMTE, 1988).

(embora negasse que os Direitos fossem frutos da razão humana), acreditava no ideal de certeza e correção da aplicação subsuntiva de uma norma jurídica a um caso concreto. No caso de existirem aparentes antinomias, o “espírito do povo” associado às técnicas de aplicação do direito nortearia o julgador.

Como anota Norberto Bobbio (2006, p.53), se, por um lado, a Escola Histórica é identificada como precursora do positivismo jurídico pelas razões acima explicitadas, por outro, distanciou-se substancialmente do Positivismo Jurídico, na medida em que se opôs à codificação do Direito alemão, por entender inadequada a cristalização do Direito em apenas uma coletânea legislativa. Isso não significa que a Escola Histórica se opunha a um Direito unitário e sistemático.

Já a Escola da Exegese, surgida na França também no início do século XIX (após a publicação do Código de Napoleão), e influenciada do mesmo modo pelo movimento positivista, mostrou-se uma grande defensora da positivação do Direito. (REALE; ANTISERI, 2005).

Bobbio (2006, p.81) afirma que, nesse momento, o regime responsável pela edição do Código de Napoleão realizou pressões sobre os estabelecimentos de ensino superior do Direito para que fosse lecionado apenas o Direito Positivo, em detrimento das concepções naturalistas.

Na verdade, a Escola da Exegese não desprezava as concepções naturalistas do Direito, como o fez a Escola Histórica, mas as considerava de pouca importância prática e interesse para os juristas.

A Escola da Exegese concebeu o Direito como sinônimo de Direito Positivo, ou seja, como um sistema de normas positivadas, completo e coerente. Desta maneira, quaisquer antinomias ou incompatibilidades do Direito eram facilmente resolvidas pelo Direito Positivo.

A referida Escola vislumbrava na lei, a solução de todos os conflitos, numa postura otimista, típica do movimento positivista e de evidente crença na razão humana, inerente à metodologia de Descartes.

Para a Escola da Exegese, o juiz se reduzia a mero aplicador da lei, o que refletia, na verdade, a concepção liberal da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu. A noção de que atos judiciais que extrapolam os exatos termos do que preconizou a autoridade legislativa, eram tidos como invasores da competência do Legislativo. A lei deveria ser aplicada pelo juiz sempre em consonância com a vontade do legislador, pois é a vontade deste que deveria ser posta em prática.

Além disso, a aplicação da lei se realizava de maneira puramente mecânica, com o fito de garantir a objetividade do julgamento, num processo de pura subsunção do fato à norma, sem que houvesse qualquer interferência dos valores e interesses pessoais do juiz.

A referida objetividade estava atrelada à certeza e segurança jurídica, as grandes promessas do positivismo, e, de acordo com as quais, era possível conhecer previamente as consequências de uma conduta, já que todas as respostas estavam na lei, bastando, para tanto, que essa fosse subsumida aos fatos.

A Escola da Exegese evidencia bem as principais características do Positivismo Jurídico, identificado como Positivismo Exegético - aqui sintetizadas para facilitar este estudo.

Primeiramente, o Direito, para o Positivismo se caracteriza pela coação e tem a lei como a fonte primeira⁶⁹. A lei se encontra em posição hierarquicamente superior, quando comparada a outras possíveis fontes (um contrato firmado entre particulares, por exemplo), as quais se subordinam aos preceitos da lei.

Em segundo lugar, o Positivismo considera que as normas são comandos imperativos, no sentido de que emanam do Estado e, portanto, não dão liberdade de escolha ao seu destinatário⁷⁰.

Intimamente ligado a esse aspecto está a possibilidade de coação do Direito, razão pela qual os costumes são colocados em segundo plano; para os positivistas, não se enquadram no conceito de norma imperativa.

Em terceiro lugar, o Positivismo prega a existência de coerência e completude do ordenamento jurídico como conjunto de normas. Em razão da coerência, não admite a existência de duas normas contraditórias: ou porque em uma delas consta uma cláusula de exceção ou porque uma delas, ou mesmo as duas normas, são inválidas. Em razão da completude, sustenta que o juiz sempre terá em suas mãos uma norma capaz de decidir o direito, de maneira que os positivistas não admitem a existência de lacunas no sistema jurídico.

Em quarto lugar, o Positivismo, no que se refere à aplicação do Direito, prega um método formalista e mecanicista. Formalista porque o Direito deve ser aplicado

⁶⁹ A lei, aclamada como fonte primeira no Positivismo, é a que traz consigo a previsão de uma situação específica e sua correspondente solução, adiante identificada como regra, em oposição aos princípios.

⁷⁰ Observa-se como, nesse momento, sequer se pensa o indivíduo sob a ótica, não de mero destinatário, mas de destinatário e coautor de normas. É marcante o distanciamento entre Estado e Sociedade.

de maneira a excluir qualquer juízo de valor do juiz; mecanicista porque é vedado ao juiz decidir um caso de maneira criativa.

Sendo assim, a aplicação do Direito, no Positivismo do princípio do século XIX, reduz-se à simples subsunção do fato à norma, com a aplicação de um raciocínio lógico silogístico em que a norma é a premissa maior, e o fato, a premissa menor. Não há qualquer elemento de construção, reflexão ou criação. O juiz é mera “boca da lei” e não intérprete do caso concreto e das argumentações. Em outras palavras, o juiz é responsável apenas por declarar um Direito previamente estabelecido pela lei e não por construí-lo hermeneuticamente.

As quatro características indicam, tal como já anotado acima, que a grande promessa do Positivismo foi garantir certeza e segurança. Certeza de quais consequências tem um comportamento e segurança de que a lei será aplicada nos exatos termos em que foi editada pelo legislador, sempre que se evidenciar a hipótese prevista pela lei.

Tais promessas, no entanto, nunca se cumpriram. As evidentes contradições entre leis (antinomias) e as novas situações sociais ainda não previstas em lei (anomias) não deixaram dúvidas de que o Direito era incompleto, lacunoso e, por conseguinte, não tinha, prontamente, resposta para todos os conflitos.

Além disso, a aplicação do Direito de cunho estritamente legalista se mostrou ilegítima porque despreocupada com uma análise mais profunda das peculiaridades do caso concreto.

Somam-se a isto as influências dos estudos de Kelsen, que deram origem à noção de discricionariedade, elemento capaz de *salvar* o juiz da impossibilidade de decisão conforme a vontade do legislador, na ausência de leis específicas. Tais questões, lenta e gradualmente, ensejaram a busca pela solução de conflitos na analogia, nos costumes e nos princípios.

4.3 O positivismo kelseniano

Hans Kelsen é identificado como um expoente do Positivismo Jurídico, assim como Herbert L. A. Hart e John Austin. Mais uma vez, tendo em vista o objetivo deste trabalho, serão expostas apenas algumas contribuições de Kelsen.

Kelsen, como positivista, assumiu como corretos alguns preceitos e promessas do positivismo exegético. Por outro lado, afastou-se dele dando ensejo a um novo Positivismo identificado por Positivismo kelseniano. Primeiramente, Kelsen estabeleceu distinção - dentro da Teoria do Ordenamento Jurídico, que concebia as normas em um conjunto dotado de unidade, coerência e completude – entre o que ele chamou de Teoria do Ordenamento Jurídico Estático e Teoria do Ordenamento Jurídico Dinâmico.

Ao ordenamento estático, pertenciam a Moral e a concepção jusnaturalista das normas jurídicas. Sendo assim, a unidade do Direito se estabelecia pela possibilidade de todas as normas se deduzirem umas das outras. Daí a elaboração de Kelsen de uma estrutura piramidal trifásica, de acordo com a qual existia um nível mais baixo de normas, representado pelas normas individuais elaboradas pelo Poder Judiciário no momento da aplicação (criação) do Direito. Um nível intermediário, representado pelas normas editadas pelo Poder Legislativo, bem como pelas normas consuetudinárias. E, por último, um nível superior identificado pela Constituição.

A estrutura piramidal de Kelsen permitiu-lhe elaborar a noção de validade das normas jurídicas. Em Kelsen, uma norma é válida quando se encontra de acordo com suas normas superiores. Sendo assim, uma decisão judicial seria válida se estivesse em conformidade com as normas legislativas e consuetudinárias e, estas, por sua vez, seriam válidas se estivessem em conformidade com a Constituição.

Já a Constituição teria sua validade em razão do que Kelsen chamou de Norma Fundamental, não uma norma jurídica específica e positivada, mas apenas pensada. É essa norma fundamental que, segundo Kelsen (2006), garantiria a unidade do ordenamento jurídico, estabelecendo que todas as pessoas devem obedecer às normas advindas da força política.

Tais concepções ligadas à Teoria do Ordenamento Jurídico Estático já haviam sido, de alguma maneira, desenvolvidas pelo Positivismo Exegético, Kelsen as aprimorou com a Teoria do Ordenamento Jurídico Dinâmico.

Ao ordenamento jurídico dinâmico, pertenciam as concepções juspositivistas do Direito. Sendo assim, a unidade do Direito se consolidaria não mais pelo fato de todas as normas poderem ser deduzidas umas das outras, mas porque o Direito é uma ciência que regula a sua própria criação. O ordenamento jurídico é também

dinâmico, isso significa que possui procedimentos que conferem aos ocupantes de cargos públicos competências relacionadas à aplicação e à criação das normas.

Ao tratar da aplicação e da criação de normas, Kelsen apresenta uma nova perspectiva da atuação do Poder Judiciário, o que representou um salto em relação ao Positivismo Exegético. Este identificava o juiz como mero aplicador da lei, cujo exercício de restringia à declaração dos direitos previamente estabelecidos.

Já em Kelsen, o juiz não assumia postura tão passiva. Para o autor, os juízes também se tornam criadores do Direito, sempre que se depararem com um caso concreto para cujo conflito de interesses não haja norma jurídica regulamentadora.

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou júris-'dição' ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório. (KELSEN, 2006, p.264).

Observa-se que Kelsen admite a possibilidade de existirem lacunas do Direito, o que por si só já representa uma diferença substancial em relação à concepção positivista clássica. Por essa razão, inclusive, é que Kelsen admite que a atuação de um juiz vai além do âmbito cognitivo, para atingir o âmbito de interpretação e criação do Direito.

Embora Kelsen só perceba a dimensão criativa na ausência de normas jurídicas que regulem determinados casos, negando-a nos casos para os quais haja normas jurídicas específicas, não se pode negar o avanço que isso representa quando se busca uma solução do problema das lacunas do Direito, o qual o Positivismo Exegético não conseguiu resolver.

Em suma, Kelsen vislumbrou a possibilidade de conferir ao aplicador do Direito certa liberdade, para então decidir com discricionariedade, sempre que se verificarem lacunas jurídicas; conseqüentemente, o autor propõe a abertura de um leque de soluções adequadas para um mesmo caso concreto⁷¹.

Hart pensou no mesmo sentido, admitindo a possibilidade de julgamentos fundamentados na preferência pessoal do julgador, incorrendo no mesmo erro de

⁷¹ "Kelsen é enfático em sublinhar que não se pode falar, no direito, em uma única resposta possível para os problemas interpretativos e de aplicação. A decisão do juiz não é, portanto, a única, nem a melhor, mas, por razões de competência, aquela que vinculará aqueles ligados à decisão. Não existe, ainda, segundo Kelsen, qualquer método que permita, diante das possibilidades interpretativas de um dispositivo legal, definir qual delas é a correta." (SILVA, V., 2009, p.147).

Kelsen, bem como no de algumas das construções teóricas que se pretendem pós-positivistas (as quais serão debatidas adiante): o decisionismo.

Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito. (HABERMAS, 2003, p.251).

Voltando a Kelsen, percebe-se que, ao admitir que o juiz julgue com discricionariedade na ausência de norma regulamentadora, o autor propõe para o Princípio da Separação dos Poderes uma nova interpretação. Ele entendeu que não só os atos do Poder Legislativo, mas também os do Executivo e do Judiciário são criadores do Direito. Logo, a diferença estaria apenas no grau dessa criação, pois os atos legislativos seriam mais gerais e os executivos e judiciais mais individuais.

Mas também é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante privado ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado, mas, no caso de ter por injusta ou equitativa, quer dizer, como não satisfatória, a ausência de uma tal norma geral dar provimento à demanda ou condenar o acusado. Isto significa que o tribunal recebe o poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação ex novo de direito material. Costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função do legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como 'justa', que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto aplicação de uma tal norma geral não positiva é possível afirmar como justa (correta) a norma estabelecida pelo tribunal. (KELSEN, 2006, p.271).

Observa-se, ainda, que, embora, Kelsen tenha percebido que a criação do Direito não é atribuição restrita ao Poder Legislativo, ele concebeu o Direito como um sistema autônomo e fechado, completamente independente da Política⁷².

⁷² "Kelsen desengata o conceito do direito do da moral, e inclusive do da pessoa natural, porque um sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções

De todo o exposto, nota-se que a doutrina do Positivismo Jurídico, seja ele Exegético ou Kelseniano, além de ter despertado para uma interpretação que reduziu a análise das leis, puramente sintática e semântica, desconsiderou a condição do homem de um ser que interpreta. O Positivismo Jurídico, porque alinhado à Filosofia da Consciência, não foi capaz de perceber o que acabou sendo descoberto, em momento posterior, pela Filosofia da Linguagem. Por essas razões, não parece legítimo como instrumento de aplicação do Direito. Até porque nele se evidencia - nada mais nada menos - que um método.

4.4 O positivismo jurídico no Brasil

O surgimento do Positivismo Jurídico, no Brasil, também está ligado à influência do movimento positivista filosófico de Auguste Comte⁷³. Por outro lado, encontra-se intimamente ligado à história da colonização e ao modo pelo qual se deu o movimento liberal burguês por aqui, com características bastante peculiares. Como se sabe, esse movimento não surgiu de baixo para cima, com intuito emancipatório; ao contrário, originou-se das pequenas oligarquias em caráter evidentemente antidemocrático e clientelista. (WOLKMER, 2008).

Por isso, no Brasil, o Positivismo Jurídico surgiu como legado da atuação dominadora da Coroa Portuguesa. Por muito tempo, a aplicação do Direito se deu de maneira conservadora e patrimonialista⁷⁴; atrelada aos interesses da Metrópole, bem como ao das elites locais. O Direito era aplicado de modo a atender puramente tais interesses. O Positivismo se consolidou, por aqui, seguindo a linha exegética, embora também sejam evidentes as influências posteriores do Positivismo kelseniano.

autoproduzidas; ele introduz as pessoas naturais no seu próprio ambiente ou 'mundo circundante', nos termos da nova guinada naturalista de Luhman." (HABERMAS, v.I, 2003, p.118).

⁷³ A bandeira nacional, na qual há uma menção à *Ordem e Progresso*, é prova viva das influências positivistas.

⁷⁴ "A categoria 'patrimonialismo' deve ser interpretada sob a óptica do referencial weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado. Sua prática, no Brasil, ocorre quando o poder público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras." (WOLKMER, 2008, p.43).

A aplicação do Direito, exatamente em razão da influência positivista, se realizou, por muito tempo, de maneira totalmente apartada de aspectos políticos. Houve uma radical separação não só entre o Direito e a Política, atribuída com exclusividade apenas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, mas também entre os três poderes, que não poderiam exercer interferência um no outro. Desse modo, muitas questões não puderam ser objeto de análise pelo Poder Judiciário. (CRUZ, 2004).

Ainda, nos dias atuais, alguns dos operadores do Direito, no Brasil, continuam propondo ações, defendendo-se, ou decidindo, com base no que seria a vontade do legislador. Não levam em consideração os ganhos da Filosofia da Linguagem, em especial o legado de que o homem é um ser que, por sua natureza, compreende, interpreta e, ainda, estabelece com o texto normativo uma fusão de horizontes. Não são raras as decisões que evidenciam um forte apego aos dizeres literais da lei e a tal vontade do legislador.

Além disso, também são ainda comuns decisões que evidenciam a aplicação legalista e silogística do Direito, mediante a mera subsunção do fato à norma jurídica, sem que seja dada a devida importância aos aspectos peculiares de cada caso concreto. É característica a busca constante pela certeza e segurança jurídica. A própria criação das súmulas vinculantes evidencia a postura positivista⁷⁵.

Aqui não se defende a ideia de que a superação do método positivista se dê de maneira a conduzir a aplicação do Direito de modo arbitrário, preferencial ou relativista. De fato, deve haver alguma previsibilidade, mas esta se pauta no código binário e deontológico do Direito, não inserida ontologicamente nos textos normativos, mas construída discursivamente⁷⁶.

O que não se pode mais admitir, depois de entender a abertura do ser para o mundo e, ainda, a condição do homem como linguagem e interpretação, é que se conceba o Direito como um sistema que não apresenta incompletudes, incertezas e inseguranças. Estas, certamente, não poderão ser preenchidas com o método silogístico nem com as preferências dos julgadores.

⁷⁵ Observa-se, no entanto, que, em oposição a este fato, é crescente o número de adeptos, no Brasil, da Teoria da Ponderação de Alexy, a qual, sob certa ótica, representa um distanciamento da aplicação positivista do Direito. Todavia, esse distanciamento não significa, necessariamente, um avanço em relação ao Positivismo, como se confirmará.

⁷⁶ “A segurança jurídica, que certamente não se deve absolutizar, mas que representa uma contribuição imanente ao direito em favor da legitimidade da ordem jurídica, exige certa medida de previsibilidade.” (HABERMAS, 2007, p. 365).

Além disso, a aplicação positivista do Direito, formalista e mecanicista - como já se afirmou -, não é coerente com um Estado que se pretende Democrático de Direito, pois desconsidera a complexidade e pluralidade das sociedades. Não inclui o homem como intérprete e participante dos processos de decisão, ou seja, como coautor dos provimentos jurídicos.

E, mais, a aplicação positivista percebe no Direito apenas a função de mero estabilizador de expectativas, esquecendo-se de que este não só pode como deve ser percebido como instrumento de inclusão social. Como já se adiantou, as falhas e promessas mal sucedidas do Positivismo, fizeram com que os juristas levassem em conta outros elementos importantes na aplicação do Direito.

No Brasil, apenas em 1980, quando foi fundado o Instituto Brasileiro de Filosofia, outras correntes e influências doutrinárias surgiram como incremento ou alternativa ao Positivismo; por exemplo, a doutrina comunitarista europeia. Por aqui, os “comunitaristas” defendem o cumprimento das promessas do *Welfare State* e, conseqüentemente, a concretização de Direitos Sociais, bem como a redução das desigualdades sociais via desenvolvimento econômico e social a ser promovido pelo Estado. (CRUZ, 2004).

Esta autora considera importantíssimo reduzir as desigualdades sociais, bem como realizar a concretização de direitos sociais. De forma alguma, pode-se manter indiferente a essas questões, muito pelo contrário. Certamente, a indignação - no que diz respeito à precária situação social de grande parte da sociedade brasileira - é um dos principais motivos que ensejou a pesquisa deste trabalho. Todavia, isto não permite concordar com a forma como os “comunitaristas” têm tentado realizar a concretização dos direitos sociais.

Pode-se explicar melhor. Ao lado do desenvolvimento da corrente comunitarista, posicionou-se a Teoria da Ponderação de Alexy. Essa teoria se expandiu pelo Brasil e tem sido aplicada como se tivesse sido descoberto o grande “novo método” - em substituição ao método positivista - capaz de resolver os conflitos que não puderam ser resolvidos pela subsunção do fato à norma.

Assim como aconteceu com o surgimento do Positivismo - concebido como grande método capaz de solucionar todos os conflitos - ocorre agora com a Teoria da Ponderação de Alexy, utilizada como se fosse um *pacotão* de soluções jurídicas.

O que se questiona, neste trabalho, não é a necessidade premente de concretização de direitos sociais, mas que esta se realize com base numa teoria

(como a da Ponderação de Alexy), que não é coerente com o Direito, como se demonstrará a seguir.

4.5 A teoria da ponderação de Robert Alexy

4.5.1 Algumas considerações sobre seu conteúdo

Assume-se aqui a evolução paradigmática relativa ao estudo dos princípios jurídicos, como desenvolvida por Álvaro Cruz. De acordo com este jurista, o referido estudo assume três paradigmas: o clássico, o moderno e o contemporâneo. (CRUZ, 2007).

No paradigma clássico, os princípios não são considerados pelos operadores do Direito ou, quando muito, a eles se atribui um papel secundário. É que, neste paradigma, operava-se o Direito de maneira legalista, sem reflexão sobre os detalhes do caso concreto. Por isso, a hermenêutica limitava-se à análise sintática e semântica dos textos normativos, a partir dos métodos da dedução e a subsunção, ao modo da Filosofia da Consciência. Porém, não tardaram a surgir as dificuldades de se encontrar sempre, aprioristicamente, a norma que conteria com perfeição a descrição dos fatos ocorridos no caso concreto. Em razão disso, passou-se a buscar novas alternativas. Para as antinomias e anomias, começou-se a admitir o uso da analogia, dos costumes e, dos princípios gerais do Direito. Também aqui teve lugar a discricionariedade de Hans Kelsen.

No paradigma moderno, aos princípios já se atribui juridicidade e prevalência no ordenamento jurídico, tendo sido, inclusive, considerados hierarquicamente superior às regras. Os princípios, nesse paradigma, são interpretados como normas que fundamentam o ordenamento jurídico e se distinguem das regras em razão de sua generalidade, abstração e abertura textual - algumas vezes, se confundem com valores, o que se considera de todo impertinente. O fato de os princípios jurídicos terem se originado dos valores consagrados por uma sociedade não os torna

sinônimos destes: muitos foram e ainda são os esforços inúteis para distinguir as regras dos princípios⁷⁷.

Já o paradigma contemporâneo apresenta correntes que tentam superar o positivismo, apresentando distinções entre regras e princípios a partir dos ganhos do giro-linguístico. Pode-se dizer que Ronald Dworkin foi o primeiro a lançar bases para este novo paradigma.

Dworkin (2007) distinguiu as regras dos princípios tomando como critério a forma pela qual entendia que cada uma dessas espécies normativas é aplicada pelo operador do Direito. Para ele, as regras são aplicadas de acordo com o padrão do tudo-ou-nada. Sendo assim, no caso de antinomia, uma das regras deveria ser considerada inválida. Já os princípios exigiriam uma capacidade reflexiva maior do intérprete, pois uma eventual antinomia não ensejaria a invalidade de um dos princípios, mas a sua concorrência com os demais.

Em se verificando tal concorrência entre princípios, o juiz, para Dworkin, deveria aplicar o Direito como integridade. Isso significa que a aplicação não se reduziria à discricionariedade positivista, mas ensejaria uma reflexão por meio da qual o princípio mais adequado deveria ser aplicado. O que Dworkin propôs foi uma reflexão coerente com o que ele entende por integridade.

A ideia de conceber o Direito como integridade, adotada por Dworkin, pretende afastar as decisões arbitrárias, daí porque elas devem ser construídas da mesma maneira que as partes de um romance em cadeia. Cada decisão judicial deve ser elaborada como se elabora cada trecho de um romance em cadeia.

Melhor dizendo, um Romance em Cadeia é escrito por vários romancistas, cada qual escreve um capítulo ou um trecho. Assim, é necessário que conheçam e interpretem, previamente, o que os romancistas anteriores escreveram. Pois, do contrário, a estória não seria coerente.

O mesmo deve acontecer com as decisões judiciais, ou seja, um juiz antes de decidir deve ler e interpretar o que já tiver sido decidido a respeito daquele assunto

⁷⁷ "Por conseguinte, consideramos ser inútil continuar desafiando os mesmos argumentos de outros doutrinadores ligados ao paradigma moderno, eis que as mais diferentes tentativas operadas para estabelecer a distinção entre as espécies normativas nesse paradigma acabaram esbarrando nas limitações da filosofia da consciência e nas insuficiências de uma hermenêutica alienada da história efetual e do mundo da vida. Assim, percebe-se que todo esforço empreendido no sentido de buscar sintático ou semanticamente características morfológicas típicas de regras e de princípios deu em nada. Curioso, no entanto, observar que, a despeito de constatação, não são poucos os que na doutrina nacional continuam divulgando tais teses, agora ligadas também às contribuições do paradigma contemporâneo, como se fossem compatíveis." (CRUZ, 2007, p.288-289).

para então, sem se prender às decisões passadas, mas atentas a elas e, de olhos para o futuro, encontrar a decisão mais adequada e coerente.

Alexy (2008), na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ao tratar de sua Teoria da Ponderação, partiu da ideia de Dworkin, de distinção entre regras e princípios como espécies normativas distintas do Direito.

Todavia, como será possível comprovar, afastou-se substancialmente de Dworkin, ao elaborar concepções que ensejam a elaboração de decisões arbitrárias e teleológicas.

De acordo com Alexy, tanto as regras quanto os princípios jurídicos são normas já que ambos são prescritos por expressões deônticas do dever, da permissão e da obrigação. Mas, se diferenciam à medida que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e as regras são determinações rígidas.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, p.90-91).

Esta distinção entre princípios e regras de Alexy se torna importante para sua construção teórica, haja vista que é a natureza de cada uma dessas espécies normativas que determina a forma de averiguar sua validade, bem como a sua forma de aplicação aos casos concretos.

Para as regras, então, no âmbito da validade, rege a regra do tudo-ou-nada⁷⁸. Isto significa que, caso uma regra não seja compatível com outra do mesmo ordenamento, estabelece-se o que Alexy chama de conflito de regras. Desse conflito, decorrem - como resultados inevitáveis - ou a existência de uma exceção que elimine o conflito ou a invalidade de uma das normas incompatíveis.

⁷⁸ Alexy toma a expressão “tudo-ou-nada” emprestada de Dworkin, embora entenda que o modelo de Dworkin precisa ser aprimorado: “Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário.” (ALEXY, 2008, p.104).

A invalidade de uma norma será determinada por regras clássicas, tais como regra posterior revoga regra anterior, regra especial revoga regra geral, e assim por diante.

Uma vez concluído pela validade da regra e, portanto, já no âmbito da aplicação, Alexy entende que o aplicador do Direito se atém a aplicar a regra válida de acordo com o método (positivista) da subsunção do fato à norma jurídica. Observa-se, portanto, que o conflito de regras acontece ainda no âmbito da validade e não no âmbito de sua aplicação.

Por outro lado, com relação aos princípios, no âmbito da validade, Alexy, admite a possibilidade da existência de dois princípios, aparentemente contraditórios, em um mesmo ordenamento. Quando isso acontece, ele diz que há uma colisão entre princípios. Como não se trata de um conflito (de regras), mas de uma colisão de princípios, ambos são considerados válidos. Assim, não é necessária nem a previsão de uma exceção, nem que um deles seja tido como inválido.

É que a colisão dos princípios, em Alexy, não é resolvida no âmbito de sua validade, ou seja, dois princípios podem ser perfeitamente válidos, ainda que, num primeiro momento, pareçam contraditórios ou incompatíveis. É no âmbito da aplicação desses princípios que a tal colisão é resolvida.

No que se refere às regras, caso haja conflito, rege a regra do tudo-ou-nada, de maneira que uma delas deverá ser considerada inválida para que a outra seja subsuntivamente aplicada. Quanto aos princípios, se houver colisão, rege a Lei de Colisão de mandamentos de otimização, segundo a qual se tem a precedência de um princípio em detrimento de outro(s), em razão das circunstâncias específicas do caso concreto, sem que para tanto um deles tenha que ser tido por inválido.

Disto, pode-se concluir que, de um lado, Alexy admite a adoção do método positivista da subsunção para o caso de aplicação de regras válidas; de outro, pretende a adoção de um “novo método”, o da colisão de princípios.

Conforme poderá ser visto, o tal “novo método” vem sendo utilizado indiscriminadamente pela doutrina e jurisprudência brasileira, os quais o aplicam sem perceber os erros nos quais incorrem. Nesse sentido, é preciso lembrar que a Lei de Colisão de Alexy apenas pode ser considerada pós-positivista quando se tratar de uma construção teórica posterior ao Positivismo Jurídico, já que não está

sendo interpretada como pós-positivista sob a ótica de representar um avanço em relação às falhas do Positivismo.

A Lei de Colisão dos Princípios preceitua que, dentre os princípios colidentes, um ou alguns deles sejam aplicados em detrimento de outro ou outros. O que determina o princípio a ser aplicado é a atribuição de diferentes pesos a cada um dos princípios. O peso atribuído a um princípio, num determinado caso, pode ser diferente daquele atribuído ao mesmo princípio, em caso diferente. Sendo assim, as circunstâncias do caso concreto é que determinam o sopesamento dos princípios. Porém, o sopesamento dos princípios jurídicos é, na verdade, um sopesamento de interesses. Logo, diferentemente do que acontece com as regras, a colisão dos princípios não se realiza no âmbito da validade, mas no âmbito do peso a ele atribuído.

Alexy elenca vários casos hipotéticos por meio dos quais pretende demonstrar que a questão controversa se resume à colisão de princípios, a qual deve ser resolvida por meio da Lei do Sopesamento, assim definida por ele: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de não afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2008, p. 593).

Na realização da Lei do Sopesamento, o procedimento é o seguinte: primeiro, a avaliação do grau de não satisfação de um dos dois princípios. Segundo, a avaliação da importância da satisfação do princípio colidente. Terceiro, a constatação ou não de que a importância da satisfação do princípio colidente justifica a não satisfação do outro princípio.

Apenas para ilustrar, menciona-se um dos exemplos citados por Alexy. Trata-se de um caso no qual um acusado, num processo penal, corria risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto, caso sofresse algum abalo emocional, em razão de sua saúde debilitada, pelo que se suscitou a dúvida acerca de seu comparecimento ou não em audiência daquele processo. (ALEXY, 2008, p.94).

Alexy resume a controvérsia ao conflito entre o dever do Estado de garantir aplicação do Direito Penal e o dever do Estado de garantir os direitos constitucionais assegurados ao acusado. Para o autor, a solução seria aplicar o princípio ao qual se atribuisse maior peso, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

É o sopesamento que consiste em atribuir maior peso a um princípio, sempre que, no caso concreto, houver razões suficientes para que tal princípio prevaleça

sobre os demais. O objetivo do sopesamento, pois, é definir qual dos interesses tem precedência no caso concreto.

Realizado o sopesamento, e definido o princípio que tem precedência sobre os demais, para Alexy, está formulada uma norma, que tem estrutura de regra e, portanto, à qual o fato deve ser subsumido.

Ainda com relação ao sopesamento, verifica-se que, em Alexy, ele é, na verdade, um dos subprincípios da máxima da Proporcionalidade. A Proporcionalidade, deduzida da natureza de mandamento de otimização dos princípios, é entendida através de seus subprincípios, ou seja, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (que é o sopesamento propriamente dito).

Antes de se realizar o sopesamento em si dos interesses, o juiz deve analisar os subprincípios da adequação e da necessidade, os quais exigem a máxima realização dos princípios dentro das possibilidades fáticas.

A adequação refere-se à aferição da legitimidade do fim e da idoneidade da medida adotada. A necessidade pressupõe a comparação da medida com outros meios alternativos, de maneira que entre as possíveis medidas idôneas (verificadas anteriormente no exame da adequação) seja escolhida aquela que restringir o direito em colisão da maneira menos gravosa possível. A ideia, na análise da necessidade, é vetar sacrifícios desnecessários aos Direitos Fundamentais.

Já a proporcionalidade em sentido estrito ou, simplesmente, sopesamento, exige uma máxima realização dos princípios dentro das possibilidades jurídicas. Para tanto, os princípios são sopesados, ou seja, ponderados.

A Ponderação, em Alexy, é, portanto, um método de aplicação dos princípios jurídicos e não um princípio de conteúdo material que pode ser sopesado. Assim como a subsunção é, para o autor, o método adequado para aplicação das regras, a ponderação é o método adequado para a aplicação dos princípios.

Não se nega a existência de conotação diversa atribuída ao termo proporcionalidade, a qual se refere a uma proibição de excesso. Nesse sentido, sim, e não no sentido alexyano, pode-se referir à proporcionalidade como um princípio de conteúdo material.

É que uma coisa é o método da ponderação, elaborado por Alexy, o qual será criticado no tópico seguinte. Outra coisa é o princípio da ponderação, cujo conteúdo

é material e refere-se à proibição do excesso ou à proibição da insuficiência, o qual não é uma forma/método de aplicação teleológica ou utilitarista do Direito.

Ainda com relação ao sopesamento, verifica-se que Alexy surpreendentemente, tentou matematizá-lo, através do que ele chamou de fórmula peso.

De forma breve, a fórmula peso determina que o peso concreto de um princípio é dado pelo quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente. A fórmula se estampa da seguinte maneira: $G_{Pi,j}C = I_{Pi}C / W_{Pj}C$. G e C se referem ao fato de a análise referir-se a um caso concreto; Pi significa a interferência em um princípio cuja violação está sendo analisada e, Pj significa a importância do princípio colidente. (ALEXY, 2008, p.603).

Alexy (2008, p.605). completa dizendo que o peso concreto só pode ser definido com um modelo numérico e que, isto, na argumentação jurídica, apenas pode ser feito por analogia. Assim, a uma intervenção leve, o juiz atribuiria, por exemplo, o número 1 (um). A uma intervenção média, atribuiria o número 2 (dois), e a uma intervenção séria atribuiria o número 4 (quatro). Por outro lado, como se deve considerar também o grau de importância do princípio colidente, o juiz deveria atribuir a um princípio pouco importante o peso 1 (um), a um medianamente importante o peso 2 (dois), e a um muito importante o peso 4 (quatro). Sempre que o Pi (intensidade de intervenção) for maior que Pj (o grau de importância do princípio colidente), a intervenção estará justificada.

4.5.2 Análise Crítica da Teoria Alexyana

Seguindo a linha Habermasiana, esta autora posiciona-se criticamente diante da Teoria da Ponderação de Alexy. Em primeiro lugar, verifica-se que Alexy ainda está preso à necessidade de distinguir regras dos princípios, tendo por base a forma de aplicação das referidas espécies normativas.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007), em um capítulo inovador de sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*, demonstra que a referida distinção é descabida. Não se pretende reproduzir tudo o que o autor dissertou a respeito, mas apenas nos assumir posicionamento no sentido de que não é possível distinguir regras de

princípios, em especial, porque ambos possibilitam a interpretação, que, inclusive, terá resultados diferentes dependendo do caso concreto; porque ambos são objeto de construção de conteúdo e porque demandam atividade hermenêutica. Isso não significa, no entanto, que não é possível utilizar tais terminologias, tendo em vista os fins didáticos.

Além de Alexy partir de um pressuposto aqui considerado impertinente, quer dizer, a distinção entre regras e princípios, ele construiu, em razão dessa distinção, duas formas de aplicação de um único Direito.

Não obstante se tratar de um único sistema jurídico, regido por um mesmo código binário, Alexy entende pertinente admitir duas formas de aplicação de normas. Assim, estabelece que, para as normas do tipo regra, o modo de aplicação é a subsunção do fato à norma e, para as normas do tipo princípio, a aplicação se realiza pela Lei do Sopesamento.

No que se refere à aplicação das regras, cabem todas as críticas já realizadas quando da análise do Positivismo. No que se refere aos princípios, verifica-se que a sua aplicação, tal como propõe Alexy, embora pretenda promover um avanço à aplicação positivista do Direito, acaba por ensejar a desnaturação do Direito, a ser debatida ainda neste tópico. Trata-se de um aparente progresso que, na realidade, esconde um grave retrocesso da doutrina jurídica.

É certo que a doutrina de Alexy tem o mérito de proporcionar um rico debate em torno da hermenêutica jurídica. No entanto, não pode ser considerada pós-positivista, no sentido de significar uma superação das falhas daquele paradigma. Ao contrário, a teoria de Alexy ora incorre nas mesmas falhas do Positivismo Jurídico, ora incorre em falhas ainda mais graves.

Fala-se em hermenêutica, lembra-se daquilo que Gadamer deixou como legado em relação à utilização de métodos. Como já foi dito, Gadamer denunciou o equívoco da ideia cartesiana de que um método utilizado no processo de conhecimento é garantidor absoluto de obtenção de verdades absolutas.

No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isto vale, sobretudo, para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. (...) O que o instrumental do 'método' não consegue alcançar deve realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade. (GADAMER, v.I, 2003, p.631).

Gadamer sustenta que o método traça um caminho para uma resposta desejada ou já escolhida. Com a Teoria da Ponderação, que nada mais é do que um método de aplicação dos princípios jurídicos, não é diferente. Isso significa que um juiz que se apoia na Teoria da Ponderação para resolver uma demanda judicial, mesmo sem perceber, decide primeiro sobre o princípio que considera, pessoalmente, mais importante, para depois fundamentar sua escolha e sua decisão, atribuindo, arbitrariamente, pesos inferiores aos princípios suprimidos.

É ilustrativo o caso do processo n. 26240, que chegou ao Superior Tribunal de Justiça e cuja relatora foi a Ministra Eliana Calmon⁷⁹. Trata-se de ação de Mandado de Segurança na qual a Caixa Econômica Federal (CEF), na condição de gestora das contas dos saldos de FGTS e PIS, insurgiu-se contra a ordem de penhora a uma dessas contas. A CEF sustentou, basicamente, a sua impenhorabilidade, legalmente prevista.

A Ministra reconheceu a previsão legal que impede a penhora dos saldos referentes ao FGTS e PIS. No entanto, ao considerar que a penhora foi determinada em razão de execução por não pagamento de pensão alimentícia devida pelo titular daquelas contas, reduziu a controvérsia do caso a uma colisão de princípios. Colocou em oposição o direito a alimentos e o da vedação legal de penhora dos tais saldos. Em seu voto, afirmou que, no caso, “há colisão de princípios, tendendo o conflito a se resolver pelo princípio que reza a dignidade e subsistência da pessoa humana.”

Qual a racionalidade, qual a justificativa para esta afirmativa de que o conflito tende a se resolver pelo princípio da dignidade e da subsistência da pessoa humana? É certo que a garantia da dignidade da pessoa é essencial num Estado Democrático de Direito, mas o que é dignidade da pessoa humana? Dignidade da pessoa humana, neste caso, por exemplo, pode ser tanto a garantia ao recebimento

⁷⁹ PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL – FGTS E PIS: PENHORA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - SÚMULA 202/STJ – INTERESSE DA CEF - IMPENHORABILIDADE - MITIGAÇÃO FRENTE A BENS DE PRESTÍGIO CONSTITUCIONAL. 1. A competência para a execução de sentença condenatória de alimentos é da Justiça Estadual, sendo irrelevante para transferi-la para a Justiça Federal a intervenção da CEF. 2. Na execução de alimentos travada entre o trabalhador e seus dependentes, a CEF é terceira interessada. 3. A impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS e do PIS frente à execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de status constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor. 4. **O princípio da proporcionalidade autoriza recaia a penhora sobre os créditos do FGTS e PIS.** 5. Recurso ordinário não provido. (RMS 26.540/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJ 05/09/2008) (grifos nossos).

de valores referentes à pensão alimentícia quanto a não penhorabilidade dos valores em questão. Como no próprio relatório do acórdão constou, não foram encontrados outros bens em nome do executado. Então tirar do executado tais valores não seria tirar-lhe sua dignidade?

Isso quer dizer o seguinte: simplesmente argumentar que, com base na ponderação, o princípio da dignidade da pessoa humana é preponderante, pode ensejar decisões em sentidos antagônicos, porque o resultado dependerá apenas daquilo que preferencialmente o julgador interpretar como preponderante.

Como se observa, nesse caso, o que a Ministra fez foi, primeiramente, decidir qual princípio (da dignidade e subsistência humana), de acordo com seus valores pessoais, deveria ser assegurado. Assim, ela entendeu que dignidade da pessoa humana era garantir o recebimento dos valores correspondentes à pensão alimentícia. Logo, ao princípio da dignidade atribuiu um peso maior, ainda que não numérico, como prevê a fórmula peso de Alexy, e um peso menor à norma que impede a penhora sobre os saldos do FGTS e PIS. Só depois disso justificou: assim deveria ser porque a proporcionalidade autoriza a realização da penhora.

Aproveita-se o ensejo para aqui abrir um parêntese e aprofundar no aspecto relacionado ao preceito da dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet, em obra dedicada ao tema, leciona que a expressão dignidade humana deve ser utilizada quando se pretende referir à humanidade como um todo, ao passo que a expressão dignidade da pessoa humana deve ser aplicada quando se pretende falar do atributo da pessoa humana individualmente considerada. Reduzir tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana a uma fórmula genérica e abstrata não é possível. Por outro lado, entende que isto não é um impedimento para a busca por uma definição e, por essa razão, a propõe, mesmo que em processo de reconstrução, dados os ajustes nela já realizados:

Assim sendo, temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2009b, p.67).

Não obstante, Sarlet não concebe a dignidade da pessoa humana sob uma forma absoluta. Como adepto da teoria alexyana, adota tanto a sua classificação de regras e princípios quanto as suas formas de aplicação, admitindo assim que, num caso concreto, seja realizada uma ponderação, na qual, eventualmente, pode-se ter como um dos princípios colidentes o da dignidade da pessoa humana.

Mais importante que estas questões parece ser a preocupação de Sarlet - com a qual aqui se pactua, e de certa maneira até já se adiantou acima - com a possibilidade de que tudo aquilo que está protegido pela Constituição ser associado pelo juiz à dignidade da pessoa humana. Diante do argumento de se estar protegendo a dignidade da pessoa humana, pode-se sustentar a necessidade de proteção de tudo o que consta do texto constitucional. É que a baixa densidade normativa do referido princípio pode ser facilmente aproveitada para fundamentar as mais triviais pretensões:

Aplica-se aqui a concepção subjacente ao pensamento de Laurence Tribe, no sentido de que **a dignidade** (assim como a Constituição) **não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver**, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada. (...) Assim, resulta evidente (também neste contexto) que **nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa**.

O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que **o princípio da dignidade da pessoa humana** assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de **critério basilar, mas não exclusivo**, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas). (SARLET, 2009b, p.110-111) (grifos nossos).

Mais adiante, Sarlet acrescenta que:

É preciso retomar aqui a noção de que a dignidade, sendo um conceito necessariamente aberto, relacional e comunicativo e, para além disso, histórico-cultural, não pode servir como justificação para uma espécie de fundamentalismo (ou tirania) da dignidade (...). (SARLET, 2009b, p. 151).

Sendo o argumento de defesa ao princípio da dignidade humana acatado com exclusividade para a proteção de direitos triviais, que, ou não se relacionam com o

referido princípio ou o fazem de maneira bem sutil, haverá, certamente, decisões de cunho decisionista⁸⁰, evidenciando a contingência do Direito.

Além disso, o princípio da dignidade humana é apenas uma previsão constitucional (importantíssima, claro, mas única). Uma análise do caso concreto, como se propõe, abarca muito mais que um único aspecto, sequer se prende a uma análise sistemática (restrita, por exemplo, a apenas uma área do Direito). Isso será explicitado na análise do Senso de Adequabilidade, no próximo capítulo.

Cabe mencionar também as contribuições críticas de Dimitri Dimoulis. Ao lecionar sobre densidade normativa, anota que os operadores do Direito muitas vezes se sentem angustiados diante da necessidade de resolver problemas concretos com base em normas abstratas, obscuras e contraditórias. Que, nestes casos, acabam alegando que sua preferência pessoal espelha a verdadeira vontade do criador da norma ou decorre de princípios fundamentais. Explica, ainda, que a tendência de enxergar o direito em vigor em termos de princípios, considerando que a solução dos problemas concretos deva ser resolvida pela ponderação, é uma opção metodológica irracional, já de que o princípio não pode ajudar na formulação de uma solução concreta: “Pensando em casos que ocuparam recentemente o espaço jurídico no Brasil, o princípio da dignidade humana não permite dizer o que deve ser juridicamente decidido em relação à clonagem e à pesquisa biogenética.” (DIMOULIS, 2006, p.253).

Voltando, agora, à análise crítica da teoria alexyana, também é ilustrativo o caso do *habeas corpus* n. 76.686, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça e teve como relator o Ministro Nilson Naves, cuja decisão foi publicada em 10/11/2008⁸¹.

⁸⁰ “(...) já estamos convictos de que (...) também e acima de tudo em matéria de dignidade da pessoa humana não se deve e nem se pode legitimamente dizer e aceitar qualquer coisa, pois mesmo que se venha a oscilar entre uma hermenêutica pautada pela melhor resposta possível ou única resposta correta, qualquer uma das alternativas, consoante, de resto, já sinalado, repudia um voluntarismo hermenêutico arbitrário e, portanto, também constitucionalmente ilegítimo.” (SARLET, 2009b, p.153).

⁸¹ Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. **Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc.** É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana

O impetrante requereu a nulidade de processo penal, em razão de tê-lo sido instaurado com base em provas ilícitas, quer dizer, sucessivas interceptações telefônicas. O Ministro entendeu que existia no caso um “conflito (aparente) de normas”, a ser resolvido “a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc”.

Com a devida licença, ainda que sejam consideradas todas as linhas que fundamentaram a decisão do Ministro (que falou até em vontade do legislador) e, embora ele não tenha feito referência expressa à Teoria da Ponderação de Alexy, nem aos subprincípios da proporcionalidade, entende-se que, quando ele reduziu o problema ao conflito aparente de normas e optou por uma delas, realizou uma opção pessoal (preferencial), equiparando os princípios que asseguram a liberdade e intimidade da pessoa a valores e, em decorrência, considerando-os preponderantes, em detrimento dos princípios que asseguram a investigação criminal.

Observa-se, novamente, que também aqui a tal ponderação poderia justificar decisão em sentido oposto, bastando para tanto que, ao realizar sua análise teleológica, o Ministro entendesse como preponderante a investigação criminal e não a liberdade e intimidade da pessoa.

É ainda mais ilustrativo um terceiro caso, que será relatado sumariamente ⁸². A Prefeitura de um Município de Minas Gerais e o Ministério Público Estadual firmaram Termo de Conduta, por meio do qual a primeira se obrigou a recolher mais de oito mil exemplares de um livro distribuído aos alunos da rede pública municipal.

(Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HC 76.686/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 09/09/2008, DJ 10/11/2008) (grifos nossos).

⁸² DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIBERDADE DE CRENÇA. ESTADO LAICO. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE VALORES. Em razão do princípio da unidade da Constituição, o intérprete, ao se deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, promoveriam soluções contrárias à demanda, deve **lançar mão da técnica da ponderação de valores, de modo a aplicar aquele que preserve o máximo de cada um dos valores em conflito**, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido. Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MPMG e Município para o recolhimento de livro distribuído aos alunos da rede municipal de ensino, sob o argumento do mesmo discriminar determinada crença. Mitigação do direito do autor em detrimento do direito à liberdade de crença religiosa e o princípio da laicidade do Estado. Conclusão razoável e menos gravosa, na medida em que se beneficia uma ampla gama de pessoas que se sentiram lesadas pelo ato de distribuição da obra literária. (MS 1.0024.06.073260-9/001, Rel. Desembargadora Maria Elza, Quinta Câmara Cível, julgado em 10/05/2007, DJ 22/05/2007) (grifos nossos).

O referido livro seria discriminatório e atentatório a determinada religião de matiz africana.

O autor do livro entendeu que o Termo de Conduta era um ato de censura e ajuizou ação requerendo a sua nulidade. Seu pedido foi deferido, no entanto, o Ministério Público recorreu da sentença.

Em sede de recurso, a Relatora Maria Elza - do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da 5ª. Câmara Cível - adotou a Teoria da Ponderação de Alexy, e considerou o seguinte:

Certo é que vivemos em uma fase histórica do Direito em que resta patente a ascensão dos princípios, estando eles dotados de alta carga axiológica e dimensão ética, aos quais os intérpretes têm atribuído ampla eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata.

(...) o intérprete, ao se deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, mostram-se contrários à solução da demanda, deve lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a aplicar aquele princípio preservando o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido.

(...)

Diante desse quadro de conflito, resta ao intérprete e aplicador do Direito, portanto, definir qual ou quais princípios deverão prevalecer sobre o caso em análise, através do exercício de um juízo de ponderação de valores, utilizando, para tanto, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade⁸³ para chegar a uma solução adequada e justa ao caso concreto. (MS 1.0024.06.073260-9/001, Rel. Desembargadora Maria Elza, Quinta Câmara Cível, julgado em 10/05/2007, DJ 22/05/2007) (grifos nossos).

Com essa fundamentação, a Desembargadora reduziu a controvérsia do caso à colisão entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio da liberdade de crença, optando, a partir de um critério pessoal, pelo segundo.

Justificou mais, assim afirmando:

(...) o direito do impetrante a ver sua obra distribuída a milhares de alunos municipais cede diante da defesa de interesses de uma ampla fração da sociedade que se sentiu ferida ao ver a fé que professa relacionada a rituais e atos de maldade e vingança. Lesado se torna o direito à liberdade de crença quando às crianças e adolescentes é promovida uma visão deturpada de determinada religião, sobretudo quando a prática ocorre com

⁸³ Virgílio Afonso da Silva jamais perdoaria o emprego equivocado do princípio da proporcionalidade por parte da Relatora, que o equipara à razoabilidade. Virgílio anota, corretamente, que a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura, sendo que o teste sobre a (ir) razoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exigem, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis. Além disso, um ato considerado desproporcional não será necessariamente irrazoável, eis que a aferição da desproporção prescinde de que o ato seja extremamente irrazoável. (SILVA, V., 2002, p.23-50).

o aval e promoção do Estado a quem incumbe isentar-se de qualquer ato que tenha o condão de menosprezar ou denegrir a imagem de determinada religião. (MS 1.0024.06.073260-9/001, Rel. Desembargadora Maria Elza, Quinta Câmara Cível, julgado em 10/05/2007, DJ 22/05/2007).

O discurso impressiona e é, certamente, louvável a preocupação da magistrada com a formação e educação de crianças. Mas, a crítica se refere ao fato de o método da Ponderação de Valores ensejar decisões em sentidos opostos.

E assim se conclui a respeito. Com base na Teoria da Ponderação de Valores, o mesmo caso pode ser decidido em sentido oposto, basta para tanto que o princípio equiparado a valor, tido como mais importante, fosse o da liberdade de expressão e não a liberdade de crença. Isso evidencia que decisões baseadas na tal ponderação são de cunho teleológico e, portanto, violadores do caráter deontológico, bem como do código binário do Direito.

Há, na jurisprudência, inúmeros outros casos em que os juízes incorrem no mesmo erro. Seria possível elaborar uma dissertação dedicada apenas a sua análise, mas este não é o objeto deste trabalho⁸⁴.

Verifica-se que a decisão é prévia à adoção do método. Realiza-se solipsisticamente, de acordo com a realidade de mundo do “eu” do julgador, e monologicamente, em um discurso unilateral, posto que também se restringe ao “eu” do julgador. E, só depois, com a decisão já tomada, é que então se aplica o método.

Comprova-se que o método é capaz de justificar qualquer posição e, pior, qualquer posição de caráter pessoal do juiz. Afinal, se ele decide solipsista e monologicamente, decide com base em suas preferências pessoais, em seus próprios valores. Percebe-se a proximidade entre essa prática jurídica e o paradigma da Filosofia da Consciência.

Ocorre que valores são diferentes de normas jurídicas e o Direito é formado por normas jurídicas. A ingenuidade não chega a ponto de se considerar que as normas nada têm de valores. É verdade que as normas jurídicas estão impregnadas de valores. Sem dúvida, o que lhes deu origem em parte foram os valores de uma sociedade. Estes, no entanto, debatidos em momento anterior ao da aplicação das normas, na sua elaboração. Por outro lado, o fato de os valores ensejarem a

⁸⁴ Álvaro Cruz apresenta um caso bastante ilustrativo, que tramitou na comarca de Joinville, Santa Catarina, nos autos 0038.03.008229-0, a respeito do qual se falará mais adiante. De antemão, sugere-se a leitura de Álvaro Cruz, *Habermas e o Direito Brasileiro*, 2006, p.142.

discussão e elaboração das normas não significa que as normas se confundem com os valores.

Habermas esclarece sobre a diferença entre princípios e valores. De acordo com o autor, as normas possuem um caráter deontológico e, por isso, obrigam igualmente todos os seus destinatários. Têm uma pretensão de validade binária, logo, ou são válidas ou inválidas, de maneira que não podem contradizer uma a outra. Já os valores possuem caráter teleológico, expressam preferências, e, exatamente por isto, admitem uma graduação em relação aos bens mais ou menos atrativos. Além disso, os valores distintos concorrem entre si para ter primazia. É em razão de tais diferenças que normas e valores não podem ser aplicados da mesma forma⁸⁵.

O próprio Alexy (2008, p.145) dedica parte de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* para esclarecer as diferenças existentes entre caráter deontológico, axiológico e antropológico. Ele apropria-se da conceituação de Von Wrigth para distinguir três grupos de conceitos: o deontológico, o conceito de dever ou de dever-ser; o axiológico, conceito de bom; e o antropológico, conceito de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

Em seguida, Alexy destaca que princípios e valores estão intimamente relacionados porque ambos podem colidir e, portanto, podem ser sopesados, bem como porque ambos são realizados de maneira gradual. Todavia, anota que princípios e valores se diferem, tendo em vista que os princípios são mandamentos

⁸⁵ “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem como uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente para todos. Ao passo que a atratividade dos valores tem o sentido relativo de apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões”. (HABERMAS, v.I, 2003, p. 316-317).

de otimização do âmbito deontológico, enquanto os valores fazem parte do âmbito axiológico.

Não obstante essas percepções, por meio das quais Alexy considerou a diferença entre caráter deontológico e axiológico, ao elaborar sua Teoria da Ponderação e definir os princípios como mandamentos de otimização, ele acabou por equiparar os princípios aos valores. Isto é evidente em sua afirmativa de que princípios podem ser sopesados da mesma maneira que os valores ⁸⁶.

Assim, ainda que de maneira velada, Alexy construiu uma teoria que dá suporte para que juízes apliquem os princípios jurídicos como se fossem seus próprios valores, de acordo com suas preferências.

Ao fazê-lo, instituiu no Direito a aplicação que assimila aquilo que é bom, aquilo que é vantajoso, preferível, sob a ótica pessoal do juiz. Este, portanto, na linha alexyana, não realiza uma análise relativa ao dever ser, mas uma análise de custos e vantagens, ou seja, uma análise teleológica de normas, de cunho evidentemente decisionista.

É claro que os juízes têm preferências pessoais e preconceitos, não são neutros. Por outro lado, devem ser imparciais. Embora tenham preconceitos, como já havia constatado Gadamer, estes não devem ensejar decisões prévias. É preciso que haja uma construção hermenêutica discursiva ou, nas palavras de Leonardo Araujo Ferraz (2009, p.159), é necessário que o julgador proceda a um “exercício de alteridade e de conformação aos contornos da juridicidade”.

A equiparação dos princípios aos valores desconsidera, por completo, o caráter deontológico do Direito, bem como seu código binário (válido/inválido; lícito/ilícito). Por isso, pode-se afirmar que a aplicação de princípios jurídicos fundamentada na Teoria da Ponderação de Alexy desnatura o Direito, ou seja, tira dele aquilo que o faz ser um Sistema Jurídico. Por vezes, o transforma em Política.

Explicando melhor. O local adequado para se debater acerca da preponderância dos valores, que lutam para estabelecer primazia uns sobre os outros, é o espaço político e não o espaço jurídico. Isso significa que a ponderação de valores deve ser realizada em momento anterior ao da aplicação das normas, na

⁸⁶ “Dado que os direitos desempenham no discurso jurídico o papel de razões ponderáveis entre si, Alexy vê nisso a confirmação de sua concepção, segundo a qual se podem tratar princípios como valores”. (HABERMAS, 2007 p.368).

elaboração destas⁸⁷. É claro que nesta elaboração deve haver o maior nível de participação possível dos cidadãos.

A esfera pública e o âmbito político é que são os espaços adequados para o estabelecimento de barganhas políticas legítimas (morais)⁸⁸, por meio das quais se estabelece quais os princípios/interesses são preponderantes e, portanto, quais deles serão traduzidos para a linguagem jurídica, em forma de normas protegidas pela Constituição.

Seguindo a linha Habermasiana, entende-se que, ao adotarem a Teoria da Ponderação de Alexy, os juízes correm o risco de provocar uma inversão no escalonamento de valores realizado em âmbito político. O que, num momento anterior, havia sido definido na esfera política, legitimada para tanto, agora é invertido pela esfera jurídica, em caráter casuístico, e de acordo com os valores pessoais dos julgadores. Isso transforma a jurisprudência em legislador constituinte. A postura é de cunho extremamente ativista.

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídica pela compreensão deontológica de normas e princípios do Direito. (HABERMAS, 2003, p.321).

Esclarece-se que não se defende a impossibilidade de os juízes fazerem revisão de atos políticos para realizar a concretização de direitos sociais previstos constitucionalmente, ou analisarem a constitucionalidade de leis. De forma alguma. O que se questiona é a forma pela qual isso tem sido feito, haja vista que, por vezes, o Direito tem se desnaturado em Política.

E, frise-se: não se propõe aqui atitude de indiferença ou insensibilidade em relação aos problemas sociais. Porém, isso não significa que se permita desnaturar o Direito. A questão vai além de eventual violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Trata-se de desnaturar o Direito, ou seja, transformá-lo em Política.

⁸⁷ Voltaremos a tratar deste aspecto no tópico em que dissertarmos sobre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, como pensados por Klaus Günther e Jürgen Habermas.

⁸⁸ Denomina-se barganha legítima aquela típica da Ciência Política, aquela que representa uma disputa entre representantes dos cidadãos pela prioridade na concretização de direitos. Ficam, portanto, excluídas do que se chama barganha legítima o que tem sido praxe na política brasileira, ou seja, o pagamento de propina, mensalão, ou coisas do gênero em troca de votos parlamentares.

Além disso, o decisionismo possível pelo método da Ponderação de Valores implica a irracionalidade das decisões judiciais⁸⁹. O próprio Alexy (2008, p.594) admite que o sopesamento nem sempre determina um resultado de forma racional, mas que, como em alguns casos é possível que o resultado seja racionalmente justificado, isso por si só seria suficiente para se defender o sopesamento como método.

O fato de em alguns casos o sopesamento indicar um resultado de forma racional não pode ser tido como suficiente. Se é que existe alguma racionalidade na teoria ora criticada, trata-se de uma racionalidade teleológica e não deontológica.

Outro problema da Teoria da Ponderação refere-se à equivocada ideia de matematização do sopesamento. Esta, na verdade, representa uma busca pelo estabelecimento de uma relação de causa e efeito para as relações jurídicas, o que é típico da Filosofia da Consciência, e incompatível com a Ciência Jurídica.

Alexy não percebe que a atribuição dos números 1 (um), 2 (dois) e 4 (quatro) ou a atribuição de graus leve, moderado ou sério à intervenção e importância de princípios é arbitrária. (FERRAZ, 2009).

Qual a racionalidade em atribuir peso 2 (dois), por exemplo, a uma determinada intervenção e peso 4 (quatro) à importância de um determinado princípio? Valorar a intervenção a um princípio em leve (1), moderado (2) e sério (4) não é aplicar o Direito como convencionado. Qual o critério adotado para se atribuir um grau de intervenção ou de importância a um princípio? O critério da escolha pessoal e preferencial do juiz?

Mais uma vez: o que acontece, na realidade, é que o julgador, já tendo optado (solipsista e monologicamente) por um dos princípios colidentes, atribui-lhe arbitrariamente um peso maior, quando comparado aos demais princípios. Não há como defender legitimidade, e nem mesmo a racionalidade de uma decisão judicial proferida nestes termos. Sendo assim, onde está a racionalidade de decisões judiciais que evidenciam a preferência pessoal dos julgadores por este ou aquele princípio? Quem está legitimado a atribuir este ou aquele peso a determinado princípio? A utilização da ponderação de valores, no Brasil, ainda assume outra

⁸⁹ “Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.” (HABERMAS, v.I, 2003, p.321-322).

peculiaridade. Por desconhecimento ou falta de rigor científico, o método de Alexy não é corretamente aplicado pela jurisprudência brasileira⁹⁰.

4.6 Análise econômica do Direito de Richard Posner

4.6.1 Algumas considerações sobre seu conteúdo

Dedica-se este tópico a um breve estudo acerca da Análise Econômica do Direito, porque se trata de uma doutrina que, embora alicerçada em outros fundamentos, surgiu, assim como a Teoria da Ponderação de Alexy, de uma tentativa de superação da aplicação positivista e subsuntiva do Direito, mas acabou por incorrer em sérios problemas similares aos daquela.

A doutrina da Análise Econômica do Direito surgiu nos Estados Unidos com a denominação *Laws and Economics*, e tem como seu principal expoente Richard Posner. Aliás, o surgimento da Análise Econômica do Direito é identificado com a publicação da obra de Posner, que levou este título e foi lançada em 1958.

A Análise Econômica do Direito, por ser utilitarista, tem suas raízes na filosofia de Jeremy Bentham. Este reduzia os indivíduos a seres preocupados apenas com seus interesses particulares. Os indivíduos, para Bentham, eram apenas maximizadores racionais dos seus interesses/utilidades, por meio do estabelecimento do maior benefício pelo menor custo.

O ideal utilitarista foi transportado para o Direito, dando origem à Análise Econômica do Direito - de acordo com a qual, o Direito deveria ser aplicado a partir da análise de custo/benefício, seja no âmbito das utilidades individuais, seja no âmbito da riqueza social.

Para a Análise Econômica do Direito, a maximização das utilidades individuais se realizaria de acordo com o critério de Vilfredo Pareto, segundo o qual uma distribuição de recursos é suficiente, se for impossível aumentar a utilidade (que aqui é sinônimo de bem-estar) de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra.

⁹⁰ Idem nota 83.

Já a maximização da riqueza social significa que a distribuição de riqueza social significa que a distribuição de recursos é suficiente quando promove a máxima riqueza social possível. Assim, a Análise Econômica do Direito admite que a alocação de recursos públicos seja realizada pelo Direito. (GALDINO, 2005, p.242-243).

A grande questão é que a máxima utilitarista (custo/benefício), aplicada ao Direito, torna a justiça sinônimo de eficiência: uma sociedade passa a ser considerada cada vez mais justa, quanto maior for sua riqueza social global. (GALDINO, 2005, p.242-243).

Além de utilitarista, a Análise Econômica é identificada como uma doutrina consequencialista. Na verdade, um caráter é decorrente do outro. Exatamente porque uma decisão judicial deve se ater à análise de custo/benefício e, portanto, à eficiência de seus resultados, é que ela é consequencialista. Uma decisão judicial deve ser prolatada em consonância com os resultados por ela promovidos. Ou uma decisão judicial fundamentada na Análise Econômica do Direito é justa apenas quando leva em consideração seus efeitos sob a ótica da eficiência econômica, obtida pela conjugação do maior benefício com o menor custo.

Em suma, a Análise Econômica do Direito é utilitarista porque defende que as decisões judiciais devem ser elaboradas de acordo com a máxima do custo/benefício; e é consequencialista porque defende que a proteção de um Direito Fundamental depende das consequências decorrentes de sua proteção.

4.6.2 Análise crítica da teoria da análise econômica do Direito

Apesar de se reconhecer o mérito da Análise Econômica do Direito em promover um debate acerca da influência que a Ciência Econômica exerce sobre os homens e, por consequência, no Direito, como ciência social aplicada, não se trata de teoria mais adequada para embasar a aplicação do Direito.

O homem não pode, como pretende a Análise Econômica do Direito, ser reduzido a mero otimizador de seus interesses, como egoísta a ponto de pensar apenas em seus próprios interesses e utilidades. Isso não se coaduna com a realidade humana, pois o homem apresenta outras facetas, outras dimensões. Além

dos interesses egoístas, que certamente existem, há também nos homens uma dimensão altruísta, além de preceitos morais e éticos, que, algumas vezes, se sobrepõem aos seus desejos mesquinhos e individualistas. Caso contrário, como se explicaria o fato de algumas pessoas conduzirem a vida em razão das necessidades e interesses de outras pessoas?

Também é absurda a defesa de decisões judiciais fundamentadas na máxima da eficiência econômica, como sinônima de justiça. Se assim fosse, como a Análise Econômica do Direito explicaria o fato de que, justamente em países onde há muita riqueza, ainda serem encontradas situações de extrema pobreza, injustiça, exclusão e desigualdade social?

Mas, o cerne das críticas, aqui apresentadas, em relação a essa teoria vai além. A grande questão se relaciona ao fato de a Análise Econômica do Direito propor uma aplicação teleológica do Direito. Isso acontece à medida que ela transforma Direitos Fundamentais em bens que devem ser objeto de concessão, desde que a relação custo/benefício a justifique.

Esta forma de aplicação do Direito, tal qual a Teoria da Ponderação de Alexy, desconsidera o código binário do Direito, e viola, por completo, sua estrutura deontológica. As normas não são aplicadas por serem válidas e adequadas ao caso concreto, mas porque o resultado promovido por sua aplicação é bastante significativo, tendo em vista o maior benefício pelo menor custo.

A Análise Econômica do Direito promove a troca do código binário do Direito (válido/inválido; lícito/ilícito; justo/injusto) pelo código binário da economia (custo/benefício), em evidente desnaturação do Direito em Economia.

Certamente a riqueza, a eficiência e outros valores defendidos pela Ciência Econômica estão normatizados pelo Direito. E, embora tais valores econômicos legitimem normas jurídicas, não se confundem com elas. Além disso, não podem ser considerados como repostas *a priori* para a solução de todo e qualquer conflito social objeto de demanda judicial.

Por vezes, as normas relativas à eficiência econômica podem ser identificadas como as adequadas para a solução de um conflito social, afinal estão asseguradas pela Constituição. Todavia, isso apenas acontece em razão das peculiaridades do caso concreto, bem como devido a uma construção hermenêutica discursiva elaborada pelos participantes do processo, e não como critério ou método *a priori*.

A questão não se resume em definir que sistema (jurídico ou econômico) deve prevalecer. Afinal, cada um deles se presta a objetivos diferentes e assume uma estrutura diferente. O mesmo acontece com o sistema Político (minoridade/majoridade). Há uma relação de complementariedade entre esses sistemas. A Política e a Economia procuram segurança no Direito e o Direito busca legitimidade na Política, onde são definidos entre outras, as normas de cunho econômico. (CRUZ, 2007). O fato de esses sistemas provocarem inquietações no Direito e assumirem uma postura de complementariedade não significa que um possa se desnaturar no outro.

Para que argumentos extrajurídicos possam ser utilizados na aplicação do Direito, com Habermas, entende-se que é necessário realizar, antes, a sua tradução para a linguagem jurídica. Não é possível conceber a livre transição de argumentos extrajurídicos, porque estes precisam estar traduzidos para a linguagem jurídica e conformados aos contornos da juridicidade (da normatividade) para que então possam fazer parte das decisões judiciais.

Nesse sentido, referindo-se ao Direito, anota Habermas:

O que há de específico nele não reside no discurso, mas sim na conformidade jurídica de normas – discursivamente fundamentadas e aplicadas – que são firmadas politicamente, interpretadas vinculativamente e impostas sob a ameaça de sanções estatais. (...) Essas qualidades do código jurídico exigem uma 'tradução' dos argumentos pragmáticos, éticos, morais, assim como dos resultados de negociações que ingressam no sistema jurídico por meio de aconselhamentos e resoluções do legislador político e aos quais a justiça pode se referir ao fundamentar suas sentenças. (HABERMAS, 2007, p.376 - 377).

Ao permitir a utilização de argumento de cunho econômico, não traduzidos e, portanto, não conformados à sua normatividade, a Análise Econômica do Direito permite uma livre transição de argumentos (assim como o faz a Teoria da Ponderação de Alexy), a qual viola o código binário e a estrutura deontológica do Direito.

Além disso, permite que sejam prolatadas decisões judiciais de cunho irracional, na medida em que não podem ser objeto de controle jurídico. Decisões fundamentadas em conteúdo de cunho teleológico impossibilitam a realização de um juízo de correção normativa.

Não é que aspectos econômicos devam ser desconsiderados na aplicação do Direito, até porque se referem a elementos normatizados. Por outro lado,

exatamente por se tratar de normas jurídicas não podem ser aplicadas puramente em razão da consequência que sua aplicação enseja, mas, em especial, porque são, além de obrigatórias, adequadas ao caso concreto.

5 MODELOS DE PENSAMENTO SOBRE DIREITOS NO BRASIL

O título deste capítulo coincide com o de um dos capítulos da obra *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, de Flávio Galdino. Neste, Galdino (2005) estudou as ideias mais influentes sobre os Direitos Sociais e sua concretização, no Brasil, nos últimos quarenta anos. Seu estudo objetivou demonstrar a evolução das concepções acerca dos direitos, tendo em vista a classificação que, frequentemente, lhe é atribuída pela dicotomia entre direito fundamental positivo e direito fundamental negativo.

Galdino fez um alerta importante, para o fato de que os tais modelos não pretendiam uma compartimentalização em fases estanques, mas, sim, uma identificação de tendências dominantes. Em suas palavras, “são marcadas antes pelos sinais de predominância do que pela exclusividade”. (GALDINO, 2005, p.180).

Embora se discorde da proposta final apresentada por Galdino - de inclusão dos custos dos direitos no próprio conceito de direito subjetivo – toma-se emprestada a sua categorização. É preciso esclarecer que também aqui não se pretende encaixar as doutrinas dos autores sobre os quais se fará referência de maneira rígida. Na verdade, serão utilizados os modelos de Galdino para explorar as lições de autores que, por alguma razão, se identificam com uma ou com todas as características de um dos modelos.

Antes disso, porém, considera-se pertinente esclarecer a respeito da tão difundida classificação dos direitos fundamentais em gerações e, posteriormente, em dimensões, bem como a respeito da classificação dos referidos direitos em positivos e negativos, a qual, por vezes, acaba sendo uma decorrência da primeira.

5.1 Sobre a classificação dos direitos fundamentais em gerações e, em dimensões

Os prenúncios de uma classificação dos direitos fundamentais em gerações estão nas elaborações de T. H. Marshall acerca da cidadania e, de maneira mais evidente, nas elaborações de Karel Vasak. (SAMPAIO, 2004, p.259).

É que, Marshall, em 1963, em sua obra *Sociology at the crossroads and other essays (Cidadania, Classe Social e Status)*, ao analisar o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra, dividiu-a em três elementos, e a cada um deles atribuiu uma categoria de direitos, de modo que a primeira precedia à segunda e esta precedia à terceira.

Até o momento, meu objetivo se resumiu em traçar, de modo resumido, o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra até o fim do século XIX. Com esta finalidade, dividi a cidadania em três elementos: civil, político e social. Tentei demonstrar que **os direitos civis surgiram em primeiro lugar** e se estabeleceram de um modo um tanto semelhante à forma moderna que assumiram antes da entrada em vigor da primeira Lei de Reforma, em 1832. **Os direitos políticos se seguiram aos civis**, e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX, embora o princípio da cidadania política universal não tenha sido reconhecido senão em 1918. **Os direitos sociais**, por outro lado, quase que desapareceram no século XVIII e princípio do XIX. O ressurgimento destes começou com o desenvolvimento da educação primária pública, mas não foi senão **no século XX que eles atingiram um plano de igualdade com os outros dois elementos da cidadania**. (MARSHALL, 1967, p.75) (grifos nossos).

Karel Vasak, por sua vez, em 1979, apresentou no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, uma classificação dos direitos humanos, dividida em três gerações, fundamentada em razões históricas e axiológicas. Assim, a primeira geração foi por ele identificada como decorrente das revoluções burguesas e, por isto, valorizava a liberdade. A segunda, como decorrente dos movimentos sociais e, por consequência, valorizava a igualdade. E, a terceira, decorrente dos acontecimentos pós-segunda guerra mundial, valorizava a fraternidade⁹¹.

A classificação dos Direitos Fundamentais em gerações foi importada pelo Brasil. Por aqui, a sua autoria é atribuída, ora a Marshall⁹², ora a Vasak⁹³, ora a ambos⁹⁴.

⁹¹ "(...) a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos Séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade e, finalmente, a terceira geração se nutre das duras experiências passadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a seguiu, refletirá os valores da fraternidade." (SAMPAIO, 2004, p.259).

⁹² É o caso, por exemplo, de Ingo Wolfgang Sarlet em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2007. É também o caso de Luiz Carlos Bresser Pereira em *Cidadania e Res Publica: A emergência dos Direitos Republicanos*, In: Revista de Direito Administrativo, n. 208, abril/junho, 2007.

⁹³ É o caso, por exemplo, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*, 2007. É também o caso de Paulo Bonavides em *Curso de Direito Constitucional*, 2003.

⁹⁴ É o caso, por exemplo, de José Adércio Sampaio, em *Direitos Fundamentais*, 2004.

Também por aqui o estudo dessa classificação ensejou discussões acerca da expressão “gerações”, da existência de uma possível quarta e até quinta geração de Direitos, bem como acerca de uma suposta correlação entre direitos de primeira e segunda geração, denominados direitos negativos e positivos.

Antes, porém, tomar-se-á como ponto de partida, a doutrina de Paulo Bonavides (2003), que se posiciona de acordo com a visão de que os direitos fundamentais passaram a se manifestar institucionalmente em três gerações, sucessivas e cumulativas.

Seguindo essa linha, o maior constitucionalista brasileiro, anota que os direitos de primeira geração, típicos do século XIX, identificam-se com os direitos de liberdade, que abarcam os direitos civis e políticos. Que foram os primeiros a ser reconhecidos pelas Constituições, e, atualmente, previstos em todas elas. Em oposição ao Estado, tais direitos teriam como titular o indivíduo. Enfim, seriam direitos de resistência, visavam impedir a interferência do Estado na autonomia dos indivíduos.

O autor explica também que os direitos de segunda geração - atrelados ao princípio da igualdade - identificavam-se com os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, os quais se fizeram presentes nas Constituições Pós-Guerra, dominando todo o século XX. Por sua natureza, exigiram prestações estatais e, por isso, num primeiro momento, tiveram “uma eficácia duvidosa”. (BONAVIDES, 2003, p.564). A princípio, foram consideradas meras normas programáticas⁹⁵ e, apenas numa fase seguinte, a elas foi atribuído *status* de norma de aplicabilidade imediata.

Bonavides identifica os direitos de terceira geração com a fraternidade. Por isso, os direitos desta geração vão além da proteção do indivíduo e da coletividade, para atender ao gênero humano como um todo. São exemplos desses direitos

⁹⁵ Sobre o que se entende por normas programáticas, José Afonso da Silva assevera que “Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático, que estudarmos nesta seção.” Em seguida, cita Pontes de Miranda, para quem “regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.” Mais adiante, cita a definição de Crisafulli: “Programáticas são aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades.” (SILVA, J., 2003, p.137).

aqueles ligados ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade.

Além de se debruçar sobre o estudo das três primeiras gerações, o autor acrescentou a quarta geração à classificação, na qual se enquadram os direitos à informação, ao pluralismo e à democracia (direta). Nesta democracia, a fiscalização da constitucionalidade dos direitos das quatro gerações deve ser realizada pelos cidadãos.

Destaca-se que Paulo Bonavides, apesar de usar a expressão gerações de direitos fundamentais, reconhece que o vocábulo “geração” pode induzir uma noção de sucessão cronológica, bem como de uma suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes. Ao reconhecê-lo, sugere a substituição do termo “geração” pelo termo “dimensão”.

Ingo Sarlet entende no mesmo sentido. Em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ao citar outros autores⁹⁶, posicionou-se ao lado deles, para justificar que o termo “gerações” pode transmitir uma visão equivocada de que há uma substituição gradativa de uma geração por outra.

Argumentou que o que existe é uma relação de complementariedade e não de alternância entre os direitos, o que também o leva a considerar mais adequada a utilização da expressão “dimensões” no lugar da expressão “gerações” de direitos fundamentais. Ao contrário da Teoria Geracional, a Teoria Dimensional dos Direitos Fundamentais afirma a unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Marcelo Cattoni vai adiante. Enfrenta a questão terminológica (geração/dimensão), apoiado em Paulo Bonavides, para, em seguida, afirmar que é discutível o quanto a classificação dos direitos em gerações pode contribuir para a aplicação adequada dos dispositivos que consagram tais direitos. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p.192).

Álvaro Cruz (2007, p.337) afirma que a única utilidade da classificação dos direitos fundamentais em gerações é a facilitação de uma reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais.

Voltando à doutrina de Sarlet, no que se refere às dimensões dos direitos fundamentais, é pertinente mencionar algumas de suas colocações, consideradas importantes para este trabalho.

⁹⁶ Tais como E. Riebel, A. A. Cançado Trindade, bem como o próprio Paulo Bonavides.

No que se refere aos direitos da primeira dimensão (à vida, à liberdade, à propriedade), Sarlet (2008 a, p.54) aponta que, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas⁹⁷, se identificam como direitos de defesa, pois seriam, na verdade, a garantia de não intervenção do Estado na autonomia do indivíduo. E, mais, seriam direitos de cunho negativo, à medida que indicam a ausência de conduta positiva do Estado.

Levando em conta a segunda dimensão, o autor afirma que o reconhecimento dos direitos sociais (ao trabalho, à previdência, à educação, à saúde, à moradia, etc.) se deu em razão do impacto da industrialização e de seus problemas econômicos e sociais, do surgimento das doutrinas socialistas, bem como da constatação de que a igualdade e liberdade formal eram insuficientes aos anseios dos indivíduos. Todos estes fatores ensejaram reivindicações por um comportamento ativo do Estado para a implementação da justiça social, ou seja, para prática de condutas positivas. Assim os direitos sociais são identificados como positivos ou prestacionais. (SARLET , 2008 b, p.55).

Observa-se que Sarlet identificou, ao traçar uma evolução histórica, os direitos de primeira geração com direitos de defesa, de cunho negativo, e os direitos de segunda geração com direitos positivos. No entanto, isto não o impediu de reconhecer que tanto os direitos negativos possuem certa carga prestacional quanto os direitos positivos possuem certa carga negativa.

Em que pese a denominação de direito social (cuja pertinência não se pretende aqui colocar em dúvida), o fato é que estes dispositivos – de acordo com o critério da função desempenhada – contém típicos direitos de defesa, situando-se, de acordo com abalizada doutrina, no âmbito das assim denominadas liberdades sociais (direitos sociais negativos), tornando-se a expressão em sentido amplo, já que evidentemente (ao menos no que diz com o rol dos direitos sociais na nossa Constituição) não restringe a direitos típicos de liberdade.

Da mesma forma, enquadram-se na noção de direitos sociais negativos (de cunho defensivo) os direitos subjetivos de caráter negativo (defensivo) que correspondem também à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais a prestações. Neste sentido, é possível afirmar que **assim como os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, também os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa**, representada, como já frisado, por poderes (direitos) subjetivos negativos. (SARLET, 2008 a, p.193) (grifos nossos).

⁹⁷ Entende-se que, não ao menos, mas somente no âmbito do reconhecimento nas primeiras constituições escritas, em especial nas elaboradas no contexto das revoluções burguesas, é que faz sentido catalogar alguns direitos como negativos.

Além disso, mostrou que, tanto os direitos de primeira como os de segunda dimensão, se reportam ao indivíduo, ao contrário dos direitos de terceira dimensão. Estes teriam uma titularidade coletiva ou difusa, porque se identificam como direitos de solidariedade e fraternidade, reflexos das novas reivindicações do homem, em decorrência do impacto tecnológico e do processo de descolonização do segundo pós-guerra.

Com relação ao direito que impede manipulações genéticas e ao direito de morrer com dignidade, Sarlet afirma que, embora alguns os considerem direitos de quarta geração, na verdade, são apenas novas facetas da dignidade da pessoa.

José Adércio Sampaio (2004, p.298 e ss.) também faz uma análise acerca das gerações dos direitos fundamentais e leciona que não há um consenso sobre quais e o que sejam os direitos de quarta geração, tendo em vista que diversos autores se manifestam de maneira distinta a respeito. Assim, há os que atribuem à quarta geração os direitos a uma vida saudável para as gerações futuras (Majid Tehrarian), os direitos de efetiva participação cidadã (Bonavides), os direitos bioéticos (Marco Segre, Vincenzo Baldini, Carlo Amirante), os direitos das mulheres (Spike Peterson e Laura Parisi, Diana Fox, Arlette Gautier) e até os direitos de auto-realização (Gopal Siwakoti).

Com relação aos direitos de quinta geração, Sampaio (2004, p.302) apresenta as contribuições de Tehrarian, segundo o qual a quinta geração refere-se aos direitos relacionados ao cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, e de Marzouki, para quem a quinta geração trata dos direitos oriundos das respostas à dominação biofísica, de modo a impedir o estereótipo da beleza e das medidas que provocam preconceitos.

Ainda com relação à classificação dos Direitos Fundamentais em gerações, é importante registrar as conclusões de Galdino, que entende inadequada a evolução das gerações como apresentada até agora para a descrição do fenômeno de que pretendem tratar, pelo menos no Brasil:

(...) já no que concerne ao **Brasil**, especificamente, é lícito afirmar – em linhas simplificadas – que, ao contrário do que ocorreu na prática institucional inglesa, na práxis brasileira **vieram em primeiro lugar os direitos sociais, seguidos** ao depois pela expansão **dos direitos políticos, e hoje, finalmente, pelos direitos civis**, os quais, embora prometidos, ainda restam sistematicamente violados e inacessíveis a boa parte da população. (GALDINO, 2005, p.171) (grifos nossos).

A assertiva de Galdino faz sentido quando se observa que - enquanto a Europa vivia a consagração dos direitos individuais decorrentes das revoluções burguesas (final do século XVIII) - o cenário brasileiro refletia um Império onde não havia a efetividade de quaisquer direitos. O que existia era a herança de um país sem cidadãos, sem liberdade. Lembra-se que, apenas em 1888, o Brasil libertou seus escravos. Por outro lado, desde 1822 até 1930, houve eleições ininterruptas, embora até 1891 com voto censitário. Os direitos sociais só apareceram depois da revolução de 1930, mais especificamente, a partir de 1937, associados a um Estado Totalitário, totalmente apartado da garantia de direitos individuais. Os direitos políticos foram garantidos novamente entre os anos de 1945 e 1964, e, mais uma vez, interrompidos. Apenas em 1985, iniciou-se um processo de redemocratização e de pretensa garantia de direitos, em toda a sua amplitude (ou, se se preferir, em todas as suas dimensões).

Seria possível fazer uma dissertação inteira apenas sobre os posicionamentos dos diversos juristas acerca da classificação dos direitos fundamentais em gerações/dimensões. No entanto, este não é o objetivo. Entende-se que essa classificação só faz sentido para uma melhor compreensão a respeito das lutas pelos direitos do homem. Considera-se importante, pois, para os fins deste trabalho, apenas a menção dos posicionamentos anteriores.

5.2 Modelos de pensamento sobre os direitos sociais no Brasil

Feitos os esclarecimentos a respeito das classificações dos direitos fundamentais em gerações/dimensões e, em negativos e positivos, passa-se à análise dos cinco modelos de pensamento sobre os direitos, difundidos no Brasil, seguindo a linha de Flávio Galdino:

- I) Modelo Teórico da Indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico.
- II) Modelo Teórico do Reconhecimento: a produção intelectual funda-se no reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos.

III) Modelo Teórico da Utopia: a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.

IV) Modelo Teórico a Verificação da Limitação dos Recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível.

V) Modelo Teórico dos Custos dos Direitos: revela a superação dos modelos anteriores; tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais. (GALDINO, 2005, p.181).

Ao discorrer sobre os modelos, será feita uma menção às lições de alguns juristas sobre o tema. Muitos outros, também importantes ou tão importantes quanto⁹⁸, não serão objeto de análise, tendo em vista que não haveria tempo nem espaço para falar a respeito de todos. Além disso, abarcar um maior número de autores, apenas tornaria a leitura deste trabalho repetitiva e cansativa. Aproveita-se a oportunidade para esclarecer que houve opção por aqueles cujos pensamentos são mais clarividentes nos aspectos que se quer destacar.

5.2.1 Modelo Teórico da Indiferença

O primeiro dos modelos (Modelo da Indiferença) identifica-se com a fase na qual foram reconhecidos apenas os direitos individuais, ainda por influência da Revolução Francesa de 1789. Predominava a ideia de que os direitos de liberdade eram imanentes ao homem e, portanto, anteriores ao próprio Estado, de maneira que cabia a este apenas declará-los.

A preocupação se restringia à garantia de direitos individuais, entendidos como aqueles para cuja efetivação era necessária tão-somente a abstenção estatal⁹⁹.

⁹⁸ Por exemplo, Luciano Benetti Timm, Gustavo Amaral, Gilberto Bercovici, Eduardo Mendonça, Eduardo Appio, Luiz Roberto Barroso, Alexandre Santos Aragão, Fábio Konder Comparato, Jean Carlos Dias, entre tantos outros que já produziram importantes trabalhos sobre o tema.

⁹⁹ Rui Barbosa, citando A. Eismen (Paris, 1896), trata dos direitos individuais a partir de uma concepção puramente abstenseísta: “Todos os direitos individuais, diz Eimen, apresentam um caráter comum: limitam os direitos do Estado; mas não lhe impõe nenhum serviço positivo, não o adscvem a prestação alguma em proveito dos cidadãos. Cumpre que o Estado se abstenha de certas ingerências, para deixar livre a atividade individual; mas o indivíduo, nesse terreno nada mais tem que reclamar... Da noção e do domínio dos direitos individuais, nos afastamos quando se requer do Estado que faça alguma coisa, e não somente que deixe livre o campo ao esforço individual.” (BARBOSA, 1978, p.93).

Nesse modelo não havia espaço para se debater acerca de prestações estatais necessárias a sua efetivação. A verdade é que, neste momento, não se levava em conta a necessidade de prestações estatais para a efetivação de direitos.

Na realidade, não há aqui uma percepção de características típicas dos direitos sociais em relação aos outros direitos. Sequer havia estudos específicos sobre os direitos sociais. A visão dos direitos individuais era universal e abarcava todos os demais. Enfim, concebia-se apenas um único modelo para o que se achava ser os direitos fundamentais.

O Brasil consagrou os direitos individuais em momento posterior, de modo que não se pode identificar esse modelo na doutrina brasileira. Sendo assim, apenas a sua menção é suficiente.

5.2.2 Modelo Teórico do Reconhecimento

O modelo Teórico do Reconhecimento surgiu a partir da positivação dos direitos sociais e econômicos. Resultou de uma conquista decorrente da luta contra as sequelas deixadas pela abstenção do Estado Liberal, em especial na seara econômica, com reflexos muito sérios no âmbito social, o que teria ensejado a intervenção e atuação estatal¹⁰⁰.

Por outro lado, neste momento, ainda não se levava em consideração a questão da efetividade de tais direitos. Assim, esse modo de pensar os direitos representou um avanço por incluir os direitos sociais e econômicos na ordem jurídica e, conseqüentemente, reconhecer que certas situações jurídicas exigem uma prestação positiva do Estado. No entanto, ainda não promoveu uma preocupação ou debate com relação a sua efetividade.

Foi a partir da positivação dos direitos sociais e, portanto, deste modelo que se realizou a distinção entre direito positivo e negativo. Na verdade, a autoria dessa classificação é atribuída a Isaiah Berlin, que a teria formulado numa Conferência na

¹⁰⁰ “A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar-social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo Welfare State, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade.” (LAFER, 1988, p.127).

Universidade de Oxford, em 1958. Isaiah Berlin teria elaborado a classificação no período da Guerra Fria, quando então defendeu a preponderância da liberdade negativa em detrimento da positiva; além disso, Berlin mencionou liberdade positiva no sentido de autogoverno e participação, sem tocar no caráter prestacional dos direitos. (GALDINO, 2005, p.148).

De acordo com tal classificação, os direitos civis (os de primeira dimensão) seriam considerados direitos negativos; e os direitos sociais (os de segunda dimensão), positivos. (PEREIRA, 1997, p.157-158).

Já, por aqui, Pontes de Miranda, ainda em seus *Comentários à Constituição de 1946*, tratou da questão sob a ótica da atuação estatal, ou seja, tendo em vista a necessidade ou não de prestação do Estado para a efetivação dos direitos:

É de advertir-se, porém, em que, falando-se de **direitos fundamentais negativos e de direitos fundamentais positivos**, não se alude ao conteúdo dos direitos subjetivos fundamentais, e sim à prestação do Estado. (...) Quando se distinguem direitos fundamentais positivos e direitos fundamentais negativos apenas **se alude ao papel do Estado na prestação**, sem se fundar qualquer teoria científica do conteúdo só negativo dos direitos fundamentais. (MIRANDA, 1960, p.277) (grifos nossos).

Assim, os direitos individuais seriam negativos porque não exigiriam uma conduta positiva para sua efetivação, mas a simples abstenção do Estado - exatamente porque se trata de direitos que zelam pela autonomia do indivíduo em face da intervenção estatal. Esses direitos surgiram num momento histórico, quando se pretendia afastar a invasão do Estado na esfera de autonomia individual, para que a liberdade e a propriedade do indivíduo (sobretudo do burguês europeu) não fossem violadas. Por isso, exigiam uma conduta de abstenção e não uma conduta prestacional por parte do Estado.

Já os direitos sociais seriam positivos porque exigiriam uma conduta prestacional do Estado. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que **os direitos sociais**, como dimensão dos direitos fundamentais dos homens, **são prestações positivas proporcionadas pelo Estado** direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, **que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos**, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. (SILVA, J., 2001, p.289) (grifos nossos).

De acordo com essa concepção, a não perturbação à propriedade, por exemplo, significa a garantia de um direito negativo, ao passo que o fornecimento (pelo Estado) de um remédio para a cura de uma doença significa a garantia de um direito positivo. Além disso, a simples não perturbação não exigiria uma prestação do Estado; logo, não ensejaria o gasto de verbas públicas. Ao contrário, o fornecimento de bens ou prestação de serviços públicos ensejaria o gasto de verbas públicas.

Os grandes problemas desta concepção são os seguintes: primeiro, ignorar que a garantia de direitos individuais também exige uma conduta positiva ou prestacional por parte do Estado; segundo, não vislumbrar que a simples não intervenção do Estado também gera custos. Essa classificação acaba induzindo à equivocada ideia de que a não intervenção estatal na autonomia do indivíduo é sinônimo de não atuação, bem com de ausência de custos.

Explica-se melhor. Mesmo quando o Estado não deve intervir na autonomia do indivíduo é necessária uma atuação por parte deste. O direito à vida, por exemplo, um clássico direito individual (de primeira dimensão), embora seja classificado como um direito negativo, só pode ser garantido mediante a atuação estatal. Para sua garantia, exige-se pelo menos a estruturação de um comando policial, de um corpo de bombeiros e de um mínimo de normatização, além da organização dos três poderes. Quando um Estado cria uma hierarquia no comando policial ou no corpo de bombeiros, contrata uma instituição para realizar concurso público para as carreiras, treina o pessoal selecionado, adquire armas, veículos, equipamentos de segurança, e constrói quartéis; sua atuação é, evidentemente, comissiva, prestacional, embora tenha por escopo assegurar ao cidadão o direito de ter sua vida resguardada e não invadida. Além disso, a simples manutenção dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, necessários à criação e aplicação das normas jurídicas, evidencia uma atuação positiva do Estado.

Da mesma maneira, acontece com o direito de propriedade, classicamente considerado negativo. A propriedade de um indivíduo só pode ser resguardada a partir do momento em que o Estado se movimenta: por exemplo, presta serviços cartorários, de segurança, normatizadores, e mantém todo aquele corpo burocrático acima mencionado.

Sendo assim, não é possível entender os direitos individuais como negativos, com o argumento de que não exigem prestações estatais. E, por conseguinte, não

se pode admitir a ideia de que os direitos individuais não geram custos ao Estado. Como não? Milhões de reais são gastos com pessoal, manutenção da estrutura e burocracia estatal da qual dependem os tais direitos. A vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade dos indivíduos são garantidas (ou, pelo menos deveriam ser) em razão das verbas públicas gastas, por exemplo, com segurança. Proporcionar segurança é ato prestacional, dispendioso. Assim, não se pode pensar em direitos negativos, pois todos eles têm um cunho prestacional.

Nesse sentido, afirma Bresser Pereira:

Para se garantirem os direitos civis é também necessária uma ação positiva do Estado, implicando inclusive em custos administrativos: afinal todo o aparato clássico do Estado - poder legislativo, poder judiciário, polícia, forças armadas – existe para garantir positivamente os direitos civis, da mesma forma que o aparato social do Estado, expresso nos ministérios da educação, da saúde, da cultura, etc., além do poder judiciário e do poder legislativo, existem para garantir os direitos sociais. (PEREIRA, 1997, p.15) (grifos nossos).

De maneira mais veemente, também no mesmo sentido, posiciona-se Flávio Galdino:

Saliente-se, então, que a importante conclusão de que **todos os direitos fundamentais são positivos** não pode mais ser desconsiderada pelo pensamento jurídico brasileiro. O equívoco parece residir precisamente em considerar-se que a tutela dos direitos da liberdade consista ou possa consistir em uma pura obrigação de não fazer gratuita, isto é, uma abstenção sem custos, quando, em verdade, ela contém sempre um facere (um agir positivo) e, mais importante, qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva. (GALDINO, 2005, p.225-226) (grifos nossos).

Observa-se que estes dois autores, embora colacionados neste tópico, devem figurar entre os que defendem a linha de raciocínio do último modelo a ser apresentado, o Modelo dos Custos dos Direitos.

5.2.3 Modelo Teórico da Utopia

O Modelo Teórico da Utopia reconhece que há direitos que exigem a atuação positiva do Estado e direitos que exigem a atuação omissiva. No entanto, vislumbra

essa distinção meramente ideológica. Embora reconheça, não a considera, na prática, relevante, por não levar em conta a realidade da escassez dos recursos públicos.

Influenciado pela doutrina Kelseniana, este modelo preceitua que a questão da efetividade se reduz à previsão normativa. Que o déficit do orçamento público é uma imposição da necessidade da atuação estatal. Mais do que isto, que o reconhecimento dos direitos independe de qualquer análise ligada aos seus custos e possibilidades de concretização.

Os adeptos deste modelo pregam a justiciabilidade plena dos direitos, sejam eles individuais ou sociais; de maneira que todos possam ser exigidos do Estado, judicialmente, independentemente de seus custos. Não consideram, pois, os limites dos recursos públicos.

Galdino anota que alguns dos adeptos deste modelo desempenharam uma função importante ao denunciarem a necessidade de dar efetividade às previsões constitucionais, vistas até então como normas meramente programáticas. Por outro lado, acrescenta que esse modelo de pensamento deve ser superado por beirar a utópica ideia de ausência de limites às prestações públicas.

Paulo Bonavides parece desenvolver sua visão a respeito da concretização dos direitos sociais de forma concatenada com o modelo utópico, por entender pela justiciabilidade. É o que se pode compreender, quando o autor analisa a trajetória dos direitos sociais, de seu reconhecimento até a sua positivação como direito de aplicabilidade imediata. Observa-se que ele atrelou o problema da limitação de recursos a uma fase já superada, a de baixa normatividade, anterior mesmo à fase de reconhecimento dos direitos sociais como normas programáticas.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exequibilidade, carência ou limitação de essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que **os direitos fundamentais da 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.** (BONAVIDES, 2003, p.564-565) (grifos nossos).

No mesmo sentido, parece entender Flávia Piovesan (2004, p.59), ao citar Luiz Roberto Barroso e José Joaquim Gomes Canotilho, ao absolutizar a noção de aplicabilidade imediata e direta dos Direitos Fundamentais sem qualquer consideração a respeito da problemática dos custos dos direitos.

Andreas Krell parece ser um grande expoente deste modelo de pensamento dos direitos. Em artigo, no qual critica os serviços públicos básicos prestados no Brasil, o autor parte do pressuposto de que os direitos sociais exigem prestações materiais do Poder Público.

Nesta linha, entende que, embora as normas programáticas que preveem os direitos sociais prescrevam determinados fins e tarefas para o Estado, não podem ser entendidas como meras recomendações ou preceitos morais, porque se constituem direito diretamente aplicável. Afirma que o problema não está na falta de leis, mas na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos sociais.

É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade. (KRELL, Andreas. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.42).

Assume-se aqui posição favorável no que diz respeito à interpretação das normas apelidadas de programáticas. É preciso ver nelas, mais do que promessas ou programas orientadores.

No entanto, não se pode concordar com Krell, quando ele não admite que a reserva do possível seja utilizada no Brasil. Antes, porém, de explicitar o ponto de vista, é preciso tecer algumas considerações a respeito da concepção do autor.

Krell (2002) elabora um relato a respeito do fracasso da Constituição de Weimar, de 1919. Este foi atribuído pelos doutrinadores alemães, tanto pelo fato de

ter sido considerada uma contribuição para a radicalização da política no país nos anos 1920 e para a tomada de poder pelos nazistas em 1933, quanto por ter incorporado direitos sociais a prestações estatais em seu texto.

Os artigos que tratavam de tais direitos foram ridicularizados e apelidados de “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Tais artigos teriam reduzido o texto constitucional em nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias”, já que, em sua maioria, não poderiam ser realizados pelo Estado. (KRELL, 2002).

Em razão dessas críticas, a Constituição Alemã seguinte (1949) não incorporou normas que conferissem direitos subjetivos a prestações positivas pelo Estado. Isto, porém, não significa que houve uma objeção aos direitos sociais. Já, no âmbito jurisprudencial, tendo em vista a não previsão específica de direitos sociais na Constituição Alemã, bem como a existência de demandas pelas suas concretizações, o Tribunal Constitucional Federal daquele país tem considerado que os direitos às prestações positivas estão sujeitos à reserva do possível.

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um topos da jurisprudência constitucional alemã (Der Vorbehalt des Möglichen), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. (KRELL, 2002, p.52).

A doutrina brasileira, ao tomar como importante a limitação dos recursos públicos, passou a adotar também o argumento da reserva do possível, o que para Krell é um equívoco. De acordo com o autor, a recepção da referida reserva, no Brasil, é “fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocados”, já que, por aqui, o Estado Providência nunca foi implantado. Os problemas de exclusão social daqui seriam tão graves que não poderiam ser comparados à situação social de países membros da União Europeia e, portanto, não poderiam receber o mesmo tratamento.

Não se considera pertinente esse ponto de vista porque também no Brasil se enfrenta o problema tanto de limitação de recursos humanos, técnicos e instrumentais, quanto da limitação dos próprios recursos públicos. E, o enfrenta de maneira mais grave que em muitos países.

Os juristas e juízes não podem simplesmente fechar os olhos para esta realidade, sobretudo, na análise de ações judiciais em que, para a implementação de determinados direitos, será necessário o dispêndio imediato de recursos.

Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou (2009, p.96) também analisam o tema sob uma ótica bem parecida com a de Krell. Em recente livro publicado em conjunto, *A Defesa da Saúde um Juízo – Teoria e Prática*, debatem o direito social da saúde. Assumem uma postura de cunho ativista, apoiada na Teoria da Ponderação de Alexy, ainda que sem muito rigor para com os preceitos desta teoria. As autoras sustentam que o princípio da dignidade humana é a razão última das limitações dos direitos fundamentais, e estas não podem atingir o núcleo essencial obtido pela ponderação.

Equiparam o núcleo essencial da dignidade humana ao mínimo vital, o qual possui eficácia integral, positiva. Para as autoras, não é possível elaborar um elenco previamente definido de prestações a comporem o mínimo existencial, especialmente no que diz respeito à saúde.

Mas, mais importante que tudo isto, é constatar que, embora as autoras tenham anotado que não defendem o acesso irrestrito a quaisquer medicamentos ou tratamentos e que não ignoram a existência de limites financeiros¹⁰¹, ao tratarem especificamente da reserva do possível, considerando seu âmbito fático e jurídico, de antemão, defendem que tal reserva não se sobrepõe em se tratando de direito à saúde¹⁰².

E, vão além. Ao afirmarem que muitas decisões judiciais vêm refletindo a esperada atuação do Poder Judiciário e, em seguida, colacionarem decisões judiciais que deferiram tratamentos realizados no exterior, bem como a entrega de remédios que não estavam no rol de cobertura fixado pela Agência Nacional de Saúde, se posicionaram de maneira favorável a tais concessões, desconsiderando uma análise mais profunda da situação. Elas defendem, ainda, que o Estado tem o dever, *a priori*, de alocar recursos orçamentários para o cumprimento de prestações

¹⁰¹ SALAZAR; GROU, 2009, p.96.

¹⁰² “Quando se trata de fornecimento de serviços de saúde, procedimentos cirúrgicos, consultas médicas, medicamentos, etc., a regra geral, de fato, é a de que os órgãos públicos necessitam de disponibilidade orçamentária prévia. Todavia, a falta de alocação de recursos orçamentários (reserva do possível jurídica) necessários à compra de medicamentos ou pagamento por outros tratamentos solicitados judicialmente não subsiste diante da prestação que integra o mínimo vital, como é o caso.” (SALAZAR; GROU, ano, p.92).

garantidas prioritariamente, pela Constituição, sobretudo no que se refere às verbas utilizadas para propaganda governamental. (SALAZAR; GROU, 2009, p. 86 e ss).

Sendo assim, apesar de Salazar e Grou reconhecerem a limitação dos recursos públicos, aproximam-se enormemente do modelo de concretização de direitos sociais apresentado por Andreas Krell, ao menos no que se refere ao direito à saúde, por isso a sua inclusão neste modelo.

Aqui se abrem parênteses para se fazer uma breve menção às frequentes denúncias de corrupção realizadas no Brasil. É claro a corrupção sensibiliza e indigna os brasileiros. Sempre se depara com a prática de desvios de verbas públicas, fraudes e compra de votos dos parlamentares. Quando isso acontece, o pensamento é o seguinte: por que falar em reserva do possível? Por que limitar a concretização dos direitos sociais mais básicos às possibilidades financeiras do Estado, se os representantes do país desviam estes mesmos recursos para acalantar mordomias pessoais? Sem dúvida a corrupção aumenta ainda mais a limitação dos recursos públicos; por esse motivo, deve ser gravemente coibida. Isto implica, inclusive, a necessidade de maior participação e pressão por parte dos cidadãos.

Francamente, seria utópico pretender o fim, o extermínio da corrupção porque onde há homens, infelizmente, há a possibilidade de desvios de conduta, de práticas imorais, antiéticas. Isso não significa aceitar as práticas de corrupção de modo passivo, como espectadores, inertes. Terminantemente, não se pode admitir que a corrupção generalizada perdure e muito menos que ela se estenda a ponto de comprometer a não efetivação de direitos fundamentais por falta de recursos públicos. Por outro lado, mesmo que a corrupção seja extirpada ou que, numa visão mais realista, seja reduzida sobremaneira, ainda assim será preciso lidar com o problema da escassez dos recursos públicos frente as ilimitadas necessidades humanas.

5.2.4 Modelo Teórico da Verificação da Limitação dos Recursos

Da forma como foi apresentado por Galdino, este modelo estabelece alguns pressupostos: a distinção entre direitos negativos e direitos positivos, estabelecida

em razão da sua eficácia, bem como pelo fato de só os positivos gerarem custos ao Estado. A atuação do Estado é limitada pela receita estatal¹⁰³, de maneira que o equilíbrio orçamentário é um objetivo. Somente os direitos positivos estariam sujeitos aos limites econômicos ou financeiros, já que são os únicos que custam dinheiro.

Para Galdino, neste modelo, embora seus adeptos percebam que “a absoluta impossibilidade material faz com que a dicção normativa seja um pouco mais do que ‘o nada’ sob o prisma prático”¹⁰⁴, a questão ainda é vista de maneira predominantemente normativista e os “custos dos direitos assumem feição meramente limitativa”¹⁰⁵. Assim, neste modelo, os custos não compõem o conceito dos direitos, são externos a eles.

Não será adotada a classificação de Galdino, sugere-se outra, porque, caso contrário, não se poderia incluir, nem aqui nem nos outros modelos, autores expoentes neste debate e cujas visões apresentam peculiaridades distintas dos pressupostos anotados pelo autor para este modelo. Os autores adotados, além de reconhecerem a limitação dos recursos públicos (o que os aproxima do modelo quatro de Galdino), consideram que não só os direitos positivos podem gerar custos (o que os aproxima do modelo quinto de Galdino).

Não obstante ainda estejam, de alguma maneira, atrelados à dicotomia entre direitos positivos e negativos (alguns de forma bem branda, outros mais radicais), reconhecem que a “dimensão negativa” dos direitos positivos também pode gerar custos. Ou, ao menos percebem algo além de uma dicotomia estanque entre direitos puramente negativos e puramente positivos, o que tem implicações em suas conclusões a respeito dos custos dos direitos. Mais do que isto, enxergam a reserva do possível como princípio colidente ao mínimo existencial ou como limite dos limites dos direitos fundamentais¹⁰⁶, do que resulta uma disputa que sugerem seja resolvida pelo sopesamento, no caso concreto. Por esta razão, também não poderiam ser

¹⁰³ Observa-se, porém, que a forma de encarar esta limitação é diferente entre os autores.

¹⁰⁴ GALDINO, 2005, p.191.

¹⁰⁵ GALDINO, 2005, p.193.

¹⁰⁶ “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um dos limites para a intervenção do Estado. Mas esse limite para as restrições serve de limite também para os outros limites representados pela própria restringibilidade (princípio da proporcionalidade) e pelos instrumentos normativos utilizados pelo Estado no exercício das restrições (reserva da lei, reserva da administração, legalidade, proibição de excesso, etc.). É o que os alemães chamam de *limites dos limites ou restrições às restrições* (Schrankschranken). Diz Alexy que os ‘direitos fundamentais são restrições a sua restrição e restringibilidade’ (*Beschränkungen ihrer Einschränkung und Einsschränkbarkeit*), eis que ‘não apenas estão restringidos e são restringíveis, mas também a sua restrição e restringibilidade são restringidas’. A idéia de limite dos limites vem sendo muito utilizada no Brasil”. (TORRES, 2009, p.94-95).

inseridos no modelo quinto, segundo o qual as limitações financeiras não são um limite do limite aos direitos fundamentais, mas devem compor o próprio conceito de direito subjetivo.

Ademais, tais autores lecionam suas teorias, em regra, como variantes da Teoria da Ponderação de Alexy. Daí porque se sugere a inclusão de um novo modelo na categorização de Galdino, aqui denominado Modelo Teórico dos Alexyanos. É oportuno, como melhor maneira de introduzir o referido modelo, tecer algumas considerações a respeito da origem e significado clássico do que se chama de mínimo existencial, reserva do possível e judicialização das políticas públicas.

A concessão de direitos fundamentais sociais, atrelada à garantia de um mínimo existencial, tem sua origem na Alemanha. Além de ter sido parte das discussões anteriores à promulgação da Lei Fundamental de 1949, foi objeto de estudo da doutrina do Pós-Guerra. Nesta, Otto Bachof foi o primeiro a defender o direito a recursos mínimos para uma existência digna. Sua defesa tinha como fundamento o reconhecimento de que a dignidade humana não poderia ser resguardada apenas com a garantia de liberdades, mas com uma postura ativa do Estado. Após a sua formulação, o Tribunal Federal Administrativo reconheceu a um indivíduo desprovido de recursos o direito a um auxílio material por parte do Estado, o que posteriormente se tornou objeto de regulamentação pelo legislador infraconstitucional alemão. (SARLET, 2008 c).

Duas décadas depois, o Tribunal Constitucional Federal consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Este tribunal fundamentou o direito ao mínimo existencial na dignidade humana, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade. Daí em diante, o mínimo existencial ficou conhecido como o direito às condições mínimas de existência humana digna. (TORRES, 2009).

No Brasil, o mínimo existencial não é positivado em cláusula específica. Isso, todavia, não é indispensável, haja vista que foi consagrado por nossa Constituição, quando nesta se previu, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e, ainda, a vinculação de receitas públicas às despesas com à saúde, educação e erradicação da pobreza. No que se refere ao conteúdo, forma de proteção e concretização do mínimo existencial, na doutrina nacional há concepções nos mais diversos sentidos.

Já a Reserva do Possível foi assim mencionada, originalmente, também na Alemanha, na década de 1970, quando o Tribunal Constitucional decidiu um caso *numerus clausus*. Trata-se de uma ação cujo autor - que havia conseguido habilitação, mas não a classificação necessária para o ingresso numa universidade, em razão do número de vagas - requereu o direito de acesso ao ensino superior. O Tribunal indeferiu o pedido por considerar que o autor apenas pode pretender do Estado aquilo que ele pode exigir razoavelmente da sociedade. Para ser deferida, a prestação requerida deve se ater aos limites do razoável¹⁰⁷.

Na jurisprudência brasileira, é emblemática a decisão monocrática do Ministro Celso Mello, que extinguiu, por perda de objeto, a ADPF n. 45, na qual se questionava o veto presidencial ao dispositivo de Leis de Diretrizes Orçamentárias, que visava assegurar recursos mínimos à área da saúde, em cumprimento à Emenda Constitucional n. 29/2000. Naquela oportunidade, o Ministro Celso Mello se pronunciou nos seguintes termos:

(...) os condicionamentos impostos pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Logo em seguida, porém, o Ministro Celso Mello, na mesma decisão, anotou o seguinte:

¹⁰⁷ “Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isto deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador em sua própria responsabilidade. (...) Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social. (...) o indivíduo deve, por isso, tolerar os limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.” (SCHWABE, 2005, p. 663-664).

(...) a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45 MC/DF. DJU 04/05/2004).

Desde então, a noção da reserva do possível - como limitação aos direitos sociais ou mesmo ao direito ao mínimo existencial - tem norteado as concepções dos constitucionalistas nacionais, em especial na judicialização das políticas públicas. Aqui, abre-se um parêntese, para esclarecer a respeito do termo judicialização das políticas públicas.

Maria Paula Dallari Bucci define as políticas públicas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, 1996, p.135-136).

Tais políticas são, na verdade, das ações concretas direcionadas à concretização de direitos garantidos pela Constituição (tais como, à saúde, à educação, à moradia, ao salário mínimo, à previdência e assistência social etc.) que o poder público, na esfera do Poder Legislativo estabelece majoritariamente e, na esfera do Poder Executivo, coloca em prática. As escolhas pelas políticas públicas a serem implementadas são escolhas políticas, acontecem, ordinariamente, em deliberação dos órgãos políticos (Executivo e Legislativo). Deveriam, no entanto, extrapolar esse espaço para permitir que os próprios indivíduos, destinatários desses direitos e não somente seus representantes, pudessem escolher as prioridades para a destinação dos recursos públicos.

É mais coerente com o Estado Democrático de Direito uma maior participação dos indivíduos nos processos de deliberação política, de maneira a atuarem não somente como destinatários, mas também como co-autores¹⁰⁸.

Com relação ao fenômeno da judicialização de tais políticas, insta esclarecer que é tão crescente que vem sendo objeto de estudo não apenas no Direito, mas nas Ciências Sociais. Os especialistas desta área apresentam concepções bastante peculiares.

Vários deles, tais como Ernani Carvalho e Maria Helena Ribemboim, se apoiam na definição de judicialização, de Tate e Vallinder: “(...) é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição.” (CARVALHO, 2006, p.1).

De acordo com Ernani Carvalho, do ponto de vista macro, a judicialização pode ser entendida como a possibilidade de interferência judicial em reformas implementadas por governos eleitos, ou seja, existe judicialização quando houver possibilidade de censura constitucional futura ou quando uma decisão baseada na jurisprudência altera os resultados legislativos.

Já Maria Helena Ribemboim (2007), que também trata a respeito da judicialização da política, o faz sob a ótica da expansão do poder judicial no mundo contemporâneo.

Segundo ela, as reformas constitucionais têm transferido uma quantia do poder sem precedentes das instituições representativas para as judiciais, de forma que o Judiciário se tornou um importante ator político. Aponta que, quando o Judiciário assume esse papel, pode acabar por tornar as políticas públicas menos adaptáveis, dependendo de como suas preferências se conjugam com as preferências do Executivo e do Legislativo.

Maria Helena, mais uma vez apoiada em Tate and Vallinder, anota que a inefetividade das instituições majoritárias seria uma das condições para que se operasse a expansão do poder judicial.

O também cientista político, Matthew Taylor (2007), aborda a questão e aponta alguns aspectos importantes para a reflexão. Segundo ele, é comum supor que o Judiciário atua apenas nas políticas públicas depois de elas serem aprovadas

¹⁰⁸ “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e provadas como meros objetos. Ela deve integrá-las enquanto sujeitos.” (HÄBERLE, 1997, p.33).

pelo Legislativo, embora o Judiciário também tenha capacidade de influenciar a discussão das políticas públicas antes de elas serem aprovadas, seja por meio de pronunciamentos públicos, seja por meio de reuniões a portas fechadas entre o Executivo e o Judiciário.

Para ele, com a judicialização das políticas públicas, o Judiciário é capaz de aumentar o leque de atores que influenciam nas decisões sobre as políticas públicas¹⁰⁹. Por outro lado, também com a judicialização, surge a possibilidade de o Executivo ter que cumprir decisões contra majoritárias, mesmo quando elas são caras em termos de recursos gastos e negociações desperdiçadas.

De acordo com o autor, a proeminência do papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais é vista como algo enriquecedor ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, no campo das ciências jurídicas, também pensa Streck:

[...] no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. [...] Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2005, p.55).

De fato, é um dos propósitos do Estado Democrático de Direito sanar as sequelas deixadas pela violação aos direitos fundamentais, ainda que esta tenha sido realizada pelo próprio Estado. No entanto, é preciso ter cautela. O discurso de concretização de direitos fundamentais pelo Judiciário é legítimo, mas pode trazer sérios problemas à própria democracia, caso seja realizado de maneira excessiva. Além disso, aproveita-se o ensejo, para manifestar discordância a respeito da linha de pensamento que atribui ao Poder Judiciário o papel de protagonista no Estado Democrático de Direito. Os protagonistas deste paradigma devem ser os cidadãos atuantes e participativos das deliberações políticas e não o Poder Judiciário.

Fato é que a judicialização - entendida como a interferência do Judiciário em questões políticas ínsitas à elaboração legislativa - das políticas públicas está

¹⁰⁹ Já se considerou que a atuação do Poder Judiciário, por vezes, restringe o âmbito de um debate, que deveria ocorrer na esfera pública.

presente em um grande número de demandas judiciais no Brasil¹¹⁰. É evidenciada, por exemplo, em ações em que um indivíduo requer ao Estado o fornecimento de um medicamento ou de um tratamento médico. Ao determinar a sua concessão, o Judiciário intervém na política estabelecida para a saúde, pelos órgãos políticos. Ou, ainda, em ações em que o Ministério Público, considerando inadequada a aplicação de determinada quantia do orçamento público para um fim específico (por exemplo: para construir uma quadra poliesportiva), requer seja esta quantia aplicada para outra finalidade (por exemplo: construção de escola). Ao deferir esse tipo de requerimento, o Judiciário promove alteração nos programas sociais, muitas vezes sem atender os rigores orçamentários, e sem respeitar um escalonamento de prioridades estabelecido pelos órgãos políticos, democraticamente legitimados para tanto. Outro caso é aquele em que o Ministério Público requer judicialmente a inclusão de dotação orçamentária destinada a um determinado programa social, desejado por ele.

5.2.5 Modelo Teórico dos Alexyanos

Analisadas as questões introdutórias a respeito do mínimo existencial, da reserva do possível e do fenômeno da judicialização dos direitos sociais, prossegue-se com as lições de constitucionalistas, que, além de verificarem a limitação dos recursos públicos e considerarem os custos gerados pelos direitos (embora, como foi dito anteriormente, estejam ainda atrelados, de alguma maneira, à dicotomia entre direitos negativos e positivos) adotam a linha de raciocínio alexyana.

Apesar das críticas direcionadas à Teoria da Ponderação de Alexy, é preciso reconhecer que os autores, sobre os quais se discorrerá a seguir, fazem considerações mais avançadas quando comparados à doutrina mais clássica, o que também permite considerá-los de forma apartada.

¹¹⁰ Segundo notícia divulgada, pelo jornal Valor Econômico, de 16 de agosto de 2007, no caderno Legislação & Tributos, cinquenta por cento de todo o orçamento destinado à saúde no estado do Rio Grande do Sul tem sido comprometido com a compra de medicamentos por ordem judicial.

Como não poderia deixar de ser, apesar de este estudo pretender uma análise dos modelos teóricos de pensamento dos direitos sociais no Brasil, inicia-se a análise pelas considerações do alemão Robert Alexy, porque orienta as demais.

Alexy (2008), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, parte da dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos. Considera como direitos negativos aqueles ligados exclusivamente a uma abstenção do Estado. E considera como direitos positivos, num sentido amplo, os (1) direitos de proteção, (2) direitos à organização e procedimento e (3) direitos a prestações em sentido estrito.

Nesse contexto, Alexy analisa o que chama de Princípio da Igualdade Fática, ou seja, de “programa para a distribuição de bens socialmente distribuíveis”¹¹¹ e assume como pressupostos as seguintes afirmativas:

Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório.

Se houver uma razão suficiente para um dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório. (ALEXY, 2008, p. 421-422).

A partir dessas afirmativas, Alexy sustenta que um tratamento desigual só deve acontecer se houver uma razão suficiente para sua permissibilidade ou uma razão suficiente para sua obrigatoriedade. E, mais, anota que a igualdade fática é objeto de um princípio, que não se apresenta como uma razão definitiva, mas *prima facie*. Num caso concreto, a igualdade fática pode ceder em favor de princípios contrapostos. Isso significa que somente há um direito definitivo a um tratamento desigual se o princípio da igualdade fática prevalecer sobre os outros princípios colidentes. Assim, Alexy, apoiado em sua Teoria da Ponderação, reduz o problema da igualdade fática à análise de precedência de princípios.

Alexy concebe, exatamente da mesma maneira, o mínimo existencial¹¹². Afirmar, num primeiro momento, que é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente, pois o seu padrão jurídico-constitucional será mais baixo ou mais alto de acordo com a força dos

¹¹¹ ALEXY, 2008, p. 425.

¹¹² “Especialmente importante é a diferença entre um conteúdo minimalista e uma maximalista. O programa minimalista tem como objetivo garantir ‘ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimo’, ou seja, aquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos direitos sociais’. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma ‘realização completa’ dos direitos fundamentais, ou quando se caracteriza o direito à educação como ‘pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social’.” (ALEXY, 2008, p.502).

princípios colidentes, em cada caso concreto. Daí porque a definição do Mínimo Existencial se dá com a realização do sopesamento.

Também não é diferente quando enfrenta diretamente o problema da judicialização dos direitos sociais. Aqui, Alexy elenca argumentos favoráveis e contrários ao fenômeno. O primeiro argumento favorável apresentado por ele é baseado na liberdade, jurídica e fática. Com relação a esse argumento, uma primeira tese sustentaria que a liberdade jurídica, significando a permissão jurídica de se fazer ou deixar de se fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), ou seja, sem a possibilidade fática de se escolher uma das alternativas permitidas. Uma segunda tese sustentaria que a liberdade fática de um grande número de pessoas depende das atividades estatais.

Para Alexy, essas teses não são mais que um ponto de partida para um argumento a favor dos direitos fundamentais sociais. Por isso, complementa-as, registrando que, na verdade, a liberdade fática deve ser entendida como uma garantia que decorre diretamente dos direitos fundamentais.

A liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática. Primeiro, porque se baseia na importância da liberdade fática para o indivíduo, sobretudo, para aquele que se encontra em situação de necessidade; segundo, porque a razão de ser dos direitos fundamentais é a de que aquilo que é especialmente importante para indivíduo deve ser juridicamente protegido.

O segundo argumento favorável aos direitos fundamentais sociais, apresentado por Alexy, diz respeito ao fato da liberdade fática não ser importante apenas sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto substancial. Sendo assim, os direitos fundamentais - cujo escopo é o desenvolvimento da personalidade humana - devem garantir não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também o poder de agir fático.

Alexy apresenta também argumentos contrários à judicialização de direitos sociais. O primeiro, de cunho formal, e o segundo, substancial. O primeiro argumento contrário refere-se ao deslocamento da política social da competência parlamentar para a competência do tribunal. Esse argumento apoia-se na ideia de que como o Direito não é capaz de definir abstratamente o conteúdo de um direito, a tarefa cabe à política. Sendo assim, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, os tribunais só poderiam decidir após a decisão do legislador.

Esse argumento seria reforçado, segundo Alexy, em razão dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. Partindo do pressuposto de que os direitos sociais representam grandes custos financeiros, a política orçamentária ficaria em grande parte nas mãos do tribunal¹¹³.

Para Alexy, considerar que existe um deslocamento da política social para o tribunal para negar direitos sociais é o mesmo que violar o artigo da Constituição Alemã, que obriga os três poderes à aplicação direta dos direitos fundamentais. Por outro lado, entende que a natureza desses direitos que exigem aplicação imediata é *prima facie*, pois sofrem a limitação da reserva do possível - também não absoluta e, por isso, sujeita ao sopesamento.

Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito. (ALEXY, 2008, p.515).

Já o segundo argumento contrário é de cunho substancial. De acordo com este, os direitos fundamentais sociais são incompatíveis ou, no mínimo, colidem com normas constitucionais materiais, na medida em que essas normas garantem direitos de liberdade.

A colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade é especialmente clara no caso do direito ao trabalho. Em uma economia de mercado, o Estado tem controle apenas limitado sobre o objeto desse direito. Se ele quisesse satisfazer diretamente um direito de cada desempregado a um posto de trabalho, ele teria que ou empregar todos os desempregados nos serviços públicos existentes ou restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho. A primeira solução, pelo menos como solução geral, está fora de questão, pois conduziria nas condições existentes, simplesmente a um desemprego disfarçado pelo serviço público. A segunda conduziria ou a uma extensa restrição da competência decisória da economia privada, ou a uma eliminação dessa forma de economia. (ALEXY, 2008, p. 509).

Diante dos argumentos analisados, Alexy, propõe que a questão seja solucionada à luz da Teoria da Ponderação dos Princípios, mediante a análise da adequação, necessidade e realização do sopesamento dos princípios colidentes: de

¹¹³ Alexy considera pertinente a distinção entre direitos positivos e negativos. No entanto, identifica que existem direitos puramente negativos e direitos que, embora negativos, têm algo de positivo (que seriam os direitos de proteção). Para ele, os direitos puramente negativos não estão presos às amarras da Reserva do Possível.

um lado, a liberdade fática; e, de outro, o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária) e o princípio da liberdade jurídica de outrem.

O modelo não determina quais os direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. (...) Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral, como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica. (ALEXY, 2008, p.512)

Aqui deve-se considerar que o modelo de Alexy tem o mérito de ser concretista, na medida em que considera a busca de uma solução em razão do caso concreto, bem como o mérito de adotar a provisoriedade, já que não pretende uma resposta absoluta. No entanto, peca ao atribuir uma limitação à provisoriedade, já que, uma vez efetuado o sopesamento, a resposta torna-se definitiva.

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. É possivelmente a esse tipo de direitos mínimos que se quer fazer referência quando direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao conteúdo objetivo excedente. (ALEXY, 2008, p.517).

Além disso, o modelo proposto por Alexy apresenta ainda uma série de problemas, já apontados no capítulo anterior, tais como: o fato de ser metodológico, de permitir a utilização de uma argumentação teleológica e, via de consequência, de possibilitar a fundamentação de decisões judiciais em valores pessoais dos julgadores. Esses aspectos serão revisitados no capítulo seguinte, em comparação com os standards do senso de adequabilidade, o qual, seguindo a linha habermasiana, propõe-se que seja adotado.

Outrossim, observa-se que, embora Alexy tenha dito que não é possível definir o conteúdo do Mínimo Existencial e que o seu modelo não determina quais os direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem, ele menciona que o direito a

uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica são direitos sociais mínimos, que terão prevalência quando em colisão com os princípios que argumentam contrariamente à possibilidade de judicialização dos direitos sociais.

Assim, Alexy acaba elaborando um conteúdo prévio para o mínimo existencial, que, segundo ele, não deve ser restringido, ao menos quando advogarem contra ele apenas argumentos relativos aos efeitos orçamentários. Isso significa que Alexy considera a existência de um núcleo duro, de um mínimo sempre garantido judicialmente? Parece que sim.

Mesmo os direitos sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos orçamentários. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras. (ALEXY, 2008, p.512-513).

Do todo exposto, observa-se que, com relação ao mínimo existencial, Alexy sugere que ele sempre prevaleça sobre os argumentos de ordem financeira. Por outro lado, com relação aos direitos fundamentais sociais, que não estejam abarcados pela noção do mínimo, o autor defende a necessidade de se realizar o sopesamento, que pode conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos.

Ingo Sarlet, um jurista de conhecimentos largos, que tem dedicado toda uma vida à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais; que tem sido citado pela grande maioria da doutrina nacional; que tem sido reverenciado, inclusive, por autores que, por vezes, discordam de alguns de seus posicionamentos; que se evidencia como grande expoente na doutrina nacional e internacional, em razão de sua constante busca pela implementação de um nível cada vez mais alto de justiça social, bem como por sua defesa enfática pela maximização da eficácia dos direitos fundamentais, certamente, tem lugar de destaque em trabalhos que, como este, analisam o fenômeno da judicialização de direitos sociais.

Sarlet ocupa-se, entre tantos outros temas, da concretização de direitos fundamentais. Em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, considera pertinente manter a dicotomia entre os direitos negativos e os direitos positivos,

embora declare conhecer a teoria de Holmes e Sunstein¹¹⁴ e reconheça que há um pouco dos primeiros nos segundos e vice-versa.

De acordo com sua concepção, os direitos fundamentais são classificados de acordo com sua característica preponderante. Sendo assim, os direitos que, preponderantemente, exigem uma atitude de abstenção dos poderes estatais classificam-se como direitos negativos ou de defesa. Por outro lado, os direitos que exigem, preponderantemente, uma conduta positiva por parte do Estado, consistente em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, são classificados como direitos positivos ou prestacionais. (SARLET, 2008 a).

É nesse contexto que Sarlet reforça sua postura de considerar as liberdades sociais como direitos de defesa, tendo em vista que geram para o seu titular situações prontamente desfrutáveis.

Note-se que, embora Sarlet perceba que não há direitos puramente positivos ou puramente negativos, ele considera pertinente manter a dicotomia, em razão da característica predominante do direito ou da sua forma de manifestação em cada situação.

Assim, por exemplo, o direito à saúde será direito negativo quando se cuida de afastar (direito de defesa) eventuais condutas que venham a violar a saúde das pessoas, mas será direito a prestações (isto é, quando este for o seu objeto) de direito a prestações, o direito à saúde será direito de cunho positivo. (SARLET, 2003 b, p.217).

No que se refere à aplicabilidade, eficácia e efetividade dos direitos de defesa, Sarlet argumenta que não há maiores dificuldades. Isto se deve a três razões. A primeira refere-se ao fato das normas que consagram estes direitos terem recebido do Constituinte normatividade suficiente, de maneira que independem de concretização legislativa. A segunda se deve à previsão do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República. A terceira razão é que, em se tratando de direitos de defesa, eventual lei infraconstitucional não é indispensável à fruição do direito.

O autor também entende necessário levar em consideração questões relacionadas aos custos dos direitos e, portanto, à possibilidade de limitação à efetividade dos direitos, em razão da reserva do possível:

¹¹⁴ SARLET, 2003 b, p.216.

Assim, **não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar um 'custo'**, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos – como, de resto, esperamos demonstrar nas páginas que seguem – que para efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado **'fator custo' de todos os direitos, nunca constituiu elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo 'negativo'**. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida 'neutralidade' econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. **Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu 'custo' assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação**, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas. (SARLET, 2007, p.305) (grifos nossos).

Disto conclui-se que, embora Sarlet mantenha a dicotomia entre direitos positivos e negativos (com a ressalva de que ambos contêm elementos típicos um do outro), ele admite que ambos geram custos, embora estes nunca tenham sido impeditivos da efetivação judicial de direitos denominados negativos.

No que se refere à aplicabilidade, eficácia e efetividade dos direitos prestacionais, Sarlet (2007) percebe maiores dificuldades, quando comparadas às dos direitos de defesa. O próprio objeto e a forma mediante a qual costumam ser positivados os referidos direitos ensejariam controvérsias, segundo ele. É que os direitos prestacionais são comumente previstos pela Constituição sob a forma de normas programáticas, o que ensejaria a equivocada noção de que se trata apenas de normas de cunho ideológico ou político. Opondo-se a essa noção, Sarlet argumenta a favor da aplicabilidade imediata e, portanto, pela eficácia das normas programáticas.

Trata-se, na realidade, de um argumento que pretende limitar a concretização de direitos prestacionais. Essa limitação se relaciona à competência dos órgãos políticos legitimados para definir a respeito das políticas públicas. A questão que está em jogo aqui é o receio de afronta ao Princípio da Separação dos Poderes e, conseqüentemente, ao Estado de Direito.

Uma outra razão que dificultaria a análise da aplicabilidade, eficácia e eficiência das normas prestacionais é, para Sarlet, o fato de o custo ser um aspecto de especial relevância para a concretização de tais direitos, como adiantado acima.

Sendo assim, torna-se necessário verificar, primeiro, se o Estado tem disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos tais direitos. Depois, é necessário saber se o Estado tem disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, o que tem conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, em especial, no contexto do nosso sistema constitucional federativo. Por fim, é preciso ainda constatar se a prestação reclamada judicialmente está dentro dos limites do razoável, o que significa dizer, exemplificativamente, que um benefício de assistência social não deve ser concedido a quem dele não necessita por ter condições de prover-se com dignidade. Em consonância com essas formulações, Sarlet vislumbra três dimensões para a reserva do possível, a da disponibilidade fática de recursos, a da disponibilidade jurídica de recursos e a da razoabilidade da prestação reclamada.

Ainda, com relação à reserva do possível, Sarlet se opõe à ideia de que seja um elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou um limite imanente desses. Entende-a, ora como um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, ora como garantia dos direitos fundamentais¹¹⁵.

Quanto ao mínimo existencial, Sarlet (2008) o define como o direito às condições mínimas necessárias à existência digna de um homem, isto engloba um mínimo fisiológico, direcionado à proteção de necessidades existenciais básicas e um mínimo sociocultural, direcionado à proteção que permite ao indivíduo uma mínima inserção na vida social. Desta maneira, distingue o Mínimo Existencial do Mínimo Vital, este último direcionado apenas à garantia de sobrevivência, não abrangendo a noção de condições dignas.

¹¹⁵ “A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.” (SARLET, 2008 a, p. 307).

Assim como Alexy, Sarlet se coloca diante de argumentos favoráveis e contrários à entrega de prestações pelo Estado. Explica que a solução para a judicialização de direitos prestacionais deve ser obtida mediante a colisão e ponderação dos princípios colidentes, correspondentes àqueles argumentos.

O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes não nos parece possível. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não), resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada. (SARLET, 2008 a, p.372).

Como não poderia deixar de ser, Sarlet, em coerência com a linha que segue, explicitou seu posicionamento acerca da interpretação da norma constitucional que preceitua a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais:

(...) somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, par. 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outro, por Gomes Canotilho, Flávia Piovesan, como já ressaltado. (SARLET, 2003 b, p.223).

Mais uma vez, posiciona-se no mesmo sentido, agora, ao enfrentar especificamente o direito ao mínimo existencial¹¹⁶. Para ele, tanto os direitos que se

¹¹⁶ “Do exposto a partir da experiência germânica – (...) – resultam já pelo menos duas constatações de relevo e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subsequentes. A primeira diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos a garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e o direito à

enquadram dentro da sua noção de mínimo existencial quanto os que não se enquadram, podem ser exigidos judicialmente. Ambas as categorias estarão sujeitas, no entanto, à ponderação. Por outro lado, sabe-se de antemão que os da segunda (aqueles direitos que vão além do mínimo) têm maior chance de verem objeções à sua concretização, via judicial. E, ainda, que as da primeira (aqueles direitos que se enquadram na noção de Mínimo Existencial) não podem, definitivamente, sofrer restrições desproporcionais e/ou invasivas.

(...) ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos, enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem esses parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer. Com isso, não se está abrindo mão da premissa de que mesmo no campo da garantia do mínimo existencial há espaço para alguma ponderação (no sentido mais amplo da necessidade de opções hermenêuticas) (...) (SARLET, 2008a, p.374).

Ademais, defende que embora o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações na seara do mínimo existencial possa gerar comprometimento dos recursos públicos (especialmente em países como o Brasil, nos quais a população de miseráveis é ainda bem grande), é preciso atentar para o fato de ele não se fundamentar apenas na necessidade de recursos públicos, mas na necessidade e imposição constitucional de se priorizar as demandas cujo mínimo seja o objeto. Embora os recursos públicos sejam limitados, e isto deve ser considerado com seriedade, a reserva do possível não deve ser vista como um obstáculo definitivo, que, de antemão, impede a concretização de direitos.

Ao enfrentar o sério problema da concessão judicial de remédios e tratamentos médicos, em artigo dedicado ao tema, argumenta o seguinte:

Embora tenhamos que reconhecer a existência desses limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão

ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que **sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento do irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo. (...) A solução, portanto, está em buscar à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo**, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade. (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 5 março 2009) (grifos nossos).

Diante das colocações acima, surgem as perguntas: quando alguém precisa de um transplante de coração para viver, há uma necessidade emergencial. Então, como solucionar a pretensão (emergencial) de dois pacientes com as mesmas necessidades, se houver tão-somente um único coração disponível? Como ponderar aqui entre duas vidas?

Assim também se observa, em artigo dedicado à mesma discussão, porém relacionada ao direito à moradia:

Negar ao particular o acesso ao **atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais**, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que invocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária). O mesmo raciocínio, assim nos parece, poderá ser aplicado no que diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como **educação, assistência social** e para as condições materiais mínimas para uma existência digna, no âmbito das quais seguramente ocupa lugar de destaque a **moradia**. (SARLET, 2003 b, p.237) (grifos nossos).

Aqui cabe uma observação. Sarlet, assim como outros doutrinadores, parece apresentar uma solução para um direito específico que é diversa da preceituada em geral. Quando falam sobre o tema da judicialização como um todo, admitem, genericamente, que os direitos fundamentais sofrem limitações em razão da reserva do possível (a qual não se reduz apenas aos limites financeiros). Todavia, ao

tratarem de um determinado direito social, em especial, quando se referem à saúde, tais limitações parecem desaparecer.

Sarlet (2007) frisa também a importância do aprimoramento dos mecanismos de deliberação democrática, de planejamento político-administrativo, assim como de seu controle, da atuação do Ministério Público na implementação dos direitos sociais (o que exige cautela para evitar violação ao Princípio da Separação dos Poderes), e até da consideração da proporcionalidade. Mas, desta vez, num sentido com o qual aqui se compartilha, diferente do concebido por Alexy. Trata-se do princípio da proporcionalidade com significado da proibição do excesso e da insuficiência, como resultado da busca de uma solução equilibrada.

Ricardo Lobo Torres (2009), sob a ótica do Direito Tributário, é outro autor de destaque neste debate, e também pode ser listado como adepto do modelo analisado. Em sua obra *O Direito ao Mínimo Existencial*, o autor também define o referido direito como o direito às condições mínimas necessárias à existência humana com dignidade. Para Torres, trata-se de um direito que exige prestações positivas por parte do Estado e não pode ser objeto de sua intervenção, na via dos tributos. Desta maneira, está amparado pela imunidade tributária.

O direito ao mínimo existencial coincide aqui com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, com o seu núcleo intocável e irrestringível. (TORRES, 2009, p.35 e 85). A visão de Torres (presente de maneira semelhante em Sarlet) evidencia uma percepção do mínimo existencial com fundo material. Os autores parecem partir da ideia de que o núcleo é forjado como uma regra - acima há um princípio, que pode ser ponderado (Sarlet) ou simplesmente exigível (Torres).

Sua proteção é pré-constitucional, pois precede qualquer positivação e se fundamenta na ética, bem como na necessidade de se ter condições iniciais para o exercício da liberdade. Por isso, carece de conteúdo específico¹¹⁷.

Torres (2009, p.372) adota uma postura bastante peculiar quanto à fundamentalidade dos direitos. Ele leciona que não se pode pensar na assimilação dos direitos sociais, em toda a sua extensão, pelos fundamentais, pois a jusfundamentalidade dos direitos sociais se restringiria ao mínimo existencial. Os

¹¹⁷ "Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser provados. (...) O direito à existência deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (Da-sein) ou no ser-no-mundo (in-der-Welt-sein)." (TORRES, 2009, p. 36-37).

direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. Assim, o mínimo existencial coincide apenas com núcleo essencial dos direitos sociais. Com isto, Torres não atribui o caráter de direito fundamental aos direitos sociais, mas tão-somente ao núcleo essencial destes, o qual é, para ele, sindicável. Já os direitos sociais máximos devem ser obtidos pela cidadania reivindicatória, pela prática orçamentária a partir do processo democrático.

Sendo assim, o mínimo existencial é direito subjetivo que investe o cidadão da faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. E, é também direito objetivo, já que aparece como norma da declaração de direitos fundamentais, para abranger um campo amplo das pretensões da cidadania. (TORRES, 2009, p.396).

Assim como tenta apartar o núcleo essencial do todo dos direitos sociais, ao assumir a proteção do mínimo existencial como forma de combate à pobreza e miséria, Torres (2009, p.14) tenta ainda separar o que chama de pobreza absoluta daquilo que denomina pobreza relativa. Diz que a primeira gera a obrigatoriedade de prestação positiva por parte do Estado, constituindo direito subjetivo para o cidadão; enquanto a segunda carece de interposição legislativa na alocação de verbas necessárias à entrega de prestações vinculadas aos direitos sociais.

Mas, logo em seguida, parece perceber a incompatibilidade desta divisão com a realidade, dada a impossibilidade de um fracionamento da ação estatal. As políticas públicas e as escolhas orçamentárias são integradas e envolvem tanto questões relativas ao mínimo existencial quanto relativas aos direitos sociais¹¹⁸.

Apesar disso, insiste em fundamentar a jusfundamentalidade dos direitos sociais no mínimo existencial e, via de consequência, em distinguir os direitos sociais dos direitos fundamentais. Nesta linha, defende a maximização do mínimo existencial e a minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.

Nesse contexto, tem-se a reserva da lei orçamentária, aplicada às prestações positivas do Estado. O mínimo existencial é o resultado de restrições realizadas sob

¹¹⁸ “Sucedem que não há fronteira nítida entre mínimo existencial e máximos sociais, nem entre direitos fundamentais e direitos sociais, o que conduz a que a ação governamental se exerça por políticas públicas que englobam ambos os problemas, perdendo-se a necessária focalização e a prioridade que deveria ter a luta contra a miséria. Sem rigor nas políticas públicas focalizadas, não raro a classe média e os pobres recebem tratamento preferencial diante dos miseráveis.” (TORRES, 2009, p.17).

a reserva da lei - deve se realizar em razão das garantias de liberdade e não a depender da discricionariedade da Administração. Por isso, se há omissão do legislador, ou lacuna orçamentária, o Judiciário deve saná-la, porém de acordo com as regras constitucionais que regulam o orçamento, em especial, com as que regulam a possibilidade de abertura de créditos adicionais¹¹⁹.

Sendo assim, se não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes, Legislativo e Executivo, e não ao Judiciário. Este, apenas deve reconhecer a intangibilidade do mínimo existencial e determinar a prática dos atos orçamentários cabíveis.

Por outro lado, quando da insuficiência de verba, o Executivo deve suplantá-la, mediante autorização do Legislativo. E, não havendo dotação orçamentária necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir crédito especial, a fim de providenciar a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários.

Outro aspecto relacionado ao que a doutrina alemã chama de limites dos limites é o sequestro de recursos públicos. De acordo com o artigo 100, parágrafo 2º da Constituição, o Judiciário deve determinar o sequestro da quantia necessária à satisfação de crédito cuja devedora é a Fazenda, exclusivamente, no caso em que há preterimento de direito de precedência.

Já o artigo 78, parágrafo 4º da ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional 30/2000, estabeleceu a possibilidade de o Judiciário, a requerimento do credor, determinar o sequestro de recursos financeiros, caso tenha vencido o prazo, tenha omissão no orçamento, ou tenha sido preterido ao direito de preferência, passando a permitir o pagamento de despesa sem prévia dotação.

Recentemente, com a exacerbação da judicialização, têm sido proferidas decisões determinando o bloqueio ou o sequestro de recursos públicos, para construir creches - a requerimento do Ministério Público¹²⁰, custear tratamento médico¹²¹, fornecer remédios não disponíveis pelo Sistema Único de Saúde¹²². De

¹¹⁹ “O orçamento deve ser aprovado antes do início do exercício financeiro. A exceção se abre para os créditos adicionais, que compreendem os suplementares (destinados a reforço da dotação orçamentária, e que podem ser autorizados também na lei orçamentária), os especiais (destinados a despesa para as quais não haja dotação orçamentária específica) e os extraordinários (destinados a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública), abertos na forma do prevista no art. 165, parágrafo 8º. e no art. 167, V e parágrafos 2º. e 3º).” (TORRES, 2008 b, p.329).

¹²⁰ Ação Civil Pública que tramitou no Rio de Janeiro, na 1ª. Vara da Infância e da Juventude, de número 2003.710.004869-8.

¹²¹ Resp 820.674, Ac. Da 2ª. T., de 18.05.2006, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14.06.06.

¹²² Como tem acontecido com maior incidência no Rio Grande do Sul, conforme já foi mencionado.

acordo com o autor, esse tipo de decisão provoca uma perigosa desarticulação das políticas públicas e, ao invés de possibilitar uma judicialização das políticas públicas, gera uma judicialização das políticas orçamentárias.

Torres identifica, ainda, outros problemas orçamentários, os quais, segundo ele, somente podem ser resolvidos a partir de sua proposta de distinção entre o mínimo existencial e os direitos sociais¹²³. O primeiro problema refere-se às discussões acerca dos limites da vinculação do orçamento para o atendimento das prestações públicas de saúde e de educação. Sabe-se que, além das previsões do artigo 198 e 212 da Constituição, os quais disciplinam o financiamento da educação e saúde públicas, foram editadas as Emendas Constitucionais n. 14/1996, n. 29/2000, n. 31/2000, n. 41/2003, n. 42/2003, n. 45/2003 e n. 53/2007, que, de alguma maneira, reforçaram a referida vinculação.

Talvez a mais significativa delas seja a EC n. 29/2000, que possibilitou a interferência da União nos Estados para assegurar que apliquem o percentual exigido de sua receita para o desenvolvimento e manutenção do ensino e nas ações de serviços públicos de saúde.

Pois bem. Ocorre que os governos - federal e estaduais - deram uma interpretação ampla aos dispositivos que determinam a tal vinculação, incluindo entre as despesas, o custeio de ações de saneamento, as verbas do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e o custeio da própria assistência social, a exemplo do artigo 59, parágrafo segundo da Lei n. 10.707/2003¹²⁴. O Ministério Público, percebendo o abuso, requereu que fosse adotada interpretação estrita, de maneira que as previsões orçamentárias incluíssem entre as despesas com saúde apenas as que se referem especificamente à saúde preventiva e à saúde curativa. Ao final, a ação judicial correspondente (ADPF n. 45) foi tida por prejudicada porque o Executivo voltou atrás, vetando o tal artigo 59 da Lei n. 10.707/2003¹²⁵.

¹²³ “Nota-se, em síntese, grande avanço na problemática da efetividade dos direitos sociais no Brasil. Supera-se a fase da solução mágica a partir das regras constitucionais programáticas e se procura o caminho para a implementação de políticas públicas por meio de leis ordinárias, para a posição crítica da doutrina e para a maior participação do Judiciário, embora remanesçam alguns problemas intrincados à espera do aprofundamento do debate, designadamente no que concerne à clareza na distinção entre mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais) e direitos sociais, da qual depende a extensão do controle jurisdicional.” (TORRES, 2009, p.103).

¹²⁴ Lei n. 10.707/03, art 59 – “Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.”

¹²⁵ Idem nota 124.

Esta ação ilustra a discussão acerca da postura dos órgãos políticos, frente aos recursos públicos e à concretização de direitos sociais. Primeiro, é preciso estabelecer que as vinculações instituídas para as receitas com relação à saúde e educação demonstram a opção política de maior rigor no investimento nestas searas. Daí porque a seriedade com que se realiza a destinação desses recursos deve ser ainda maior. Entende-se que uma interpretação extensiva (como pretendeu os governos, federal e estaduais) acaba por burlar e mitigar o preceito constitucional.

Soma-se a esta questão apresentada por Torres, a discussão a respeito de prática constantemente realizada pelo Executivo, de contingenciamento prévio, que, na grande maioria das vezes, é praticado sem qualquer motivação. Trata-se da hipótese em que há recursos públicos disponíveis, há dotação orçamentária para os mesmos e, ainda assim, o Executivo, visando atingir um superávit primário para pagamento da dívida pública, impede a realização dos gastos, deixando de implementar direitos sociais constitucionalmente previstos, sem sequer apresentar uma motivação para tanto¹²⁶.

Não restam dúvidas de que, tanto uma interpretação extensiva das normas que vinculam receitas às despesas de saúde e de educação - tais como as que consideram que o pagamento de pessoal, mesmo o do responsável pelos serviços de saúde, compõe os gastos com esta - quanto a prática corriqueira e desmotivada do contingenciamento, são contrárias aos propósitos de um Estado Democrático de Direito.

O contingenciamento, como vem sendo praticado nos últimos anos pelo Executivo¹²⁷, sobretudo quando se trata de direitos ligados ao mínimo existencial, bem com de direitos para cuja implementação haja previsão constitucional de vinculação de receitas, é inadmissível.

¹²⁶ Eduardo Mendonça elabora um estudo muito interessante denunciando o contingenciamento praticado por decisão exclusiva do Executivo, de maneira freqüente e desmotivada, em evidente desconsideração das decisões orçamentárias produzidas pelo legislador. Anota que 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 a admitir intervenções pontuais. Nunca o contrário. E, ainda, que a existência de dotação orçamentária subaproveitada caracteriza uma omissão agravada e torna a intervenção do Judiciário, naturalmente, menos invasiva. (MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie, 2008, p.231-278).

¹²⁷ Ressalva-se aqui que, pela primeira vez desde a década de 1990, o orçamento da previdência social de 2008 apresentou déficit. Esclarece-se, que especialistas atribuem o déficit aos reflexos da crise econômica que derrubou as receitas, bem como ao aumento das despesas sociais. (Jornal Folha de São Paulo, 29 de agosto de 2009, caderno Dinheiro).

Torres é bem enfático. Afirma que as previsões das mencionadas Emendas Constitucionais tornaram indispensáveis as decisões judiciais que obriguem à implementação das políticas pelos poderes Legislativo e Executivo, porque a Administração está obrigada a empenhar e realizar as referidas despesas.

Outra polêmica orçamentária refere-se às prestações não autorizadas no orçamento, nem compreendidas nas despesas de tratamento gerais dos órgãos públicos, e que são determinadas pelo Judiciário. É o caso da decisão do Superior Tribunal de Justiça que garantiu o pagamento de despesas de tratamento no exterior mediante a fixação de indenização posterior¹²⁸.

Finaliza-se aqui a análise dos problemas orçamentários anotados por Torres, com um alerta para o fato de que este autor, em nenhum momento, referiu-se à reserva do possível para tratar de limitações orçamentárias. Ao contrário de Ingo Sarlet - que identifica como um dos âmbitos da reserva do possível, a limitação orçamentária, assim como a maioria da doutrina nacional o faz - Torres, apegado à origem do termo, vislumbra-a de maneira diferente.

De acordo com Torres, a expressão reserva do possível equivale à expressão “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo Legislador. Assim, em Torres, a reserva do possível não coincide com a “reserva do orçamento”. Logo, é preciso ficar atento durante a leitura da doutrina de Torres, pois quando o autor menciona a reserva do possível, ao contrário da maioria da doutrina nacional (porque segue com rigor a definição original do termo), não se refere às limitações orçamentárias, mas ao que chama de “reserva democrática”, no sentido acima explicado. Por isso, para Torres (2009, p.105-106), a reserva do possível não é invocável para o mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais de liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário, no caso de omissão administrativa ou legislativa.

O autor considera que houve um desvirtuamento, no Brasil, do significado original da reserva do possível atribuído pela jurisprudência alemã e, ainda, que este desvirtuamento teria possibilitado o alargamento da judicialização, que,

¹²⁸ Resp 338.373, Ac. de 10.09.02, Rel. Min. Laurita Vaz, 2ª. T., 15.10.02, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 18.08.03.

ultrapassando o âmbito do mínimo existencial e atingindo o dos direitos sociais, enfraqueceu os direitos fundamentais¹²⁹.

Segundo Torres, o mínimo existencial, além de esbarrar nos chamados limites dos limites, descritos anteriormente, está sujeito apenas aos limites fáticos, sobretudo os de ordem financeira. Todavia, o mínimo existencial não está sujeito à reserva do possível, pois, ao contrário dos direitos sociais, é garantido, até mesmo se não for contemplado por políticas públicas. Para Torres (2009, p.113), o mínimo existencial, em seu *status positivus libertatis*, encontra limites na liberdade fática e nos custos orçamentários, mas não na reserva do possível.

Para compreender melhor essa afirmativa, é preciso lembrar que Torres (2008 b, p.411) não considera como direitos fundamentais os direitos sociais, a não ser no âmbito de seu núcleo essencial, com o argumento de que apenas o critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais. E, ainda, que entende a reserva do possível como sinônimo de reserva democrática (ligada ao Legislativo, bem como a sua liberdade de conformação das políticas públicas) e não como reserva do orçamento.

Ao enfrentar diretamente o fenômeno da judicialização das políticas públicas, Torres constata que, na relação atual entre Estado e sociedade, o juiz deixa de ser um mero aplicador formalista da lei, para se tornar também um agente de transformações sociais. Assim, tenta escapar das amarras do positivismo, porém o faz mergulhando na Teoria da Ponderação de Alexy.

E, seguindo a linha alexyana, o autor propõe que a questão seja resolvida com a realização de uma ponderação entre o limite à liberdade fática e, os limites orçamentários, o princípio democrático e o princípio da competência do Legislador. (TORRES, 2009, p.117).

Esforço dos mais sugestivos para equacionar os direitos mínimos e máximos desenvolve-o Robert Alexy ao propor o modelo de ponderação (Abwägungsmodell); distingue ele entre o mínimo existencial (Existenzminimum) ou direitos mínimos jusfundamentais sociais (soziale grundrechtliche Mininalrechte) e os direitos fundamentais sociais, que

¹²⁹ “A desinterpretação, operada no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência, do conceito de reserva do possível, serviu para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundi-los com os fundamentais. Ao mesmo tempo enfraqueceu os direitos fundamentais, que passaram a ser sujeitos àquela cláusula. No Brasil, portanto, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias!” (TORRES, 2009, p.110).

devem ser ponderados dentro de uma escala de estrutura de normas que vai de 1 a 8, no qual o maior grau de vinculação (1), entendida como possibilidade de controle jurisdicional, se aplica ao direito subjetivo ao mínimo existencial (*Recht auf ein Existenzminimum*) e o maior grau de discricionariedade (8), tomada no sentido de impossibilidade de controle judicial, aos direitos objetivos *prima facie*, isto é, aos princípios relativos aos direitos fundamentais sociais, que são comandos de otimização (*Optimierungsgebote*); o modelo de ponderação consistirá, conseqüentemente, em transformar os direitos *prima facie*, abertos, indeterminados ou excessivos, em direitos definitivos (regras), (7). (TORRES, 2008 b, p.414).

Por outro lado, leciona que se deve buscar a maximização do mínimo existencial. Desta maneira, admite que ao mínimo não seja imputado um conteúdo prévio, fixo e rígido, mas que ele seja relativizado. Porém, o faz à luz da Teoria da Ponderação de Alexy, do que decorrem todos os nossos questionamentos acerca da legitimidade de sua proposta, já mencionados na análise da referida teoria.

Ainda com relação à judicialização, Torres (2009, p.133) aponta como grande problema o caráter antidemocrático que lhe é ínsito. Na judicialização os direitos sociais não são afirmados no âmbito político, o qual se compõe de um corpo democraticamente eleito para tanto. Melhor seria que o Judiciário determinasse ao Executivo, a implementação de políticas públicas, ao invés de adjudicar o bem público, individualmente. Esta autora soma a isso, o fato de a judicialização, às vezes, violar o princípio da isonomia. Acaba privilegiando aqueles que têm acesso ao Judiciário, em detrimento da grande massa que vive marginalizada. Embora já se tenha notícia de diversas ações que tramitam em Juizados Especiais, cujo objeto é o fornecimento de medicamento ou de tratamentos médicos, isso não é suficiente para sustentar que os indivíduos totalmente carentes também têm acesso ao Judiciário. É claro que, em termos, os juizados possibilitaram maior acesso, mas ainda não atingiram a parcela dos completamente miseráveis, ou seja, os mais carentes de um mínimo existencial.

Entende-se que esta denúncia é legítima, na medida em que se opõe à definição de políticas públicas, ainda que em caráter individual, no âmbito do Poder Judiciário com o intuito de resguardar não só a igualdade entre cidadãos como a própria democracia. Isto, no entanto, não significa que esta autora se opõe, previamente, à judicialização, pois reconhece que esta, dependendo do caso concreto, pode se evidenciar como o meio legítimo para a concretização de direitos.

Finalizando a explanação da doutrina de Ricardo Lobo Torres, colaciona-se aqui a sua conclusão a respeito da judicialização das políticas públicas:

Se restrita à afirmação dos direitos dotados de jusfundamentalidade e se cifrada na focalização dos interesses dos miseráveis, a judicialização das políticas orçamentárias pode conduzir à modificação do perverso panorama da exclusão social presente até hoje no Brasil.

Se, cooptada pelas elites, se distanciar do controle das omissões administrativas e legislativas no desenho das políticas públicas, passando a distribuir casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, então contribuirá para a perdição dos direitos humanos no Brasil. (TORRES, 2009, p.134-135).

O grande problema da visão de Torres é identificar o que não é o mínimo existencial, diante de um caso concreto, já que ele está ligado às condições mínimas para que o indivíduo exerça sua liberdade com dignidade. Pode-se dizer que o mínimo existencial, em situações regulares, está atrelado a uma alimentação e educação básica, a um acompanhamento médico rotineiro, a um serviço de assistência social que dê conta de atender às demandas de maior necessidade. Isto não seria de difícil dimensionamento, apesar de não ser possível nem recomendado que seja feito de modo prévio e rígido. Porém, muitas vezes, as condições mínimas para o exercício da liberdade podem ser sinônimas de um remédio que custa 20 mil reais ou um tratamento disponibilizado apenas fora do país! Para as pessoas que dependem desse remédio ou tratamento, é a concessão deles que significa seu mínimo existencial. Como então aplicar a reserva orçamentária a este direito que coincide com o mínimo existencial? O que torna a questão mais controversa é o fato de que as demandas, muitas vezes, só podem ser efetivamente atendidas de maneira imediata, ou seja, não podem esperar a definição e implementação de políticas públicas.

É realmente tormentosa a questão! Todavia, negar jusfundamentalidade aos direitos sociais seria incorrer em dois problemas. Além de enfraquecer as demandas por eles, toma por base uma dicotomia entre direitos individuais e sociais, que, se for aceita do ponto de vista acadêmico, terá dificuldade de se firmar cientificamente, eis que é metafísica!

Virgílio Afonso da Silva (2009), também alexyano, incrementa o debate, adotando um modelo de garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais de caráter relativo e enfoque subjetivo.

O caráter relativo se opõe à ideia de um conteúdo essencial absoluto, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e interesses que, eventualmente, possa haver em sua restrição.

Sustenta que a definição do que é essencial não deve ser elaborada *a priori*, de forma rígida, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto, em relação ao qual se discute violação de um direito. A definição do que é essencial depende, assim, das condições fáticas e das colisões entre os diversos direitos em jogo em cada caso. (SILVA, V., 2009 a, p.27).

No que diz respeito ao enfoque subjetivo, esclarece-se que a garantia de um direito fundamental não tem relação com o valor e a extensão desse direito para a sociedade como um todo. A avaliação acerca de eventual violação desse conteúdo deve ser realizada em cada situação particularmente. (SILVA, V., 2009a, p.27).

Em sua obra, *Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Virgílio elabora uma análise (que chama de breve digressão) acerca da efetividade das liberdades públicas e dos direitos sociais, e sobre a dificuldade de se tutelar judicialmente os direitos sociais.

No que se refere à efetividade, afirma que as diferenças entre as liberdades públicas e os direitos sociais embora possam relativizadas, não podem ser totalmente eliminadas.

Em geral, as primeiras exigem um não fazer e as segundas um fazer. Além disso, boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais (que até podem evidenciar um fazer) para a produção plena da efetividade das liberdades já existe, ao passo que os dos direitos sociais ainda precisam ser criados. Lembra também que a criação de direitos sociais é mais cara que a criação de liberdades, pois, além de ensejarem gastos com proteção, organizações e procedimentos (como também acontece com as liberdades), exigem um gasto a mais - típico de cada direito social.

Com relação à dificuldade de se tutelar judicialmente os direitos sociais, Virgílio apresenta dois aspectos.

Um deles se refere ao caráter coletivo de tais direitos, o qual dificulta sua tutela no Brasil, pois o direito processual foi elaborado com enfoque predominante nas litigâncias individuais. (SILVA, V., 2009a, p.243).

Os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados aos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. É o que acontece quando um juiz, ao conceder

medicamento de forma individual, sem considerar as políticas governamentais na área, acaba prejudicando outras políticas públicas da saúde. Afinal, o dinheiro aplicado aqui (na concessão individual de remédio), teve que ser retirado dali (de políticas previamente definidas)¹³⁰.

O caráter coletivo dos direitos sociais exige que as políticas sejam pensadas coletivamente, e isto é algo que os juízes não fazem, até porque os tribunais não estão adequadamente estruturados e os juízes não dispõem das informações necessárias.

Por estas razões, Virgílio entende ser possível defender um ativismo, no sentido de que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas. Porém, esse ativismo é limitado por razões estruturais. Assim, tornam-se necessárias mudanças na educação jurídica, na organização dos tribunais e nos procedimentos judiciais, a fim de que os direitos sociais sejam decididos coletivamente¹³¹. Tudo isso se relaciona ao que os demais doutrinadores chamam de tensão micro e macro-justiça, tema a ser detalhado em seguida.

Nesta linha, Virgílio entende que o Judiciário não deve nem se manter em estado de inação, nem deve adotar um ativismo descontrolado, o que exige um diálogo constitucional entre os três poderes.

Esta autora entende que o Judiciário deve adotar uma postura adequada à efetivação dos direitos fundamentais, afastando-se tanto do excesso (ativismo) quanto da insuficiência (passivismo). Nem a sua inércia, nem a sua atuação desenfreada são adequadas ao Estado Democrático de Direito. Ademais, o debate não deve se restringir aos três poderes, mas deve abarcar também e, principalmente, os próprios cidadãos. Frise-se, mais uma vez, que o protagonista do Estado Democrático de Direito não deve ser o Judiciário (como o foi o Legislativo, no Estado Liberal e o Executivo, no Estado Social), mas os próprios cidadãos.

¹³⁰ Soma-se a isto o fato de que muitas demandas com o referido pedido têm sido ajuizadas contra mais de um ente federativo e, ainda, não raras vezes, o Judiciário determina a todos eles que forneçam o medicamento ao demandante. Desta maneira, além de se movimentar mais de um ente, o que gera dispêndio de dinheiro e tempo sem necessidade, retira-se o medicamento de mais de um posto fornecedor, sem necessidade, desatendendo agora não um, mais pelo menos dois pacientes que já recebiam o medicamento regularmente.

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.596.

Por outro lado, não se pode concordar com as bases sobre as quais Virgílio defende o ativismo limitado. Esclarece-se que há, sim, necessidade de limitação ao ativismo judiciário, em defesa da própria democracia, mas não da forma que Virgílio propõe.

Com relação ao segundo aspecto que Virgílio aponta como entrave para a tutela judicial dos direitos sociais, ou seja, a existência de diferenças entre as liberdades públicas e os direitos sociais, que, embora possam ser relativizadas não podem ser eliminadas, pois em regra as liberdades públicas exigem um não fazer e os direitos sociais um fazer¹³², aproveita-se o ensejo para mais uma observação. Parece ter havido uma mudança de posição do autor. Em artigo publicado em 2008, ele enfatizou a diferença entre as liberdades públicas e os direitos sociais, baseada no maior custo destes últimos:

A partir dessa constatação, não parece ser difícil perceber a diferença que há – em termos de alocação de recursos públicos – entre decisões judiciais que visem a garantir ou a realizar um direito civil ou político, de um lado, e decisões que visem a realizar ou a garantir um direito social ou econômico, de outro. Usando um exemplo do estudo de caso a ser exposto brevemente a seguir, basta comparar **os custos decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento** de pacientes portadores do HIV com **decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal**, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na conta comum de todos os direitos. (SILVA, V., 2008, p.593-594) (grifos nossos).

Já em obra publicada em 2009, enfatizou que as diferenças entre as liberdades públicas e os direitos sociais são bem menores do que se pensa, pois ambos ensejam as mesmas complexidades.

Basta pensar em uma ação judicial que exigisse maior **ação estatal para a garantia de uma imprensa plural e independente, como forma de realização de uma liberdade pública com o direito à informação; ou uma ação que pleiteasse a construção de nova delegacia e a contratação de novos policiais para determinada cidade, como forma de garantir o direito de propriedade** de alguns fazendeiros, incomodados com ocupações de movimentos de trabalhadores rurais sem terra. **Tais pedidos, pela via judicial, suscitariam as mesmas perplexidades que pedidos de construção de creches, escolas, hospitais ou de fornecimento de remédios e pagamento de tratamentos médicos costumam suscitar.** Eles são, no entanto, pedidos relativos à realização

¹³² AFONSO DA SILVA, 2009a, p.243.

de liberdades públicas, garantidas por normas que, pelo que se percebe, não têm eficácia de todo plena. (SILVA, V., 2009a, p.244) (grifos nossos).

Nota-se que, num primeiro momento, Virgílio percebe uma diferença substancial entre as liberdades públicas e os direitos sociais. O autor afirma que os custos decorrentes de demandas que visam efetivar os direitos sociais são mais altos do que os decorrentes de demandas que visam efetivar as liberdades públicas. Já num segundo momento, Virgílio anota que, tanto as liberdades quanto os direitos sociais apresentam as mesmas perplexidades para serem efetivados. Observa-se pelos exemplos mencionados pelo autor, em ambas as passagens colacionadas, que, inclusive em relação aos custos, não há diferença, como ele havia defendido anteriormente.

Não se sugere aqui que Virgílio (ou qualquer outro autor, inclusive a autora deste trabalho) não possa mudar de opinião ou passar a enxergar as coisas de modo diferente. Todavia, isso precisa ser explicitado ao leitor e, salvo eventual distração, não foi feito por Virgílio.

Exauridas essas questões, prossegue-se com a análise da realização do mínimo existencial. Virgílio também reduz a questão, aqui analisada, à colisão de mandados de otimização. Considera que os direitos sociais (assim como os demais direitos) devem ser realizados na maior medida possível, consideradas as condições fáticas e jurídicas, como já havia preceituado por Robert Alexy. Sendo assim, leciona que o mínimo existencial coincide com o que é realizável nessas condições, as quais expressam a noção de reserva do possível. Virgílio sustenta que os direitos fundamentais apresentam um suporte fático amplo¹³³ e que são restringíveis. As restrições possíveis se fundamentam na Teoria da Ponderação.

Se se parte da premissa segundo a qual (1) os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo e que, por consequência, (2) há uma distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido – que se reflete na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos –, que, por sua vez, (3) é expressa na distinção entre princípios e regras, e que, por fim, (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, então, não há espaço algum para teorias absolutas.

(...)

O raciocínio pode ser resumido no seguinte silogismo:

- restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;

¹³³ A ser abordado, com detalhes, no capítulo seguinte.

- restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial. (SILVA, V., 2009a, p.206).

Veja-se que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido, de acordo com Virgílio, pelo método da ponderação. E é aqui que se apresenta o problema de suas formulações. Não é possível vislumbrar um mínimo existencial de maneira absoluta, como já se afirmou; porém, não se pode aceitar que sua definição seja realizada com base num método (de colisão e sopesamento de princípios), o qual apenas justifica uma posição adotada anteriormente (qualquer que seja ela) e, ainda, que admite argumentos de cunho teleológico, da ordem do preferencial.

Ana Paula Barcellos também enfrenta a problemática em questão. Anota que a promoção e proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Embora reconheça que cada direito pode ensejar obrigações negativas (ou de omissão) e positivas (ou de ação) e que as ações do Estado - para realizar os direitos fundamentais, inclusive a de manter os poderes em funcionamento - geram custos, ainda faz referência a direitos do tipo negativo e a direitos do tipo positivo¹³⁴. Além disso, segue, assim como os autores anteriores, a linha alexyana.

Aqui serão abordados apenas alguns aspectos considerados importantes para a compreensão da linha de raciocínio da autora com relação à possibilidade de controle das políticas públicas. Estas responsáveis e necessárias à realização dos direitos fundamentais. Ana Paula Barcellos categoriza três tipos de críticas possíveis ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas. As duas primeiras serão apenas mencionadas porque a própria autora lhes confere menor importância.

A terceira se destaca mais detalhadamente porque Barcellos a explicita com clareza peculiar. Pois bem. A primeira crítica, de autoria da Teoria da Constituição, se fundamenta na ideia de que o tema políticas públicas é reservado à deliberação política e não aos magistrados¹³⁵. Além disso, o seu controle já é realizado pela oposição, bem como pela população em geral. Assim, considera que eventual

¹³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2008, p.115-116.

¹³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2008, p.118 e ss.

controle realizado pelo Judiciário provoca um grave desequilíbrio em prejuízo da democracia¹³⁶.

Barcellos se posiciona diante desta crítica, sustentando que, sem um mínimo de direitos fundamentais, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade de participar, conscientemente, do processo político democrático. E, na ausência de controle social, a gestão tende a ser marcada pela corrupção. Quanto à fronteira entre os direitos constitucionais e a política, argumenta que ela pode e deve ser travada, mas que isso depende das opções constitucionais de um Estado. Por outro lado, que é importante não transformar o debate em uma falsa escolha entre dois extremos: a colonização total da política pelo direito, ou a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas, pois há possibilidades intermediárias.

Diante dessas considerações, Ana Paula Barcellos conclui que, no contexto de países como o Brasil, essa primeira crítica tem um papel limitado, pois, em muitas circunstâncias, a discussão sobre políticas públicas está relacionada exatamente com a garantia e a promoção dos direitos elementares reconhecidos como necessários ao próprio funcionamento da democracia. Por outro lado, a crítica é importante por conter a ideia de um super Judiciário, visto como o “salvador da pátria”.

Aqui cabe um parêntese, para explicitar a concepção de mínimo existencial de Ana Paula Barcellos, o qual coincide com as “circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana”. (BARCELLOS *apud* TORRES, 2002, p.131).

A segunda crítica possível ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas é de ordem filosófica e se fundamenta na visão de que seria presunçoso e paternalista imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados desta função. (BARCELLOS *apud* SARLET, 2008, p.122 e ss). Também, aqui, a autora tece seus comentários. Segundo ela, se é verdade que o que predomina na pós-modernidade é o ceticismo e o relativismo moral - em razão do que não é possível afirmar que

¹³⁶ Ingeborg Maus, denunciando o engrandecimento exagerado do Judiciário fale deste e, sua função de superego: “O juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional da apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção ‘saudável’ a um povo doente.” (MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. Novos estudos – CEBRAP, n. 58, p. 197, nov. 2000).

algo seja certo ou errado, bom ou mal - também é verdade que há algumas questões sobre as quais ainda é possível um padrão ou consenso moral. Ao longo de milênios, a injustiça, a violência e a miséria resistem e prosseguem como evento marginal. Assim, se excluem desse relativismo os casos nos quais se esteja lidando com padrões e consensos morais ou conhecimentos científicos consolidados.

Dessa forma, não é que a decisão do juiz ou jurista seja mais correta, é que é possível realizar um controle jurisdicional, conquanto seja possível formular um juízo consistente de certo/errado, em face das decisões dos poderes públicos. Para Barcellos, este juízo pode ter fundamentos morais ou técnico-científicos¹³⁷.

A terceira e mais importante crítica ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas se fundamenta na tensão existente entre decisões de micro e macro-justiça¹³⁸. Trata-se da crítica operacional, segundo a qual nem o juiz, nem o jurista dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Atento à solução do caso concreto, ou seja, à micro-justiça, o juiz ignora outras necessidades relevantes, bem como a imposição de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas, ou seja, a macro-justiça. Afinal, ele não tem acesso ao espectro global das políticas públicas. Essa crítica denuncia que, ainda que seja legítimo o controle jurisdicional, o juiz não teria condições (instrumentos técnicos e informações) de realizá-lo, sem causar distorções no sistema de políticas públicas.

Soma-se a isso a preocupação com o fato de que, na grande maioria, senão na totalidade das vezes, aquele que tem acesso ao Judiciário não é o marginalizado, maior carente de um mínimo existencial. Isso evidencia que, além de distorções no planejamento das políticas públicas, há um deslocamento de recursos para os indivíduos mais informados, em geral de classe média, ao invés de serem destinados aos mais carentes.

Tal crítica, confirma Barcellos, deve ser levada a sério, uma vez que, de fato, os juízes não têm informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem atender e nem sobre os reflexos das alterações

¹³⁷ Entendemos que os fundamentos das decisões judiciais devem expressar a estrutura deontológica do Direito e não preceitos morais, embora a Moral estabeleça com o Direito, uma relação de complementariedade.

¹³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2008, p.127 e ss.

provocadas na definição e financiamento das políticas públicas. Além do mais, os juízes não têm tempo suficiente para fazer uma pesquisa minuciosa sobre o tema. Aliás, nem lhes cabe a tarefa de um planejamento global da atuação dos outros poderes.

Por outro lado, é preciso atentar para o fato de que não há macro-justiça sem micro-justiça.

A “macro-justiça” - assim como a clássica noção de interesse público - não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas. Assim, se determinados bens são considerados indispensáveis para a dignidade humana em uma dada sociedade, **a atribuição de tais bens às pessoas – as múltiplas “micro-justiças” – formarão necessariamente um dos conteúdos obrigatórios da “macro-justiça”**, de tal modo que, se esta última não incluir tais pretensões em seu bojo, haverá uma injuridicidade em sua compreensão. (BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2008, p.139) (grifos nossos).

A autora também sustenta que, embora sejam plenamente possíveis as ações individuais, nos casos de decisões judiciais que interfiram, diretamente, em deliberações dos demais poderes acerca de políticas públicas, as ações coletivas se mostram mais adequadas. Assim o problema fica mais visível, tornando-se mais fácil lidar com argumentos da crítica operacional. Afinal, discussões coletivas exigem um exame do contexto geral das políticas públicas (a macro-justiça). Favorecem, ainda, a isonomia, e evitam distorções que os processos individuais podem gerar: uma ação coletiva elimina várias individuais.

Assim, e.g., a ausência de vaga no ensino fundamental em escola pública, pela inexistência de estabelecimento de ensino na região, enseja ações individuais e coletivas, sendo que nestas se poderão discutir os deveres de instalar o estabelecimento de ensino e de resolver o problema emergencial dos titulares do direito ao acesso à educação fundamental. O mesmo raciocínio se aplica a prestações de saúde que sejam consideradas juridicamente exigíveis. O indivíduo não atendido pode, por certo, postular seu atendimento, mas também se pode discutir a questão em caráter geral – com maior proveito, aliás – de modo a assegurar o oferecimento do bem a todos os indivíduos que dele necessitem. (BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2008, p.144).

Ainda com relação ao controle jurisdicional das políticas públicas, Barcellos aponta várias questões polêmicas e interessantes. Destacam-se aqui apenas algumas, com o fito de não tornar esta leitura cansativa. A primeira refere-se a sua sugestão de que os gastos com publicidade governamental não ultrapassem os investimentos em saúde e educação.

Considera-se pertinente a sugestão, quando a publicidade não se referir à divulgação de informações úteis e necessárias à população, por exemplo, as relativas a uma campanha de vacinação, à maneira de se votar em urnas eletrônicas ou relacionadas a um desvio em determinada via pública, em razão de acidentes naturais. Deve-se cada vez mais restringir os gastos com publicidade que realize apenas promoção pessoal dos políticos responsáveis por determinado programa e exalte nomes de partidos, com o pretexto de manter a sociedade informada a respeito de serviço ou bem colocados à disposição pelo Estado.

Outro aspecto suscitado por Barcellos refere-se à dificuldade de informações sobre o destino real dos recursos públicos, até porque nem sempre o dever de publicidade é cumprido pelo Poder Público¹³⁹.

Com relação à inefetividade dos direitos sociais, Barcellos aponta duas razões: os custos envolvidos e a imprecisão dos enunciados destes direitos. (BARCELLOS *apud* TORRES, 2002, p.102).

Na linha alexyana, argumenta que judicialmente a questão deve ser resolvida à luz da Teoria da Ponderação. Assim, também reduz a questão à colisão entre o princípio da dignidade humana - que fundamenta o mínimo existencial - e, os princípios da separação dos poderes (inclusive a competência de vinculação de

¹³⁹ “No campo das despesas a dificuldade é ainda maior, tanto no que diz respeito às previsões orçamentárias, quanto no que toca à execução do orçamento, isto é, às despesas de fato realizadas. Diversos orçamentos, de diferentes níveis federativos, aprovam apenas uma verba geral para despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas que se deseja implementar. (...) Os relatórios de execução orçamentária nem sempre existem e, em geral, são pouco informativos. As despesas estão associadas a rubricas bastante amplas, como, e.g. ‘Encargos Especiais’, ou aos órgãos públicos (e.g. Ministérios e Secretarias), sem que se possa saber ao certo o que foi investido na atividade fim do cargo, como saúde e educação, e o que foi gasto com outras despesas, como publicidade do órgão, remuneração dos servidores, verbas de representação, etc. . No caso da União, como se sabe, existem bancos de dados que registram todas as despesas do Executivo de forma individualizada (dos quais o SIAFI é o principal), mas seu acesso é restrito a deputados e senadores. Não se tem de notícia de que os demais entes federativos contem com estrutura semelhante.” (BARCELLOS, 2005, p.99).

vinculação orçamentária), a competência do legislador democrático e o limite imposto pelos direitos de terceiros¹⁴⁰.

Confrontados estes princípios, cabe decidir o que deve prevalecer, já adiantando que os três últimos, mencionados acima, não são um fim em si mesmos; são meios para a garantia dos direitos fundamentais, pois não poderia prevalecer o meio sobre o fim. De antemão, Ana Paula Barcellos “escolhe” como preponderante o princípio da dignidade humana, evidenciando que a Teoria da Ponderação nada mais é do que um método, capaz de justificar uma opção já realizada anteriormente.

Ponderados os princípios e escolhido o da dignidade da pessoa humana como preponderante, resta optar, dentre as medidas que o realizam, qual a que sacrifica em menor extensão os demais princípios envolvidos. É neste ponto que surge a garantia do mínimo existencial como regra, e não mais com princípio.

O mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana. É, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível na competência de legislativo e executivo e menor custo possível para a sociedade).

Pela ponderação, portanto, se extrai da norma programática que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana um núcleo básico que é transformado em regra diretamente sindicável pelo Judiciário: o mínimo existencial. (BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.131).

Daniel Sarmento, em artigo recente sobre o tema, também critica o ativismo judicial, quando não pautado em determinados critérios, por considerar que ele pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores mais favorecidos da população. Afirma que se deve afastar tanto a visão dos direitos como normas meramente programáticas - porque isso implica deixá-los desprotegidos - quanto a visão que os concebe como direitos subjetivos definitivos, tendo em vista a escassez dos recursos, bem como a existência de diversas formas de realização dos direitos sociais. Defende, então, que os direitos sejam apreciados como direitos subjetivos garantidos *prima facie*,

¹⁴⁰ Sobre a ponderação da dignidade da pessoa humana, vide tópico 4.5.2, no capítulo 4, deste trabalho.

conforme defendido por Robert Alexy¹⁴¹. Aqui se coloca, portanto, diante de mais um alexyano, que se apresenta, contudo, com peculiaridades, no mínimo, interessantes.

A princípio, Sarmento assevera que se diferencia de Alexy em razão do objeto ponderado. Enquanto Sarmento pondera o próprio direito social em questão, Alexy argumenta a favor da liberdade material que o tal direito social assegura, pois a Constituição Alemã não prevê direitos sociais. Logo em seguida, Sarmento faz uma constatação de grande importância, embora sem muitas consequências, tendo em vista a sua dificuldade em superar o modelo de operar o Direito consagrado por Alexy. É o que se observa:

Mas falar em ponderação é pouco. **A ponderação desacompanhada de Standards que a estruturam 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.** Por isso, este trabalho se voltará para a tentativa de formulação de alguns desses parâmetros. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.568) (grifos nossos).

Num primeiro momento, Sarmento vislumbra como única solução para o problema, a aplicação do método da Ponderação de Alexy. Depois, percebendo que este não é adequado, mas com receio de abandoná-lo e ficar sem “um chão”, vale dizer, sem um método que lhe conduza à solução, anota que a Ponderação pode ensejar quase qualquer solução. Não é possível imaginar um “quase qualquer solução”. Ou se enseja qualquer solução ou não. Ao final, Sarmento admite que a Ponderação se caracteriza por cunho terminantemente decisionista! Apesar disso, acredita que esse decisionismo possa ser evitado pela aplicação de alguns standards, anunciando que tratará deste em seguida.

Aqui cabe uma reflexão. Parece um enorme avanço o fato de um alexyano admitir que a Ponderação pode conduzir a (quase) qualquer solução. Nenhum dos autores anteriores explicitou qualquer pensamento nesse sentido. Todos os seguidores desse método, anteriormente apresentados, sequer se posicionam a respeito. Sarmento, por esta razão contribui para certo avanço no modo de operar o Direito brasileiro.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.566-567.

Não se opõe aqui à aplicação de standards. Acredita-se na possibilidade de concebê-los para que deem um norte à aplicação do Direito. Porém, o que Sarmento reconhece como standards nada mais é do que os próprios aspectos que participarão do processo de colisão.

Isso quer dizer que, embora Sarmento perceba que a ponderação pode conduzir a uma solução decisionista, previamente escolhida pelo julgador, ele não consegue sair das amarras do método. Continua a defender a ponderação aplicada com o auxílio de standards, que, na verdade, não são mais do que seu posicionamento prévio a respeito dos aspectos ditos colidentes com os direitos sociais ponderados.

Para ficar mais claro, prossegue-se a análise do que Sarmento identifica como standards, que serviriam de limites ao decisionismo da ponderação: a reserva do possível, o mínimo existencial, a questão do conhecimento técnico dos juízes e a problemática das demandas individuais *versus* demandas coletivas.

No que se refere à reserva do possível, sustenta a presença de um elemento fático, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação dos direitos prestacionais, e de um componente jurídico, que se relaciona à existência de autorização orçamentária que permita ao Estado incorrer nos respectivos custos. Vista em seus dois elementos, a reserva do possível não pode ser um bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, mas um critério importante para sua parametrização.

Com relação, em especial, à reserva do possível fática, Sarmento entende que ela deve ser aplicada como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente disponíveis. Assim, o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de proporcionar a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação, em razão do Princípio da Isonomia. Além disso, cabe ao Estado o ônus da prova relativa à disponibilidade de recursos.

Entende-se que esta é uma visão racional. Contudo, o Estado não poderia (ou deveria) reservar certa parte do orçamento para tratar desigualmente os desiguais? Ora, existem pessoas que precisam mais do que as outras. Logo, o Estado deveria reservar parte do orçamento para tal finalidade, estabelecer critérios racionais e objetivos para esclarecer preferências, explicar porque atenderá uns e não outros. Tanto a visão de Sarmento quanto a que aqui se apresenta, podem gerar situações

de extrema problematidade. Não se ignora isto. Todavia, a visão aqui adotada possivelmente irá atenuar ou reduzir prováveis injustiças.

Já no que se refere à reserva do possível jurídica, o autor argumenta que não deve ser entendida nem no sentido de que o juiz não deveria se preocupar com a existência de previsão orçamentária, nem no sentido de que essa ausência seja uma barreira intransponível para o Judiciário na adjudicação de direitos sociais.

Ao final desta análise, Sarmento explica que a solução está no meio, obtida, segundo ele, com a ponderação. Diante disso, certifica-se que não há, nesse caso, um standard limitador do decisionismo da ponderação, ao contrário do que afirmou Sarmento.

Um segundo aspecto analisado está relacionado ao mínimo existencial. Nesse sentido, Sarmento ressalta que, sem o atendimento de certas condições materiais básicas, esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade concreta do seu exercício. Que, o seu fundamento normativo é a dignidade. Que não se trata de um direito absoluto, pois sujeito à reserva do possível, bem como às possíveis distorções provocadas em um nível macroeconômico. E, que, não há um consenso a respeito das prestações que o compõem, o que pode representar o mínimo para um indivíduo pode não ser para outro¹⁴².

Aqui, Sarmento parece contradizer o que havia dito em sua análise da reserva do possível fática, quando argumentou que o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que não tem condições de fornecer a todos que estejam na mesma situação. Também na análise do mínimo existencial, o autor reduz a questão à ponderação, entendendo que, quanto maior for a necessidade material em jogo, maior deve ser o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Novamente, se pergunta: o que tem de standard limitador do decisionismo da ponderação aqui?

Adiante, Sarmento assevera que, ao contrário do Legislativo e do Executivo, o Judiciário não tem, em regra, conhecimentos técnicos especializados, nem conta

¹⁴² “Entendo que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada in abstracto, ignorando a condição específica do titular do direito. 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 está fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna.” (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.577).

com estrutura de apoio adequada à implementação de políticas públicas. Daí porque este não seria o local mais indicado para a sua análise¹⁴³.

Por outro lado, denuncia o que chama de Judiciário mais generoso com ações individuais do que com ações coletivas. Argumenta que tal atitude pode criar um “Robin Wood às avessas”, com a transferência de recursos públicos para a classe média. Assim, defende o fomento às ações coletivas, em razão das questões macroeconômicas.

Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁴⁴, também em recente artigo dedicado ao tema, reconhece que todos os direitos geram custos. Analisa uma série de críticas à judicialização das políticas públicas, já mencionadas neste capítulo, razão pela qual não se repete aqui¹⁴⁵. Em seguida, defende a possibilidade da judicialização, desde que condicionada a alguns parâmetros¹⁴⁶.

¹⁴³ Cláudio Pereira de Souza Neto também suscita esta questão, argumentando que o Judiciário não estaria capacitado, por exemplo, para saber se determinado medicamento é efetivamente necessário. Por outro lado, anota que este argumento pode ser superado, tendo em vista que o Judiciário pode contar com perícias, com o pronunciamento de *amicus curae*, pode promover audiências públicas. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.530). Já Ricardo Seibel de Freitas, citando Paulo Dornelle, anota que, diante da dificuldade de decidir alguma demanda relacionada ao direito à saúde, é possível ao magistrado se valer dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, elaborados por um certo número de especialistas, que “objetam estabelecer claramente os critérios e diagnósticos de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento de medicamento.” (FREITAS, Ricardo Seibel, Direitos à Saúde e Critérios de Aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2008, p.265-284.)

¹⁴⁴ Esse autor não apresenta suas lições como variantes da teoria alexyana. Todavia, foi incluído neste modelo, tendo em vista sua maior semelhança com os autores aqui elencados do que com os pressupostos dos demais modelos elaborados por Flávio Galdino.

¹⁴⁵ Luís Roberto Barroso abordando especificamente o direito à saúde, também elenca várias críticas, elaboradas por diferentes correntes, à judicialização excessiva. Aqui será feita uma breve menção a elas. Primeiro: a norma constitucional que garante o direito à saúde é programática e, portanto, não impõe uma obrigação jurídica, de maneira que o referido direito deve se realizar por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais. Segundo: o ativismo judicial é um problema de desenho institucional. O Poder Executivo é o único que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. As decisões judiciais que determinam a entrega de medicamentos pelo Poder Público levam à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988. Terceiro: se é o próprio povo quem paga os impostos, é o próprio povo que, diretamente ou através de seus representantes eleitos, deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Quarto: os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais. Quinto: decisões judiciais que determinam a entrega de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. Sexto: objetiva-se que o benefício auferido pela população com os medicamentos é menor que o obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em políticas de saneamento básico e de construção de rede de água potável. Sétimo: quando o Judiciário implementa as políticas públicas privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à justiça, o que aprofunda ainda mais a exclusão dos mais pobres. Oitavo: o magistrado não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Ele não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida. (BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento

No primeiro parâmetro, o autor defende que a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das “condições necessárias” para que cada um tenha igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)¹⁴⁷. Observa-se que o autor se refere a concretização não das condições mínimas, mas das condições necessárias para que cada pessoa possa realizar um projeto “razoável” de vida e de participar do processo de formação da vontade coletiva.

No segundo e terceiro parâmetros deduzidos pelo autor, intimamente ligados, ele defende que os direitos sociais sejam exigíveis apenas pelos hipossuficientes e, ainda, exclusivamente, quando for possível fazer o mesmo para quem se encontra em mesma situação¹⁴⁸. Essa hipossuficiência deve ser verificada no caso concreto. Por exemplo, se certos procedimentos médicos complexos envolverem gastos que se evidenciam insuportáveis, mesmo para a classe média.

Com relação a tais parâmetros, sugere-se uma reflexão: imagine que uma pessoa com boa condição financeira bata o seu carro, e sofra graves ferimentos. Em razão de suas possibilidades financeiras, ela não poderá ser atendida num Hospital de Pronto Socorro Público, em geral, o mais bem preparado para receber pacientes nestas circunstâncias. Nestas situações, o critério econômico é legítimo para resolver a questão? É preciso pensar além de uma igualdade formal.

Já no quarto parâmetro, sustenta que, ao examinar demandas de prestações públicas, o Judiciário deve analisar os direitos sociais que compõem uma unidade, constituída em torno das noções de hipossuficiência e dignidade. Assim, o Judiciário não deve, por exemplo, determinar a abertura de um posto de emprego,

gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*, 2008, p.875-904).

¹⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2008, p.535 e ss.

¹⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2008, p.535.

¹⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2008, p.539 e 541.

mas pode determinar ao estado o provimento de prestações de cunho previdenciário e assistencial¹⁴⁹.

O quinto parâmetro preceitua que, quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda. Assim, deve-se dar preferência a um medicamento indicado para tratar determinada doença, e incluído na lista do Sistema Público de Saúde, em detrimento do medicamento eventualmente indicado como de preferência do médico do demandante para a mesma doença.

O sexto parâmetro estabelece que, havendo mais de uma solução técnica para um caso, o magistrado deve optar pelo que importe em menor custo para o Estado¹⁵⁰. É o que acontece com a escolha de um medicamento genérico em lugar de um não genérico. E, ainda, da concessão de vaga em escola pública, em lugar de uma escola privada.

O sétimo parâmetro sugere que, quando a Administração realiza investimentos consideráveis, executando, de fato, o orçamento, o Judiciário deve adotar um controle mais brando¹⁵¹. Assim, verificada a prática rotineira e desmotivada do contingenciamento, admite-se maior intervenção do Judiciário.

O oitavo parâmetro sugere que se dê preferência às demandas judiciais coletivas. E, o nono, preceitua que o acesso ao Judiciário via demanda individual deve ser permitido, quando houver risco de dano irreparável ou quando a prestação estiver prevista em lei ou em programa governamental¹⁵².

O décimo parâmetro estabelece que a decisão judicial que determina a entrega de prestações sociais deve se basear não só no diálogo entre as partes, mas também na participação de profissionais e usuários que se inserem no contexto

¹⁴⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira, A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.541.

¹⁵⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.542.

¹⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.542.

¹⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.545.

da decisão a ser proferida¹⁵³. É que, em razão da limitação dos recursos e da limitação fática, uma decisão judicial que defere a entrega de um medicamento pode ocasionar a retirada deste mesmo medicamento de um paciente cadastrado no programa de atenção integral à saúde. Ou, ainda, determinar a internação de um paciente na UTI de um hospital público pode levar a administração a ter que retirar outro paciente internado naquela unidade, em estado ainda mais grave.

O aspecto de maior importância que deve ser apreciado na apresentação desses parâmetros refere-se à possibilidade de, com o argumento de se fazer cumprir uma ordem constitucional com a concretização de um direito social de uma determinada pessoa, prejudicar outra ou outras pessoas, negando-lhes o acesso a um direito já adquirido, ou até possível de adquirir, caso a questão se resolva numa órbita global, macroeconômica.

5.2.6 Modelo Teórico dos Custos dos Direitos

Este Modelo supera as concepções anteriores, na medida em que reconhece que todos os direitos são positivos e, portanto, que todos geram custos. Cass Sunstein e Stephen Holmes, embora não tenham sido os primeiros a constatarem isto, ao menos, foram os primeiros a sintetizar o tema. Apresenta-se, a seguir, breve exposição sobre esta doutrina.

De início, os autores estabelecem distinção entre os direitos de um ordenamento jurídico e os direitos meramente morais. Para isso, utilizam uma metáfora, de maneira que os primeiros seriam os direitos “que têm dentes”, e os segundos, os que “não têm dentes”. Ao contrário dos direitos morais, os direitos dos ordenamentos jurídicos trazem consigo a possibilidade de uma série de recursos, ou seja, remédios jurídicos para a sua garantia. Uma vez estabelecida a diferença, passam à análise dos direitos do ordenamento jurídico.

Ao realizá-la, de fato, superam a clássica dicotomia que coloca em oposição os direitos positivos e negativos. Nem consideram que alguns direitos impliquem

¹⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais – Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2008, p.546.

apenas um não fazer, e outros, apenas um fazer. Nem consideram que em determinados direitos predomina a ação positiva do Estado, embora tenham também uma dimensão negativa, e que, em outros, predomina a omissão, apesar de se fazer presente também uma dimensão positiva. Simplesmente, estabelecem, de maneira definitiva, que todos os direitos são positivos; sendo assim, dependem de uma atuação estatal e geram custos. Por consequência, também os direitos denominados negativos pela doutrina mais tradicional estão sujeitos a escolhas trágicas e podem vir a ser sacrificados em favor de outros direitos.

Nesse diapasão, Sunstein e Holmes (1999) citam o caso de um incêndio em 1995, numa das áreas mais bonitas dos Estados Unidos da América (EUA), que, embora de grandes proporções, teve um final feliz. Rapidamente, forças locais, estaduais e federais se moveram para dominar as chamas. Todos os níveis de governo se envolveram na solução do incêndio. Mais de mil e quinhentos bombeiros voluntários locais uniram-se a equipes civis e militares estaduais e nacionais. O fogo foi controlado e, surpreendentemente, ninguém morreu. A destruição de propriedades foi mínima.

Nesse exemplo, o trabalho voluntário ajudou, mas, na verdade, os recursos públicos é que possibilitaram esse resultado bem sucedido, evitando uma tragédia de maiores proporções e danos. No caso específico, o último levantamento de custos para os contribuintes norte-americanos, cujo valor foi inicialmente estimado em um milhão e cem mil dólares, chegou a quase três milhões de dólares.

Com essa história, os professores norte-americanos pretenderam evidenciar a assertiva de que todos os direitos têm custos e dependem do Estado e do erário para sua efetivação, mesmo aqueles intitulados negativos.

Aqui cabe o registro de que este é mais um motivo pelo qual a filosofia (neo) liberal de que o Governo não é a solução, mas sim o problema, como propagado por Ronald Reagan, é falaciosa. Aliás, a crise mundial, deflagrada em 2008, mostra a necessidade premente de se repensar o papel do Estado perante a economia. Não restam dúvidas de que a corrente liberal que defende o máximo afastamento do Estado, para que o próprio mercado e a iniciativa privada possam agir, mostrou-se - nos últimos tempos de maneira ainda mais enfática - equivocada. A crise confirma que o propalado Estado mínimo ou a ausência do Estado trouxeram efeitos danosos

para a economia, sobretudo, para o âmbito social. Há de se rediscutir o papel do Estado¹⁵⁴.

Na mesma linha, ensina Bonavides:

Em verdade, o que poderia parecer ato póstumo de liturgia política para deplorar uma forma de Estado quase desaparecida depois de legar à democracia constitucional os direitos da segunda geração (a saber, os direitos sociais) veio a ser, no seu significado mais alto, a festa de uma ressurreição.

Depois da queda das bolsas no globo e das intervenções bilionárias dos Estados Unidos para salvar sua economia, o mundo vê desfazer-se em frangalhos a ilusão neoliberal que decretara o fim das ideologias, num cenário em que todos os sistemas econômicos e financeiros jazem sob a égide da globalização. (BONAVIDES, 2008, p.47).

Ora, em casos como o do referido incêndio e milhares de outros exemplos, servidores públicos realizam dispendioso esforço coletivo para defender a propriedade privada, usando recursos públicos pagos pelos cidadãos em geral, para o resgate emergencial de propriedades de um pequeno número de famílias abastadas.

Essa é uma história trivial que se repete diariamente. Em 1996, os contribuintes americanos consagraram pelo menos 11,6 bilhões de dólares para proteger a propriedade privada para casos de catástrofes e por meio de seguros. Todos os dias, catástrofes privadas são evitadas ou contidas por meio de gastos públicos, em alguns casos exorbitantes, mas que passam muitas vezes despercebidos. (SUNSTEINS; HOLMES, 1999).

Sem governo eficaz, cidadãos de qualquer Estado não seriam capazes de aproveitar a propriedade privada e outros direitos de liberdade da forma como fazem. Teriam poucos ou nenhum dos direitos garantidos constitucionalmente. Liberdade pessoal pressupõe cooperação social gerida pelos agentes públicos. O domínio privado é sustentado, até mesmo criado, por ações públicas. Nem mesmo o mais autoconfiante cidadão é convidado a cuidar de seu bem-estar material autonomamente, sem qualquer suporte de seus co-cidadãos ou dos servidores públicos.

Quando estruturado constitucionalmente e feito de forma democrática, o Governo é um indispensável aparelho de mobilização e canalização efetiva de

¹⁵⁴ Também se opõe à instalação de um Estado Social assistencialista e permanente, pois este torna os indivíduos dependentes. É preciso agregar às diretrizes do Estado Social a busca contínua pela emancipação, bem como efetivar as pretensões do Estado Democrático de Direito, através da maior participação possível dos indivíduos no processo de decisões políticas.

recursos difusos da comunidade, para vencer os problemas de maneira precisa quando quer que eles apareçam. Em suma, direitos dependem do governo e, como corolário lógico, custam dinheiro. Isto significa dizer que, no se refere especificamente à saúde - e com permissão do trocadilho - saúde não tem preço, mas tem custo!

Na verdade, qualquer direito (ao bem-estar, à propriedade privada) tem custos públicos. O direito de liberdade de contratar, ilustrativamente, tem custos públicos não menos do que o direito à saúde; o direito de liberdade de expressão não menos do que o de moradia digna e assim por diante. Todos os direitos reclamam o erário.

Não se pode ignorar, nesse sentido, a escassez de recursos. Os recursos públicos, frequentemente, sem qualquer razão válida, são canalizados para proteger os direitos de alguns cidadãos em detrimento de outros. Liberdade de informação, por exemplo, vale mais para quem pode comprar dezenas de publicações jornalísticas do que para quem dorme sob um jornal, ironizam Holmes e Sunstein (1999).

Aqueles que podem pagar para litigar obtêm mais valor dos seus direitos do que os que não podem. Mas a dependência da proteção aos direitos dos recursos privados é bem compreendida e atrai mais atenção do que a da proteção dos direitos dos recursos públicos. Ter o orçamento como foco é também a maneira mais simples de chamar a atenção para a fundamental dependência das liberdades individuais das contribuições coletivas geridas por servidores públicos.

Direitos geram custos não apenas direta e imediatamente percebidos. Equivocada, por conseguinte, é a premissa generalizada de que os mais fundamentais direitos são essencialmente sem custo.

Os professores norte-americanos anotam que a classificação que tenta separar direitos entre positivos e negativos é falaciosa, pois a proteção e garantia de todos os direitos dependem da atuação estatal:

Se os direitos fossem meramente imunidades de interferência pública, a maior virtude do governo (no tocante ao exercício de direitos) seria a paralisia ou sua inépcia. Mas um Estado não ativo é incapaz de proteger liberdades pessoais, até mesmo aquelas que parecem ser inteiramente 'negativas,' como o direito de não ser torturado por policiais ou guardas de prisão. [...] Todos os direitos têm custos porque pressupõem fundos angariados pelos contribuintes a fim de constituir um efetivo maquinário

para supervisionar, monitorar e aplicar a lei. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p.42) (tradução nossa).

Assim, mesmo a liberdade de ir e vir depende da existência de ruas, avenidas, viadutos, segurança pública e, é óbvio, demandam recursos públicos e evidente ação estatal. Pensar de maneira equivocada que há direitos que não custam direitos pode levar à consagração da orientação pela proteção máxima desses direitos (individuais, de liberdade e, dos ligados à proteção da propriedade), em detrimento dos demais. Além disso, pode induzir a um comportamento irresponsável em relação aos deveres por parte da comunidade.

A ignorância acerca dos custos estimula indevidamente a atuação do Poder Judiciário, o que conduz a excessos por parte desse poder. E mais, nos termos de Sunstein e Holmes (1999, p.94), levar a sério os direitos é levar a sério a escassez dos recursos públicos.

Ressalte-se previamente, por oportuno, consoante observado pelos próprios autores, que isto não significa transformar a atividade jurídica em uma máquina insensível operada por economistas. Sem embargo, e o tema é recorrente para os autores, a análise de custos e benefício é de fundamental importância para a atividade jurídica de tutela dos direitos. (GALDINO, 2005, p.210).

Tendo em vista a exposição apresentada, os autores sugerem que seja realizada uma revisão do conceito de direito subjetivo, para nele constar a perspectiva dos custos. Assim, os custos não devem ser vistos como óbices à concretização dos direitos fundamentais, embora a concepção de custos como óbice tenha a função de identificar e precisar os obstáculos para sua superação. (GALDINO, 2005, p.234). Logo, não devem ser vistos como se fossem algo externo aos direitos, mas como pressupostos para o direito fundamental, de maneira que possam ser trazidos para dentro de seu conceito.

Em decorrência, não seria possível pensar em um direito absoluto, nem em direito de uma pessoa a uma determinada prestação, sem que isto seja possível, tendo em vista a realidade econômico-financeira. Assim, os recursos econômicos são considerados pressupostos que tornam possível a realização dos direitos. (GALDINO, 2005, p.235).

Flávio Galdino acata a doutrina de Sunstein e Holmes¹⁵⁵. Assim, parte do pressuposto de que todos os direitos são positivos, geram custos e estão sujeitos a escolhas trágicas. Além disso, defende a revisão do conceito de direito subjetivo, em favor de “um conceito pragmático de direito subjetivo” - nada é absoluto quando se depende de dinheiro.

A expressão “pragmático” é utilizada com o escopo de designar uma especial relação do conceito em questão com a realidade que ele pretende conformar (rectius: da norma em que o conceito está inserido com a realidade que ela pretende conformar).

Com essa expressão – pragmático – não se pretende relacionar a proposta veiculada neste trabalho com os valiosos estudos semióticos, nem com qualquer pragmatismo filosófico em especial, cujas noções não cabem aqui analisar, embora haja necessária correlação entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico e também com a análise pragmática.

(...)

O conceito deve ser pragmático no sentido de que visa compreender as reais condicionantes dos direitos fundamentais – na figura emprestada, uma espécie de pragmatismo iluminado. (GALDINO, 2005, p.211).

A proposta do autor é trazer a realidade material para o raciocínio jurídico, de maneira a realizar o que chama de (re) construção pragmática dos conceitos jurídicos e dos direitos com a possibilidade de incorporação de dados oriundos das análises econômicas, políticas, sociológicas. (GALDINO, 2005, p.260).

Sendo assim, o conceito clássico de direito subjetivo, segundo o qual acarreta a exigência de um determinado comportamento seria inadequado. Antes de se afirmar que alguém é titular de um direito fundamental específico, deve-se analisar os custos de tal direito e, apenas diante da confirmação da real possibilidade de atendimento, é que se deve reconhecer a postulação como direito fundamental. Haverá direito, se houver também dinheiro suficiente para tanto.

Mais do que isso, na esfera judicial, Galdino entende que a concessão de um direito depende tanto da aferição das possibilidades reais (diga-se, orçamentárias), quanto da demonstração de que os benefícios justificam aqueles custos e não outros¹⁵⁶. E, ainda, é preciso levar em conta os efeitos práticos que a decisão gera sobre as pessoas envolvidas no conflito, e sobre a sociedade. Sendo assim,

¹⁵⁵ Holmes e Sunstein não são alexyanos, mas, no Brasil, sua doutrina é traduzida como uma visão alexyana.

¹⁵⁶ “Desse modo, só se reconhecerá um alegado direito subjetivo como sendo um direito subjetivo fundamental quando, dentre outras condições, houver possibilidade real de torná-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento do direito em questão.” (GALDINO, 2005, p.343).

completa-se a afirmativa anterior: só existirá direito se existir dinheiro suficiente para tanto, se a relação custo benefício de seu dispêndio for recomendada e, ainda, se os efeitos práticos da decisão de sua concessão não forem desastrosos.

Flávio Galdino alinha-se também àqueles que adotam a Teoria da Ponderação de Alexy, no que se refere ao modo de operação do Direito. Aqui cabem as mesmas críticas já tecidas na análise da Teoria da Ponderação.

No plano normativo (operacional), considerando que as normas jurídicas são estabelecidas e compreendidas fundamentalmente em sentido principiológico e atentando também para que o aplicador do Direito deve ponderá-lo no momento da respectiva aplicação – a chamada ponderação ad hoc - , convém considerar também nessa operação as possibilidades fáticas ou reais e, mais do que isso, analisar os custos e benefícios de determinada medida. (GALDINO, 2005, p.341).

No entanto, observa-se que Galdino (2005, p.33) - assim como Virgílio Afonso da Silva - se afasta um pouco dos outros alexyanos, na medida em que faz algumas considerações, tais como, a de que o mais importante em relação às regras e princípios é o fato de ambos terem normatividade, de maneira que a distinção entre eles não é importante nem determinante.

Apesar dessa percepção, Galdino (2005, p.35), por vislumbrar ainda como única opção a ponderação alexyana, peca ao dizer que tanto princípios quanto regras e - não somente princípios - podem ser ponderados.

Esta autora prefere dizer que nenhum dos tipos normativos deve ser objeto de ponderação (ao menos, como sistematizada por Alexy), pois esta é incompatível com o caráter deontológico, bem como com o próprio código binário do Direito.

Outra observação digna de nota é que Galdino também prima pelo rigor científico, afirmando que a ponderação alexyana é despida de conteúdo material, e se presta a efetuar operações comparativas, como instrumento para aplicação de outros princípios¹⁵⁷. (GALDINO, 2005)

¹⁵⁷ Sobre a falta de rigor científico e aplicação equivocada da Teoria da Ponderação de Alexy, ora pela doutrina, ora pela jurisprudência, recomenda-se a leitura de *Princípio da Proporcionalidade*, de Leonardo de Araújo Ferraz.

6 PENSANDO A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA DA PONDERAÇÃO E NO SENSO DE ADEQUABILIDADE

Neste capítulo, apresenta-se a aplicação dos direitos fundamentais sociais à luz da Teoria da Ponderação e do Senso de Adequabilidade e, seguindo a linha de Álvaro Cruz, filia-se a este último. Para tanto, faz-se menção a algumas das lições de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas.

Pretende-se explicitar a posição aqui assumida acerca de alguns dos problemas suscitados no decorrer do trabalho, tais como os relacionados à dicotomia entre direitos positivos e negativos, à classificação dos direitos fundamentais em gerações/dimensões, aos custos dos direitos, ao ativismo *versus* o passivismo do Poder Judiciário, ao princípio da Separação dos Poderes, às restrições/limitações dos direitos fundamentais, ao mínimo existencial e à reserva do possível. Além disso, pretende-se elucidar, ainda que de modo tímido, o entendimento acerca do que seria a aplicação mais adequada do Direito, a qual se coloca na contramão do que grande parte da doutrina constitucional brasileira tem defendido.

Sabe-se o tamanho do desafio a que se propõe e há a convicção de que certamente a resposta não será absoluta, definitiva e isenta de reparos. Em primeiro lugar, porque isso levaria a incorrer em contradição evidente com o que se sustenta e, em segundo, em razão de ser esta autora uma iniciante. No entanto, a falibilidade não impede de acreditar que, neste momento, esta é a melhor resposta para os problemas suscitados – também, por outra razão, não seria aqui defendida.

6.1 Análise das classificações dos Direitos Fundamentais e do Ativismo do Poder Judiciário

Foram selecionados, neste tópico, alguns aspectos mencionados no decorrer deste trabalho, a respeito dos quais se considera pertinente posicionar-se.

No que se refere à classificação dos direitos fundamentais em gerações, aqui se toma partido das críticas já bastante difundidas de inadequação do termo, em

razão de se sugerir a substituição da geração anterior pela posterior. Por outro lado, o que se entende é que o termo dimensões, embora represente um ganho no sentido de superar a crítica realizada ao termo gerações, também tem utilidade meramente acadêmica, na medida em que tenta categorizar as facetas dos direitos fundamentais como forma de facilitação do estudo.

Fato é que os direitos fundamentais são realmente indissociáveis. Isso significa que não é possível o pensamento, a pretensão ou a efetividade de qualquer deles, sem a de tantos outros ao mesmo tempo. O direito à vida pressupõe o direito à saúde, à informação e à participação. O direito à participação pressupõe o direito à alimentação, a moradia e assim por diante.

Além disso, cada um dos direitos pode ser visualizado em mais de uma dimensão argumentativa, conforme o caso em que se faz presente, como leciona Marcelo Cattoni:

Conforme o caso, por exemplo, o direito ao meio ambiente saudável pode ser tratado argumentativamente como questão interindividual de direito de vizinhança, como condições adequadas de trabalho de uma categoria profissional ou, até mesmo, como direito das gerações futuras: depende da perspectiva argumentativa, se individual, coletiva, social ou difusa de quem o defende em juízo. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, p.137).

E, mais, a violação de um direito, tradicionalmente, classificado como individual, não implica apenas a lesão do direito do titular daquele direito porque, na verdade, todos os indivíduos são titulares. Todos são atingidos, violados com a violação do direito de outrem. Quem não se sente violado com os altos índices de analfabetismo e marginalidade? Quem não se sente violado em seus próprios direitos ao ver tantas crianças submetidas a condições subumanas e indignas nas ruas?

Nesse sentido, é importante esclarecer porque foram destacados, em diversas oportunidades neste trabalho, os direitos sociais. O leitor deve estar se perguntando: se a autora deste trabalho considera impertinente a classificação dos direitos em gerações/dimensões, por que a todo tempo se refere aos direitos sociais, como se os apartasse dos demais direitos?

De fato, tais direitos estão ligados de maneira indissociável aos demais e a forma adequada seria se referir apenas aos direitos fundamentais como um todo. Um indivíduo que requer judicialmente ao Estado a entrega de um remédio, não está

pedindo apenas que seja efetivado o seu direito à saúde. Por vezes, o indivíduo requer também que seja efetivado o seu direito à integridade física e moral, o seu direito à vida, o seu direito à inclusão social, o seu direito ao livre exercício de uma profissão, entre outros.

Assim, é necessário esclarecer que, embora aqui, em diversos pontos, tenha sido feita referência apenas aos direitos sociais, isso não ocorreu porque eles sejam entendidos de forma apartada dos demais. O objetivo foi destacar o fenômeno da judicialização dos direitos, ao qual, em regra, a doutrina emprega o rótulo de judicialização dos direitos sociais, já que mais constante em relação aos bens e serviços ligados diretamente à saúde e educação e, indiretamente, a tantos outros direitos. Soma-se a isto tamanha inquietação que a inacessibilidade das pessoas a serviços básicos, em especial aos diretamente ligados à saúde e à educação, provoca na autora deste trabalho.

Com relação à clássica dicotomia entre direitos positivos e negativos, assume-se posição, em termos, ao lado de Cass Sustein e Stephen Holmes. Considera-se impertinente classificar os direitos em positivos e negativos, tanto a partir do critério prestacional, quanto a partir do critério relacionado ao custo dos direitos. É que, vislumbra-se em todos os direitos a necessidade de uma atuação prestacional por parte do Estado. Tal como os referidos doutrinadores anotaram, o próprio direito à propriedade, identificado classicamente como um direito negativo, exige a entrega de prestações por parte do Estado, evidenciadas muitas vezes, nos serviços de segurança pública, nos serviços cartorários e na própria criação e manutenção da estrutura e burocracia, necessárias aos três poderes que se prestam a garantir a ordem e inclusão social. Como já foi mencionado anteriormente, esta exposição é breve, sem mais delongas.

Como via de consequência, vislumbra-se em todos os direitos a geração de custos para o Estado. Assim, entende-se possível a classificação em direitos positivos e negativos apenas para fins didáticos e/ou de construção da luta histórica dos homens pelos direitos, considerando, inclusive as ressalvas de Flávio Galdino, no que se refere às diferenças existentes entre a evolução do reconhecimento dos direitos em países europeus quando comparados à mesma no Brasil.

Por outro lado, discorda-se, tanto dos aludidos professores americanos quanto de Galdino, quando pretendem agregar ao conceito de direito subjetivo o custo dos direitos. Primeiro, porque o que se entende é que os direitos fundamentais

não podem ser ontologizados, pois se trata de preceitos deontológicos. Como Álvaro Cruz (2007) afirma, “a Constituição não é, ela está sendo”. Segundo, porque as possibilidades financeiras do Estado não constituem a única circunstância que pode ser relevante, e que deve ser analisada num dado caso concreto. Se se considera que os custos devam integrar o conceito de direito subjetivo, como se fossem um de seus elementos constitutivos, então também seria necessário agregar ao conceito de direito subjetivo outras circunstâncias a serem observadas em relação ao caso concreto.

É mais adequado, porém, analisar os custos como uma característica relevante do caso concreto do que como um elemento constitutivo do direito subjetivo.

Neste contexto, eclode o debate acerca da efetividade dos direitos, via judicial. Entende-se que a jurisdição deve atuar para permitir a inclusão e emancipação social, e é, exatamente por isto, que deve, também, ser limitada. Caso contrário, corre-se o risco de o Judiciário assumir a condição de superego da sociedade e contrariar os próprios princípios que sustenta defender. (MAUS, 2000).

O Judiciário na condição de superego contraria a própria democracia e é incoerente com o Estado Democrático de Direito. Isso não significa, porém, que se sugere um Judiciário passivista.

Explicando melhor. Uma jurisdição passivista se realiza com a aplicação do Direito de acordo com as diretrizes positivistas, de maneira formalista, mecanicista e exegética. O juiz passivista não imprime ao processo um debate, no qual é, de fato, em conjunto com as partes e demais pessoas que participam do processo que se busca a solução do caso. Geralmente, encaixam-se aqui os profissionais que, depois de serem aprovados em processo seletivo público, acabam se distanciando da academia, por preguiça ou excesso de trabalho.

O passivismo ainda está presente nos julgados. Porém, desde a década de 1990, o Judiciário começou a atuar de modo ativista, em razão da difundida ideia de que os poderes políticos de nada servem, sendo compostos apenas por elementos corruptos. De fato, a corrupção é um mal grave que assola o Brasil, em grandes dimensões. Não são raras as denúncias de nepotismo, de desvio de dinheiro público, de licitações fraudulentas, de compra de votos de parlamentares, entre tantas outras. Como já observado anteriormente, essas práticas devem ser severamente punidas. No entanto, isso não coloca o Judiciário em lugar privilegiado

e superior aos demais poderes. Os homens do Judiciário não são mais sábios ou honrosos que os homens políticos. Não, *a priori*. As violações devem sim ser coibidas, porém, sem que o Direito se desnature em política.

Por outro lado, o ativismo do Judiciário do qual se fala e que, portanto, se denuncia em nada tem a ver com a atividade criativa da interpretação. Esta é, como já se manifestou com Gadamer, uma condição inerente ao homem e uma exigência da aplicação do Direito. O ativismo do Judiciário aqui denunciado é o que se ancora em teorias como a da Ponderação de Alexy e a da Análise Econômica do Direito, de Posner, as quais adotam uma linha argumentativa utilitarista de ponderação entre meios e fins. Os princípios são equiparados a valores, ou os direitos são equiparados a bens, e a ponderação - típica do âmbito deliberativo - acaba ocorrendo no âmbito judicial. Por pior que seja, por mais ineficiente que pareça, ainda é no âmbito dos poderes políticos que, ordinariamente, se estabelecem os debates públicos - onde a democracia (ainda que restrita à representatividade) se manifesta.

As referidas teorias adotam uma argumentação incoerente com o Direito. Por trás de uma vontade, de um discurso real de superação das falhas do positivismo e de militância a favor da concretização dos direitos seus adeptos mais fiéis estão dando uma sentença de morte ao princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, à democracia. Frise-se, considera-se sinônimo de ativismo a ponderação de meios e fins.

Álvaro Cruz elucida bem a questão, citando um caso concreto no qual o juiz equipara princípios a valores e emite decisão de cunho evidentemente ativista, dado o seu decisionismo.

No caso o Juiz de Direito da comarca de Joinville anulou norma municipal que destinava importância do orçamento local para a construção de estádio de futebol e determinou o repasse do dinheiro para garantir a inclusão de cerca de duas mil crianças que não tinham acesso ao ensino fundamental. A despeito de entender o juízo de valores feito pelo magistrado, que de certo entendia a educação um valor mais importante do que o desporto, questionávamos anteriormente qual seria a legitimidade do Ministério Público e do Judiciário de reformar uma decisão política da Câmara Municipal e eleger um outro valor constitucional que será mais próximo da dignidade da pessoa humana. Então, indagávamos, porque então o valor a ser escolhido não teria sido o da saúde, ou o da defesa do meio ambiente. (CRUZ, 2007, p. 258).

Um dos problemas do ativismo - denunciado por Maria Paula Dallari Bucci, Ana Paula Barcellos, Flávio Galdino, Daniel Sarmento, entre outros - é que o Judiciário só tem condição de enxergar a micro-justiça, ou seja, não consegue enxergar e planejar a macro-justiça. O Judiciário fica limitado a uma postura reativa. É incapaz de ser proativo. Além disso, a ideia que o Judiciário tem do Executivo, de que este poder não serve para nada, faz com que o sistema do planejamento seja desprezado.

São exemplos elucidativos: a medicina preventiva, na qual se incluem saneamento básico e informação é capaz de salvar muito mais vidas que a medicina curativa, além de ser menos dispendiosa em muitos casos. Porém, ao Judiciário não é dada competência e condições para resolver questões neste âmbito.

Da mesma maneira, não é possível se conceber, num Estado Democrático de Direito, um Judiciário que planeje e orce, por exemplo, o direito à habitação. O protagonista deste Estado não deve ser o Judiciário, mas o povo e seus representantes eleitos. Decisões judiciais que geram alocação de recursos públicos devem ensejar um debate ainda mais amplo, tanto com os demais poderes quanto com os profissionais da área mais atingida e, principalmente, com os cidadãos.

Alerta-se, todavia, que reconhecer e denunciar o ativismo como um problema não significa defender um retorno ao positivismo. O que se sustenta é que, assim como o positivismo foi deficiente de uma carga reflexiva e evidenciou uma prática jurídica de primazia das regras sobre os princípios, o ativismo falha ao violar o sistema jurídico e desnaturá-lo em Política.

É preciso vislumbrar outra proposta. Não há que se considerar o positivismo e a ponderação como únicas propostas possíveis, como se fosse necessário escolher entre o passivismo e o ativismo. Assim é que, tenta-se desenvolver o Senso de Adequabilidade.

6.2 O Princípio da Separação dos Poderes à luz da Teoria da Argumentação e da Teoria Discursiva

Uma das principais críticas elaboradas à judicialização dos direitos sociais sustenta que o Poder Judiciário, ao fazê-lo, invade competências exclusivas dos

poderes políticos e, conseqüentemente, viola o Princípio da Separação dos Poderes. A invasão se daria, em especial, à atividade legislativa. É claro, no entanto, que os efeitos se evidenciam também nas atividades executivas, na implementação das políticas públicas.

Compreende-se que, na linha habermasiana, essas críticas estão presas a uma concepção de repartição clássica dos poderes, na qual o Legislativo era percebido como o protagonista estatal. E mais, as referidas críticas adotam uma visão exegética da jurisdição, como se o exercício desta pudesse e devesse se resumir à subsunção positivista, de maneira que qualquer ato construtivo do julgador é entendido como invasão de competências de outros poderes.

Na linha dessa interpretação, a lei não deve sua legitimidade ao processo democrático, mas à sua forma gramatical. O encurtamento semântico propõe uma interpretação da divisão dos poderes seguindo a lógica da subsunção. (HABERMAS, 2003, v.I, p.246).

Porém, o Princípio da Separação dos Poderes, como corolário do Estado Democrático de Direito, não pode ser concebido como se ainda se vivesse sob a égide de um Estado Liberal e de uma jurisdição positivista. É preciso superar esta visão.

Logo, o que se pretende é pensar o Princípio da Separação dos Poderes de maneira coerente com o Estado Democrático de Direito, ocupado com a inclusão e emancipação social, bem como com o desenvolvimento de uma jurisdição pós-positivista legítima, o que lhe exige atentar para os ganhos da Filosofia da Linguagem, em especial, no que se refere à atividade criativa - como condição antropológica do homem – e à percepção de que um signo, um texto normativo não admite apenas um único sentido.

Além disso, a releitura do princípio sob análise deve se realizar em bases legítimas, que permitam aos poderes cumprir seus propósitos, sanando eventuais violações provocadas pelos outros, sem que para tanto haja uma desnaturação de um ou todos eles.

Neste diapasão, é adequado recorrer à dualidade de argumentos elaborada por Dworkin, e aprimorada por Günther e Habermas.

Dworkin (2007), em sua obra, *Levando os Direitos a Sério*, anota que as teorias da decisão judicial ainda pensam numa jurisdição à sombra da legislação.

Por isso, de acordo com essas teorias, numa jurisdição ideal, os juízes devem simplesmente aplicar o Direito criado por outras instituições sem criar um novo Direito. Todavia, admitem que, quando isto não é possível - em casos como das regras do direito costumeiro que, por serem vagas, exigem uma interpretação do aplicador ou, ainda, em casos de problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo com a ampliação ou reinterpretação das regras existentes - o juiz deveria criar um novo Direito, como se fosse delegado do Legislativo. Quer dizer, como se estivesse promulgando leis, que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso vivenciassem aquele problema.

Dworkin discorda destas teorias e defende que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados. Para ele, essa concepção desconsidera uma distinção fundamental da teoria política existente entre aos argumentos de política e os argumentos de princípio.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a 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. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude política, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política. (DWORKIN, 2007, p.129-130) (grifos nossos).

Em outra obra, *O Império do Direito*, ao tratar o Direito como integridade, Dworkin estabelece uma relação entre os referidos argumentos e os poderes estatais.

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.** Há limites para este tipo de justificativa, com observamos no capítulo VI. (...) O Direito como integridade pressupõe, contudo, que **os juízes se encontram em situação muito diversa** daquela que dos legisladores. (..)

Os juízes **devem tomar suas decisões sobre o ‘common law’ com base em princípios**, não em política: devem apresentar argumentos que digam porque as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum momento pertinente do passado. (DWORKIN, 2007, p.292-293) (grifos nossos)

Assim, o autor estabelece que os argumentos de princípio são juridicamente válidos, ao passo que os de política, pragmáticos, são politicamente válidos.

Ao tomar como critério de legitimidade das decisões judiciais a utilização de argumentos de princípios, Dworkin quer garantir à aplicação do Direito, sua estrutura deontológica e, via de consequência, afastar a possibilidade da utilização de argumentos do tipo utilitaristas, de custo/benefício entre meios e fins, típicos do âmbito político. Argumentos de política na aplicação do Direito até são possíveis, porém inválidos, pois ferem sua estrutura e código binário.

Günther e Habermas ampliam a diferenciação elaborada por Dworkin e o fazem com apoio na Teoria Discursiva. A ética do discurso surgiu como uma nova perspectiva na filosofia, a partir do fim dos anos 1960 e início dos 1970, e consagrou como critério para a fundamentação das normas morais a linguagem, ou seja, o consenso validado intersubjetivamente. Com isto, as questões morais passaram a ser resolvidas dentro de uma comunidade de comunicações em condições reais e concretas, de maneira que as máximas passaram a ser submetidas à consideração de todos os participantes do discurso, a fim de fazer valer discursivamente sua pretensão de universalidade. (GÜNTHER, 2004).

Habermas insere-se no contexto da ética de discurso. Para ele, discurso significa uma interação comunicativa que não se propõe a trocar informações sobre alguma coisa, mas que se propõe a fundamentar as pretensões de validade levantadas na ação comunicacional. Isto porque compreende a linguagem como ação e o sujeito como comunicativo, o que lhe permite ultrapassar os limites da Filosofia da Consciência, delimitados pela sintaxe e semântica.

Na ética do discurso, estabeleceu-se o princípio “D”, segundo o qual, válido será o discurso cuja argumentação possa ser racional e responsavelmente aceita sem coação por todos os participantes. E um princípio “U”, segundo o qual válidas serão as normas, cujas consequências e efeitos colaterais - que previsivelmente se seguirão de seu cumprimento por todos os afetados para a satisfação dos interesses

de cada um - puderem ser aceitos responsavelmente e sem coação por todos os participantes do discurso. (HERRERO, 2000).

Porém, Habermas e Günther sugerem uma versão fraca do princípio “U”. O primeiro, considerando apenas aquelas consequências e efeitos colaterais que *previsivelmente* resultarem da observação geral. E o segundo, levando em conta uma norma válida apenas se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses individuais. Assim, anota Günther que, com “U”, não é lícito perguntar se é correto aplicar uma norma, mas apenas questionar as consequências que, previsivelmente, resultariam para o interesse geral, caso fosse aplicada a cada uma das situações. (GÜNTHER, 2004, p.66-67).

Isso significa que uma justificação discursiva de normas morais válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal. Assim, se justifica se todos puderem aceitá-la pelas razões apresentadas. Isto pressupõe as condições ideais de fala de Habermas, nas quais se incluem as regras de consistência semântica necessárias, as regras para a organização de uma conversação, e as regras que assegurem a participação livre e igual de todos os envolvidos. A última é que, na verdade, garanta a reciprocidade universal da validade da norma.

Com relação a outros dois requisitos da situação ideal de fala, ou seja, que os participantes possam ter conhecimento e tempo ilimitado, Günther explica que, num discurso, há de se ter a apresentação de todas as características de cada um dos casos possíveis de aplicação, pois, assim, a quantidade de casos usados para sustentar uma norma controversa seria a quantidade de todos os casos possíveis de aplicação. Somente assim os participantes não teriam dúvida de que não haveria situação na qual a observância de uma norma violasse um interesse geral, e a norma correspondente seria tida por perfeita. (GÜNTHER, 2000).

Na concepção desenvolvida por Günther, a imparcialidade das normas é verificada em dois momentos nos quais se analisa, respectivamente, a sua validade e a sua adequabilidade. Na análise da validade de uma norma, deve-se averiguar se aquele caso comporta características gerais - comuns a todos os casos para os quais, em princípio, se aplica determinada norma¹⁵⁸. Na análise da adequabilidade, é

¹⁵⁸ “A exigência de imparcialidade, no sentido aplicativo, não significa senão que as diferentes interpretações de uma situação devem ser tematizadas, pois teríamos de orientar as nossas ações

preciso averiguar todas as circunstâncias peculiares ao caso, para saber se aquela norma válida é também adequada ao caso. Com isto, Günther diferencia o que chama de justificar uma norma imparcialmente, de aplicar uma norma imparcialmente.

Habermas complementa:

A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. (HABERMAS, 2003, p.270).

Sob esta ótica, a norma que determina o cumprimento de uma promessa é, a princípio, válida para todos aqueles que fazem uma promessa. Porém, será inadequada àqueles que precisarem deixar de cumprir uma promessa, por terem sido chamados a atender um pedido de ajuda de um amigo que deles precisava com urgência.

Normas válidas são então aplicáveis somente prima facie se aquelas circunstâncias que elas pressupõem são válidas. Sendo as circunstâncias constantes em toda situação (com relação à norma), elas **tem que ser completadas com uma ‘descrição completa’ da situação.** Para isto, é necessário um discurso especial que eu chamo de **‘discurso de aplicação’**. Tão logo os participantes entrem no discurso, eles têm que abandonar a perspectiva das circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma. A objeção de que Jones está numa emergência, e portanto o dever de ajudar um amigo deve ser considerado, ganha agora o estatuto de um argumento. Este argumento não é dirigido contra a validade da norma em colisão, mas contra sua adequação, levadas em consideração todas as circunstâncias da situação. (GÜNTHER, 2000, p. 90) (grifos nossos).

Observa-se que Günther anota a necessidade de se verificar, num primeiro momento, todas as normas válidas. Ou seja, que, a princípio, são aplicáveis ao caso e, num segundo momento, todas as circunstâncias do caso, ou seja, a descrição completa da situação. Esta é que indicará – dentre as válidas - a norma adequada àquele caso. Logo, a aplicação da norma adequada enseja a adoção da resposta correta ao caso. Sobre o que se entende por “a resposta correta”, será discutido em outro tópico deste capítulo.

por uma norma que pode não apenas ser considerada válida, mas justificadamente também adequada. Durante o processo é que nos envolveremos com essas interpretações, comparando entre si interesses que concorrem e colidem com expectativas normativas, a fim de formar aquela norma em vista das circunstâncias especiais do caso isolado, do qual podemos reivindicar como a adequada.” (GÜNTHER, 2004, p.71).

Com relação às normas morais, Habermas, tendo em vista o princípio “U”, no seu sentido fraco, leciona o seguinte:

O princípio da universalização obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos particulares previsivelmente típicos, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido de todos os atingidos. Para superar este teste, as regras morais têm que assumir uma versão geral, completamente descontextualizada; por isso elas só podem encontrar uma aplicação descontextualizada naquelas situações standard, cujo componente ‘se’ já foi levado em conta preliminarmente. Como, **porém, nos discursos de fundamentação, na se pode levar em conta ex ante todas as possíveis constelações de casos singulares futuros, a aplicação da norma exige um esclarecimento argumentativo sui generis. Em tais discursos de aplicação, a imparcialidade do juízo não é garantida através de um novo princípio de universalização, e sim através de um princípio da adequação.** (HABERMAS, 2003, v.I, p. 203) (grifos nossos).

Já no que se refere às normas jurídicas, Habermas aprimora o processo iniciado por Dworkin e Günther e, entende que a legitimidade das normas jurídicas se mede pela racionalidade do processo democrático da legislação política, o que por si só envolve uma maior complexidade. Esta, em razão de não levar em conta apenas a correção de juízos morais, mas a disponibilidade, a relevância, pertinência, escolha e fecundidade de informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes e, principalmente, pela equidade dos compromissos obtidos. (HABERMAS, 2003).

Embora, para Habermas (2007, p. 366), o Direito não esteja subordinado à Moral, isto não o impede de estender ao Direito e ao Estado Constitucional as bases da Teoria do Discurso, antes desenvolvida para a Moral. Inclusive, lembra que o que o encorajou a tanto foi a publicação da tese de doutorado de Alexy, referindo-se à obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Assim, com Habermas, é que se pensa nos discursos de fundamentação para elaboração dos textos normativos, e nos discursos de aplicação para a aplicação destes textos. Os discursos de fundamentação criam textos normativos, ao passo que os de aplicação constroem o Direito. Em ambos os discursos, há referência aos casos concretos. Mas, em cada um deles, os referidos casos assumem uma função lógico-argumentativa diferente.

Em discursos de fundamentação eles servem como exemplos padronizados hipoteticamente ponderados, com base nos quais são simuladas as possíveis conseqüências de um surgimento geral das normas; no **discurso de aplicação são os casos sérios facticamente ocorridos que se submetem à decisão**, mediante a consideração de concreção plena. Ao passo que lá se opõe à prova uma possibilidade de uma generalização de uma práxis, consideradas as conseqüências que possam ser exemplificadas com base em casos individuais típicos e previsíveis, o que se dá aqui é uma explicação sobre a norma que, dentre todas as normas válidas, seja adequada a todas as características de um caso conflituoso que ocorreu de fato. (HABERMAS, 2007, p.391-392) (grifos nossos).

Em ambos os discursos, há a presença da realidade, a consideração do mundo/linguagem. Não há como se realizar um debate legislativo para a elaboração de um texto normativo sem se levar em conta os casos concretos que aquele pretende normatizar. Por outro lado, não há como aplicar uma norma sem considerar o caso para o qual se busca uma resposta.

A diferença não reside no fato de um discurso se situar no plano abstrato e outro no plano concreto, porque ambos consideram os casos concretos para sua elaboração. Por isso, não há cisão entre fato e norma, como na concepção positivista. Além do mais, sabe-se que há também um movimento no sentido inverso: não apenas a justificação conduz à adequação; a adequação também conduz à justificação. Basta levar em conta que muitas normas são elaboradas como reação às decisões judiciais. (CRUZ, 2007).

De outro norte, é claro que há interpretação, no sentido hermenêutico, nos dois tipos de argumentos, tendo em vista que a interpretação é uma condição antropológica do homem. Mais do que isso, tanto na justificação quanto na aplicação, há a fusão de horizontes, como elaborada por Gadamer, na construção ou na aplicação do texto.

Observa-se, então, que a diferença entre os referidos discursos evidencia-se nas especialidades dos códigos binários. Quer dizer, nos tipos de argumentos legítimos para cada discurso e não em razão de presença ou ausência de casos concretos, ou na presença ou ausência de interpretação. A argumentação que legitima o discurso de fundamentação é distinta da argumentação que legitima o discurso de adequação, e isto é o que as torna diferentes e enseja a dualidade. Daí porque é na argumentação que se realiza a separação dos poderes.

Habermas acrescenta à dualidade de Dworkin que, no âmbito político são válidos os argumentos de política, os quais, no processo de formação política

racional da vontade, participam das deliberações. Estas servem para a ponderação e o discernimento de fins coletivos, bem como para a escolha de estratégias (pelo caminho do auto-entendimento) apropriadas para atingir tais fins. Nos discursos pragmáticos, faz-se um exame das estratégias para verificar se são adequadas a um fim. Nos discursos ético-políticos, há um exame de valores que fundamentarão os programas, na medida em que são adequados e, num sentido amplo, bom para todos. Examina-se para levar em conta o aspecto da justiça (o que é igualmente bom para todos). (HABERMAS, 2003).

Todos esses argumentos devem ser depurados: em âmbito político, para atenderem ao princípio da Democracia; e, em âmbito jurídico, para atender ao código binário do Direito.

No que se refere ao âmbito jurisdicional, como já se adiantou, são possíveis tanto argumentos de política quanto de princípios. Porém, somente estes últimos são válidos, em razão de seu caráter deontológico, os quais devem ser orientados pelo Senso de Adequabilidade, a respeito do tema se discutirá adiante.

Para ser legítima, a jurisdição deve observar limites. Nenhum poder pode pretender um exercício absoluto, sem controle ou limitações. O poder absoluto é, por definição, autoritário, pois se torna permeável à corrupção. Esses limites estão delineados pela própria conformidade do sistema às normas jurídicas, na medida em que este adota o seu código binário, de caráter deontológico. Este se refere a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. De acordo com ele, normas ou são válidas ou não são válidas. Não podem ser graduadas como os argumentos de política, em que se pode valorar se algo é melhor ou pior, bom ou ruim. A garantia do caráter deontológico às decisões judiciais é que impede a desnaturação dos princípios jurídicos em valores pessoais dos magistrados e, conseqüentemente, do Direito em Política.

Dizer que apenas argumentos de princípios são válidos nos discursos de aplicação significa que, neste, não se admite o livre trânsito de argumentos pragmáticos, morais e ético-políticos. Porém, a jurisdição não desconsidera tais aspectos, mas apresenta argumentos de forma diferente do discurso de justificação. Apenas neste, por se situar no âmbito da definição de metas, tarefas e políticas públicas, deve-se realizar ponderações de cunho utilitarista, ou seja, de custo benefício entre meios e fins.

Ligados à forma jurídica estão também a diferenciação e autonomização de discursos de fundamentação e aplicação, a coerção específica na direção de uma exatificação das regras, da coerência de sua concatenação e da consistência do decidir. Essas qualidades do código jurídico exigem uma **'tradução' dos argumentos pragmáticos, éticos e morais, assim como dos resultados de negociações que ingressam no sistema jurídico por meio de aconselhamentos e resoluções do legislador político e aos quais a justiça pode se referi ao fundamentar suas sentenças.** Por outro lado, isso não libera, sob hipótese alguma, a práxis decisória do juiz de que ela precise considerar o sentido deontológico da validação das normas jurídicas. (HABERMAS, 2007, p.377) (grifos nossos).

Como se observa, a distinção entre discursos de justificação e aplicação torna possível a releitura do princípio da separação dos poderes, de maneira coerente com o Estado Democrático de Direito, ocupado com a inclusão e emancipação social. Isto porque a referida dualidade permite que as violações de direitos sejam analisadas pelo Judiciário, que pode adotar uma postura pós-positivista, de modo concretista e reflexivo. Permite também que o Judiciário realize um exercício interpretativo, no qual verifique as diversas possibilidades de sentido dos textos normativos, bem como todas as circunstâncias e argumentos do caso concreto. É preciso ter em mente que não há um sentido único e prévio em nenhum signo. Além disso, sempre haverá interpretação, já que é uma condição antropológica do homem (do *Dasein*). Por outro lado, permite a realização de uma interpretação (de cunho pós-positivista) legítima, na medida em que permite que cada um dos sistemas (político e jurídico) mantenha intacto seu código binário, sem que um se desnature no outro.

Frise-se: a dualidade entre argumentos de justificação e adequação impede que o Direito descambe para a ilegitimidade fundamentando suas decisões em análises utilitaristas de custo/benefício entre meios e fins, ou seja, de caráter teleológico. Estas são perfeitamente válidas para os discursos de fundamentação, apenas.

É nesse sentido que se considera ilegítima a Teoria da Ponderação de Alexy. Na medida em que permite a utilização de discursos de fundamentação na aplicação, não faz distinção entre os dois discursos. Isso quer dizer que Alexy elaborou seu modelo de operação do Direito em desrespeito ao seu código binário, permitindo o livre trânsito de argumentos no discurso de argumentação.

Observa-se que não verifica, aqui, nenhum problema *a priori* em ponderar meios e fins, mas isto é admissível apenas no âmbito político. A ponderação, quando realizada na aplicação do Direito, não adota a dualidade de argumentos. Por

isso, transforma o Judiciário em Legislador, e incorre nas críticas ligadas a uma concepção clássica da separação dos poderes. A decisão a respeito de ser ou não proporcional refletirá, na verdade, aquilo que o juiz preferir, extrapolando os limites do lícito ou ilícito.

Como já se adiantou em outra oportunidade, os valores, ao contrário dos princípios, concorrem entre si e, por isso, assumem uma lógica que não é válida para o Direito.

No interior de um campo de validação como esse, **o direito se apresenta** diante de seus destinatários, assim como antes, munido de uma **reivindicação de validação que exclui uma pesagem dos direitos segundo o modelo de ponderação de 'bens jurídicos' precedentes ou menos importantes**. A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que 'é bom pra nós' e o que 'há de melhor' caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. (HABERMAS, 2007, p.368) (grifos nossos).

6.3 Suporte fático e restrições ou limites aos direitos fundamentais

Este é um tópico que poderia ter sido elaborado tanto no capítulo quarto quanto no quinto, nas anotações acerca da Teoria da Ponderação de Alexy. Porém, optamos por incluí-lo aqui por se tratar de questão a ser elencada na comparação que será realizada, neste capítulo, entre a Teoria da Ponderação e o Senso de Adequabilidade.

Trata-se de uma abordagem acerca do âmbito de proteção (garantia) dos direitos fundamentais, bem como das restrições ou limites destes. No que se refere ao seu âmbito de proteção, insta ressaltar as Teorias do Suporte Fático amplo e do Suporte Fático Restrito.

De acordo com a Teoria do Suporte Fático Amplo, os direitos fundamentais assumem um largo âmbito de proteção, *prima facie*. Assim, este âmbito pode sofrer restrições autorizadas por um processo de sopesamento entre princípios colidentes. Os adeptos dessa teoria assim se posicionam porque vislumbram na ponderação/sopesamento a melhor solução para os casos jurídicos.

Já de acordo com a Teoria do Suporte Fático Restrito, os direitos fundamentais assumem um âmbito de proteção limitado. Por isto, não há que se

falar em restrição em razão da atribuição de pesos a princípios colidentes. Aquilo que para a teoria anterior é objeto de exclusão do âmbito de proteção do direito fundamental, a partir do sopesamento, é, para esta teoria, simplesmente, objeto de não direito, ou seja, algo que está fora do âmbito de proteção do Direito.

No contexto do debate entre adeptos e críticos destas teorias, considera-se pertinente mencionar uma questão que despertou a atenção desta autora, na análise da obra de Virgílio Afonso da Silva (2009), *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

A questão se situa na discussão a respeito das teorias que tratam da garantia dos direitos fundamentais. A crítica, apresentada aqui, sobre a Teoria do Suporte Fático Amplo se refere ao fato de incluir, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, todas as situações jurídicas, para, em momento subsequente aplicar ou não uma restrição ao direito correspondente. Mas, refere-se, sobretudo, ao fato de a restrição ser aplicada com base na ponderação de princípios colidentes. Como já se afirmou outras vezes, a aplicação da restrição ao direito dessa forma admite a utilização de argumentos teleológicos, incoerentes com o sistema jurídico.

Virgílio Afonso da Silva (2009 a, p.95 e ss) critica a Teoria do Suporte Fático Restrito, argumentando que a mesma é conservadora. Não se pode concordar com Virgílio, uma vez que a concepção, aqui defendida, está atrelada ao aspecto provisório da verdade, bem como à falibilidade humana. Levando-se em conta tais aspectos como pressupostos discursivos, pode-se adotar a Teoria do Suporte Fático Restrito, que garante o respeito ao código binário do Direito, sem, no entanto, incorrer em conservadorismo.

Virgílio (2009a, p.97 e ss) sustenta ainda que os adeptos da Teoria do Suporte Fático Restrito adotam uma exclusão “a priori” de condutas do âmbito de garantia dos direitos fundamentais, e que não haveria critérios para tanto. Até certo ponto Virgílio tem razão, porém, ainda assim, a Teoria Interna parece mais coerente por tratar a questão no âmbito da limitação dos direitos. Além disso, ainda se considera mais coerente a delimitação do que é e o que não é direito à ponderação utilitarista de direitos.

Virgílio acrescenta que os adeptos da Teoria do Suporte Fático Restrito se baseiam em exemplos, “em geral estapafúrdios, que tentam mostrar as supostas consequências da tese contrária”. (SILVA, V., 2009a, p.97-98). De fato, às vezes, a

opção é por exemplos mais extremados, mas isso, certamente, ocorre tão somente para facilitar o estudo.

Já no que se refere às eventuais restrições ou limites impostos aos direitos fundamentais, insta ressaltar a existência das Teorias, Externa e Interna. A Teoria Externa considera, em primeiro lugar, a existência de um direito em si; e, em segundo, a existência de um direito restringido. Este último é o que sobra após a restrição do primeiro. A relação entre o direito e a restrição não é necessária, pois surge apenas a partir da necessidade de conciliar os direitos divergentes. Essa concepção se baseia na Teoria dos Princípios, de Alexy, que os considera como mandados de otimização. Seus adeptos entendem que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial¹⁵⁹.

Assim, é que, na Teoria Externa, define-se o que é o direito em razão do que o outro direito faz com ele. Desta maneira, o direito somente aparece como princípio porque será realizada, inevitavelmente, a otimização.

Ao contrário, a Teoria Interna não considera a existência de dois direitos (o direito em si e o direito restringido), mas apenas do direito definido em razão de seu conteúdo. A preocupação não é com uma restrição externa do direito, mas com a sua própria delimitação. Aqui, não se fala em restrição ao direito fundamental, mas em limite (imanente) do direito fundamental. Assim, eventuais dúvidas sobre o conteúdo do direito fundamental não são remetidas a outros direitos, mas ao seu próprio conteúdo.

Neste diapasão, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se contém em seus limites, os quais não podem ser ponderados. Esses limites é que determinam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e não outros direitos ou intervenções externas¹⁶⁰. Na Teoria Interna, há uma busca pelos limites absolutos. É uma discussão do direito consigo mesmo.

Diante dessas explicações, o leitor é convidado a pensar na seguinte situação. Imagine que um pintor quer criar uma obra artística no meio de um cruzamento de via pública, no centro da cidade de Belo Horizonte. Essa prática é lícita? Trata-se de um direito consagrado pelo princípio da liberdade de expressão?

¹⁵⁹ “A teoria externa é defendida por inúmeros autores na Alemanha (Alexy, Borowski), em Portugal (José Carlos Vieira de Andrade) e no Brasil (Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva).” (TORRES, 2009, p.87).

¹⁶⁰ “A teoria interna ou imanente foi defendida principalmente por Häberle, no livro básico intitulado ‘A Garantia do Conteúdo Essencial do art. 19, par. 2º., da Constituição’, escrito em 1962”. (TORRES, 2009, p.87).

E a liberdade de locomoção das pessoas que pretendem circular de carro por aquela via? Não será violada?

Essa questão, provavelmente, seria resolvida pelas orientações teóricas a partir de pressupostos diferentes. De acordo com os adeptos da Teoria Externa, a solução estaria no sopesamento entre as liberdades de locomoção e de expressão. Assim, tanto à primeira quanto à segunda liberdade serão atribuídos pesos diferentes. Se, por acaso, se atribuir maior peso à liberdade de expressão, pintar uma obra no meio de um cruzamento não será permitido, em razão do sopesamento realizado.

Por outro lado, para os adeptos da Teoria Interna, a solução estaria no estabelecimento daquilo que está protegido pelo Direito e daquilo que se encontra no âmbito do não Direito. Assim, essa teoria pode considerar, por exemplo, que pintar uma obra no meio de um cruzamento é uma situação que, simplesmente, não está protegida pelo Direito. Não é que a situação esteja protegida *prima facie* e foi restringida em razão do sopesamento. Trata de uma situação de não direito de expressão. Quer dizer, o direito não protege a pretensão de pintar uma obra no meio de um cruzamento.

Alexy, como não poderia deixar de ser, porque é mais coerente com sua Teoria da Ponderação, adota a Teoria Externa dos direitos fundamentais, e trabalha a norma restringível sob a ótica, tanto das regras quanto dos princípios. Assim, uma regra compatível com a Constituição é uma restrição a um direito fundamental se,

(...) com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. Alguns exemplos podem esclarecer isso. Enquanto não existe o dever de usar capacete, dirigido aos motociclistas, o titular do direito fundamental, tem, em razão do princípio da liberdade geral de ação, uma liberdade fundamental *prima facie* para, com motociclista, usar ou não usar um capacete. Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não usar o capacete. (ALEXY, 2008, p.283).

Já um princípio compatível com a Constituição não é restringidor por si só, pois não é capaz de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas.

Para se alcançar uma restrição definitiva é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o(s) princípio(s) que o

restringe(m). Por essa razão, seria possível imaginar que não são os princípios que podem ser restrições, mas somente as regras que, de acordo com a lei de colisão, expressam o resultado do sopesamento. (ALEXY, 2008, p.284).

Assim, Alexy (2008) sustenta que a restrição a um direito fundamental somente é admissível, se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio do direito fundamental em questão. Por isso, considera os direitos fundamentais restrições a sua própria restrição e restringibilidade.

Veja: quando se pondera entre dois direitos, já se tem *a priori* a noção do que é cada um desses direitos. Há uma pressuposição sobre os limites de cada um deles. De outro lado, quando a teoria interna fala em limites imanescentes, fica claro que não é possível dizer o que é um Direito sem dizer o que ele não é. A definição parte sempre de uma negação. Isto é uma relação dialética.

Com relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, há duas categorias de teoria. A Teoria Objetiva, que defende que um direito fundamental não pode ser reduzido a ponto de se tornar insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles, ou, ainda, para a vida social. E, a Teoria Subjetiva, que se subdivide em Absoluta e Relativa.

A Teoria Absoluta sustenta que cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. Assim, simplesmente, não admite que razões mais importantes possam existir. Pode ser concebida de maneira estática ou dinâmica. De acordo com a Teoria Absoluta Estática, a definição do núcleo essencial não se altera com o tempo, ao passo que, de acordo com a Teoria Absoluta Dinâmica, o núcleo essencial se altera com o tempo.

A Teoria Relativa tem como pressuposto o caráter otimizável das normas de direito fundamental e, via de consequência, a necessidade de um sopesamento entre os princípios colidentes para a definição do que seja o núcleo essencial. Assim, o núcleo essencial é tudo o que resta após o sopesamento e sua garantia se reduz à máxima da proporcionalidade.

De acordo com Alexy, há um núcleo não restringível dos direitos, mas que só pode ser conhecido a partir do resultado de um sopesamento, o qual se torna uma regra.

Quando a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição, ela está, em certa medida, correta. No entanto, ela está correta exatamente na medida em que se apóia na teoria relativa. Acima foi demonstrado que quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente. (...) Nesse sentido, há condições sob as quais é possível afirmar com enorme segurança que nenhum princípio colidente prevalecerá. Essas condições definem o 'âmbito nuclear da configuração da vida privada'. Mas o caráter absoluto dessa proteção permanece como uma questão que diz respeito à relação entre os princípios envolvidos. Assim, não é possível excluir uma constelação na qual os princípios contrapostos prevaleçam. Contudo, a segurança da proteção é tão grande que, condições normais, é possível falar em proteção absoluta. A impressão de que ela poderia ser identificada direta ou intuitivamente, independentemente de sopesamentos, decorre da segurança na relação entre os princípios. (ALEXY, 2008, p.300-301).

Alexy, de maneira coerente com a sua Teoria da Ponderação, adota, com relação à garantia dos direitos fundamentais, a Teoria do Suporte Fático Amplo - todos os direitos são, a princípio, protegidos pelo Direito. Quanto à Teoria Externa, as restrições aos direitos fundamentais são obtidas a partir do sopesamento. No que diz respeito ao mínimo existencial, o autor adota a Teoria Subjetiva Relativa, embora conclua que a noção de núcleo duro se faz a partir de uma regra, derivada de um processo de sopesamento.

Para se interpretar melhor a posição de Alexy, quanto ao conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, Virgílio esclarece:

Seria possível que a dignidade seja também objeto de sopesamento e tenha que ceder ante eventuais circunstâncias de um caso concreto? Como forma de evitar este problema, Alexy propõe uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade. Segundo ele, a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio. Essa divisão corresponde, de forma quase total, à aceitação, para o caso da dignidade humana, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela 'parte regra' da norma que garanta esse direito. A 'parte princípio' da norma que garante a dignidade, por sua vez, teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, e seria, portanto, relativizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto. (AFONSO DA SILVA, 2009, p.201).

O núcleo duro da dignidade da pessoa humana é entendido como regra e o que está além do núcleo duro, porém ainda no âmbito da dignidade, é entendido como princípio por Alexy. Significa dizer, então, que Alexy está trabalhando agora uma mesma norma - como princípio e regra!

Virgílio orienta, também, a respeito das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. A primeira, segundo ele, não serviria para nada, a não ser

para cláusulas pétreas. A segunda, de acordo com o autor, deve ser entendida em consonância com a visão da Teoria Relativa.

Ao argumentar assim, Virgílio se distancia da visão de Alexy. Isto pode ficar mais claro na análise de um exemplo. No caso do pintor que quer elaborar uma obra no meio de um cruzamento, por exemplo, de acordo com a visão de Virgílio, está se zerando a liberdade de expressão (artística) no caso concreto. O direito fundamental assim, não tem núcleo duro. Há apenas proporcionalidade porque não sobra nada do direito. O distanciamento acontece, pois, na medida em que, para Alexy, existe um núcleo duro como regra (ainda que apenas no que se refere à dignidade da pessoa humana) e, para Virgílio, não há núcleo duro como regra.

Mais uma vez, discorda-se de Alexy. De maneira coerente com a linha que se segue aqui - e, conseqüentemente, com a estrutura do sistema jurídico - entende-se que a Teoria do Suporte Fático Restrito é mais adequada para os direitos fundamentais que a do Suporte Fático Amplo. Todos os direitos são limitados. Por isso sua proteção não pode ser considerada ampla, *a priori*. Porém, aqui não se chega ao extremo de adotar uma Teoria Interna. Apesar da oposição à ponderação, geralmente atrelada à Teoria Externa, defende-se uma postura que transita entre as duas teorias. Na realidade, percebe-se a existência de uma relação dialética entre a Teoria Interna e a Teoria Externa; por isso, é que se adota o trânsito dialético entre as duas teorias.

Um exemplo pode ser elucidativo. Quando estão em discussão aspectos ligados à liberdade de expressão e de locomoção, um direito é definido com a definição do outro, porém não de acordo com a ponderação. Define-se o interno com o externo sem que, para tanto, seja utilizado um método ponderativo que admita a utilização de argumentos fortemente utilitaristas.

Por último, com relação ao núcleo essencial ou mínimo existencial, como se preferir, o estabelecimento de um conteúdo absoluto não apenas é possível como é também uma exigência do próprio sistema jurídico e da democracia. Cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. Isso não quer dizer que este núcleo deva ser definido, ontológica e solipsisticamente, pelo juiz num caso concreto. Muito menos que ele seja imutável.

O núcleo essencial é absoluto, pois se trata de um direito fundamental que não pode sofrer intervenções, como garantia da própria democracia. Com isto, não estamos defendendo que o seu conteúdo seja absolutizado no sentido de ser

perpetuado e engessado. Ao contrário, o núcleo essencial deve ser estabelecido discursivamente. Ademais, ele pode e, inevitavelmente, é alterado - não somente em razão do tempo, mas, discursivamente, conforme o caso concreto. Por isto, afirma-se que o caráter absoluto do núcleo essencial é dinâmico tanto no que se refere ao tempo quanto às peculiaridades do caso concreto.

Aqui é importante tratar de questão conexa ao tema, a qual inquietou a autora deste trabalho diante da nota de rodapé elaborada por Virgílio - e registrada a seguir - quando analisou os modelos de aplicação das regras (subsunção) e dos princípios (ponderação) de Alexy:

Recentemente Alexy tem feito menção a uma terceira forma de aplicação do direito, às vezes chamada de 'comparação', às vezes chamada de 'analogia'. **Essa terceira forma não teria como objeto nem regras, nem princípios, mas casos.** Embora essa complementação à teoria dos princípios não me pareça de todo procedente, não há espaço aqui, para maiores digressões a seu respeito, até porque a idéia ainda não se encontra plenamente desenvolvida. Para maiores detalhes, cf. Robert Alexy, 'Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung', ARSP Beiheft 100 (2005), especialmente p.66. (SILVA, V., 2009a, p.46-47) (grifos nossos).

Apesar da ressalva de Virgílio de que a elaboração de Alexy ainda não está plenamente definida, indaga-se: Será que Alexy começa a abandonar a ponderação? O autor começa a vislumbrar a sua incompatibilidade com o Direito?

6.4 Senso de adequabilidade

Como já foi dito, a aplicação do direito deve se fundamentar em argumentos de princípios orientados pelo senso de adequabilidade. Mas em que consistiria o senso de adequabilidade? Em encontrar a solução mais adequada a ser aplicada a um caso concreto, tendo em vista suas circunstâncias relevantes.

É preciso esclarecer que não se trata de um método ou procedimento que prescreve o cumprimento de etapas para o exercício da jurisdição. Nem uma “receita de bolo” ou um “guia rodoviário”. Também não é algo que cai do céu pronto para o juiz, ao contrário, é dialogicamente construído no curso do processo. Nos termos de Álvaro Cruz:

Assim, o senso de adequabilidade nos discursos de aplicação não se limita a uma crítica pura e simples da jurisprudência de valores. Ao contrário, isso implica um reducionismo intolerável para sua concepção original. De outro lado, ela não é uma palavra 'mágica', ou seja, no sentido de que bastaria dizer que se está empregando o senso de adequabilidade para se chegar a uma resposta correta. Pelo contrário, Günther traz indicativos para uma direção a ser seguida no processo hermenêutico e é esta a proposta do presente item. (CRUZ, 2007, p.356).

O juiz que se apoia no Senso de Adequabilidade para a aplicação do Direito considera todas as normas, que, a princípio (*prima facie*), são aplicáveis ao caso, em razão das suas circunstâncias relevantes. Observe-se que, desde então, as referidas normas são consideradas tendo em vista o caso concreto. Seria, inclusive, impossível não fazê-lo. Também leva em conta as interpretações e julgamentos anteriores relacionados ao caso, como se fosse um romance construído em cadeia¹⁶¹. E, por último, considera todos os aspectos peculiares do caso. Todas essas observações permitirão ao juiz realizar, de forma apropriada, o cruzamento da descrição relevante do caso com a referida norma, a fim de obter a resposta correta.

No Senso de Adequabilidade, a descrição das características do caso, bem como a descoberta das normas, interpretações e julgamentos relacionados ao caso não são realizadas solipsisticamente pelo juiz. Ao contrário, acontecem a partir de um processo intersubjetivo que se estabelece entre as partes, o juiz e outras pessoas que, eventualmente, participem do processo, inclusive os que atuam em auxílio ao juízo - o processo judicial deve ser construído discursivamente.

6.4.1 Standards do senso de adequabilidade

Conforme foi mencionado, o Senso de Adequabilidade não é nenhuma palavra mágica, nem um método de aplicação do Direito. Todavia, assume, conforme leciona Álvaro Cruz, alguns standards: a razoabilidade e a proibição do excesso ou da insuficiência, bem como na condição de decorrentes deste último, a proibição do retrocesso social e a depuração de argumentos de política. Já se adianta, para evitar confusões, que o sentido atribuído aos dois primeiros standards

¹⁶¹ O que será analisado com maiores detalhes adiante.

é completamente diferente do atribuído pela Teoria da Ponderação. (CRUZ, 2007).

6.4.1.1 Razoabilidade

A razoabilidade como standard do Senso de Adequabilidade não é sinônimo, nem está ligada às ideias de proporcionalidade e equidade. Se não fosse assim, estaria se defendendo algo que permitisse a adoção de argumentos fortemente utilitaristas nos discursos de aplicação, o que se rechaçou aqui, desde o início.

Além disso, esta é uma época em que se convive com um número vasto de concepções do que se denomina por uma “vida boa”. Isto significa que não há um consenso social a respeito de questões essenciais. Consequentemente, não há como dizer que algo seja razoável ou não (no sentido de proporcionalidade ou equidade). Se assim se afirmasse, outro questionamento deveria ser feito: se algo é razoável, é razoável para quem? Como se observa, não é possível conceber um modelo ou consenso sobre uma “vida boa”, ou seja, a respeito do que é essencial ao indivíduo. Por isso, aqui não se pode adotar a razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade ou equidade.

O significado que se deve atribuir à razoabilidade como standard do Senso de Adequabilidade é o que está atrelado à garantia de coerência lógica e interna do sistema jurídico. Assim, um argumento é razoável quando coerente com o código binário específico do Direito, bem como com sua estrutura deontológica.

Coerência é uma medida para a validade de uma declaração, a qual é **mais fraca que a verdade analítica obtida através da dedução lógica, porém mais forte do que o critério da não-contradição**. A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação. (HABERMAS, 2003, v.I, p.262) (grifos nossos).

A coerência, como um dos critérios para a adequação, está intimamente ligada à noção de imparcialidade da norma - de Günther. Logo, é aquela que se estabelece em relação a todas as demais normas aplicáveis que fazem parte de um modo da vida e a todas as variantes de significado aplicáveis em uma situação, bem

como aquela que pode ser justificada em um discurso de fundamentação¹⁶². Por essa razão, não é possível estabelecer a coerência independentemente do caso concreto¹⁶³.

6.4.1.2 Proibição do excesso ou da insuficiência

Por vezes, nomeia-se este standard de proporcionalidade. Não há nenhum problema nisto, desde que o termo seja aqui entendido como sinônimo de proibição do excesso ou da insuficiência e, portanto, distante, da concepção alexyana, que abarca os subprincípios da adequação, da necessidade e sopesamento.

Por outro lado, é bem verdade que este standard, ao pretender proibir que eventual restrição/limitação a um direito fundamental se dê em excesso ou aquém do adequado, acaba por se aproximar do subprincípio da adequação. A adequação aqui pretende apenas indicar o que não é adequado ou legítimo ao Direito.

Ademais, em Alexy a adequação diz respeito às meras possibilidades fáticas; a proporcionalidade se refere às meras possibilidades jurídicas. Não se pode aceitar a separação entre fato e Direito, eis que metafísica. Não é possível pensar os fatos jurídicos sem Direito, nem o Direito sem os fatos.

Distancia-se, porém, da concepção alexyana, eis que à proibição do excesso ou da insuficiência se aplica a lógica discursiva. A sua noção é elaborada intersubjetivamente entre os participantes do processo e, no curso deste, o que, por

¹⁶² “As reflexões a respeito da lógica de argumentação da adequação nos levaram à seguinte questão: apenas uma exaustão coerente de todas as normas e das suas variantes de significado que possam ser aplicadas a uma descrição situacional completa cumpre o princípio de aplicação imparcial.” (GÜNTHER, 2004, p.399).

¹⁶³ “O fato de que normas jurídicas são fundamentadas e aplicadas em discursos institucionalizados, segundo esses cenários, em nada muda o seu pleito por validade e adequação situacional. Esse pleito só será restrito à medida que os discursos satisfaçam duas condições: por um lado, requerem-se recursos de poder – de novo organizados segundo modelos procedimentais – a fim de neutralizar pesos desiguais de poder; por outro lado, recursos que produzam empiricamente decisões clara e inequivocamente, os seus pressupostos. Normas jurídicas gerais e singulares, precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão. Com isso, diferentemente do discurso prático, eles estão sob condições de exiguidade e de tempo e de conhecimento incompleto. A legitimidade dos resultados de tais discursos restritos dependerá das possíveis argumentações que neles forem admitidas por meio das quais se consiga destacar eficientemente as razões. Seguindo a distinção sugerida aqui, entre fundamentação e aplicação, estas razões devem se referir à consideração de todos os interesses, no caso da argumentação a respeito da validade de uma norma, e ao exame de todos os sinais característicos situacionais, no caso da argumentação a respeito da adequação de uma norma.” (GÜNTHER, 2004, p.367-368).

si só, afasta tanto uma análise monológica e solipsista do juiz como a elaboração de juízos de preferência, bem como a aplicação subsuntiva do Direito. As partes, o juiz e outras pessoas envolvidas no processo colaboram, de fato, para chegarem à norma adequada àquele caso concreto.

Este standard orienta o juiz para a elaboração, no caso concreto, do que deve ser o mínimo existencial. (CRUZ, 2007). Observa-se que não se trata de dizer o que é o mínimo existencial, como se fosse possível ontologizar o mínimo numa relação de isomorfismo entre linguagem e mundo. Por outro lado, também não se trata de dizer o que é melhor, preferível ou mais eficiente aos olhos do julgador. Trata-se de dizer o que deve ser o mínimo existencial, num determinado caso concreto, de acordo com os argumentos de princípio.

Habermas, ao tratar a questão, não explicita sua noção de mínimo existencial, mas parece sugerir que está atrelada às cinco categorias de direitos fundamentais - a respeito das quais já se debateu em outro ponto deste trabalho - e, especialmente, aos direitos de participação nas deliberações políticas. Sabe-se, no entanto, que estes apenas se efetivam plenamente se forem garantidos também o direito à alimentação, saúde, educação; entre outros.

Soma-se a isto, como já se adiantou, que o núcleo essencial de um direito fundamental não pode sofrer intervenções, como garantia da própria democracia; o que não significa que ele seja engessado e eternizado.

O mínimo existencial deve ser estabelecido discursiva e constantemente; sofrerá críticas e reparos, na medida em que não escapa do processo de aprendizagem infinito. Sendo assim, o direito ao mínimo existencial apresenta-se como uma estrutura deontológica, de caráter provisório.

A grande questão que envolve a noção de mínimo existencial é que a sua análise pela doutrina, ora se realiza de maneira puramente emocional, passional, em evidente reflexo à sensibilidade aos problemas sociais, ora como resultado de uma ponderação/sopesamento de valores, desconsiderando claramente o sistema jurídico.

6.4.1.3 Proibição do retrocesso social

Aqui novamente busca-se apoio na ética do discurso, a qual, ainda no âmbito da moral, anota a importância da noção de moralidade pós-convencional de Kolberg.

Kolberg, em adesão a Piaget, distingue três estágios principais no desenvolvimento do juízo moral dos indivíduos. No primeiro estágio, denominado pré-convencional, há uma perspectiva social, que se reduz à perspectiva concreta individual. Nesta, o agente individual pensa a respeito dos seus interesses e dos interesses dos outros indivíduos, com os quais tenha alguma preocupação. No segundo estágio, o convencional, a perspectiva social enxerga o indivíduo como membro da sociedade. Por isso, ele adota um ponto de vista compartilhado pelos participantes em uma relação ou em um grupo. Já no terceiro estágio, denominado pós-convencional, a perspectiva social é prévia à sociedade. Há aqui uma reintegração da perspectiva individualista na generalizada, ao fazer com que os compromissos morais dependam do reconhecimento por cada um individualmente. A moralidade pós-convencional abarca a noção de reciprocidade que exige o tratamento isonômico para todos. (GÜNTHER, 2004).

Lawrence Kohlberg, por seu turno, emprega o modelo de G. H. Mead, ou seja, o da reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. O estágio original, idealizado, é substituído pela assunção ideal de papéis, que exige do sujeito que julga moralmente que se coloque na situação de todos os possíveis atingidos pela entrada em vigor de uma norma questionada. (HABERMAS, 2003, v. II, p. 215).

Considerando que a importância de uma moralidade pós-convencional, que implica a adoção da reciprocidade, bem como que a escassez dos recursos públicos é uma realidade, é preciso pensar em parâmetros legítimos, no âmbito político ou jurisdicional para utilização desses recursos. É nesse contexto que se torna importante considerar a vedação do retrocesso social. (CRUZ, 2007).

De acordo com a referida vedação, o legislador não pode, depois de prescrever um determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional,

voltar atrás, e, mediante uma supressão ou relativização que evidencie alguma restrição, afetar o direito, reduzindo-o substancialmente¹⁶⁴.

A proibição do retrocesso social serve como standard, à medida que orienta a proibição do excesso e da insuficiência e impede o esvaziamento dos direitos sociais. O Estado Social brasileiro ainda exige grande atuação em setores sociais, tanto de maneira quantitativa quanto qualitativa. Todavia, novamente, isto não significa que se deva permitir um engessamento do sistema social ou a perpetuação da atuação enfática do Estado no âmbito social.

É preciso atentar para a necessidade de criação de instrumentos estatais para a emancipação do indivíduo. Políticas de cunho assistencialistas devem ser evitadas, a não ser em situações de extrema miséria ou de inanição, por se mostrarem uma opção melhor quando comparada ao próprio falecimento do indivíduo. Isso é providenciado, essencialmente, pelos órgãos políticos, mas pode ser fomentado e debatido no âmbito do Judiciário, desde que com base em argumentos de princípios.

6.4.1.4 Depuração dos argumentos de política

Já se ressaltou suficientemente que os argumentos de política não são válidos em discursos de aplicação. No entanto, é preciso insistir em fazê-lo também aqui, pois é necessário pontuar algumas questões relativas ao que a doutrina denomina de reserva do possível, considerando todas as suas dimensões¹⁶⁵.

Em tempos mais remotos, a concretização do mínimo existencial era frequentemente obstada, com a alegação de que as suas normas garantidoras não tinham eficácia direta ou imediata, no que permeava uma postura de cunho

¹⁶⁴ “(...) uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas.” (SARLET, 2008a, p.460).

¹⁶⁵ A contragosto, Ricardo Lobo Torres, que considera equivocada a noção de reserva do possível adotada pela doutrina brasileira. De acordo com Torres, a expressão reserva do possível é equivalente da expressão “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo Legislador. Assim, em Torres, a reserva do possível não coincide com a “reserva do orçamento.”

eminentemente positivista. Mais recentemente, sua concretização também tem sido obstada. Mas, agora, a justificativa é a falta de recursos públicos e fáticos, à qual tem se atribuído, por vezes, um peso maior do que ao direito em questão, uma vez realizado o sopesamento pelo juiz.

Os argumentos ligados à escassez de recursos, sejam eles orçamentários, de pessoal ou de estrutura, são de caráter pragmático. Quer dizer, são argumentos de política. Por isso, não podem ser usados em discursos de aplicação, sem que antes passem por um processo de depuração pelo qual sejam traduzidos em argumentos de princípios. Não se pode negar um direito, senão com um argumento normativo.

Não se defende a impossibilidade de intervenção estatal em casos que envolvam a discussão da concretização do mínimo existencial. A intervenção, sem dúvida, é possível, válida e, não raras vezes, urgente. Impedir a intervenção, *a priori*, seria o mesmo que, de antemão, impedir a realização do debate - o que, por si só, é incompatível com a Teoria Discursiva; logo, incoerente com a linha que se segue.

Como, então, deve-se encarar a reserva do possível? Da mesma forma que se interpreta o mínimo existencial. Deve ser construída - a partir de argumentos de princípios - num processo intersubjetivo entre as partes, juiz e demais envolvidos no processo. E analisada como mais uma circunstância do caso concreto, sempre que for invocada. Porém, também aqui como o mínimo existencial, trata-se de um argumento não absoluto.

Algumas questões com relação à reserva do possível precisam ser consideradas. A primeira delas diz respeito à vinculação de receitas com os direitos da educação e da saúde. Uma alocação a menor por parte dos poderes políticos nestas áreas, certamente deve ser levada em conta pelo juiz que se deparar com um caso em que se discute o direito à saúde e à educação. Trata-se de uma característica que envolve o caso, por isso, precisa ser considerada pelo magistrado.

Outro aspecto diz respeito à prática, já aqui denunciada, do contingenciamento geral, praticado por ato unilateral e desmotivado do Executivo. Trata-se de outra característica que pode permear determinada demanda judicial em que se discute a alocação de recursos públicos, e, por isso, deve merecer a atenção do magistrado. O contingenciamento, praticado nestes moldes, é extremamente lesivo à democracia. Coloca a pessoa do chefe do Executivo em superposição ao Legislativo e, conseqüentemente, a todos os cidadãos.

É urgente a necessidade de maior transparência dos poderes públicos, em especial, no que se refere ao orçamento que, como o próprio nome diz, é público. Logo, é de autoria da sociedade e não exclusivamente do chefe do poder Executivo. Os mecanismos de participação da sociedade na sua elaboração e fiscalização precisam ser aprimorados como exigência de uma democracia que deve superar as amarras da representatividade.

A própria alegação de escassez dos recursos públicos, à medida que vem à tona em processo judicial, deve ser considerada como elemento da caracterização significativa do caso concreto e pesquisada e construída pelos que participam do processo. A falta de recursos e o nível de comprometimento dos poderes públicos para com as políticas públicas podem se evidenciar como característica de um caso concreto e, como tal, devem ser utilizadas na busca pela norma adequada.

Nesse sentido é que o juiz deve se atentar para questões de macro-justiça. Embora ele não tenha acesso a todas as informações relativas às políticas públicas, deve estar atento à noção de reciprocidade, para considerar o que a concessão de um direito pode gerar a outras pessoas, que sequer têm acesso àquele julgado. Uma decisão judicial que, com o argumento de salvar uma vida (com o custeio de um tratamento médico no exterior), impede o desenvolvimento de tantas outras vidas (por deixar sem condições de uso e manutenção as ambulâncias de um Município, por exemplo), não parece ser razoável, no sentido que aqui se defende.

Observa-se que não se argumenta a favor uma análise econômica ou consequencialista forte¹⁶⁶ do Direito, já que esta autoriza a utilização de argumentos utilitaristas. Apenas se defende que os juízes estejam atentos à reciprocidade, como garantia de tratamento isonômico.

Outro fator diretamente ligado à falta de transparência e inacessibilidade às informações relativas ao orçamento público é o alto índice de corrupção, ainda rotineira no Brasil, sobre o que já se falou a respeito.

Outra questão que gera perturbação diz respeito aos gastos governamentais com publicidade e propaganda. Se os recursos são escassos para a implementação de políticas públicas de saúde, educação, moradia e até alimentação, os mesmos

¹⁶⁶ É preciso esclarecer que não se desconsidera, por completo, as possíveis consequências decorrentes das decisões judiciais. Porém, é coerente a preocupação com as mesmas dentro dos limites do Direito. Daí porque aqui se opõe apenas a um consequencialismo forte, que desconsidera o sistema jurídico e fundamenta suas decisões tão-somente ou, substancialmente, com base nas possíveis consequências decorrentes.

recursos devem ser escassos para a contratação de propaganda e publicidade governamental. É claro que não se incluem aqui aquelas destinadas às informações realmente necessárias aos cidadãos, tais como as que fazem parte de campanhas de vacinação. O Judiciário deve levar em conta os eventuais abusos que se tornam evidentes em propagandas, que nada mais são do que autopromoção de políticos. Isto, infelizmente, só poderá se tornar objeto de conhecimento pelos magistrados, à medida que o orçamento público se tornar mais acessível, o que será possível com o desenvolvimento da cidadania ativa.

Embora muitas destas questões se mostrem como elementos dificultadores, não devem ser vistas como obstáculos intransponíveis, do contrário, eles de fato, se tornam intransponíveis. É importante ainda explicar que a depuração dos argumentos de política se distancia em muito da doutrina que defende a impossibilidade de análise de questões políticas pelo Judiciário, por vezes, ligada à Teoria Pura do Direito de Kelsen. Não se trata de afastar do Judiciário a apreciação destas questões, mas de defender a elaboração de decisões judiciais legítimas, o que exige a utilização de argumentos de princípios, em lugar de argumentos de política.

6.5 A aplicação do Direito no Senso de Adequabilidade e na Teoria da Ponderação de Valores

Neste tópico, será apresentada uma comparação entre a aplicação do Direito de acordo com o Senso de Adequabilidade, adotado por esta autora, e, conforme a Teoria da Ponderação de Valores, à qual aqui se opõe. A posição assumida pela autora deste trabalho se justifica, em razão do entendimento acerca do que se configura a tarefa hermenêutica jurídica.

Em primeiro lugar, esclarece-se que ambos os modos de operar o Direito são concretistas. Isto significa que não apresentam uma solução distanciada do caso concreto. Portanto, ambas analisam as características do conflito social levado ao Judiciário, e, a partir delas, elaboram o seu processo hermenêutico. Em segundo, ambos os modos de operar o Direito, consideram o caráter de provisoriedade das verdades da ciência jurídica. Porém, o fazem de maneira distinta.

Na Teoria da Ponderação, a referida provisoriedade é limitada. Significa dizer que, a princípio, trabalha com a possibilidade de alteração da resposta que se considera correta. Porém, há uma exceção a esta provisoriedade, razão pela qual é considerada limitada. Essa exceção ocorre quando há repetição de vários casos concretos, denominados iguais por Alexy. Segundo o autor, nesses casos, há uma saturação dos argumentos corretos, e, diante da saturação, não há que se falar em provisoriedade da resposta, mas na obtenção de uma resposta definitiva. Sendo assim, nesses casos, Alexy nega que possa haver falhas.

Esta autora entende que, mesmo quando o homem decide reiteradas vezes sobre um mesmo tema, ele corre o risco de falhar, mas Alexy parece desconsiderar tal possibilidade. Por isso, a provisoriedade, na Teoria da Ponderação, é fechada - tende a acabar quando se consideram esgotados os argumentos para uma decisão.

No Senso de Adequabilidade, assume-se a provisoriedade como decorrência da falibilidade humana. Isso implica a concepção de que aquilo que se tem como a melhor resposta para um caso concreto hoje, pode não o ser em tempos posteriores. Não há qualquer limitação a essa provisoriedade. Negá-la seria o mesmo que negar a condição do homem de um ser que erra, aprende com seus erros, e, portanto, reformula suas propostas e decisões. Em terceiro lugar, a Teoria da Ponderação é metodológica ao passo que o Senso de Adequabilidade é não metodológico.

Como se sabe, Alexy prescreveu para a aplicação do Direito um método que define os passos a serem seguidos pelo operador do Direito. Assim, estando diante de um “conflito de princípios”, deve o operador do Direito, primeiro, realizar o juízo da adequação, depois analisar o juízo da necessidade e, em seguida, realizar o sopesamento. Neste, deve atribuir diferentes pesos a cada um dos princípios colidentes para então definir qual deles deve prevalecer naquele caso concreto.

Observa-se que a Teoria da Ponderação preconiza um procedimento, uma sequência de atos que o operador do Direito deve praticar. Aqui, volta-se a frisar um problema já denunciado por Gadamer, segundo o qual o método traça um caminho para justificar uma resposta desejada ou já escolhida. Isso significa que, na verdade, o juiz, ao analisar um caso à luz da Teoria da Ponderação, já assumiu uma posição de acordo com suas preferências e apenas a justifica com um método prévio.

O Senso de Adequabilidade, por outro lado, não preconiza uma técnica específica ou método. Ao contrário, é construído discursiva e hermeneuticamente, de acordo com o caso concreto, num processo que não se restringe à preferência

pessoal do julgador, mas do qual, de fato, participam as partes, o juiz e as demais pessoas envolvidas no processo. Sendo assim, a resposta já não aparece pronta para ser justificada, mas é construída à medida que o processo de aplicação se produz.

Em quarto lugar, percebe-se que, ao contrário do Senso de Adequabilidade, a Teoria da Ponderação não tem uma visão holística do Direito. Percebe-se que todos os exemplos mencionados por Alexy e seus adeptos acabam por resumir o caso concreto a um conflito de dois ou, no máximo, três princípios. Com isto, não se atribui ao conflito social a sua real complexidade, reduzindo-o a um âmbito muito inferior do que realmente representa. Certamente, os casos concretos envolvem muitos outros aspectos que acabam sendo desconsiderados pelo juiz, que se fecha na adoção do método ponderativo, porque - já atento ao princípio que considera preponderante - esquece-se de analisar tantos outros aspectos que o caso evidencia como relevantes.

No Senso de Adequabilidade, a proposta é bem diferente, na medida em que se dá importância à análise de todas, frise-se, todas as características do caso concreto, permite-se ao julgador chegar à descrição significativa e, em consequência, perquirir todas as normas e entendimentos que, a princípio, podem ser aplicadas naquele caso. Além disso, como a descrição do caso é realizada, de fato, com contribuição também das partes e demais pessoas que de alguma forma atuam no processo, ao caso são somadas considerações que não seriam reconhecidas, de antemão, caso essa construção se realizasse monologicamente pelo juiz.

Ademais, ao adotar a visão holística, o Senso de Adequabilidade não se reduz a uma visão sistemática do Direito, que o ramifica. Assim, pelo Senso de Adequabilidade, deve-se enxergar o Direito como um todo e não em ramos, tais como o Direito Constitucional, o Direito Civil e assim por diante.

Em quinto lugar, a Teoria da Ponderação adota, com relação ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a Teoria do Suporte Fático Amplo. Com relação às restrições dos direitos fundamentais, a Teoria Externa. E, com relação à definição do mínimo existencial, a Teoria Relativa.

Ao contrário, o Senso de Adequabilidade, no que se refere ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, adota a Teoria do Suporte Fático Restrito. No que se refere às restrições/limitações dos direitos fundamentais, transita entre as

teorias Externa e Interna, por entender que a definição de um direito se dá a partir do outro, assim, como a definição do que é interno se dá a partir do que é externo, embora não possa esta definição basear-se na ponderação, por adotar uma argumentação de cunho teleológico.

Em sexto lugar, embora Alexy diferencie princípios de valores e o caráter deontológico do axiológico, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ele acaba confundindo princípios e valores. Ao otimizar princípios jurídicos e defender o sopesamento destes, o que ele faz é permitir a ponderação entre meios e fins, e isso acaba por equiparar direitos a bens. Desse modo, ele admite validamente a argumentação de cunho teleológico/axiológico, mesmo em discursos de aplicação¹⁶⁷.

Já o Senso de Adequabilidade não admite que a aplicação do Direito se dê com base em argumentos de política, mas tão-somente com base em argumentos de princípios. Com isto, imprime ao discurso de aplicação uma argumentação de cunho deontológico e não teleológico.

Em sétimo lugar, a Teoria da Ponderação aplica a regra da subsunção para as regras jurídicas e a da lei de colisão para os princípios jurídicos. Assim, pressupõe que, havendo uma regra jurídica na qual conste como fato aquilo que se faz presente no caso concreto, basta realizar o encaixe entre o fato e a norma, sem que seja necessário um trabalho hermenêutico, reflexivo. No entanto, na ausência de regra específica, os princípios são considerados e colocados em oposição, de maneira a reduzir a tarefa hermenêutica à ponderação de princípios, como se fossem valores ou bens.

No Senso de Adequabilidade, não se adota nem o método subsuntivo, nem o método ponderativo. Há a validação da aplicação do Direito com a utilização apenas de argumentos de princípios, nos quais de acordo com tal concepção, se incluem todas as normas jurídicas, despidas de caráter axiológico. Esclarece-se que, embora as normas jurídicas sejam fundamentadas (nos discursos de justificação) por valores sociais, com eles não se confundem. Por outro lado, argumentos de política, ou seja, pragmáticos, que admitem argumentação teleológica, devem ser depurados em

¹⁶⁷ “Entretanto, 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 preferências.” (GÜNTHER, 2004, p.332).

argumentos de princípios. Além disso, o Senso de Adequabilidade pressupõe uma reflexão profunda acerca das características do caso e da normatização envolvida.

Em oitavo lugar, anota-se que o Senso de Adequabilidade defende a existência da resposta correta aos casos concretos, falível e provisória, conforme se explicitará no próximo tópico.

Por outro lado, a Teoria da Ponderação sustenta a existência de respostas corretas. Alexy não considera a noção de resposta correta, possivelmente, por enxergar nela algo pronto, que, simplesmente, chega às mãos do magistrado. Não a vislumbra como hermenêutica e provisoriamente construída num processo discursivo entre as partes, juiz e demais participantes do processo. Por isso, sustenta que não é possível pensar numa resposta correta, mas apenas em decisões defensáveis, o que o coloca em proximidade com a discricionariedade kelseniana. (CRUZ, 2007).

6.6 Direito como integridade e resposta correta de Dworkin

Como já foi dito, as decisões judiciais são legítimas, quando baseadas em argumentos de princípios, a partir de um processo de depuração, orientado pelo Senso de Adequabilidade. Isso garante a estrutura deontológica e o código binário específico do Direito. Agrega-se a esta concepção a noção de Dworkin - de Direito como integridade e de resposta correta de um caso concreto. Estas foram adotadas e aprimoradas por Habermas.

Como já se adiantou antes, o Direito como integridade enseja a seguinte reflexão: o princípio mais adequado deve ser aplicado, considerando que as proposições jurídicas são verdadeiras se constarem ou derivarem dos princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal, as quais oferecem a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2007).

Em Dworkin, o Direito como integridade é dividido em dois momentos, de maneira a atender a sua ambição de ser uma comunidade de princípios. No primeiro, busca-se a integridade na legislação, significando que aqueles que criam os textos normativos devem mantê-los coerentes com seus princípios. No segundo, busca-se a integridade na aplicação, significando que os responsáveis por decidir o sentido da lei devem fazê-lo orientados pela coerência com integridade.

O Direito como integridade está associado às noções de imparcialidade e igualdade. Além disso, é como um pedido aos juízes para continuarem interpretando o mesmo material que ele mesmo afirma ter interpretado com sucesso. Isto é algo que está intrinsecamente ligado à analogia que Dworkin faz com o romance em cadeia, bem como com o processo de aprendizagem contínua de Habermas.

Na referida analogia, os juízes devem proferir seus julgamentos como o fazem os romancistas que elaboram um romance em conjunto. Cada um deles é responsável pela interpretação das partes já elaboradas e pela criação de sua parte do romance. Assim, o juiz, antes de decidir, deve atentar-se para a jurisprudência já existente, mas não se prender exclusivamente nela, direcionando os olhos para o futuro, também, para que então encontre a decisão mais adequada e coerente.

A decisão obtida por um magistrado que considera o Direito como integridade e, portanto, persegue a ambição de uma sociedade de princípios, orientada pelo Senso de Adequabilidade tem condições de atingir a resposta correta para o caso. A noção de “a resposta correta” foi elaborada por Dworkin e aprimorada por Habermas, a partir de sua nova concepção de verdade.

Dworkin (2007) entende que há uma única resposta correta para questões complexas de direito e moralidade política; essa resposta correta significa o direito que todo cidadão tem de receber a melhor interpretação possível no curso de um processo judicial. Porém, Dworkin encontra objeções nas críticas que sustentam a impossibilidade de uma resposta correta, anotando apenas a possibilidade de respostas (como o faz Alexy).

A primeira objeção tem como ponto de partida o equivocado pressuposto de que a estrutura da linguagem impede a racionalidade em qualquer ação humana. A não coincidência entre a linguagem e o mundo traz imprecisão. Mas, esta é uma condição inevitável, com a qual o Direito precisa saber lidar. Até porque a abertura permanente da identidade do sujeito (*Dasein*) constitucional é a própria abertura linguística. Sendo assim, o Direito não pode simplesmente abdicar da resposta correta (lembrando-se do direito que os cidadãos têm de receber a melhor interpretação possível num processo) porque a linguagem é aberta, imprecisa. (CRUZ, 2007, p.241-242).

A segunda objeção considera que o Direito não tem condições de provar que uma assertiva possa ser qualificada como correta ou não. Assim, de nada adiantaria

ao juiz buscar a resposta correta, pois, mesmo que ela exista, não é possível provar que ela seja mais correta que outra. (DWORKIN, 2007, p.431).

A terceira objeção decorre da segunda e sustenta que nenhuma das partes num processo tem condição de provar que a sua tese (resposta) é a melhor que a de seu adversário. E, ainda, que submeter a questão a uma terceira pessoa, na condição de árbitro, nada mais seria do que permitir a inclusão de uma terceira opinião pessoal, o que não serviria para convencer nenhuma das partes de quem está equivocado. (DWORKIN, 2007, p.431).

Dworkin responde a tais objeções, anotando a contradição performativa na qual incorre aqueles que a sustentam.

Isso significa que a tese da falta de resposta correta é uma tese relativa a questões jurídicas particulares, que afirma que a resposta de que não há resposta correta constitui, por seus próprios méritos, uma resposta melhor que suas concorrentes em casos particulares. Apresentei razões para se pensar que a resposta de que não há resposta correta raramente será a resposta certa num sistema jurídico desenvolvido, embora certamente minha teoria geral da decisão judicial deixe clara a possibilidade de que, em algumas ocasiões, será. (DWORKIN, 2007, p.509).

Os autores que consideram a impossibilidade de uma resposta correta acabam por admitir a concepção que adotam (ou seja, a de que não há resposta correta) como a resposta correta, caindo, portanto, em contradição performativa.

Seguindo a linha de Dworkin, mais do que possível chegar à resposta correta, considerá-la é levar o Direito a sério. A noção de resposta correta de Dworkin foi incrementada por Habermas, em especial, depois que este alterou sua concepção de verdade, na obra *Verdade e Justificação* (2004). Como já se adiantou, Habermas passa a vislumbrar um caráter provisório e, por isto, começa a falar não em verdade, mas em “aquilo que se tem por verdadeiro.”

Esta sua nova concepção se fundamenta no fato de o conhecimento humano ser um processo de aprendizagem infinito, contínuo. É por isto que o que hoje se tem por verdadeiro pode não coincidir com o que se tem por verdadeiro amanhã. As ciências, e talvez de maneira mais evidente as ciências humanas, não produzem certezas absolutas, calculadas ou deduzidas precisamente. Isto se deve ao fato de as ciências serem produzidas pelo ser humano, sujeito a falhas.

A própria condição de falibilidade do ser humano impede-o de produzir uma ciência cercada de verdades absolutas e eternas. Além disso, sabe-se que, desde

Gadamer, a historicidade de cada indivíduo interfere em seu modo de pensar, bem como nas respostas que se dá às perguntas que os indivíduos fazem a si mesmos, ou às perguntas que os outros fazem a eles.

Os próprios preconceitos, inevitavelmente, influenciarão no processo hermenêutico estabelecido entre o texto normativo e o intérprete. A fusão hermenêutica assim será sempre única para cada intérprete. Pensar diferente disso é criar uma ficção ao redor do homem. Isto, todavia, não significa que se deva assumir uma postura acrítica em relação aos referidos preconceitos.

Essa caminhada que empreendemos deve também permitir que o operador do Direito, que aprende com seus erros, passe a levar em conta algumas pré-compreensões, alguns standards que poderão ser úteis para o *Verschärkung* (cruzamento da norma relevante com a descrição significativa do caso). Claro que preconceitos não devem ser tratados como 'idéias felizes' ou como 'respostas padrão' ou 'soluções a priori'. Tampouco se trata de fazer uma ponderação em abstrato. O que se quer é apenas examinar alguns elementos bens sucedidos nos capítulos passados desse 'romance encadeado' para facilitar a 'interpretação completa da situação sob demanda'. (CRUZ, 2007, p.358).

Apenas seria possível defender a possibilidade de respostas absolutas e definitivas se se desconsiderassem a própria condição humana de ser. Por outro lado, a possibilidade de se atingir conclusões diferentes não é incompatível com a busca pela resposta correta.

Dworkin (2007, p.518-519) também já havia percebido que, por vezes, são utilizados os argumentos de princípios equivocados, mas isto ainda é melhor do que não aplicar argumentos de princípios. Não se pode subestimar a capacidade humana, a ponto de considerar que esta prática só seria válida se fosse dotada de perfeita previsibilidade.

Nenhuma elaboração humana e, portanto, nenhuma resposta correta pode ser considerada definitiva, absoluta, perfeita, partindo-se do pressuposto de que não se adota aqui a tese da fundamentação última. Dizer que se alcançou a resposta correta significa dizer que foi possível chegar à melhor interpretação possível no curso de um processo judicial, o que implica ter sido fundamentada pelos argumentos de princípios e orientada pelo Senso de Adequabilidade. Esta resposta pode, inclusive, sofrer críticas e reparos, em razão da falibilidade humana. Aliás, ela precisa ser reconstruída permanentemente. No entanto, isto não lhe tira a condição de resposta correta. A provisoriedade da resposta correta é permanente. Inclusive, é

isto que permite afirmar que nenhuma verdade é absoluta, porque até esta afirmação pode ser reconstruída.

7 CONCLUSÃO

Neste capítulo, em razão de já se ter dissertado, detalhadamente, sobre o tema aqui proposto, tendo sido percorridas tantas páginas, e com o intuito de se evitar uma leitura enfadonha, pede-se licença para, em sede de conclusão, ressaltar que os aspectos relevantes enfrentados neste trabalho sejam apenas suscitados de maneira breve.

1. Os direitos fundamentais são indissociáveis, na medida em que a lesão ou garantia de um deles implica a lesão ou garantia de tantos outros. Por essa razão, a sua classificação em gerações se presta apenas a evidenciar a evolução histórica da luta dos homens pelo reconhecimento de seus direitos. Da mesma maneira, a classificação dos referidos direitos em dimensões tem utilidade apenas acadêmica, ao categorizar as facetas dos direitos. Por outro lado, é preciso considerar que cada um dos direitos pode apresentar-se com diferentes dimensões argumentativas, que variam conforme o caso em que se faz presente.
2. É impertinente a classificação dos direitos em positivos e negativos, tanto a partir do critério prestacional, quanto a partir do critério relacionado ao custo dos direitos. Todos os direitos ensejam uma atuação prestacional por parte do Estado. E, consequentemente, todos os direitos geram custos para o Estado.
3. Na efetividade dos direitos, via judicial, é preciso se atentar para o risco de o Judiciário assumir a condição de superego da sociedade e contrariar os próprios princípios que sustenta defender. Num Estado Democrático de Direito, o protagonista não deve ser o Judiciário ou outro poder estatal, mas o próprio povo.
4. A jurisdição que se entende como a mais adequada não é nem passivista nem ativista. Não pode se realizar de acordo com diretrizes positivistas, alheias a uma atividade mais reflexiva e concretista, por se reduzirem ao formalismo legal; nem conforme diretrizes ativistas, que colocam o Judiciário em lugar privilegiado e superior aos demais poderes, porque lhe permitem adotar uma linha argumentativa que adota um utilitarismo forte de ponderação entre meios e fins.

5. São vários os problemas que uma jurisdição de cunho ativista pode trazer à sociedade, principalmente a violação da própria democracia, associada à incapacidade de o Judiciário enxergar a macrojustiça. Não é possível a este poder enxergar e planejar a macrojustiça. Assim, fica limitado a uma postura reativa.

6. Criticar o ativismo não significa defender um retorno ao positivismo. Há aqui críticas a este também, como se observou anteriormente. O que se pretende é possibilitar que a jurisdição se oriente em bases pós-positivistas, porém, legítimas para o Direito.

Essa legitimidade se dá na dualidade do discurso. Estabelecer que argumentos de política são adequados ao discurso de fundamentação e que argumentos de princípios são adequados ao discurso de aplicação é conferir legitimidade ao Princípio da Separação dos Poderes, pois é a dualidade, propriamente, que garante a integridade do sistema político e do sistema jurídico.

Considera-se ilegítima a Teoria da Ponderação de Alexy, na medida em que permite a utilização de discursos de fundamentação na aplicação e não faz, portanto, distinção entre os dois discursos, permite o livre trânsito de argumentos no discurso de aplicação. Por consequência, desrespeita o código binário específico do Direito, desnaturando-o em Política.

7. O exercício interpretativo e reflexivo da aplicação do Direito é inevitável, em razão da própria condição antropológica do homem. Haverá sempre interpretação, já que é inerente ao *Dasein*. Soma-se a isto a nova visão de mundo propiciada pela Filosofia da Linguagem, que alerta para as diversas possibilidades de sentido dos textos normativos. Não existe um sentido único e prévio em nenhum signo.

8. No que se refere à garantia dos direitos fundamentais, é preciso atentar-se para as diretrizes da Teoria do Suporte Fático Restrito, que considera o conteúdo dos direitos, sem necessidade de se realizar uma ponderação para que esta o delimite. Como todos os direitos são limitados, sua proteção não pode ser considerada ampla, *a priori*.

9. No que se refere à possibilidade de restrições/limitações aos direitos, apesar de se opor aqui à ponderação, geralmente atrelada à Teoria Externa, percebe-se a existência de uma relação dialética entre a Teoria Interna e a Teoria Externa; por isso, adotou-se o trânsito dialético entre as duas teorias.

10. Com relação ao que se tem por núcleo essencial ou mínimo existencial, esta autora entende que é uma exigência do próprio sistema jurídico e da democracia o estabelecimento de seu conteúdo absoluto. O núcleo essencial é absoluto por se tratar de um direito fundamental, não sujeito a intervenções - como garantia da própria democracia. Isso não significa que seu conteúdo deva ser perpetuado e engessado. Ao contrário, é dinâmico, tanto no tempo quanto discursivamente.

11. Além de a aplicação do Direito se fundamentar em argumentos de princípios, deve se orientar pelo Senso de Adequabilidade. Este não é um método ou procedimento que prescreve o cumprimento de etapas para o exercício da jurisdição. Recomenda-se a necessidade de considerar todas as normas que, a princípio (*prima facie*), são aplicáveis ao caso, bem como considerar todos os aspectos peculiares do caso. Tendo em vista tais observações, orientado por alguns standards, o juiz consegue realizar o adequado cruzamento da descrição relevante do caso com a norma apropriada, de modo a obter a resposta correta.

12. Os standards do Senso de Adequabilidade são a razoabilidade e a proibição do excesso e da insuficiência, os quais estão ligados à proibição do retrocesso social e à depuração dos argumentos de política.

A razoabilidade, no Senso de Adequabilidade, encontra-se atrelada à garantia de coerência lógica e interna do sistema jurídico, o que implica a imparcialidade e integralidade do Direito. A proibição do excesso e da insuficiência impede que eventual restrição/limitação a um direito fundamental se dê em excesso ou aquém do adequado. A referida proibição impede que o legislador, depois de prescrever um determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, volte atrás e reduza-o substancialmente. Trata-se da proibição do retrocesso social, que serve como standard na medida em que orienta a proibição do excesso e da insuficiência, impedindo o esvaziamento dos direitos sociais. A depuração dos argumentos de

política decorre da releitura do Princípio da Separação dos Poderes de maneira coerente com o Estado Democrático de Direito.

Em razão deste último standard, a reserva do possível (assim como o mínimo existencial) deve ser construída a partir de argumentos de princípios, num processo intersubjetivo entre as partes, o juiz e demais envolvidos no processo. Deve ser analisada como mais uma circunstância do caso concreto, sempre que for invocada. Trata-se de um argumento que não é absoluto.

13. A Teoria da Ponderação é metodológica; adota a provisoriedade limitada; a não percepção holística do Direito, a Teoria do Suporte Fático Amplo e da Teoria Externa para os direitos fundamentais; argumentação de cunho teleológico nos discursos de aplicação; a distinção das normas em princípios e regras, admitindo para os primeiros, atividade reflexiva de ponderação de meios e fins e, para as segundas, apenas o método subsuntivo; e se recusa a admitir a possibilidade da resposta correta, defendendo apenas a possibilidade de respostas possíveis.

Já o Senso de Adequabilidade não é metodológico, concebe a provisoriedade de maneira ilimitada; vislumbra o Direito holisticamente; adota a Teoria do Suporte Fático Restrito e transita dialeticamente entre a Teoria Interna e Externa para os direitos fundamentais; não admite argumentos de cunho teleológico, mas apenas de cunho deontológico nos discursos de aplicação; valida a aplicação do Direito com a utilização apenas de argumentos de princípios: e assume a possibilidade de resposta correta.

14. A resposta correta defendida pelo Senso de Adequabilidade abarca a ideia desenvolvida por Dworkin, ou seja, o direito que todo cidadão tem de receber a melhor interpretação possível no curso de um processo judicial, bem como a noção renovada de verdade de Habermas. O conhecimento humano é um processo de aprendizagem infinito, contínuo. O que hoje se tem por verdadeiro pode não coincidir com o que se considera verdadeiro amanhã. Assim, a resposta correta pode sofrer críticas e reparos, em razão da falibilidade humana – há um processo permanente de reconstrução. Isto, no entanto, não lhe tira a condição de resposta correta, pois, conforme o momento e as condições em que for proferida, se evidencia como a melhor resposta, a mais adequada.

15. Por uma via transversa, as diretrizes à judicialização dos direitos, aqui apresentadas, não se constituem uma resposta absoluta, definitiva e isenta de reparos. Primeiro, porque isso levaria a incorrer em contradição evidente com o que se sustenta, e, segundo, em razão de ser esta autora uma iniciante. No entanto, a falibilidade não impede de acreditar que, neste momento, esta é a melhor resposta para os problemas suscitados - também, por outra razão, não seria aqui defendida.

16. Não se apresentará como legado deste trabalho um método que se pretende substitutivo do Método Ponderativo de Alexy, da mesma maneira como este foi recepcionado por muitos dos que se opuseram ao Positivismo. Do contrário, se incorreria no mesmo erro cometido pelas doutrinas que, academicamente, se critica neste trabalho.

Mais uma vez, não se entende o Senso de Adequabilidade como algo perfeito, pronto e definitivamente acabado, sem defeitos. No entanto, é o caminho que parece ser o mais coerente; portanto, legítimo ao Direito. O Senso de Adequabilidade desmente a ideia de que é possível atingir a certeza absoluta, o método infalível ou a objetividade plena. Garante o controle da decisão judicial, ao evitar a utilização de argumentos pragmatistas e utilitaristas. É que o Senso de Adequabilidade não isenta a jurisdição de erros, pois, quanto a isto, nada poderá fazer, já que se trata de uma produção humana. No entanto, confere às decisões judiciais um início normativo, reflexivo e concretista.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, GUSTAVO. **Direito, escassez & escolha** – Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais - Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.87-110.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia**. Antiguidade e Idade Média. v.I. 10.ed.. São Paulo: Paulus, 2007.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia**. Do Humanismo a Kant. v. II, 8.ed. São Paulo: Paulus, 2007.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia**. Do Romantismo até nossos dias. v. III, 7. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

APEL, Karl-Otto. **As razões da argumentação**. Colóquio organizado pelo curso de pós-graduação em Filosofia da PUC/RS com participação de Luís Alberto de Boni, Jayme Paviani; Carlos Roberto Cirne Lima; Ernildo Stein, 1996, p.3.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 3. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e Economicidade. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel Pereira de; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.295-310.

ARAGÃO, Lúcia. **Habermas**: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOSA, Rui. **República**: teoria e prática. Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana. Rio de Janeiro: Vozes, 1978.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.599-635.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Orçamento e "Reserva do Possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.111-148.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p.83-103, abril/junho 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p.1-42, abr./jun. 2005.

BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.117-206.

BERCOVICCI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do nada). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.167-175.

BERCOVICCI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.725-738.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado neoliberal ao Estado neo-social**. Consulex, Ano XII, n. 287, p.47-48, 31 dez. 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.13, p.134-144, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Art. 209 da Constituição 20 anos depois. Estratégias do Poder Executivo para Efetivação da Diretriz da Qualidade da Educação Superior. In: SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.781-808.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da Judicialização: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p.115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p.161-179, jun. 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Teoria Política**: Chantal Mouffe. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, 1(2), p.87-108, jul/dez. 1994.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Coesão Interna entre o Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, 109-147, dezembro 2003.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade** – Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica** – Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. 2. ed. com pós-escrito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 09, p.105-113, jul/dez. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 4.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**: Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; catecismo positivista. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **As Teias da Razão, Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2004.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein: Linguagem e Mundo**. São Paulo: Annablume, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Discurso Científico na Modernidade – O Conceito de Paradigma é aplicável ao Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate – O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. In: GALLUPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2006b.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial das Políticas Públicas**. Coleção Gilmar Mendes. v. 4. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2. São Paulo: Método, 2006.

DUBOIS, Christian. **Heidegger** - Introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Princípio da Proporcionalidade** – uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5.ed. v.1. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** – Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da Idéia à Defesa**: monografias e teses jurídicas. 2.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.207-230.

GARÓFALO, Gilson de Lima. Considerações sobre a Microeconomia. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de. **Manual de Economia**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101-109.

GROU, Karina Bozola; SALAZAR, Andrea Lazzarini. **A Defesa da Saúde em Juízo** – Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral** - Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTHER, KLAUS. Uma concepção normativa de coerência para a teoria da argumentação jurídica. Tradução: Leonel Cesarno Pessoa. **Cadernos de Filosofia Alemã 6**, 2000, p.85-102.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS Jürgen. **A Inclusão do Outro** - Estudos de Teoria Política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS Jürgen. **Verdade e Justificação**. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e a validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v.II. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

HERRERO, F. Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. (Org.). **Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2000, p.163-192.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & Co., 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MORAIS, José Luís Bolzan de; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à Saúde e Critérios de Aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais - Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.265-284.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em Torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais - Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.173 -194.

LUPION, Ricardo. O Direito Fundamental à Saúde e o Princípio da Impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais - Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.347-362.

LUQUE, Carlos Antônio. Teoria Macroeconômica: evolução e situação atual. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de. **Manual de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.261-268.

MACIEL, D; KOERNER, A. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. 12. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), n. 58, p.183-202, nov. 2000.

MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.231-278.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**: Tomo IV: (arts. 129-141, §14). 3. ed. rev.ampl. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MONTESQUIEU, Baron de Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES FILHO, José Filomeno. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política. In: BERCOVICCI, Gilberto et al. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **A Filosofia na Crise da Modernidade**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. Tradução: Raimundo Vier. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. A Distinção entre Jurisdição e Legislação no Pensamento de Klaus Gunther. **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, n. 41, p.59-66, abr/jun. 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e Res Publica: A emergência dos Direitos Republicanos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, p.147-181, abril/jun. 1997.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINTO, Élide Graziane. Contingenciamento de Despesas e Esvaziamento do Controle Legislativo sobre a Execução Orçamentária. In: ESTEVES, Júlio Cezar dos Santos. **Políticas Públicas** – Possibilidades e Limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.69-106.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: M. Limonad, 2004.

RIBEMBOIM, Maria Helena Urbano. **Judicialização da Política**: concentração decisória e desequilíbrio entre os três poderes. Texto preparado para o Congresso da Associação dos Estudiosos da América Latina em Montreal – Canadá de 05 a 07 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.resdal.org.ar/lasa/lasa07-urbano.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2008.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo** – Teoria e Prática, São Paulo: Verbatim, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, p.05-48, out/dez. 2006a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 5 mar. 2009a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, Ano 5, n. 17, p.241-271, jan./fev. 2003a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 16, n. 61, p. 90-124, jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro, n. 46, Ano 12, p.193-244, abril/jun. 2003b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como Cláusulas Pétreas. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 17, p. 56-74, dezembro 2003c.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua efetivação. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 6, p.163-206, 2008b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009c, p. 479-510.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra, v. LXXXII, p.239-289, 2006b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Orçamento e "Reserva do Possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008c, p.11-54.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio leite (Org.). **Crises e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Orçamento e "Reserva do Possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172.

SCHWABE, Jürgen et al. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Viviane Gerales Ferreira. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Bartolomeu Leite. **A questão de mundo como problema, em Heidegger**. Cadernos UFS Filosofia. Disponível em: <http://www.posgrap.ufs.br/periodicos/cadernos_ufs_filosofia/revistas/ARQ_cadernos_3/bartolomeuleite.pdf>. Acesso em: 26 set. 2009

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo Essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009 a.

SILVA, 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. **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.587-602.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os Direitos Fundamentais e a Lei: a Constituição Brasileira tem um Sistema de Reserva Legal? In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b, p.605-620.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p.23-50. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32027/31267>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STEFANI, Jaqueline. **Considerações sobre a Ética do Discurso**. Disponível em: <<http://www.controversia.unisinos.br/index.php?a=45&e=2&s=9>>. Acesso em: 1 ago. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A Crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da Crise: a necessidade de uma nova crítica do direito (NCD). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional no Brasil: a resposta hermenêutica às críticas da teoria do discurso habermasiana. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Org.). **A teoria discursiva do direito em debate**. São Paulo: Landy, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Fenômeno Constitucional e suas Três Forças. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p.229 a 257, 2007.

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 (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55-68.

TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.97-136.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a, p.69-86.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. v. 5. O Orçamento na Constituição. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico, investigações filosóficas**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4.ed. rev. com alterações. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.209-216.