

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**MÁRCIA SLEIMAN RODRIGUES**

**ANÁLISE DAS DECISÕES DA PRESIDÊNCIA DO STF SOBRE O DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

**São Leopoldo**

**2013**

Márcia Sleiman Rodrigues

ANÁLISE DAS DECISÕES DA PRESIDÊNCIA DO STF SOBRE O DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE

Tese apresentada como requisito parcial  
para a obtenção de título de Doutora em  
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade do Vale do  
Rio dos Sinos

Orientador: Dr. Vicente de Paulo Barretto

São Leopoldo  
2013

R696a Rodrigues, Márcia Sleiman.  
Análise das decisões da Presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde / por Márcia Sleiman Rodrigues, 2013.  
258 f. ; 30cm.

Tese (doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Análise do discurso - Decisões. 3. Direito fundamental - Saúde. 4. Jurisprudência. I. Título. II. Barretto, Vicente de Paulo.

CDU 347.991

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada "ANÁLISE DAS DECISÕES DA PRESIDÊNCIA DO STF SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE", elaborada pela doutoranda **Márcia Sleiman Rodrigues**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.






São Leopoldo, 28 de março de 2014.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

— Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto   
Membro: Dra. Ângela Kretschmann   
Membro: Dr. Rafael Mario Iorio Filho   
Membro: Dr. Wilson Engelmann   
Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira 

Dedico este trabalho à minha família e aos meus amigos pelo apoio, força, incentivo, carinho e amizade, sem os quais nada disso seria possível.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, pelo suporte de todos os dias e noites, sem cobranças, somente amor, força e boa vontade;

Ao meu querido Orientador, prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, pela paciência, parceria, disponibilidade e orientação durante essa jornada;

À Universidade Estácio de Sá pelo apoio institucional;

Aos meus amigos Rafael Mario Iorio Filho e Guilherme Sandoval Góes, pela ajuda e amizade.

## RESUMO

O papel da Jurisdição Constitucional no Brasil vem sofrendo transformações paradigmáticas a partir do fenômeno da judicialização da política. Neste contexto, o presente trabalho analisa as decisões da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), referentes aos direitos sociais de segunda dimensão, notadamente o direito à saúde, de modo a verificar como elas foram construídas. Portanto, pode-se dizer que a perspectiva da tese é analisar a empiria das decisões do STF calcada na racionalidade retórico-argumentativa como fundamento da normatividade do direito. Em consequência, a pesquisa perpassa as teorias da argumentação jurídica através de suas fórmulas hermenêuticas do neoconstitucionalismo e suas lógicas superadoras do velho exegetismo positivista. Com efeito, não se trata apenas de substituir o “juiz boca da lei” do positivismo exegético por um “juiz dos princípios” da teoria axiológica da argumentação jurídica, mas, sim, de identificar a base teórica usada pelo STF no processo de transformação de “texto da norma” em “norma-decisão” no plano concreto de significação. Neste sentido, a presente pesquisa tem a necessidade de dialogar com alguns conceitos relacionados com a imbricação entre Política e Direito, *e.g.*, as ideias de poder contramajoritário de juízes e tribunais, de legitimidade democrática das decisões judiciais, de estratégias argumentativo-hermenêuticas de interpretação constitucional, de reserva do possível, de mínimo existencial e muitas outras. Desta forma, almeja-se desvelar as estruturas do construir decisório dos Ministros do STF do ponto de vista metodológico, trabalhando-se a análise do discurso jurídico-político usado na formulação das normas-decisão da Suprema Corte brasileira.

Palavras-chave: STF. Análise do discurso. Jusfundamentalidade material dos direitos sociais. Direito à saúde.

## ABSTRACT

The role of the Constitutional Jurisdiction in Brazil has undergone a paradigmatic transformation from the phenomenon of politics judicialization. In this context, this work aims to look into the decisions of the Brazilian Supreme Court (STF) to measure the effectiveness of the second-dimension human rights, notably the right to health, in a way to verify how they were built. Therefore, it can be said that the expectation of this thesis is to analyze the empiria in Supreme Court judgments grounded in rhetorical-argumentative rationality as the basis of the normativity of law. Consequently, this research goes through the theories of legal argumentation and its formulas of hermeneutics and the overcoming logics of old positivist exegetism. Indeed, it is not just substituting the "mouth of the law judges" from the exegetical positivism by "principles judges" from the axiological theory of legal argumentation, but rather to identify the theoretical basis employed by the Supreme Court in the transformation process of the "standard text" on "rule of decision" on the concrete level of significance. It means that the present research needs for dialogue with some concepts related to the overlap between law and politics, i.e., the ideas of counter-majoritarian power of judges and courts, the democratic legitimacy of judicial decisions, of argumentative-hermeneutics strategies in constitutional interpretation, the reserve of the possible, existential minimum, and many others. Thereby, the goal is to uncover the structures of the decision building of the Members of the Supreme Court in a methodological point of view, working up the analysis of the legal-political discourse used in the formulation of Supreme Court standards-decisions.

Keywords: STF. Discourse analysis. Material jusfundamentality of social rights. Right to health.



## RIASSUNTO

Il ruolo della giurisdizione costituzionale in Brasile ha subito cambiamenti paradigmatici dal fenomeno della giudicializzazione della politica. In questo contesto, la presente tesi analizza le decisioni della Presidenza del Supremo Tribunal Federal (STF), riferendosi alla seconda dimensione dei diritti sociali, in particolare il diritto alla salute, per accertare come sono stati costruiti. Pertanto, si può dire che la prospettiva della tesi è quella di analizzare le decisioni del Supremo Tribunal Federal, ossia, l'empiria della razionalità retorica della normatività del diritto. Di conseguenza, la ricerca pervade teorie del ragionamento giuridico attraverso le loro formule ermeneutiche neocostituzionale. In questo senso, questa ricerca si sostenga nella necessità di un dialogo con alcuni concetti relativi alla sovrapposizione tra la politica e il diritto, per esempio, le idee di potere contramajoritário di giudici e tribunali, la legittimità democratica delle decisioni giudiziarie, strategie polemico-ermeneutici di interpretazione costituzionale, prenotazione possibile, minimi esistenziali e molti altri. Così intenzione è quella di svelare le strutture dell'edificio della decisione ministri del Supremo Tribunal Federal del punto di vista metodologico, lavorando per analizzare il discorso giuridico e politico utilizzato nella formulazione di standard decisione della Corte Suprema brasiliana.

Parole Chiave: STF. Analisi del discorso. Jusfundamentalidade dei diritti social. Diritto alla salute.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DO DIREITO .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1 O Direito Contemporâneo em Direção ao Discurso Axiológico do Direito ..</b>	<b>20</b>
<b>2.2 Rompendo o Paradigma Dedutivo da Escola Positivista do Direito.....</b>	<b>31</b>
<b>2.3 A Insuficiência da Concepção Tecno-Formal do Direito .....</b>	<b>43</b>
<b>3 AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO E A TEORIA SEMIOLINGUÍSTICA DE ANÁLISE DO DISCURSO .....</b>	<b>56</b>
<b>3.1 O Pensamento Tópico e a Técnica do Pensamento Tópico-problemático de Interpretação da Norma Constitucional de Theodor Viehweg .....</b>	<b>56</b>
3.1.1 O Pensamento Tópico.....	56
3.1.2 Exame do Pensamento Tópico: Definição e Características.....	61
3.1.3 O Processo de Validade das Premissas Motivado pela Concordância do Interlocutor .....	64
<b>3.2 O Pensamento Tópico e a Ciência do Direito: jurisprudência .....</b>	<b>66</b>
<b>3.3 O Pensamento Tópico e a Interpretação da Norma Jurídica.....</b>	<b>69</b>
<b>3.4 A Técnica do Pensamento Tópico-Problemático de Interpretação da Constituição.....</b>	<b>73</b>
<b>3.5 Considerações Críticas.....</b>	<b>74</b>
<b>3.6 O Pensamento de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.....</b>	<b>80</b>
<b>3.7 Preliminares Epistemológicas da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.....</b>	<b>82</b>
<b>3.8 A Superação da Insuficiência da Lógica Formal .....</b>	<b>83</b>
<b>3.9 A Metodologia da Teoria da Argumentação Perelmaniana .....</b>	<b>84</b>
<b>3.10 O Advento da Nova Retórica .....</b>	<b>85</b>
<b>3.11 A Análise Semiolinguística do Discurso Político de Patrick Charaudeau .</b>	<b>90</b>
<b>4 ANÁLISE DA JUSFUNDAMENTALIDADE MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>100</b>
<b>4.1 Fundamentação Ética dos Direitos Humanos .....</b>	<b>105</b>
4.1.1 A Fase de Afirmação dos Direitos Naturais.....	106
4.1.2 A Fase de Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.....	114
4.1.2.1 A Fase Democrática Liberal e a Proteção das Liberdades Individuais.....	115

4.1.2.2 A Fase Democrática social e a Efetividade dos Direitos Estatais Prestacionais .....	126
4.1.2.3 A Fase Metaconstitucional dos Direitos Humanos Cosmopolitas.....	136
<b>4.2 Os Direitos Sociais e a Concepção Brasileira de Direitos Fundamentais</b> .....	<b>140</b>
<b>4.3 A Eficácia dos Direitos Sociais e seus Principais Óbices</b> .....	<b>144</b>
4.3.1 O Conceito de Reserva do Possível Fática .....	145
4.3.2 O Conceito de Reserva do Possível Jurídica .....	153
4.3.3 O Conceito de Dificuldade Contramajoritária do Poder Judiciário .....	158
<b>4.4 Moldura Constitucional do Direito Fundamental à Saúde</b> .....	<b>164</b>
<b>5 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO NO CENÁRIO POLÍTICO NACIONAL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	<b>172</b>
5.1 O Poder Contramajoritário e a Criação Jurisprudencial do Direito: a legitimidade da jurisdição constitucional .....	174
5.2 O Discurso Jurídico do Supremo Tribunal Federal como Discurso Político .....	185
5.3 Judicialização da Política no Brasil .....	187
5.4 Ativismo Judicial: antecedentes históricos no cenário brasileiro.....	197
5.5 Reforma Judiciária e Ativismo Judicial no STF.....	203
5.6 Análise da Argumentação das Decisões do STF .....	214
5.7 A Apropriação Individual de Direitos Fundamentais Sociais.....	237
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>243</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>248</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente tese apresenta como objeto as decisões da Presidência do Supremo Tribunal Federal na primeira década do século XXI e visa compreender como se deu o processo decisório da Presidência do STF no recorde do Direito Fundamental à Saúde.

A tese trata da verificação, através da análise empírica das decisões judiciais da Presidência do Supremo Tribunal Federal, se esta Corte realmente atua como guardiã das cidadanias tal como sustentam os discursos jurídico-doutrinários, ou ela própria em tentativas de legitimação.

O objetivo é compreender, através dos discursos dos Ministros, e por consequência, da Presidência da Corte Constitucional Brasileira (Supremo Tribunal Federal) qual é, na prática, o papel da Jurisprudência Constitucional na discussão temática do Direito Fundamental à Saúde, além de perceber como esses discursos se constroem e como eles se relacionam com o poder na defesa da cidadania.

Esta discussão temática é de todo importante, pois traria em seu campo significativo toda uma problemática de circunstâncias de crise de legitimidade constitucional entre as funções executivas, legislativas e judiciárias, e por isso, de relações explícitas entre poder soberano e guarda das cidadanias, que são traduzidas no discurso jurídico-teórico pelas expressões ativismo judicial e judicialização da política.

Por essas razões, pode-se dizer que a forma de construir o objeto, de refletir sobre ele e de articular o discurso são interdisciplinares.

A Ciência do Direito, tomada pelo sentido que o campo jurídico brasileiro lhe dá, significa a produção intelectual doutrinária das possíveis interpretações legais. Entretanto, tomando o direito como um objeto empírico, possível de ser estudado como um instrumento de controle social, próprio das sociedades contemporâneas.

Tem-se a pretensão de pensar o direito de forma crítica, e não de maneira repetitiva e reprodutora, própria dos trabalhos classificados tradicionalmente

como jurídicos. A perspectiva é analisar o direito brasileiro em suas práticas discursivas, numa tentativa de explicitar como ele é, e não, como ele deveria<sup>1</sup> ser.

A originalidade do trabalho encontra-se na abordagem metodológica do tema e não no tema, pois não se trata de uma crítica, mas uma pesquisa descritiva do construir decisório da Presidência do STF<sup>2</sup>.

Esta pesquisa dialoga com algumas teorias jurídico-filosóficas e de Análise do Discurso, tais como: a teoria da argumentação jurídica, o pensamento tópicoproblemático e a Semiolinguística de matriz francesa, que funcionaram como base teórica para melhor discutir a problemática, tendo em vista que oferecem o subsídio teórico para refletir acerca das relações entre Política e Direito, dos conceitos de poder contramajoritário de juízes e tribunais, de legitimidade democrática das decisões judiciais, de estratégias argumentativo-hermenêuticas de interpretação constitucional, dentre outros.

---

<sup>1</sup> “O direito visa a fazer com que o mundo dos fatos esteja em conformidade com um mundo ideal; a transformar o mundo tal como ele é em um mundo tal como deveria ser”. SUPIOT *apud* Antoine GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60-61.

<sup>2</sup> Aqui é importante destacar desde logo que adotei uma posição teórica calcada nas teorias da argumentação jurídica, o que evidentemente afasta a presente tese da vertente da “nova crítica do direito”, capitaneada por Lenio Streck, cuja lógica hermenêutica trabalha desde a matriz gadameriana e a ontologia fundamental heideggeriana. Não se questiona a relevância jurídico-hermenêutica da “nova crítica do direito”, ao revés, reconhece-se sua validade científica, simbolizando, sem nenhuma dúvida, um novo olhar sobre o Direito, um novo paradigma que rompe com as teorias procedurais argumentativas a partir da crença da resposta única do direito. Nesse sentido, é importante compreender, no entanto, que a empiria das decisões do STF faz uso da retórica como fundamento teórico de suas decisões. Assim sendo, muito embora haja plena concordância com a visão da “nova crítica do direito”, mormente quando destaca que o positivismo não é só o velho exegetismo, que positivismo e discricionariedade caminham juntos, outro caminho não se tem senão o de trilhar as teorias da argumentação jurídica. Portanto, a crítica à discricionariedade do juiz positivista não será feita com espeque na hermenêutica filosófica, de inspiração heideggeriano-gadameriana, mas, sim, no exame dos limites jurídico-hermenêuticos impostos ao ativismo judicial. Ou seja, o presente trabalho vislumbra o direito hodierno desde um ponto de vista de um neoconstitucionalismo superador do modelo fechado de regras jurídicas, símbolo do velho positivismo exegético. Não se trata apenas de substituir o “juiz boca da lei” do positivismo exegético por um “juiz dos princípios” da teoria axiológica da argumentação jurídica, mas, sim, de superar os obstáculos hermenêuticos do velho exegetismo positivista a partir de uma leitura axiológico-indutiva do direito. Eis aqui a base epistemológica que o STF faz uso no processo de transformação de “texto da norma” em “norma-decisão” no plano concreto de significação. Dessarte, muito embora se concorde com a perspectiva interpretativa liderada por Lenio Streck, o fato é que a posição adotada pelo STF se aproxima, indubitavelmente, do neoconstitucionalismo axiologista perfilhado pelos paradigmas de racionalidade argumentativa. Em suma, o presente trabalho acadêmico não enfrentará a questão do confronto entre as teses neoconstitucionalistas, que colocam, de um lado, a hermenêutica de matriz heideggeriano-gadameriana (resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico) e, do outro, as diversas teorias discursivo-procedurais (paradigma representacional-metodológico de juízo ponderativo), na medida em que tal abordagem refoge ao escopo de examinar a empiria das decisões da Corte Suprema no que tange ao direito à saúde.

Do ponto de vista metodológico, trabalha-se com a Análise do Discurso, que possibilitou explicitar as estruturas ou intenções, de cada enunciador ou autor textual em seu jogo jurídico-político, na disputa de poder e legitimidade<sup>3</sup> com seu auditório, a impor suas visões ou vontades<sup>4</sup>.

Para explicitar como se formam consensos, como os Ministros argumentam, essas teorias permitem estabelecer tanto a base epistemológico-reflexiva do papel do Direito nas sociedades contemporâneas, como também o fundamento e o caminho metodológico para a análise dos discursos presentes nas decisões da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Este trabalho buscou investigar que papel adota o Supremo Tribunal Federal em situações explícitas de instabilidade institucional do Estado brasileiro, e como tal da própria Constituição. Vale lembrar, que esta Corte por atribuição constitucional (art. 102, CRFB/88)<sup>5</sup> deve ser a guardião da cidadania e por autorreferência se alcunha como árbitro da sociedade democrática.

---

<sup>3</sup> “A legitimidade, em sua essência, pode ser definida como um atributo do Estado, consubstanciado na presença de uma parcela significativa da população, com um grau de consenso que assegure a obediência sem o uso necessário da força. Por esse motivo, todo poder busca o consenso, para ser reconhecido como legítimo. O poder transforma a obediência em adesão, pelo processo de legitimação, que, desencadeado pelo comportamento dos indivíduos e grupos, se forma e se desenvolve quando é percebida a compatibilidade entre os fundamentos e os fins do poder, em conformidade com o sistema de crenças e orientado para a manutenção dos aspectos básicos da vida política”. MADEU, Diógenes; MACIEL, José Fábio Rodrigues. Poder. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (Orgs.). **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 141-142.

<sup>4</sup> Quanto a essa questão, interessante a seguinte passagem de Pierre Bourdieu: “Cada intelectual empenha em suas relações com os outros uma pretensão à consagração cultural (ou à legitimidade) que depende, na sua forma, e nos títulos que invoca, da posição que ele ocupa no campo intelectual e em particular em relação à Universidade, detentora, em última instância, dos sinais infalíveis da consagração: enquanto que a Academia, que tem pretensões ao monopólio da consagração dos criadores contemporâneos, contribui para organizar o campo intelectual numa relação com a ortodoxia por uma jurisprudência que combina a tradição e a inovação, a Universidade tem pretensões ao monopólio da transmissão das obras consagradas do passado que ela consagra como ‘clássicas’ e ao monopólio da legitimação e da consagração (entre outras coisas pelo diploma) dos consumidores culturais os mais conformados. Compreende-se com isso a agressividade ambivalente dos criadores que, atentos aos sinais de sua consagração universitária, não podem ignorar que a confirmação só lhes pode ser dada, em última instância, por uma instituição cuja legitimidade é contestada por toda atividade criadora, apesar de estar submetida a ela. Do mesmo modo, mais do que uma agressão contra a ortodoxia universitária é o fato de haver intelectuais situados às margens do sistema universitário e levados a contestar sua legitimidade, provando com isso que reconhecem suficientemente seu veredicto para reprovar-lhe não tê-los reconhecido”. BOURDIEU, Pierre. Campo intelectual e projeto criador. In: POUILLON, Jean (Org.). **Problemas do estruturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p. 135.

<sup>5</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:[...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

As instituições judiciárias exercem funções importantes nas sociedades complexas, tais como oferecer prestação jurisdicional aos cidadãos e administrar os conflitos que ocorrem na sociedade. Debilidades em suas funções permanentes podem contribuir para que os conflitos se transformem em violências explícitas e, muitas vezes, não administráveis pelo direito e pelos tribunais. Somente essa circunstância já indica a necessidade de investigações sobre as funções sociais do poder judiciário, sobretudo as que se referem ao papel de juízes e tribunais nas sociedades democráticas e como esse poder constrói as suas decisões.

Entretanto a hipótese é de que o Supremo Tribunal Federal adota um espírito de corpo, como parte do Estado, na disputa por legitimidade democrática e poder com o Executivo e o Legislativo em relação aos cidadãos para a formulação de políticas públicas, notadamente no campo do Direito à Saúde. A questão que circunscreve tal hipótese é a constatação de um ativismo judicial desproporcional e violador da separação de poderes dentro do Estado Democrático de Direito.

Como o objeto tem um recorte empírico, isto é, um estudo voltado para a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, nas decisões Monocráticas dos Presidentes, no tocante à saúde, para que este estudo pudesse ser realizado, o material disponível poderia ser encontrado em dois locais distintos: a pesquisa no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Por questões práticas a opção foi a segunda forma de pesquisa.

Diante da carga de demandas que chegam ao STF, foi necessária a utilização dos chamados “filtros de pesquisa” que procuram refinar a busca realizada com base em expressões como “Direito à Saúde”, limitando o período no interstício de 2000 a 2010, e tendo por base decisões que se referissem ao artigo 196 da Constituição da República. Com este filtro, foi possível chegar a um número de 374 decisões, sendo 24 acórdãos, 271 monocráticas, 77 decisões da Presidência e 02 de repercussão geral. Em um segundo momento, foi realizada a leitura das decisões em comento, e, posteriormente, feito um novo refinamento, agora com base em decisões com fundamentos repetidos, excluindo aquelas que não estavam diretamente relacionadas ao objeto desta pesquisa.

Assim, a opção foi pela análise das decisões proferidas pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde. A opção se deu em virtude destas decisões aduzirem à postura que a Corte vem manifestando acerca do tema.

Vale destacar que a metodologia utilizada para chegar a essas decisões foi a de análise do Discurso de Patrick Charaudeau, porque ela permite entender melhor o discurso jurídico e as opções políticas dos Ministros, para melhor compreender como eles estão decidindo. Esse espaço amostral foi alcançado pelo princípio da recorrência. Das setenta e sete decisões analisadas, optou-se por seis decisões, isto porque muitas delas se repetiam em seus argumentos, chegando, sempre, à mesma conclusão.

Das seis decisões analisadas, cinco ocorreram antes da realização da Audiência Pública sobre Saúde e uma foi posterior. Algumas decisões anteriores à Audiência Pública, embora com fundamentos semelhantes, foram reproduzidas para que se possa demonstrar como o STF já vinha se posicionando acerca do tema saúde.

As demais decisões possuem fundamentos semelhantes, razão pela qual não se justifica sua inclusão neste trabalho. Com isso pode-se perceber se a Audiência Pública modificou aquilo que já vinha sendo decidido ou se foi apenas um recurso de autoridade a validar, perante a sociedade, aquilo que já vinha sendo decidido pela Corte no recorte do acesso ao Direito à Saúde.

Ratifique-se que a originalidade da presente tese, a despeito das informações que levanta e analisa quanto às práticas retórico-discursivas do Supremo Tribunal Federal, representado por seus Presidentes, sustenta-se por ser uma inédita experiência de abordagem metodológica das decisões judiciais no Brasil. Vale lembrar que, no cenário pátrio, são escassos estudos acerca da jurisprudência que fujam da perspectiva se a decisão foi boa ou ruim. O objetivo é perceber como foi construída a decisão e não como ela deveria ter sido.

Para tanto, o sumário foi organizado de forma que se pudesse fazer um retrato da arte sobre a discussão jusfilosófica para as construções decisórias daquilo que a doutrina e os teóricos dizem que é o pensamento jusfilosófico.

O segundo capítulo apresenta a contextualização e os elementos estruturais que circunscrevem a passagem do velho exegetismo positivista de cunho axiomático-dedutivo para o paradigma pós-positivista de viés axiológico-indutivo da escola neoconstitucionalista do direito, desenvolvendo toda a base epistemológica sobre a qual se assenta as decisões do STF, notadamente a problemática que envolve efetividade dos direitos sociais e a colisão de normas de mesma dignidade constitucional.



Com efeito, nesta primeira segmentação temática, o desiderato deste trabalho acadêmico é mostrar a evolução do neoconstitucionalismo e tudo o que ele representa em termos de garantia da efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, aí incluindo o direito à saúde.

É indubitado o campo extremamente fértil que a leitura axiológico-indutiva traz para nova interpretação constitucional. Assim, a idéia aqui é evidenciar o surgimento de um novo paradigma juspolítico-filosófico calcado na dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Nesse mister, será necessário investigar as fragilidades do paradigma positivista do direito seguindo três grandes espectros temáticos a saber: a rejeição da aplicação axiomática (mecânica) da lei e o acolhimento da aplicação axiológica (ética) do direito; o rompimento com o paradigma exegético dedutivo do juspositivismo e sua substituição pelo paradigma indutivo do pós-positivismo jurídico; e, finalmente, a insuficiência da concepção tecno-formal do direito e da hermenêutica clássica de Savigny.

Percorrer todo esse caminho científico é necessário para a plena compreensão dos novos elementos hermenêuticos do pós-positivismo jurídico e do neoconstitucionalismo, cuja linhagem epistemológica desloca para o centro do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana, eixo propulsor do Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo tem o objetivo de desenvolver a análise das teorias do discurso e da argumentação jurídica, responsáveis, em grande medida, pelo avanço, nos últimos cinquenta anos, dos novos paradigmas de racionalidade retórico-argumentativa. Ou seja, no âmbito do neoconstitucionalismo, irão florescer diversas teses com objetivos comuns no campo jurídico de superar o paradigma da racionalidade meramente literal do positivismo jurídico, valendo destacar o pensamento tópico-problemático de Theodor Viehweg, a teoria da argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca e a Análise Semiollingüística do Discurso de Patrick Charaudeau.

O quarto capítulo examina a relevante questão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, mormente nesses tempos de globalização neoliberal, cuja lógica juspolítica é a tentativa de imposição da era da desregulamentação jurídica.

O grande objetivo desse capítulo é investigar o papel do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde, daí a necessidade de investigar, preliminarmente, o perfil

de evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, desde a fase de afirmação dos direitos naturais com os filósofos contratualistas até os tempos pós-modernos do projeto epistemológico metaconstitucional. Assim, colima-se evidenciar que o pós-modernismo jurídico se vê dividido em duas grandes vertentes: de um lado, o projeto neoliberal de *pax americana* e, de outro, o projeto epistemológico cosmopolita de cunho metaconstitucional.

Com efeito, o advento da queda do muro de Berlim, em 1989, traz na sua esteira um processo de mitigação dos direitos sociais, fomentado pelo projeto neoliberal mais amplo de reconstrução dos direitos humanos com base na revitalização dos direitos negativos de primeira dimensão. É o fim da história de Francis Fukuyama<sup>6</sup>, uma nova era de vitória do capitalismo liberal e de uma universalização dos valores da sociedade ocidental.

Em linhas gerais, o neoconstitucionalismo tenta construir um consenso que estimula a transnacionalização dos mercados e a relativização do conceito de soberania do Estado, condenando à própria sorte os hipossuficientes, em prol da austeridade financeira, daí a questão da reserva do possível, instituto óbice da plena efetividade dos direitos sociais.

É nesse sentido que parte da doutrina nega jusfundamentalidade material aos direitos sociais, entendendo que tais direitos se revestem da forma de princípios de justiça, de normas programáticas, dependentes da *interpositio legislatoris*. Para tal corrente, os direitos sociais são direitos exequíveis apenas na via do orçamento público, cabendo ao poder público garantir a plena efetividade apenas dos direitos sociais mínimos, componentes do mínimo existencial, referencial dogmático que garante vida digna para todos.

Portanto, o quarto capítulo acolheu este desafio com o intuito de demonstrar que a jusfundamentalidade material dos direitos sociais no Direito Constitucional brasileiro é inexorável, seja pela posição atribuída pelo próprio poder constituinte originário, seja pelo avanço da jurisprudência pátria. Sem embargo do coerente constructo epistêmico-conceitual calcado na reserva do possível (limitação dos recursos financeiros do Estado), o fato é que não se pode negar a natureza jusfundamental dos direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito do novo constitucionalismo.

---

<sup>6</sup> FUKUYAMA, Francis. **O fim da história**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

Por fim, no quinto capítulo, explicita-se a construção discursiva usada pelo Supremo Tribunal Federal nas situações de grave instabilidade institucional do Estado brasileiro, nas decisões relativas ao Direito à Saúde.

Com efeito, o quinto capítulo informa o estado da arte do direito fundamental social à saúde, materializado no art. 196 da CRFB/88; como também analisa os temas e as categorias discursivas presentes nas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a temática. Tal análise tem o objetivo de comprovar a hipótese de que os discursos servem para diluir os conflitos políticos e disfarçar as escolhas estatais na relação sociedade/cidadãos e democracia, de forma a privilegiar sempre posições não democraticamente construídas ou respeitadas.

Descreve, portanto, um estudo das representações do campo jurídico brasileiro acerca desses fenômenos no cenário nacional, ou seja, são apresentados os elementos que constituem a semântica da linguagem, materializada nos discursos dos atores do Direito.

Em suma, o presente trabalho acadêmico tem a pretensão de demonstrar a (in) suficiência da concepção do direito entendido como um modelo fechado de regras jurídicas, calcado na tríade subsunção silogística-exetismo formalista-dedutivismo. Tal modelo positivista torna desntrido o processo de interpretação constitucional e compromete a efetividade dos textos constitucionais, comandos normativos compromissórios e principiológicos, por excelência.

## 2 A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DO DIREITO

O presente capítulo tem como objetivo contribuir para a compreensão das bases epistemológicas que informam as decisões do Supremo Tribunal Federal atinentes à efetivação do direito à saúde no direito brasileiro.

Seu grande desafio é investigar as linhas dominantes que circunscrevem as decisões judiciais garantidoras do rol jusfundamental dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde. Nesse *myster*, aprofunda-se a análise da ineficácia do paradigma positivista no que tange aos problemas constitucionais hodiernos envolvendo a colisão de normas de mesma dignidade constitucional. Com efeito, a garantia do direito humano à saúde está sujeito à ponderação de valores constitucionais de mesma hierarquia, o que evidentemente demanda a aplicação da escola pós-positivista do direito.

É a inércia na concretização dos direitos fundamentais sociais o eixo propulsor da nova interpretação constitucional, notadamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que inovou o pensamento jurídico brasileiro ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196). Portanto, ao sinalizar quanto à efetividade dos direitos sociais, o constitucionalismo democrático brasileiro optou pelo afastamento da imagem positivista liberal de que a Constituição é mera promessa axiológica, endereçada ao legislador na sua função de regulamentação infraconstitucional.

Ao revés, no mundo jurídico contemporâneo, o cidadão comum já não hesita em apelar diretamente para Constituição, recorrendo ao poder judiciário em caso de violação de seus direitos fundamentais sociais. Isto significa dizer que o novo constitucionalismo brasileiro não mais admite que a omissão do Estado-legislador represente mais um obstáculo à aplicação direta da Constituição. Em consequência, é a própria supremacia constitucional que rejeita a ideia de que a interpretação é simples operação matemática, manejada por um juiz robô tecnicista.

De fato a escola pós-positivista do direito passeia pelas ruas jurídicas do País afora com passos firmes na direção da leitura moral da Constituição e da garantia da dignidade da pessoa humana como novo centro hermenêutico do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, colima-se examinar neste capítulo o caminho exegético que a Constituição Federal de 1988 aponta, daí a importância de trilhar quatro grandes sendas teórico-conceituais, quais sejam:

- a) a rejeição da aplicação axiomática (mecânica) da lei e o acolhimento da aplicação axiológica (ética) do direito;
- b) o rompimento com o paradigma exegético dedutivo do juspositivismo e sua substituição pelo paradigma indutivo do pós-positivismo jurídico;
- c) a insuficiência da concepção tecno-formal do direito e da hermenêutica clássica de Savigny;
- d) a importância científica do pensamento tópico-problemático de Theodor Viehweg e da teoria da argumentação de Chäim Perelman para as decisões hodiernas do STF.

Portanto, nesta segmentação temática, o desiderato acadêmico almejado é a compreensão das debilidades da escola positivista do direito e sua substituição pelos novos elementos hermenêuticos do pós-positivismo jurídico, concebidos no âmbito do neoconstitucionalismo. Com efeito, tal perspectiva é central na análise das decisões do STF, cuja linhagem epistemológica é indubitavelmente neoconstitucionalista. No dizer de Lenio Streck:

O neoconstitucionalismo – por tudo o que ele representa – efetivamente transformou-se em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias (que se pretendem) capazes de responder às demandas desse novo paradigma juspolítico-filosófico. Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas, os últimos cinquenta anos viram florescer teses com objetivos comuns no campo jurídico: superar a concepção do direito entendido como um modelo de regras; resolver o problema da incompletude das regras; solucionar os casos difíceis (não ‘abarcados’ pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais, nitidamente compromissórios e principiológicos, comprometidos com as transformações sociais.<sup>7</sup>

Dessarte, o grande desafio da perspectiva neoconstitucional e, também do pós-positivismo, é construir um discurso jurídico capaz de legitimar o ativismo judicial garantidor da efetividade deste direito que a ciência jurídica aponta como direito humano essencial e que é o direito à saúde, sem, entretanto, cair em mero decisionismo, alimentado pela plena discricionariedade do intérprete/juiz.

Em síntese, mais uma vez na companhia de Lenio Streck, tem-se que:

---

<sup>7</sup> STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p. 285.

Esse novo constitucionalismo - que aqui será denominado de neoconstitucionalismo – além de proporcionar uma verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado, representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista-formal-burguês), a partir de uma perspectiva normativa [...] valendo lembrar, nesse sentido, a determinação constitucional, [...], de efetivação dos direitos fundamentais-sociais.<sup>8</sup>

De tudo se vê, por conseguinte, que a efetividade dos direitos fundamentais-sociais exige a aplicação neoconstitucionalista de cunho pós-positivista, sem a qual tais direitos se transformam em mera ficção jurídica.

A toda evidência, esse novo constitucionalismo está associado ao paradigma superador do positivismo, cuja lógica jurídica é incapaz de garantir o direito à saúde apenas com espreque na concepção do direito como um modelo de regras.

Portanto, as transformações do constitucionalismo hodierno dimanam de um grande fenômeno, a saber: a superação do paradigma exegético positivista calcado no discurso axiomático-dedutivo do direito (legalismo estrito atrelado à letra da lei) e o surgimento do paradigma dogmático pós-positivista pautado no discurso axiológico-indutivo do direito (princípioalismo garantidor dos direitos fundamentais).

Isso significa dizer que se opera a passagem de uma era de hegemonia da norma posta (regra jurídica) para uma nova era de hegemonia dos princípios jurídicos abertos. A primeira delas, é conhecida genericamente como positivismo jurídico e a segunda, é designada pós-positivismo ou princípioalismo. Enquanto a primeira somente reconhece como norma jurídica a regra jurídica, a segunda identifica a normatividade dos princípios como elemento garantidor da reaproximação entre o direito e a ética.

Assim sendo, inicia-se investigando a ascensão da normatividade dos princípios e o seu papel na aplicação axiológica da lei.

## **2.1 O Direito Contemporâneo em Direção ao Discurso Axiológico do Direito**

O direito constitucional hodierno tende para a consolidação do assim chamado neoconstitucionalismo, uma nova forma de interpretar a Constituição e que se perfaz a partir de um novo plexo de conceitos e modelos hermenêuticos,

---

<sup>8</sup> STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p. 286.

alimentados pela dogmática pós-positivista, cujo desiderato é a reaproximação entre o direito e a ética, bem como a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, no tender de Lenio Streck.<sup>9</sup>

Destarte, o neoconstitucionalismo representa o esforço de superação do positivismo normativista, cujo paradigma exegético era calcado no legalismo estrito que percebia o direito como um sistema fechado de regras jurídicas. Ou seja, os princípios jurídicos, por serem normas abertas, não faziam parte do universo normativo do positivismo jurídico.

Em decorrência, sem recorrer aos elementos metafísicos das escolas do direito natural, o novo constitucionalismo constrói sua base hermenêutico-científica a partir da atribuição de normatividade aos princípios jurídicos, afastando, por via de consequência, a visão limitada de sistema fechado de regras, ícone máximo das escolas positivistas do direito.

Na verdade, a análise dos elementos conformadores do neoconstitucionalismo demonstra que a aplicação do discurso axiológico do direito se pauta no combate ao paradigma da subjetividade do juiz-soberano, dono do direito e desvinculado da pauta de valores da sociedade como um todo. Em essência, o direito é o ramo da ciência que se destina a moldar a realidade fática da vida em sociedade, não se limitando apenas a regular tal realidade.

É por isso que o neoconstitucionalismo combate a ideia de subjetividade dos juízes/intérpretes, valendo aqui destacar o conceito de comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual concebida por Peter Häberle.<sup>10</sup> Com rigor, a correção normativa do direito não pode ficar submetida a critérios pessoais de juízes ou juristas, que o velho positivismo defendia e que Lenio Streck denomina de “paradigma da filosofia da consciência”. Nesse sentido, destaca o autor que o “direito não é aquilo que o judiciário diz que é”.<sup>11</sup>

Assim sendo, sob a ótica do novo constitucionalismo, a correção normativa do direito não se atrela tão somente à interpretação dada pelo magistrado ao texto

---

<sup>9</sup> STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p. 287.

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106-107.

positivado pelo legislador democrático, mas, vai, muito além, atingindo a esfera do controle intersubjetivo feito pela comunidade aberta.

É nesse diapasão que é lícito afirmar que um verdadeiro Estado Democrático de Direito é aquele no qual a interpretação da Constituição não pode ficar adstrita ao esquema sujeito-objeto, mas, deve, sim, navegar na direção da incorporação do paradigma de intersubjetividade no discurso jurídico, forjado nas teses pós-positivistas que promovem a normatividade dos princípios, lado a lado, com as regras jurídicas.

Portanto, o grande desafio do neoconstitucionalismo é tentar transpor os alicerces do positivismo jurídico, que opera o direito como um sistema-fechado-de-regras-jurídicas, sob a égide do velho modelo de cunho liberal-individualista-formal-burguês e sob os influxos do paradigma da filosofia da consciência.<sup>12</sup>

Dessarte, a matriz teórica do neoconstitucionalismo procura afastar a ideia-força positivista de que somente as regras jurídicas são capazes de gerar direitos subjetivos diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário, daí a necessidade de reconstrução da correção normativa do direito, na medida em que se faz mister a introdução no âmbito da teoria da eficácia constitucional da força jurígena da dimensão ético-fática das decisões judiciais, abrindo espaço para a plena efetividade dos princípios constitucionais a partir da busca de reaproximação entre ética e direito. Ou seja, são os princípios constitucionais que introduzem o mundo prático-axiológico no direito, pondo fim à velha intelecção de que princípios jurídicos não são normas jurídicas, mas, sim, meros comandos éticos vinculadores do legislador democrático do futuro.

Em sentido figurado, é lícito afirmar que os princípios constitucionais são mísseis dogmáticos que transportam os valores do território da ética para o território normativo do direito. Em outro dizer, sob o pálio do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais transformam-se em mísseis hermenêuticos que fazem incidir o mundo real e os valores éticos sobre a teoria jurídica da norma, fazendo com que sua correção normativa não fique associada apenas ao texto escrito

---

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32 e STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 286.



concebido pelo legislador democrático, mas, também, submetendo-a ao controle intersubjetivo feito pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Portanto, a normatividade do direito passa a ser aferida como resultado do grau de aceitabilidade da prestação jurisdicional pela sociedade como um todo, aí incluída a comunidade jurídico-científica. Isto significa dizer que a normatividade do direito se afasta do paradigma da filosofia da consciência para se aproximar do paradigma do controle intersubjetivo das decisões judiciais.

Eis que a legitimidade democrática da criação jurisprudencial do direito encontra seu elemento fundante no nível de aceitação da norma-decisão pela consciência jurídico-social do auditório universal, representado aqui pelo espaço comunitário dos hermeneutas da Constituição. É fácil perceber, por conseguinte, que a legitimidade democrática das decisões judiciais, que encontra a sua expressão maior na negação do paradigma solipsista do juiz todo-poderoso, não pode ser produto de uma mera reedição do velho exegetismo positivista calcado no “decisionismo judicial”.

É, ao contrário, uma tentativa de criar um novo paradigma de controle intersubjetivo, que traz, na sua esteira, o controle ético-social da atividade judicial. Trata-se de um modelo que impõe exigências de fundamentação constante por parte do poder judiciário. É nesse sentido que é certo afirmar que o neoconstitucionalismo se encontra em constante conexão com os pressupostos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, seja pela rejeição do subjetivismo judicial, seja pela opção do controle intersubjetivo das decisões judiciais.

Destarte, o direito dos dias de hoje começa a transplantar a ideia de aplicação axiomático-mecanicista da lei para se aproximar da ascensão normativa dos princípios jurídicos. Com o objetivo de reaproximar o direito da ética, o direito contemporâneo busca progressivamente a harmonização entre o texto da lei e os valores constitucionais.

Há, por conseguinte, uma quebra de paradigma exegético que precisa ser compreendido a partir da distinção entre os sistemas antigo e novo, ou seja, entre o direito positivista caracterizado como um sistema fechado de regras (discurso axiomático) e o direito pós-positivista caracterizado como um sistema aberto de regras e princípios (discurso axiológico).

Não se trata da simples passagem do velho exegetismo para o mero axiologismo desprovido de cientificidade, pois, o neoconstitucionalismo, como se

acabou de constatar, demanda e exige o controle intersubjetivo da criação jurisprudencial do direito.

Evidente, pois, a movimentação do direito hodierno em direção à leitura axiológica, em cuja base se encontra o enfoque principiológico tal qual preconizado pelo neoconstitucionalismo. Com atenção, o leitor deve observar que o novo paradigma do direito cria uma área muito maior de incidência de valores axiológicos sobre o ordenamento jurídico posto pelo Estado-legislador, o que evidentemente abre caminho para a força normativa dos princípios constitucionais, cuja base epistemológica vem da teoria filosófica da linguagem. É nesse sentido que a nova linhagem da interpretação constitucional coloca o paradigma de racionalidade discursiva lado a lado com a racionalidade linguística.

Ou seja, a reflexão do fenômeno jurídico tende a acompanhar o giro epistemológico que surge da revolução das teorias filosóficas da linguagem, notadamente com Wittgenstein, Heidegger e Gadamer, dentro de uma abordagem principiológica flexível, na qual o exegeta constitucional não fica mais preso tão somente à dicção literal da norma legislada (*prius* da interpretação jurídica), mas, deve, sim, buscar sua norma-resultado após verificar a incidência dos elementos fáticos do caso concreto sobre a norma positivada. Nesse sentido, Écio Oto Ramos Duarte<sup>13</sup> mostra que:

De outro lado, a tentativa de oferecer pautas justificativas que assegurem a racionalidade do método jurídico deve se dar conta de que a fundamentação normativa, hoje, deve ser mediada desde os pressupostos discursivos inseridos na estrutura pragmática consolidada a partir de uma razão linguística. Para esse intento, é necessário um escorço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a razão linguística na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um 'giro epistemológico' no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de racionalidade discursiva, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito.

---

<sup>13</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso & correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 35.

Assim, torna-se evidente que a fundamentação normativa do direito pautada apenas na letra da norma legislada, postulada pela hermenêutica positivista, constitui pensamento superado, que não se coaduna com a nova dogmática constitucional pós-positivista.

Ao revés, a fundamentação normativa do direito nas sociedades democráticas contemporâneas parte de uma racionalidade discursiva que leva em consideração os elementos fáticos do caso concreto e a pauta de valores axiológicos da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Não há mais espaço para discricionariedade positivista de juízes e tribunais na formulação da norma-resultado (decisão judicial do caso concreto) sem vínculo com o auditório universal. Há que se reconhecer a racionalidade discursiva do direito dentro de um paradigma de intersubjetividade aferidor de legitimidade das decisões judiciais que denega, cada vez mais, a pretensão de completude do direito (sistema de axiomas irrefutáveis e concebidos previamente pelo legislador democrático).

A normatividade do direito, pressuposta pela concepção pós-positivista, transcende o escopo da literalidade da norma posta, para alcançar a racionalidade discursiva, vale dizer dianoética, tendo como elemento de conexão a normatividade dos princípios jurídicos, cuja ponderação de valores contrapostos fará a indicação de qual é o direito aplicável à determinada situação jurídica, mediante aferição de peso relativo, que se individualiza em atendimento às particularidades dos elementos fáticos de cada caso concreto.

É nesse último sentido (individualização a partir do caso concreto) que se pode afirmar a tendência de o direito hodierno assumir posturas pós-positivistas que superam o discurso positivista de verdades apodíticas do direito. Com isso, a interpretação pós-positivista de racionalidade dianoética se afasta por completo da noção de completude do direito que o discurso axiomático positivista impõe. Ora é de sabença geral que é impossível regular *in abstracto* todas as situações do mundo dos fatos.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a visão axiomática do direito defende, dentre outras, as seguintes ideias:

- a) hegemonia do legalismo normativista estrito;
- b) completude do direito;
- c) concepção tecno-formal do direito;

- d) autossuficiência e autorregeneração do direito positivo;
- e) prevalência da norma legislada em forma de regra jurídica;
- f) raciocínio lógico-formal
- g) aplicação mecânica da lei.

Todo esse quadro conceitual forma a imagem de um positivismo normativista apodíctico regracional que Lenio Streck fotografa com precisão quando destaca que “A (pretensa) plenipotenciariade da regra - como fonte e pressuposto do sistema - cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo de Estado Democrático (e Social) de Direito”.<sup>14</sup> Aliás, como bem observado pelo autor:

Nesse contexto, o novo constitucionalismo foi se transformando em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias que fossem capazes de responder a essas complexidades. Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocaram o pólo de da tensão interpretativa na direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação “direito-moral”, solucionar os ‘casos difíceis’ (não ‘abarcados’ pelas regras e a (in) efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).<sup>15</sup>

De tudo se vê, por conseguinte, que no paradigma exegético do positivismo jurídico, tudo o que o juiz precisa fazer é escolher a norma aplicável dentro de um depósito normativo fechado de regras jurídicas, como se não houvesse a imprecisão da linguagem e nem mesmo a crescente tensão entre princípios jurídicos igualmente válidos e de mesma dignidade constitucional.

É por isso que a dogmática pós-positivista traz no seu bojo um novo plexo de instrumentos hermenêuticos voltados para a superação do discurso axiomático do direito, cujo princípio fundante é a pretensão de completude do direito. Visa, pois, afastar a manutenção de um sistema jurídico fechado composto apenas por regras jurídicas, no qual os princípios não são vislumbrados como autênticas normas jurídicas.

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev, atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2.

<sup>15</sup> Ibid., p. 3.

Assim, é necessário compreender bem que a leitura axiológica pós-positivista aspira apresentar visão crítica dessa imagem fechada do direito, cuja concepção de ciência pura emprega metodologia autossuficiente com o objetivo de evitar a contaminação do direito pelos outros fluxos epistemológicos, como a moral, a política, a filosofia ou a sociologia. Busca-se dessarte a objetividade plena e a "isenção" da prática científica.<sup>16</sup>

Portanto, mais uma vez resta patente a inadequabilidade do processo hermenêutico positivista-kelseniano que conduz a uma tentativa de "cientificização" do saber; de "tecnicização" da ciência; de crença na pretensão de "pureza" científica; de autonomia e neutralidade objetiva da ciência jurídica.

Ora, o direito não é uma ciência exata, com paradigma cartesiano matematizante, ao revés, a ciência jurídica é ciência social, fruto da vontade humana, que não refoge aos elementos extra-jurídicos advindos de elementos filosóficos, ideológicos ou axiológicos, nem sempre explicitados no enunciado normativo do direito posto.

Sem permitir nenhuma abertura axiológica, a visão axiomática do direito caminha na trilha da aplicação mecânica da letra da lei, sem levar em consideração nenhuma incidência de valores éticos na solução do caso concreto. Vale o que está escrito; vale a regra jurídica aplicável a partir de um depósito normativo concebido previamente pelo legislador ordinário.

Em consequência, a teoria positivista identifica os princípios jurídicos como meros comandos de valor ético sem nenhuma densidade ou carga normativa e, portanto, incapazes de gerar efeitos concretos no universo jurídico. Entretanto, é bem de ver que essa postura de legalismo normativista estrito é amplamente superada pelo trabalho de interpretação pós-positivista, notadamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade e sua tríade subprincípial composta da adequação,

---

<sup>16</sup> Nesse último sentido, destaca-se o pensamento de Jürgen Habermas, considerado por muitos como o principal herdeiro da denominada Escola de Frankfurt, movimento neo-hegeliano que faz a imbricação entre filosofia, direito e ciências sociais. Em linhas gerais, a obra habermasiana parte da constatação de que os princípios normativistas correm o risco de perder o contato com a realidade social, da mesma maneira que os princípios objetivistas perdem o contato com a dimensão normativa, daí, nascendo, pois, a relevância da vertente pluralista da teoria do agir comunicativo. Sem dúvida, o aporte metódico interdisciplinar de Habermas, além de superar o pessimismo de um falso realismo, que, nas palavras do próprio autor, *subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes*, cria as bases de uma teoria do discurso que traça os contornos da reconstrução do direito, seja a partir da ideia de sistema de direitos, seja pela fixação de princípios do estado de direito. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 11.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Eis aqui a pedra angular das decisões judiciais referentes à concretização do direito à saúde, qual seja, muito embora seja classificada como norma principiológica aberta carente de regulação legiferante superveniente, o direito à saúde será aplicado a partir de trabalho de interpretação calcado na leitura axiológica do direito.

E assim é que resta patente a superação da lógica de aplicação mecânico-axiomática do direito, despontando em seu lugar um novo perfil de interpretação constitucional, denominado pós-positivismo ou principialismo, em cuja base se encontra a força normativa<sup>17</sup> de princípios constitucionais<sup>18</sup>.

Realmente, não se pode negar essa tendência principialista do direito do novo milênio, especialmente quando se tem em conta a penetração da dimensão ética no discurso jurídico, bem como os avanços trazidos pela dogmática pós-positivista na concretização de normas constitucionais insculpidas na forma de princípios jurídicos.

Com efeito, é indubitoso que a lógica hermenêutica hodierna entrega ao Estado-juiz poderosos instrumentos jurídicos, com latitude científica para superar até mesmo a letra da lei, porém mantendo-se dentro do arcabouço mais amplo da ordem jurídica como um todo. Isto significa dizer que a interpretação feita pelo juiz/exegeta na aplicação do direito vai sopesar valores que transcendem a dimensão semântica das leis em tensão, porém, obedecerá aos critérios previstos pelo direito posto. É o que Karl Larenz denomina de *direito extra legem et intra jus*.<sup>19</sup>

Assim, não parece prosperar a visão axiomática do positivismo jurídico, cujos métodos tradicionais concebidos dentro de uma concepção fechada de regras jurídicas não se coadunam com a necessidade de ponderação de valores do direito contemporâneo. A questão da debilidade dogmática do discurso axiomático afigura-

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso mostra que: “A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de idéias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a idéia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética”. Cf. prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. t. 3.

<sup>19</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968. p. 502.

se mais nítida ainda quando se tem em conta a ascensão normativa dos direitos humanos, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Duas razões principais podem aqui ser salientadas para justificar tal colapso epistemológico: a utópica pretensão de completude do direito e a inaplicabilidade da dogmática positivista aos chamados casos difíceis, que demandam participação do intérprete na solução da tensão normativa de comandos constitucionais de mesma dignidade.

Com efeito, à evidência, a dogmática jurídica contemporânea já ganhou corpo científico suficiente para garantir os direitos fundamentais sociais, cuja efetividade perpassa necessariamente pela dimensão retórica das decisões judiciais e pelo controle intersubjetivo da comunidade aberta hãrbeleana. Ou seja, não é mais plausível ficar atrelado ao direito *intra legem* sem considerar o direito *extra legem* garantidor da reaproximação entre o direito e a ética.

Em consequência, a natural evolução da dogmática constitucional contemporânea não poderia ser outra a não ser a busca da leitura axiológica do direito, leitura esta aberta a valores morais que garantem a proteção dos direitos humanos e, em especial, a dignidade da pessoa humana. Com isso, nasce uma nova era, um novo tempo que reaproxima o cidadão comum e o pleno gozo dos seus direitos fundamentais.<sup>20</sup>

E mais: essa tendência de expansão das teorias dos direitos fundamentais já ultrapassa a própria ordem constitucional para alcançar a esfera internacional, chegando mesmo no campo do Direito Internacional Privado, exigindo-lhe destarte a racionalidade retórico-argumentativa, cuja flexibilidade exegética permite adaptar o texto da norma às situações fáticas e mutáveis da realidade social na busca da solução justa. Nesse sentido, a visão de Nadia de Araujo, *in verbis*:

O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, cuja universalização encontrou eco nos planos interno e internacional, interfere na metodologia do DIPr, que não pode ficar alheia a sua

---

<sup>20</sup> Com espeque no conceito mais amplo de norma jurídica - vale insistir: regra e princípio são igualmente reconhecidos como norma jurídica-, a efetividade dos direitos humanos passa a depender da perspectiva retórico-argumentativa imposta pelos juízes na entrega da sua prestação jurisdicional. E assim é que o discurso axiológico neutraliza a normatividade estática e rígida da metodologia clássica do direito internacional privado e passa a respaldar o paradigma dos direitos fundamentais mediante a atribuição de força jurídica obrigatória às normas de direito insculpidas sob a forma de princípios. Eis aqui a riqueza dogmática das hodiernas teorias dos direitos fundamentais: a perspectiva pós-positivista de racionalidade retórico-argumentativa que supera a letra da lei a partir da metodologia conflitual.

disseminação. É preciso adequar a sua utilização ao paradigma dos direitos humanos. A ordem pública tem papel fundamental para equilibrar a aplicação do método conflitual, especialmente se for dado ao aplicador da lei parâmetros para fazê-lo, o que só é possível se for utilizada a perspectiva retórico-argumentativa, estribada no desejo, de encontrar a solução justa, a partir da lógica razoável, e não mais apenas através das razões de Estado.<sup>21</sup>

Vicente de Paulo Barreto vai muito mais além e já preconiza uma “leitura metaconstitucional dos direitos humanos”. Nesse sentido, a proposta do autor é desconstruir a iniciativa neoliberal de *Pax Americana* de cunho maquiavélico-hobbesiano, que se perfaz no campo econômico-social através do assim denominado Consenso de Washington, um conjunto de regras formuladas como escopo de promover o “capitalismo democrático” no âmbito universal, valendo, pois, reproduzir suas palavras, *in verbis*:

Nesse sentido, a proposta central da Pax Americana, que se expressa do ponto de vista econômico e social pelo Consenso de Washington, onde o ‘capitalismo democrático’ torna-se o sistema ideal a ser instrumentalizado através do livre mercado global, como seu mecanismo, é contraditória, pois pretende transferir para o âmbito universal uma forma nacional, no caso o modelo norte-americano, de ordem política e sistema econômico. [...] Nesse quadro é que se torna necessário avaliar a função da ideia de sociedade cosmopolita, de cidadania cosmopolita e de direito cosmopolítico.<sup>22</sup>

Portanto, aqui é importante destacar essa transformação do cenário político global hodierno, que, na visão de Vicente de Paulo Barreto, pela primeira vez na história da humanidade busca construir um sistema econômico com pretensões universais, cujos mecanismos de produção seriam comuns a todos os povos. No entanto, arremata o autor “a própria hegemonia da superpotência, Estados Unidos e o sistema de produção e comercialização de riquezas vêm-se ameaçados por forças políticas, religiosas e militares, que tornam frágil o poder do estado hegemônico”,<sup>23</sup> daí a ideia-força de um projeto epistemológico metaconstitucional, calcado na cidadania cosmopolita de inspiração kantiana.

---

<sup>21</sup> ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 22.

<sup>22</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 215.



Assim, já se pode falar em uma “leitura metaconstitucional dos direitos humanos”, como último estágio epistemológico do regime jurídico de proteção dos direitos humanos; como último patamar da nova leitura axiológica do direito; uma nova abordagem que busca privilegiar, como fonte teórica e prática da ordem constitucional da democracia cosmopolita, normas que não são geradas pelo estado soberano nacional e nem são válidas por causa do reconhecimento estatal.<sup>24</sup>

Em suma, no âmbito da dogmática contemporânea, a leitura axiológica do direito rechaça a metodologia clássica e sua vinculação a posições dogmáticas rígidas e inflexíveis, características da velha escola positivista. Nesse aspecto, a leitura axiológica do direito deve ser compreendida no contexto da ruptura paradigmática ocorrida no campo da racionalidade retórico-argumentativa do direito pós-positivo.

Ou seja, o direito contemporâneo não conseguiu ficar imune ao pensamento jurídico aberto e principiológico que se move em direção à ética, à solução das antinomias de valores constitucionais contrapostos de uma sociedade pluralista e assimétrica, à busca da solução justa em detrimento das razões de Estado, à proteção dos hipossuficientes e, em especial, à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Simboliza, em última instância, a derrocada do velho esquema fechado de regras (ponto fulcral da leitura axiomática do direito) e o nascimento de um novo sistema aberto de regras e princípios (ponto nodal da leitura axiológica do direito).

É por isso que vamos em seguida identificar outra quebra de paradigma associada à racionalidade retórico-argumentativa da escola pós-positivista do direito e que é a passagem do pensamento dedutivo (que parte do geral para particular) para o pensamento indutivo (que parte do particular para o geral). Trata-se da superação da concepção dedutiva do direito.

## **2.2 Rompendo o Paradigma Dedutivo da Escola Positivista do Direito**

Uma vez examinada a superação do discurso axiomático (sistema puro fechado de regras), impende agora investigar outra grande ruptura epistemológica do pensamento jurídico contemporâneo e que é o surgimento da concepção indutiva do direito pós-positivo em substituição ao paradigma dedutivo da escola juspositivista.

---

<sup>24</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 227.

Dentro de tal perspectiva, destaca-se a reabilitação das teorias discursivas do direito e a formação de uma nova mentalidade exegética voltada precipuamente para a solução do caso concreto, ou melhor, para a solução jurídica do problema apresentado (pensamento tópico-problemático).

Destarte, o grande desiderato desta segmentação temática é demonstrar a passagem da abordagem dedutiva para a indutiva, o que significa dizer por outras palavras a passagem da *leitura axiomático-dedutiva* para a *leitura axiológico-indutiva* do direito, pois os fenômenos estão umbilicalmente atrelados, sem qualquer possibilidade de dissociá-los epistemologicamente.

Em primeiro lugar, é importante destacar a correlação entre a abordagem dedutiva do direito e o dogma da subsunção silogística. Nesse passo, há que se reconhecer que a aplicação positivista mecânica da lei ocorre sob os influxos do raciocínio subsuntivo-silogístico, ou seja, o trabalho de interpretação começa com a identificação da premissa maior (norma posta *in abstracto* pelo legislador democrático) e, em seguida, verifica-se a incidência desta norma sobre a premissa menor (os elementos fáticos do caso concreto), resultando daí a norma-decisão no plano concreto de significação.

Dessarte, é bem de ver que a decisão judicial é a norma-resultado obtida a partir da incidência da norma posta (premissa maior) sobre os fatos portadores de juridicidade (premissa menor).<sup>25</sup> Fácil é perceber que o método clássico positivista se pauta nesta concepção de racionalidade subsuntiva, onde o intérprete - partindo do caso geral (a norma *in abstracto*) - busca verificar se será possível subsumir o caso particular a resolver, daí a necessidade de aplicação silogística do tipo premissa maior-premissa menor.

Diferentemente das regras jurídicas, cujo texto já contém a hipótese de incidência e a consequência jurídica, os princípios com conteúdo normativo aberto não se prestam ao dogma da subsunção e da aplicação silogística da lei. É por isso que a dogmática positivista não considera os princípios como normas jurídicas, mas, sim, meros indicadores morais, mandados destinados aos legisladores e, portanto,

---

<sup>25</sup> Ana Paula de Barcellos mostra que: “O raciocínio subsuntivo aplicado ao direito pode ser descrito simplificadaamente nos seguintes termos: em primeiro lugar, identifica-se uma premissa maior, composta por um enunciado normativo ou por um conjunto deles. A premissa maior incide sobre uma premissa menor (o conjunto de fatos relevantes na hipótese), e desse encontro entre as premissas maior e menor produz-se uma consequência: a aplicação de uma norma específica ao caso, extraída ou construída a partir da premissa maior”. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30.

fora do universo de norma jurídica (o direito segue sua trilha positivista de sistema fechado de regras jurídicas).

Neste contexto, torna-se patente a cosmovisão limitada do positivismo jurídico que desconsidera – por completo – a força normativa dos princípios, verdadeiros mísseis normativo-axiológicos que reaproximam o direito da ética. Ora o positivismo só reconhece o paradigma exegético focado na subsunção e no silogismo, o que evidentemente afasta qualquer perspectiva de aplicação de normas principiológicas abertas de baixa densidade normativa e nesse sentido impróprias para a aplicação subsuntivo-silogística.

Em outros termos, o positivismo jurídico tem a seguinte imagem dos princípios jurídicos: diferentemente das regras (normas com alta densidade normativa), cuja literalidade já projeta de per se a aplicação silogística do tipo premissa maior-premissa menor, os princípios jurídicos são comandos normativos dependentes de intervenção legislativa superveniente, logo incapazes de gerar direito subjetivo de *per se*.

Eis aqui fotografada sob todos os ângulos a incapacidade de se concretizar o direito à saúde com base no raciocínio positivista, vale dizer a partir da concepção dedutiva que aplica o direito mediante subsunção silogística, uma vez que o artigo 196 da Constituição é uma norma principiológica e não regracional, logo, na visão limitada do positivismo jurídico incapaz de gerar de direito subjetivo sem a atuação do órgão legiferante.

Não se refuta aqui que os princípios constitucionais, em especial o art. 196 da Constituição da República de 1988, sejam considerados normas de caráter programático, no entanto, a jurisprudência consolidada do STF já reconheceu que:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no agravo de instrumento 550.530 Paraná**. Agravante: Autarquia Municipal de Saúde – MAS. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2305897>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

Não resta, portanto, nenhuma dúvida de que as normas constitucionais, e dentre eles o direito à saúde, vêm ganhando cada vez mais eficácia social ou efetividade. Com efeito, muito embora não se prestem à aplicação subsuntivo-silogística (premissa maior: texto da norma; premissa menor: fatos do caso concreto), os princípios jurídicos, aplicados mediante uma ponderação de valores, podem, sim, gerar direitos subjetivos para o cidadão comum. Ou seja, consolida-se a inteligência de que as pretensões axiológicas do direito conseguem realizar-se efetivamente mediante a força normativa que se imprime aos princípios jurídicos.

Nesse diapasão, resta indubitável a fragilidade hermenêutica da concepção dedutiva e analítica do direito positivista na solução dos hodiernos casos de colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia. Nesse sentido, irreparável o magistério de Chäim Perelman, *verbis*:

As concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidos após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador.<sup>27</sup>

É por tudo isso que, em linhas gerais, a nova racionalidade pós-positivista rechaça a concepção dedutiva do direito focada na subsunção silogística. O direito não se limita a um sistema de axiomas irrefutáveis reguladores de toda a vida social de forma abstrata. Ao revés, entre a norma estática posta pelo legislador democrático e a norma dinâmica concebida pelo exegeta constitucional existe sempre uma conexão de valores éticos que a leitura axiomático-dedutiva não dá conta; é nesse momento que o direito precisa recorrer à dimensão ética das decisões judiciais para realizar o sentimento constitucional de justiça, aí incluída logicamente a garantia do direito humano à saúde.

Portanto, ao captar o sentido e o alcance da norma constitucional aberta, o exegeta deve realizar o valor indicado na mesma. É nesse passo que se pode afirmar que a racionalidade subsuntivo-silogística da dogmática positivista sucumbe ante a facticidade da racionalidade discursiva (dianoética) das modernas teorias da argumentação jurídica.

---

<sup>27</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998. p. 9.

Em consequência, é preciso reconhecer a salutar tendência de atribuir força normativa aos princípios focados no sentimento constitucional de justiça. Nesse sentido, a lógica da nova dogmática pós-positivista é indeclinável: afastar do discurso jurídico a concepção dedutiva e analítica do direito, que parte do caso geral para o particular. No seu lugar, a leitura indutiva que parte do caso concreto (problema a resolver) para o caso geral.

E assim é que - no plano da dogmática constitucional contemporânea - a perspectiva indutiva do direito pós-positivista lança as bases epistemológicas denegadoras da hegemonia do pensamento silogístico de racionalidade subsuntiva. O leitor deve observar, com atenção, que a leitura indutiva do direito projeta o pensamento tópico-problemático, na medida em que parte do caso particular (problema a resolver) para o caso geral (norma a aplicar). Esta temática será examinada com maiores detalhes ainda neste capítulo por ocasião do estudo do pensamento jurídico de Theodor Viehweg.

Por ora, o que se pretende destacar é a oposição do pós-positivismo à predominância cêntrica do dogma da subsunção centrada na pretensão de completude do direito, vislumbrada aqui a partir daquela imagem de um repositório de verdades apodíticas colocadas à disposição do intérprete/juiz.

Ao contrário, a leitura indutiva dá azo ao magistrado para fazer valer a dimensão retórica de sua decisão judicial, cuja força jurígena vem da argumentação feita na solução do problema e no grau de aceitabilidade pela comunidade de intérpretes da Constituição.

Este último ponto (legitimidade democrática da decisão judicial como função do grau de aceitabilidade da comunidade aberta de intérpretes da Constituição) é central na dogmática pós-positivista, responsável pela efetividade ou eficácia social das normas principiológicas, lado a lado, com as normas regracionais. Como já visto alhures, a norma-decisão tem sua legitimidade reforçada na exata medida que realizar o sentimento constitucional de justiça e a proteção dos hipossuficientes.

Ou seja, dentro de uma sociedade pluralista, eivada de valores em conflito aparente, o trabalho de interpretação da Constituição não é feito apenas pela Corte Suprema do País, mas, também, por todos os cidadãos. Isto significa dizer que o juiz precisa auscultar os princípios de justiça impregnados no seio da sociedade, auditório universal e fonte de legitimidade de sua norma-decisão. De tudo se vê, por conseguinte, que o direito - na qualidade de regente da vida social - não pode ficar

alheio ao movimento pós-positivista e ao seu novo paradigma de racionalidade ético-discursiva associado ao campo normativo de demarcação dos princípios constitucionais em tensão.

Eis aqui o núcleo dogmático da abordagem indutiva do direito: o juiz/intérprete, partindo dos elementos fáticos do caso concreto (fatos portadores de juridicidade ligados ao problema constitucional a resolver), deve identificar os princípios constitucionais em colisão para em seguida fazer a ponderação de valores com o fito de declarar o direito vencedor para o caso decidendo, que não tem absolutamente nenhum caráter de validade, isto é, de retirada do mundo jurídico do direito afastado.

Nesse sentido, o exegeta constitucional não fica atrelado à racionalidade literal do texto da norma legislada, mas, sim, à racionalidade retórico-argumentativa usada como base de justificação da demarcação do campo de incidência dos princípios em estado de confrontação e que resultará na fixação de sua norma-decisão.

Com a devida atenção, o leitor deve compreender que - na era do pós-positivismo jurídico - a normatividade do direito não se associa tão somente ao conteúdo da norma *in abstracto*, mas, também, ao controle intersubjetivo da sociedade aberta, vale dizer do grau de aceitabilidade da decisão judicial pela *consciência epistemológica* da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>28</sup>

Isto significa dizer que a teoria da constituição aberta é um dos pilares de sustentabilidade da dogmática pós-positivista. Nesse diapasão, pode-se dizer que não há interpretação constitucional certa ou errada em caráter absoluto, ao contrário, o resultado do processo de ponderação depende da persuasão racional da comunidade a que se destina a norma-decisão.

É o modelo hermenêutico da intersubjetividade que, em face da estrutura aberta e flexível dos princípios, desafia o juiz hodierno, cujo trabalho de interpretação vai muito além da mera revelação do sentido prévio da norma posta pelo Estado-legislador, uma vez que necessita solucionar o problema constitucional, cotejando o peso específico das normas constitucionais em estado de confrontação naquele determinado caso decidendo. Ou seja, a tensão constitucional

---

<sup>28</sup> GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 113.

principiológica deve ser dirimida levando em consideração o controle intersubjetivo do auditório universal, vale explicitar, da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Portanto, o pós-positivismo jurídico veio mudar o quadro constitucional liberal-absenteísta, traçando caminhos próprios na direção do sentimento constitucional de justiça e afastando, por conseguinte, a aplicação dedutivo-mecânica da lei, desvinculada de outros fluxos epistemológicos, notadamente da filosofia e da moral.

É interessante observar neste particular que o Estado Democrático Social de Direito, em oposição ao quadro constitucional liberal, representa, assim, a vontade constitucional de realização da justiça social, alcançada a partir de ponderações de valor feitas em cada caso concreto (ponderações *ad hoc*), nas quais o Estado-juiz ganha maior flexibilidade hermenêutica na escolha da norma aplicável, com o escopo de promover o reencontro entre o direito e a ética, porém sem descambar para o mero decisionismo judicial.

Nesse sentido, existem hoje muitas fórmulas hermenêuticas avançadas (mínimo existencial, núcleo essencial, máxima efetividade etc.) dotadas de alto grau de cientificidade, que podem orientar a teoria da decisão judicial no seu afã de eleger o princípio constitucional vencedor para cada situação particular, ou, então, fazer a harmonização dos direitos em colisão.

Sob esse prisma, outra questão relevante a destacar diz com a ideia-força de que a perspectiva indutiva - que parte dos problemas a resolver (abordagens ponderativas *ad hoc*) - se contrapõe ao direito autopoietico, que por sua vez se caracteriza pelo pensamento sistêmico fechado de autorreferência e autossuficiência. Cientificamente falando, é preciso compreender que a reconstrução pós-positivista é a antítese dessa visão autopoietica do direito.

O direito autopoietico imprime ao pensamento jurídico a possibilidade de *autorreferência sistêmica* dentro de uma concepção procedimentalista, como se o direito pudesse ser autônomo em relação à sociedade e a outros fluxos epistemológicos, *e.g.*, a política, a economia, a sociologia, a filosofia, etc. No entanto, como já amplamente debatido antes, a ciência jurídica deve admitir todas as fontes que possam moldar ou afetar a lei, aí incluídos, *inter alia*, os problemas políticos, econômicos, sociais, culturais, religiosos e geopolíticos. Não há falar, portanto, em fechamento do sistema.

Destarte, sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann,<sup>29</sup> os sistemas sociais são concebidos com base nos *princípios da noética*, vale dizer, parte da lógica que estuda as leis fundamentais do pensamento, conhecidas como os quatro princípios: identidade, contradição, terceiro excluído e razão suficiente.

É bem de ver, por conseguinte, que a noética se estrutura a partir de uma lógica de “ordem no sistema”, que não se harmoniza com as colisões de princípios e valores, igualmente válidos e em vigor dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Ora o pós-positivismo se desenvolve exatamente neste espectro normativo complexo, onde florescem conflitos de normas de mesma hierarquia, o que evidentemente requer um tipo de pensamento jurídico mais avançado com base nos paradigmas de racionalidade discursiva (dianoética).<sup>30</sup>

Com rigor, o que se quer aqui reafirmar é a essência da dogmática pós-positivista, qual seja a concepção de um paradigma exegético do tipo axiológico-indutivo-tópico-problemático, que é o único que se adapta ao constitucionalismo da pós-modernidade, na medida em que se afasta da visão autopoietica de Luhmann, para se aproximar da abordagem indutiva aberta de racionalidade dianoética,<sup>31</sup> verdadeiramente retórico-argumentativa que viabiliza o jogo concertado de princípios jurídicos, instrumento nuclear da garantia de plena efetividade ou eficácia social das normas constitucionais principiológicas, notadamente do direito à saúde.

O raciocínio aqui não é simples: de um lado, há que se reconhecer que o direito a saúde é garantido mediante a implementação de políticas públicas feitas pelo legislador democrático, que, no entanto, na maioria das vezes, não cumpre seu papel constitucional, obrigando a atuação positiva de juízes e tribunais na garantia de sua efetividade. Por outro lado, há que se reconhecer, também, que somente o

---

<sup>29</sup> DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004. p. 123-166.

<sup>30</sup> GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007a. p. 118-119.

<sup>31</sup> Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto destacam que “No mundo francófono, as investigações de Chaïm Perelman salientaram a importância crucial da argumentação na autocompreensão hodierna do direito, erguendo inúmeras objeções ao positivismo jurídico. Essas críticas situam-se na ancoragem filosófica dessa perspectiva – herdeira do racionalismo moderno e sofisticada pelo empirismo-lógico do círculo de Viena – quanto nas questões metodológicas, concernentes à racionalidade das decisões jurídicas, não acolhendo as premissas kelsenianas como definitivas, especialmente quando essas negligenciam o papel crucial desempenhado pelos princípios gerais de direito na economia geral de funcionamento dos sistemas jurídicos ocidentais após a Segunda Grande Guerra. MAIA, Antonio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 168, 2012.



paradigma exegético do tipo axiológico-indutivo-tópico-problemático tem latitude científica para respaldar a criação jurisprudencial do direito sem que ocorra vilipêndio da separação de poderes.

Portanto, o que importa aqui destacar mais uma vez é o surgimento dos paradigmas legitimadores - de racionalidade discursiva - das decisões judiciais concebidas a partir da sua dimensão retórico-argumentativa feita em bases científicas. Ou seja, a normatividade do direito, hoje, deve ser mediada desde os pressupostos éticos, morais e fáticos, que incorporam a razão discursiva na reflexão dos fenômenos jurídicos.

Em suma, de tudo se vê que a *racionalidade dianoética* (discursiva) é a base da perspectiva indutiva aberta, que parte do problema a resolver e, não, do texto da norma posta pelo legislador democrático. É a *racionalidade discursiva* e não a *racionalidade linguístico-subsuntivo-silogística* que vai nutrir a ponderação de valores contrapostos na determinação do peso relativo dos princípios constitucionais em colisão.

É por tudo isso que se pode afirmar que a leitura indutiva deu novo impulso à teoria da correção normativa do direito, uma vez que viabilizou a técnica de ponderação de valores feita no caso decidendo. Destarte, passa-se do caminho dedutivo para o indutivo, abrindo-se espaço para uma interpretação mais aberta a valores e ideais de justiça, na medida em que o Estado-juiz ganha maior liberdade para garantir a efetividade da Constituição.

À evidencia, pode-se afirmar que os métodos positivista e pós-positivista diferenciam-se principalmente pela natureza de sua racionalidade jurídica, isto é, o paradigma exegético positivista é *dedutivo*: usa-se a aplicação mecânica da lei mediante o dogma da subsunção silogística. Já o paradigma exegético pós-positivista é *indutivo*: não havendo possibilidade de aplicação subsuntivo-silogística, o juiz/intérprete deve identificar a colisão de princípios constitucionais em cada caso concreto, para encontrar e fixar o direito vencedor, que é o mais próximo do sentimento constitucional de justiça.

De fato, resta indubitável o câmbio hermenêutico do movimento pós-positivista que se afasta dos paradigmas de racionalidade literal da norma posta, para se aproximar dos paradigmas de racionalidade discursiva. Antes, a epistemologia cartesiana, a concepção tecno-formal do direito, o juiz técnico boca da lei. Agora, a epistemologia da linguagem, a concepção pós-positivista, o juiz

axiológico. Outrora, a aplicação mecânica da lei; hoje, a aplicação axiológica da lei garantidora da dignidade da pessoa humana.

Assim, neste ponto de nossa análise já se pode afirmar – com certa tranquilidade epistemológica - que a dogmática pós-positivista é edificada na leitura indutiva do direito, que tem o condão de esgrimir, com vantagens, o maior desafio do direito hodierno, qual seja a antinomia - ainda que aparente - de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Com efeito, a solução jurídica desse desafio perpassa necessariamente pela aplicação de fórmulas pós-positivistas, cujo método se pauta em critérios aferíveis de modo objetivo, afastando, por via de consequência, a dogmática pós-positivista do mero decisionismo judicial, este, sim, totalmente desprovido de cientificidade.

Nessa ordem de ideias supõe-se que a decisão judicial não virá de atos volitivos desvinculados da ciência jurídica, isto é, a aplicação indutiva não legitima a discricionariedade de juízes e tribunais na elaboração de suas respectivas normas-decisão. Ao contrário, a leitura indutiva do direito tem papel hermenêutico essencial, configurando-se como elemento exegético superador do dogma da subsunção silogística, sem entretanto autorizar o mero decisionismo judicial.

É nesta trilha que Lenio Streck assevera que o dogma da subsunção servia de controle da lei por parte do legislador soberano no Estado Liberal burguês, deixando-se para juízes e tribunais o mero papel de guardião da norma posta. Vale, pois, reproduzir suas palavras:

É preciso compreender que a subsunção - espaço para a erupção da discricionariedade no momento decisório - não esgota, por impossibilidade filosófico-paradigmática, a aplicação de um texto jurídico. Se quisermos, de fato, ingressar na viragem linguístico-ontológica, antes é preciso termos claro que a subsunção era apenas o modo de a 'vontade geral' (legislativo soberano no modelo formal-burguês) controlar a aplicação da lei. Nada mais do que isso. O que deve ser dito é que subsunção é sinônimo de 'juiz boca-da-lei' e que a discricionariedade é o modo que o próprio sistema encontrou para 'preencher' as 'insuficiências ôntico-semânticas' que a subsunção não poderia dar conta. Ora, o que causa espanto - no contexto de tudo que foi dito neste item – é que, ultrapassada a discricionariedade legislativa pelo advento ruptural do constitucionalismo analítico-compromissório (e quiçá, dirigente), ainda se continue a falar em subsunção.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 474.

Assim, é essencial observar que a concepção dedutiva do positivismo jurídico - calcada na racionalidade subsuntivo-silogística - não dá conta dos problemas constitucionais contemporâneos, daí a relevância dogmática da concepção indutiva, que, a um só tempo, transpõe o trinômio subsunção-"juiz boca-da-lei"-discricionariedade, sem, entretanto, penetrar no perigoso terreno movediço da discricionariedade judicial.

O fenômeno jurídico contemporâneo não se coaduna com o mero decisionismo judicial desprovido de base epistemológica. Exatamente por esta razão, a leitura axiológico-indutiva do direito ganha ares de imprescindibilidade no âmbito da nova interpretação constitucional.

Em sentido metafórico, é certo afirmar que a leitura axiológico-indutiva do direito é o espectro sobre o qual transitarão os mísseis hermenêuticos (princípios constitucionais), advindos do terreno da facticidade em direção ao terreno da ética e sobrevoando, sem nenhum contato, o terreno movediço da discricionariedade judicial.

A leitura axiológico-indutiva do direito torna-se ainda mais relevante no quadro constitucional da pós-modernidade dominado pelo pluralismo das sociedades democráticas. Como visto antes, a moderna teoria constitucional já incorporou a ruptura pós-positivista, na qual a Constituição é percebida como um sistema aberto, dotado de elasticidade material capaz de harmonizar diferentes ideologias sem desprezo de nenhuma delas.

Assim, sob o mesmo manto constitucional, coexistirão diversas cosmovisões conflitantes, como por exemplo, o entrelaçamento entre liberalismo e *welfarismo*, direitos individuais negativos e direitos sociais positivos e muitos outros. O próprio catálogo de direitos fundamentais não encontra consenso no âmbito da sociedade aberta, ou seja, os direitos sociais de segunda dimensão são ou não direitos fundamentais? (esse tema será estudado com detalhes no capítulo 2 que trata da jusfundamentalidade material dos direitos sociais),

O fato é que, num verdadeiro Estado Democrático Social de Direito, a efetividade dos direitos fundamentais sociais, além de ocupar o epicentro da Constituição, é o grande desafio dos operadores do direito e é fruto de um discurso racional que envolve a discussão democrática de temas e teses jurídicas contraditórias. Nesse sentido, precisa a lição de Jürgen Habermas:

Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundados discursivamente.<sup>33</sup>

Sob este prisma, o direito não pode ser resumido ao enunciado normativo posto pelo legislador democrático. Embora se reconheça que o legislador goze de certa margem de discricionariedade em termos de decisão política fundamental do Estado, discricionariedade esta haurida do voto popular democrático, o fato é que a ideia-força de abertura constitucional projeta a imagem de um direito superador da norma legislada, controlado pelo círculo de intérpretes da Constituição, que envolve não apenas a comunidade jurídico-científica, os operadores do direito em geral, mas, também, o cidadão comum.

Lenio Streck fotografa com precisão tal tipo de inteligência quando demonstra que o direito é, a um só tempo, tudo aquilo que:

a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam e os doutrinadores criticam. É, enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras.<sup>34</sup>

Em suma, com Karl Larenz,<sup>35</sup> encerra-se esta segmentação temática, destacando-se a relevância dogmática do direito superador da lei, que, em sua essencialidade, consegue ser, a um só tempo, um “direito *extra legem*”, vale dizer um direito que supera a letra da norma posta, mas, também, “um direito *intra jus*”, isto é, um direito que se mantém subordinado ao teto hermenêutico fixado pelos princípios jurídicos da ordem normativa como um todo.

---

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 142.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 248.

<sup>35</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968. p. 502.

Enfim, é bom que se diga que tal perspectiva dogmática só será factível com o emprego da leitura axiológico-indutiva do direito.

Esta é a razão pela qual vamos em seguida investigar as limitações hermenêuticas do paradigma exegético positivista e da concepção tecno-formal do direito, com o intuito de demonstrar sua incompatibilidade com os novos requisitos do constitucionalismo pós-moderno, tão bem esgrimido pela escola pós-positivista do direito.

### **2.3 A Insuficiência da Concepção Tecno-Formal do Direito**

O objetivo deste segmento temático é examinar as razões que levaram a concepção tecno-formal do direito ao declínio no âmbito da nova interpretação constitucional.

No entanto, impende desde logo fazer uma ressalva muito importante: a hermenêutica clássica permanece válida ainda nos dias de hoje, cabendo ao exegeta constitucional identificar as hipóteses de sua aplicação. Com efeito, em determinadas situações, a solução jurídica adequada será a aplicação de uma operação exegética simples de subsunção de determinado fato à norma.

Assim, por exemplo, se uma determinada Constituição tiver muitas regras jurídicas, a hermenêutica clássica poderá ser aplicada de forma prioritária. Outrossim, em alguns casos específicos, será necessário subsumir antes de ponderar ou então será preciso aplicar a regra mediante subsunção antes de aferir peso relativo mediante ponderação de valores no caso concreto. Em consequência, é certo afirmar que o surgimento da teoria neoconstitucional não implica desprezo total da metódica clássica de Savigny.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso mostra que: “Muitas situações ainda subsistem em relação às quais a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma. Tal constatação é especialmente verdadeira em relação à Constituição brasileira, povoada de regras de baixo teor valorativo, que cuidam do varejo da vida. [...] Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. [...] A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente. Cf. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. BARROSO, Luís Roberto. O

De outra banda, há que se reconhecer que, no âmbito do neoconstitucionalismo principialista, o método clássico positivista nem sempre será suficiente para a solução dos problemas hodiernos, especialmente em relação à Constituição brasileira, um modelo compromissório que busca harmonizar os direitos sociais de segunda dimensão (*Welfare State*) com os direitos civis e políticos de primeira dimensão (Estado liberal). Essa temática será retomada por ocasião da discussão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde, objeto central desta pesquisa.

Feita essa importante ressalva, pode-se prosseguir com a investigação acerca da insuficiência da concepção tecno-formal do direito e do método clássico de Savigny na solução dos problemas jurídicos contemporâneos e, em especial, dos casos difíceis.

A nova interpretação constitucional parte da intelecção de que o texto da norma é uma *trilha*, mas, nunca, um *trilho* hermenêutico, no qual o exegeta fique preso à literalidade das normas constitucionais. Afasta-se aqui, pois, o mito da inquebrantabilidade do sentido único do enunciado normativo, válido para toda e qualquer situação jurídica.

Isso significa dizer que o *texto da norma* não se confunde com a *norma propriamente dita*, isto é, o primeiro (texto da norma) fixa os limites de uma moldura hermenêutica dentro da qual se encontram diferentes perspectivas exegéticas que resultarão na escolha da norma-decisão, vale dizer da norma propriamente dita. Nesse sentido, Lenio Streck mostra que:

Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o *texto não subsiste separadamente da norma*, d' onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária diferença (que é ontológica) entre ambos. Vigência e validade, texto e norma não podem ser entendidos como se fossem duais (no sentido metafísico).<sup>37</sup>

Eis aqui um dos pontos nodais do paradigma exurgente, qual seja a desmistificação da visão positivista que faz coincidir os conceitos de *texto* e *norma*.

---

começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. p.7-8.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 225.

Ao revés, há uma diferença entre o texto jurídico e a norma extraída desse texto, o que evidentemente mostra que não há uma correspondência biunívoca entre a norma e seu texto, mas, também, não há uma total cisão entre eles.

No positivismo jurídico, tal cisão é a válvula de escape para a total discricionariedade do ato interpretativo. Nesse sentido, a fraqueza da teoria pura kelseniana da interpretação seria causada pela identificação plena entre “norma” e “texto da norma”. No dizer de David Diniz Dantas:

haveria desconexão entre a realidade e a norma a aplicar. Esse isolamento – fruto da severa separação entre Sein e Sollen – levaria à indeterminação do significado do texto, uma vez que este restaria isolado dos elementos da realidade que lhe poderiam conferir sentido. Assim para Muller, a teoria pura do Direito resulta em uma teoria vazia de interpretação.<sup>38</sup>

É por isso que a metódica normativo-estruturante de Müller propõe uma abordagem diferente daquela feita por Kelsen, pois parte de uma teoria calcada na relação “norma-realidade” e assentada na concretização da norma numa decisão prática. *Ser e dever ser* são considerados como faces de uma mesma moeda. Em consequência, para a teoria da norma jurídica de Friedrich Müller, o texto de um preceito jurídico positivo corresponde a um pedaço da realidade social. Nesse sentido, precisa a visão de Gomes Canotilho:

elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; [...] o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); [...] mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um 'domínio normativo', isto é, um 'pedaço de realidade social' que o programa normativo só parcialmente contempla; [...] conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).<sup>39</sup>

<sup>38</sup> DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004. p. 253.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 1087.

Destarte, é bem de se ver que a teoria hermenêutica da norma jurídica contemporânea parte da não identidade entre norma e texto normativo, reforçando ainda mais a tese da concepção indutiva do direito, na qual o intérprete parte do problema a resolver e não da teoria para em seguida deduzir as consequências jurídicas práticas.

No campo da atual interpretação constitucional, o desvelamento do sentido de uma norma não é obtido por meio dos métodos clássicos de interpretação, mas, sobretudo pela incidência dos elementos fáticos do caso concreto sobre a ordem jurídica posta. Aqui, portanto, ganha relevo a compreensão da relação norma-realidade social, vale dizer, é a assimilação da norma à sua configuração linguística que leva o intérprete a considerar os elementos externos aos textos da norma.

Ademais, o momento culminante da concretização traduz-se na individualização dessa norma jurídica em uma “norma-decisão” (dispositivo da sentença), em contraposição ao procedimento lógico formal, no qual o exegeta já possui previamente conteúdo da norma. Assim, sob a égide da dogmática jurídica pós-positivista, o operador do direito parte das circunstâncias fáticas do caso concreto (fatos que portam juridicidade) incidentes sobre o texto da norma para em seguida elaborar a norma jurídica final, que será a sua norma-resultado ou norma-decisão.

Portanto, é preciso distinguir o plano abstrato de significação (plano preliminar de análise do texto da norma), do plano concreto de significação (plano da norma propriamente dita, denominado plano *all things considered* por Aleksander Peczenik).<sup>40</sup> Essa distinção é relevante porque evidencia a insuficiência da concepção tecno-formal do direito que se ocupa apenas do plano *prima facie* de análise abstrata do texto da norma (plano preliminar de significação), uma vez que não reconhece a distinção entre texto e norma.

De fato, sob o prisma da concepção tecno-formal do positivismo jurídico, norma e dispositivo (enunciado normativo) se confundem no âmbito do plano preliminar de significação.

Ora, é de sabença geral que não há nenhuma correspondência biunívoca entre norma e dispositivo, até porque há norma sem dispositivo (exemplos: princípios da simetria, segurança jurídica, proporcionalidade, presunção de

---

<sup>40</sup> PECZENIK, Aleksander. **On law and reasons**. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989. p. 76.



constitucionalidade das leis, supremacia e unidade da Constituição etc.); da mesma forma que há dispositivo sem norma, como, por exemplo, o enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus.<sup>41</sup>

Assim, a teoria neoconstitucional - em oposição à concepção tecno-formal do direito - faz essa necessária distinção, destacando bem a ideia-força de que a norma-decisão representa a última fase do ciclo hermenêutico, ou seja, é a norma-resultado já interpretada levando-se em consideração a incidência de todos os elementos fáticos do caso concreto (norma propriamente dita situada no plano *all things considered* de significação), totalmente diferente da concepção formalista normativista, na qual norma e texto se confundem no plano preliminar abstrato de significação. Ou seja, o texto da norma no plano preliminar de significação é o objeto da interpretação constitucional, enquanto a norma propriamente dita, no plano concreto de significação, é o resultado da interpretação, como já prelecionava Riccardo Guastini.<sup>42</sup>

Com isso, fácil é perceber a insuficiência da compreensão formalista do positivismo jurídico, cujo postulado essencial não consegue se desvencilhar do estigma de discricionariedade judicial na elaboração da norma-decisão, uma vez que o juiz atua como se fosse “dono dos sentidos” do enunciado normativo.

Nesse diapasão, pretende-se defender, com Lenio Streck<sup>43</sup>, que o texto não “carrega”, de forma retificada, o seu sentido (a sua norma). Trata-se de entender que entre texto e norma não há uma equivalência e, tampouco, uma total autonomização (cisão). Mais adiante arremata o autor:

Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica, isto porque – e aqui a importância dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica jurídica de cariz filosófico – o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. O ser existe para dar sentido aos entes. Por isso há uma diferença ontológica (não ontológico-essencialista) entre ser e ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo.

---

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004. p. 22-23.

<sup>42</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmática delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998. p. 16.

<sup>43</sup> STRECK, Lenio. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 54, p. 32-33, jul. 2007.

É evidente que a crítica feita à total discricionariedade do ato interpretativo do decisor judicial no âmbito do positivismo jurídico é procedente. Com efeito, reconhecer o caráter meramente volitivo das decisões judiciais não se coaduna com a leitura axiológico-indutiva do direito, cujos postulados essenciais são a reaproximação com a ética (leitura axiológica do direito) e a solução dos problemas constitucionais a partir dos fatos portadores de juridicidade de cada caso concreto específico (leitura indutiva do direito).

É por isso que Friedrich Müller destaca que a interpretação positivista é operação volitiva, em que o aplicador é o “senhor” tanto do texto da regra a aplicar (premissa maior do silogismo) quanto da qualificação dos fatos (premissa menor). Assim, o “normativismo” acabaria em puro decisionismo.<sup>44</sup>

Eis aqui um dos grandes desafios da dogmática jurídica pós-positivista: superar a discricionariedade do juiz todo-poderoso do paradigma da filosofia da consciência da escola positivista do direito. Nesse sentido, Lenio Streck alerta, com precisão, que:

fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a *hermé(nêu)tica* jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta/intérprete (evidentemente, a partir de sua inserção no mundo através da intersubjetividade, isto é, ‘intérprete’, aqui, não significa solipsismo).<sup>45</sup>

Tal temática suscitou e ainda suscita candentes debates na doutrina constitucionalista, nos quais afloram questões complexas de efetividade dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde, objeto central deste trabalho acadêmico.

Com efeito, essa temática desdobra-se em diversos problemas, a saber: se os dispositivos constitucionais que asseguram o direito à saúde são normas com jusfundamentalidade material ou não; se são normas de eficácia contida, de

---

<sup>44</sup> DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004. p. 251.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 236-237.

eficácia limitada ou de eficácia plena; se a eficácia do texto constitucional relativo ao direito à saúde advirá de um trabalho de adjudicação de sentido feito pelo poder judiciário; se a legitimidade dessa atuação positiva de juízes e magistrados é função ou não do paradigma exegético da intersubjetividade da comunidade aberta de intérpretes da Constituição; se a busca de garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão tem o condão de legitimar o ativismo desproporcional calcado no solipsismo judicial etc.

Enfim, são considerações como essas que se apresentam quando em investigação a eficácia social do direito à saúde; daí a relevância da dogmática jurídica pós-positivista e todo o arcabouço hermenêutico que a circunscreve.

É por isso que, no capítulo seguinte, se enfrentará toda essa plêiade de questionamentos de modo a compreender que, em tempos difíceis de neutralização axiológica da Constituição, patrocinada pela onda neoliberal de *pax americana* (Vicente Barretto),<sup>46</sup> outro caminho não se terá senão o de trilhar a senda teórico-conceitual da dogmática jurídica pós-positivista.

Por ora é interessante observar que, além da compreensão de que texto e norma não são a mesma coisa, é importante ainda investigar outras fragilidades da concepção tecno-formal do direito positivista, como por exemplo, aquelas apontadas pelo próprio Robert Alexy. Nesse passo, o doutrinador aponta quatro relevantes motivos que enfraquecem a concepção tecno-formal do direito, a saber:

- a) a imprecisão da linguagem do direito;
- b) a possibilidade de conflitos entre as normas;
- c) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabe sob nenhuma norma válida existente, bem como;
- d) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto, mas que satisfaz a noção de justiça dele esperada.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223-224.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

Com relação ao primeiro desafio, é certo afirmar que a própria imprecisão da linguagem do direito afasta a concepção tecno-formal de matiz axiomático-dedutivo. Nesse sentido, Lenio Streck preleciona:

A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, diz ele, senão o que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; é a razão o que se atualiza comunicativamente na linguagem (R. Hönigswald): a linguagem não é um mero fato, e sim princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que *a tradição terá uma dimensão linguística*. Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. [...] O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. [...] Por isto, alerta Gadamer, *a redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que neles atuam*.<sup>48</sup>

E, logo em seguida, arremata o doutrinador pátrio, *in verbis*:

O filósofo produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a autocompreensão do intérprete que como tal autocompreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro linguístico.<sup>49</sup>

De tudo se vê, por conseguinte, que o giro ontológico de matriz heideggeriano-gadameriana traz no seu âmago uma mudança de paradigma que se afasta do fechamento autopoiético do direito e, na sua esteira, da concepção tecno-formal, calcada no esquema sujeito-objeto. E assim é que fica cada vez mais evidente a relevância da dogmática jurídica pós-positivista e suas fórmulas teóricas avançadas de ponderação de valores.

É neste contexto que surge o segundo grande desafio apontado por Robert Alexy<sup>50</sup>, qual seja: a possibilidade de conflito aparente de normas de mesma hierarquia e sob os influxos do princípio da unidade constitucional.

---

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.p. 212-213.

<sup>49</sup> Ibid., p. 217.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

De feito, o constitucionalismo da pós-modernidade incide sobre a realidade de indivíduos diferentes, porém iguais em dignidade humana. Isso gera, indubitavelmente, grande possibilidade de conflitos entre normas constitucionais, como por exemplo: a) a propriedade e sua função social; b) a igualdade formal e a igualdade material; c) a liberdade de expressão e de imprensa e o direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada etc.

Destarte, a ideia de leitura axiológico-indutiva trazida pela escola pós-positivista do direito revela muito bem esta aspiração de tentar resolver problemas jurídicos que envolvem a colisão aparente de normas constitucionais, da qual o trinômio “hierarquia-cronologia-especificidade” da metodologia tradicional já não dá mais conta de resolver.

Além disso, há se reconhecer que existe sim um sentimento constitucional de justiça que se perfaz a partir do entendimento de que toda e qualquer norma constitucional tem dupla perspectiva, a saber: comando imperativo capaz de gerar direitos subjetivos de per si e valor axiológico fundante da ordem jurídica do Estado. Trazem em si, portanto, além do valor constitucionalmente reconhecido pela ordem jurídica (anverso), a obrigatoriedade de sua execução (verso), gestando, pois, um todo de sentido que se materializa no sentimento constitucional de justiça.

Ora, o leitor haverá de concordar que desde esta perspectiva de sentimento constitucional de justiça que se projeta sobre a ordem jurídica como um todo, sob a forma do princípio da dignidade da pessoa humana, não haverá mais espaço para a concepção tecno-formal do Direito.

Num universo jurídico cada vez mais interessado na proteção dos direitos humanos, o paradigma exegético “axiomático-dedutivo-silogístico-subsuntivo-positivista-formalista-regracional-apodítico-fechado-autopoiético-solipsista” sucumbe diante da grande possibilidade de conflito aparente de normas de mesma dignidade constitucional.

Igualmente importante, a questão da efetividade dos direitos sociais também envolve esse tema, cuja solução será necessariamente pós-positivista e atrelada à leitura axiológico-indutiva do Direito. Com efeito, a proteção jurídica do direito à saúde também demandará a perspectiva neoconstitucional principialista, não se coadunando com a concepção tecno-formal do direito.

Assim, na trajetória que conduziu a normatividade dos princípios para a centralidade do sistema constitucional contemporâneo, a dignidade da pessoa

humana foi e continuará sendo o valor fundante da plena efetividade dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde. É certo afirmar que a revalorização do princípio da dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo é o novo eixo hermenêutico que movimentará o Estado Democrático de Direito. O próprio ativismo judicial vai buscar sua legitimação democrática a partir da garantia do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a ideia de incompletude do direito – o terceiro grande desafio apontado por Alexy – também não se harmoniza com a concepção tecno-formal do positivismo jurídico. Com efeito, a evolução social e o avanço da tecnologia impedem a concretização de um sistema fechado de normas jurídicas, cuja pretensão de completude é utópica. É por isso que Alexy aponta o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabe em nenhuma norma válida existente, como um dos grandes obstáculos da concepção tecno-formal do direito.

Portanto, o terceiro grande desafio alexyniano projeta a ideia-força de retorno a uma *concepção substantiva do direito* em detrimento da concepção meramente formal do direito positivista, em que o papel do poder judiciário é ativo na proteção dos direitos fundamentais, notadamente os de segunda dimensão de caráter social (esta temática será enfrentada no capítulo 3).

Com efeito, a concepção tecno-formal, marcada pelas características negativas do Estado liberal de Direito, projeta uma imagem do “bastar-se a si próprio”, como se o direito fosse imune aos demais fluxos epistemológicos, como já amplamente visto ao longo deste trabalho.

No entanto, o fenômeno jurídico não é autorreferente e nem autossuficiente. Muito pelo contrário, necessita dialogar com outros ramos do saber, notadamente a filosofia, a política, a sociologia etc. Isso significa dizer, por outras palavras, que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no texto abstrato da norma posta pelo legislador.

Ao revés, existem muitas hipóteses em que só é possível encontrar a solução constitucionalmente adequada à luz da ponderação de valores feita dentro de um caso específico. Nessas hipóteses, o papel do juiz não será apenas o de atuar como “boca da lei”, mas, sim, um papel ativo atuando como legislador positivo na garantia dos direitos fundamentais na omissão inconstitucional. Assim, não basta o

conhecimento técnico do juiz para desvelar o alcance e o sentido já contidos no enunciado normativo.

Nos casos que não cabem, sob nenhuma norma válida existente, o juiz transforma-se em coprotagonista na feitura da norma faltante. Trata-se do fenômeno do ativismo judicial, aqui compreendido como a criação do direito pelo poder judiciário, lado a lado, com o legislador democrático.

Lenio Streck alerta, no entanto, para os perigos desse ativismo judicial.

Já como preliminar é necessário lembrar - antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico – que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é.<sup>51</sup>

Esta temática também será retomada no próximo capítulo por ocasião da análise da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, por ora o que importa é destacar bem a insuficiência da concepção tecno-formal diante do terceiro desafio apontado por Alexy. Ou seja, há casos que exigem regulamentação, que não cabem sob nenhuma norma válida existente no universo jurídico, o que evidentemente vai demandar o protagonismo judicial na criação do direito.

Por fim, o quarto desafio proposto por Alexy<sup>52</sup> refere-se à possibilidade de uma decisão que contraria textualmente um estatuto jurídico posto pelo legislador democrático ordinário.

Aqui impende salientar uma das características essenciais do pós-positivismo, a reaproximação entre a ética e o direito, que traz na sua esteira a realização do sentimento constitucional de justiça. De um lado, a incidência de fatos portadores de juridicidade sobre o discurso jurídico; de outro lado, a busca de novos elementos hermenêuticos voltados para a garantia dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de uma reconstrução pós-positivista do direito, um novo olhar sobre a realização do sentimento constitucional de justiça, despontando mais uma vez a relevância da leitura axiológico-indutiva do direito.

---

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a. p. 25.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 18.

Dentre os quatro desafios propostos por Alexy, o que mais exige da dogmática pós-positivista é o quarto, pois na medida em que há um estatuto posto, vale dizer há uma regra legislada a ser aplicada pelo intérprete.

Com efeito, o quarto desafio se associa indubitavelmente com a passagem do discurso axiomático-dedutivo para o discurso axiológico-indutivo do direito, ou seja, a legitimação da dimensão retórica das decisões judiciais a partir dos elementos fáticos (não-jurídicos) do caso concreto.

Observe, com a devida atenção, que a possibilidade de uma decisão judicial contrariar textualmente uma norma posta simboliza o apogeu da leitura axiológico-indutiva do direito e somente é possível nos paradigmas de racionalidade dianoética (racionalidade retórico-argumentativa), que imprime força jurígena ao texto constitucional. Na verdade, como visto antes, o texto constitucional é aquela pequena parte visível do imenso iceberg normativo de Friedrich Müller, cabendo ao exegeta descobrir sua parte oculta – a maior delas – mediante emprego de uma das estratégias que lhe são postas à disposição pela moderna teoria hermenêutica da norma jurídica.

De feito, impende destacar que aquele que oferece a norma-decisão (juiz ou intérprete) tem a obrigação de aferir a retitude material do texto da norma de modo a emitir a decisão justa para o caso decidendo. Para tanto, faz uso de criteriosa seleção dos fatos portadores de juridicidade que incidem sobre a ordem jurídica no plano preliminar de significação. Ou seja, o operador do direito deve ter plena consciência de que a dimensão ético-retórica de sua norma-resultado é parte integrante da normatividade do direito e por isso mesmo suscetível de controle intersubjetivo por parte de comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Com rigor, existem duas dimensões da normatividade do direito a saber: normatividade significa a propriedade dinâmica da norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada).

Destarte, é bem de se ver que, no âmbito do pós-positivismo, a normatividade do direito vem da força retórico-argumentativa dos comandos interpretados, isto é, a força da norma-decisão (força de criar o direito) varia diretamente em função do seu grau de aceitabilidade pelo círculo de intérpretes da Constituição, apto a julgar o ato decisional a partir do exame daquilo que se denomina de fatos portadores de



juridicidade, vale definir, aqueles elementos fáticos do caso concreto que são juridicamente relevantes na formulação da norma-decisão, e que, portanto, ao incidirem sobre o texto da norma em abstrato viabilizam a fixação da norma-resultado.

Sob o prisma das teorias argumentativas, a concepção tecno-formal do direito deve ser rechaçada, sendo que a elaboração da norma-decisão será feita a partir de uma moldura de decidibilidade com espeque na axiologia pós-positivista. Nesse passo, percebe-se que a decisão jurídica faz uso de elementos extrajurídicos de fundamentação, cujos vínculos eventuais com o direito positivo se dão por meio de uma *teoria da argumentação jurídica*.

Em conclusão, a concepção tecno-formal do direito apresenta muitas fragilidades hermenêuticas no que tange à resolução dos casos difíceis do tempo presente. De fato, a estrutura semântica aberta do texto normativo dos princípios constitucionais apenas entremostra ao intérprete os limites dentro dos quais poderá atuar.

É por isso que a concepção tecno-formal do direito entra em colapso, ou seja, sua tese de que os valores axiológicos ainda não positivados não têm o condão de penetrar no discurso axiomático-dedutivo do direito, sem o grave risco de quebra de cientificidade, a afasta do constitucionalismo da pós-modernidade. Fácil é perceber que concepção tecno-formal do direito não se coaduna com os problemas constitucionais da contemporaneidade.

Com a devida atenção, observe que as complexas operações exegéticas do direito constitucional atual têm racionalidade discursiva, que por sua vez neutraliza a concepção tecno-formal do direito.

Assim sendo, necessitam obrigatoriamente da abordagem axiológico-indutiva. Axiológica no sentido de compreender o direito como um sistema aberto a valores éticos e composto de regras e princípios; indutiva no sentido de partir do caso particular para o geral, valorizando a dimensão retórica das decisões judiciais em detrimento de uma aplicação silogística de racionalidade meramente linguística.

Uma vez investigada a insuficiência da concepção tecno-formal do direito, importa agora examinar as limitações dos elementos clássicos da hermenêutica de Savigny, outro grande pilar de sustentabilidade do juspositivismo jurídico.

### **3 AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO E A TEORIA SEMIOLINGUÍSTICA DE ANÁLISE DO DISCURSO**

Este capítulo tem o objetivo de desenvolver a análise das teorias do discurso e da argumentação jurídica, responsáveis, em grande medida, pelo avanço, nos últimos cinquenta anos, dos novos paradigmas de racionalidade retórico-argumentativa. No âmbito do neoconstitucionalismo irão florescer diversas teses com objetivos comuns no campo jurídico de superar o paradigma da racionalidade meramente literal do positivismo jurídico, valendo destacar o pensamento tópico-problemático de Theodor Viehweg, a teoria da argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca e a Análise Semiolinguística do Discurso de Patrick Charaudeau.

#### **3.1 O Pensamento Tópico e a Técnica do Pensamento Tópico-problemático de Interpretação da Norma Constitucional de Theodor Viehweg**

A fonte das estruturas teóricas que se encontram na base da tópica, correspondentes às obras de Aristóteles e Cícero, Viehweg cria um exame do pensamento tópico, indicando as suas referentes características e apresentando definições, relacionadas, umas e outras, com o seu desdobramento, que será demonstrado neste capítulo.

##### **3.1.1 O Pensamento Tópico**

O denominado pensamento “tópico”, método de pensamento problemático, foi retomado por Theodor Viehweg, em sua polêmica obra *TopikundJurisprudenz*, cuja primeira edição foi publicada em 1953, a qual indica técnicas que devem ser empregadas no labor interpretativo do Direito. Concebeu-se como uma espécie de resposta ao positivismo, cuja metodologia, conforme seus críticos, não haveria de receber crédito em consequência da impossibilidade de atingir toda a realidade do Direito. Mostrou-se como a maneira segundo a qual deveria ser refletida a

concretude jurídica, a ser utilizada no lugar do modo lógico-dedutivo, em repercussão no século XIX, sendo a Jurisprudência, nesse lapso, "mistificatória"<sup>53</sup>.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A velha polêmica sobre a cientificidade da ciência jurídica, que remonta ao início do século XIX, se esterilizara na controvérsia em torno da metodologia das ciências humanas ou do espírito, em oposição às exatas e naturais. Viehweg retomou o tema à luz da experiência grega e romana, iluminando-a com as descobertas de Vico e atualizando-a com os instrumentos contemporâneos da lógica, da teoria da comunicação, da linguística etc.<sup>54</sup>

Theodor Viehweg começa a sua análise frisando a existência de uma diferença na edificação entre os métodos de pensar "antigo" e o assim denominado "novo", destacada por Gian Battista Vico, em sua obra *De nostritemporisstudiorum ratione*, em 1708<sup>55</sup>.

Gian Battista Vico, com a finalidade de conciliar as maneiras antiga e moderna do pensar, propôs o conhecimento de suas distinções. Tocando a Física, a Análise ou Aritmética, a Medicina, a Moral, a Poesia, a Teologia, a Prudência e a Jurisprudência, impôs alguns parâmetros com alicerce nos quais pôde desenvolver um processo inquisitivo para descobrir no que diferiam o pensar antigo e o pensar moderno. De todos os parâmetros eleitos por Vico, Theodor Viehweg<sup>56</sup> frisou o dos procedimentos ou métodos científicos de cada pensamento, sustentado no qual identificou o pensar "novo" (crítica) com o modo de pensar principalmente defendido por Descartes, e o pensar "antigo", com a retórica (tópica), representado, em especial, por Cícero.

Destaca-se, pelo dito, o "novo" modo por fixar como ponto de partida um *primum verum*, que nada pode invalidar e sobre o qual nem sequer pode haver contradições. Tal modo evolui mediante deduções em cadeia (*sorites*), conforme cânones científicos estritamente demonstráveis, mostrando como benesse à agudeza e a precisão do produto, benesse essa que, por ventura, está selecionada somente para os casos em que a premissa é, de fato, real. Os prejuízos, desse

---

<sup>53</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 171.

<sup>54</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1979. p. 1-7. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/95>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

<sup>55</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 11.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 11.

modo, seriam a perda da capacidade de analisar a celeuma em sua essência, e, de resultado, a pobreza da linguagem e a imaturidade do juízo.

Esses prejuízos, propõe o autor, acham saída no uso do modo “antigo” (*tópica*) de maneira intercalada com o modo crítico, já que só aquele possibilita o exame de um estado de coisas desde os ângulos mais diversos e, ao favorecer a formação de uma trama de pontos de vista, pode direcionar a uma saída mais efetiva para a celeuma real.

Ressaltando, assim, o valor de toda a obra de Vico, não obstante, Viehweg toma o começo de sua estruturação teórica no tema central daquele autor, isto é, retira da distinta edificação dos mencionados métodos de pensar, em especial no que diz respeito os métodos respectivos, para ascender o método antigo, o pensamento tópico (*tópica*). Então, relacionando a tópica com a Jurisprudência (Ciência do Direito), assevera a construção de uma “teoria” para essa “prática” (*tópica*), isto é, de uma narrativa científica do pensamento tópico no âmbito do Direito.

Sobre este contexto do pensamento de Viehweg, explica Tércio Sampaio Ferraz:

O tema de seu livro é a Ciência do Direito que ele, significativamente e atendendo ao uso alemão da palavra, chama de jurisprudência. Para entendermos as suas propostas e investigações é preciso colocar, inicialmente, as suas discussões em torno da concepção restritiva de ciência em oposição à noção de prudência, que ele foi buscar na antiguidade. (que, bem ou mal, domina o modo de pensar do cientista da natureza e que atua como padrão mais ou menos acatado pela concepção vulgar de ciência) costumam ver, como tarefa científica básica, a descrição do comportamento dos objetos em determinado campo objetivo, a explicação deste comportamento e a criação de possibilidades de sua previsão. Pois um sistema de enunciados que seja capaz de descrever e explicar rigorosamente este comportamento deve ser capaz de prevê-lo. As ciências constroem, assim, teorias, isto é, sistemas axiomáticos que constituem hipóteses genéricas que se confirmam pelos experimentos empíricos, podendo, então, servir de prognósticos para a ocorrência de fenômenos que obedecem às mesmas condições descritas teoricamente.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1979. p. 1-7. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/95>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

Sobre o iluminar da filosofia histórica, da escolástica germânica, Theodor Viehweg segue o caminho trilhado pela diferença entre os modos novo e antigo de pensar, passando pelos romanos e pela doutrina medieval, para identificar a presença do pensamento tópico na fundição do pensamento antigo, na origem da primeira doutrina jurídica romana, no *jus civile*, no *mos italicus* da baixa Idade Média, na doutrina civilista atual e, como ele mesmo afirma, “presumivelmente em outras sedes”.

Conceituando o pensamento tópico (*tópica*) como um método de pensamento que se orienta em direção ao problema, “método do pensamento problemático”, Viehweg investiga sua fonte em Aristóteles e Cícero.

O filósofo grego Aristóteles deu-lhe o nome *Topika*, em que, atendendo a uma reclamação de natureza filosófica, cuidou de edificar uma teoria da dialética, um dos campos em que se inseriam as discussões dos filósofos da Antiguidade. Cícero, aproximadamente trezentos anos depois da obra de Aristóteles, escreveu *Tópica*, dedicada a um jurista, C. Trebacio Testa, na qual construiu não uma teoria, porém uma espécie de guia de leitura da *Topika* aristotélica, em que destacou o aspecto prático dos produtos obtidos a partir desse método, mostrado como modo de utilização de instrumentos de prova aplicáveis a uma discussão qualquer.

Orientado por uma corrente filosófica, Aristóteles diferenciou dois campos de discussão na sede da antiga arte de disputar domínio dos retóricos e dos sofistas, o apodítico e o dialético. A atenção central enfatizada na obra desse ilustre filósofo grego limita-se à elaboração de uma teoria da dialética, por ele fixada como domínio dos retóricos e sofistas, campo do opinável, por embargo ao apodítico, domínio dos filósofos. Buscou, assim, edificar uma técnica que possibilitasse a formação de silogismos, afastando contradições, partindo de premissas configuradas como simples opiniões, por ventura, acreditadas ou verossímeis (“*endoxa*”), em relação a uma *celeuma* que se viesse a configurar. Portanto, o pensamento tópico aristotélico tem como objeto conclusões oriundas de proposições premissas, “que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, destes, também a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos a famosos”<sup>58</sup>.

Tais premissas são, então, formadas sobre pontos de vista universalmente aceitos, sempre relacionados com o problema, os *topoi*, dando ensejo à extração

---

<sup>58</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 36.

das conclusões denominadas "dialéticas". Identificando o caminho a ser percorrido na obtenção das conclusões dialéticas adequadas, assevera Aristóteles<sup>59</sup>, não somente o uso da indução e do silogismo, na qualidade de formas de fundamentação, como também a utilização de procedimentos instrumentais como:

- a) o descobrimento e a captura de premissas ou proposições iniciais;
- b) a diferenciação da plurivocidade existente nas expressões linguísticas ou distinção das diversas denominações das coisas e a diferenciação das distintas categorias;
- c) o descobrimento das diferenças de gêneros e tipos;
- e d) o descobrimento de analogias ou semelhanças nos diferentes gêneros.

Segundo Theodor Viehweg<sup>60</sup>, não obstante o rumo filosófico apontado por Aristóteles, com a sua teoria da dialética, o entendimento que prevaleceu no que diz respeito ao pensamento tópico ou à tópica foi aquela construída por Cícero.

Direcionado para o aspecto dos produtos possíveis mediante a utilização do pensamento tópico, Cícero preocupou-se, outrora, em oferecer um repertório de tópicos destinado a facilitar o seu aproveitamento prático. Não edificou uma teoria, como fizera o mestre grego Aristóteles, porém tratou de explicar a obra daquele filósofo, valorizando o uso da argumentação, esquematizando um catálogo de tópicos, com um objetivo que resulta claro em suas próprias palavras:

[...] assim como é fácil encontrar os objetos que estão escondidos quando se determina e se prova o lugar de sua situação, da mesma maneira, se queremos nos aprofundar em uma matéria qualquer, temos que conhecer seus tópicos, pois assim chama Aristóteles aos 'lugares', diria eu, de onde se extrai o material para a demonstração. (*Topica* 2, 6).<sup>61</sup>

Nesse ínterim, a saída para uma questão fática qualquer está "escondida" em "lugares" denominados "tópicos" ou *topoi*, os quais cuidou Cícero de catalogar, na medida dos então conhecidos e provados, com o fim colimado de facilitar o trajeto que vai do problema à sua solução. Daí resulta o caráter prático de sua obra.

<sup>59</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 37.

<sup>60</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 12.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 41.

### 3.1.2 Exame do Pensamento Tópico: Definição e Características

Exposta, até então, a fonte das estruturas teóricas que se encontram na base da tópica, correspondentes às obras de Aristóteles e Cícero, Viehweg cria um exame do pensamento tópico, indicando as suas referentes características e apresentando definições, relacionadas, umas e outras, com o seu desdobramento, que também vem a demonstrar.

A substância característica inicialmente enfatizada é o problema no qual reside o ponto nodal da formulação de Theodor Viehweg concernente a tópica, uma vez que a conceitua como uma técnica de pensamento orientada pelo problema ou, sinteticamente, “técnica do pensamento problemático”.

Na conceituação dessa substância ganham valoração três aspectos fundamentais: entende-se como problema toda a questão que permite mais de uma resposta, ainda que aparentemente; a sua configuração depende, de modo intrínseco, de um entendimento preliminar; e requer, não obstante as várias respostas que se apresentam, uma e única solução.

Inserir-se, assim, a característica essencial do pensamento tópico no fato de guiar-se pelo problema, constituindo-se num “jogo de suscitações”, em que, dita Theodor Viehweg, citando as palavras de Zielinski, têm-se presentes, em cada situação, os motivos que recomendam e as que desaconselham a adoção de determinada medida como escape, isto é, no qual cada passo que se pretende dar no vetor da busca de um resultado é levado a uma disputa entre os argumentos que lhe são opostos e os que lhe são benéficos.

Para fixar com exatidão a distinção do pensamento tópico, relativamente a outros métodos de pensar, Theodor Viehweg o identifica como o denominado pensamento problemático, contraposto por Nicolai Hartmann ao pensamento sistemático. O pensamento sistemático coloca em evidência o sistema, dentro do qual assevera solucionar o problema.

O pensamento problemático, ao contrário, ascende o problema e com origem nele cria uma seleção de “sistemas”, dispensando que seja demonstrada uma perfeita conciliação entre os mesmos, onde se propõe localizada à solução procurada. Insta tecer que o axioma da palavra sistema não é o mesmo para o universo compreendido em cada uma das categorias de Hartmann, pois no conteúdo do pensamento problemático recebe o conceito primoroso definido por Viehweg

como “série de deduções mais ou menos explícitas e mais ou menos extensas, através da qual se obtém uma contestação”<sup>62</sup>.

De outro ponto de vista, é um dos desenvolvimentos possíveis do problema cujo ponto inicial nele mesmo reside.

Surge, daí, a caracterização da tópica como pensamento que conta com panoramas fragmentários e que edifica, ele mesmo, a ordem no centro da qual se situa, fazendo-o por meio da já referida seleção de sistemas. É, então, a forma de pensamento na qual a solução de questões desenvolve-se não intrinsecamente num sistema pré-estabelecido, porém sim a partir dessas mesmas questões que demandam resultado, observando-se que o próprio delineamento do problema, uma vez que depende de uma compreensão preliminar, concorre na criação do conjunto de “sistemas” dos quais se extraíra a solução.

Explanando-se o método como se desenvolve a tópica, observa-se a sua segunda substância característica, consubstanciada no *topoi*.

Quando se pretende resolver um problema empregando-se a tópica ou pensamento tópico, cada passo a ser dado nessa direção se submete ao antes mencionado confronto dos argumentos que lhe são opostos com os que lhe são benéficos. A seleção mesma desses passos, por ventura, dá-se guiada pela atenção a uma série de pontos de vista, mais ou menos ocasionais, os quais direcionam a determinados resultados, que, finalmente, podem ou não elucidar a busca da solução demandada pelo problema. Esses pontos de vista, ou lugares-comuns, são os chamados *topoi* ou “tópicos”. Se a escolha desses pontos de vista se dá de maneira aleatória, arbitrariamente, chama-se o procedimento de “tópica de primeiro grau”, porém se procedida à escolha com apoio em repertórios antes preparados, os catálogos de tópicos, desenvolve-se a denominada “tópica de segundo grau”.

Vale ressaltar que, quer se cuide de tópica de primeiro ou de segundo grau, isto é, estejam ou não os “tópicos” selecionados em catálogos ou repertórios, não se pode prescindir do aspecto funcional na compreensão dos próprios. Significa dizer que há de se ter sempre presente que os “tópicos” têm um objetivo inarredável, que é o de servirem à discussão de problemas, como possibilidades de orientação, como “fios condutores do pensamento”<sup>63</sup>, na medida que de outro modo o desenvolvimento

---

<sup>62</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 50-51.

<sup>63</sup> Ibid., p. 56.



do pensamento tópico afastar-se-ia do que é a sua característica original, antes já referida, a orientação pelo problema.

Estando ou não agrupados em repertórios, os *topoi* só recebem sentido a partir do problema. Formam-se, em verdade, conhecido a seu valor sistemático imanente, “sistema”, aqui, no sentido antes apontado, valendo nos limites do pensamento problemático, desde a mesma compreensão inicial que determina a construção do problema. Ou seja, não se constituem, ainda que catalogados, em um grupo de deduções originadas do encadeamento de definições e proposições fundamentais, porque, com isso, enfatiza o autor, desfigura-se a tópica, à medida que se estabelece um desligamento no que concerne ao problema.

Dessa feita, não se cuida de que sejam os *topoi* estruturas isoladas ou meramente teóricas, nem, por outro passo, simples dados ou fenômenos. São, na verdade, axiomas de procura de soluções, destinados a guiar uma argumentação que visa a dar um fim à questão problemática, porém edificadas de acordo com as peculiaridades de cada situação real, que lhes conceituará o âmbito.

Cumprido salientar que além de importante e intimamente relacionado com o problema, e de desenvolver-se orientado pelos denominados “tópicos”, mostra o pensamento tópico a terceira substância característica, que se encontra na sua localização em um momento que antecede ao plano das relações lógicas.

Com consequência, como *arsinveniendi*, isto é, como arte de descobrir as premissas, por meio da invenção, os pontos de vista destinados a guiar a procura de soluções para questões problemáticas concretas, o pensamento tópico se caracteriza na “busca de material para pensar”<sup>64</sup>, material esse que, em período posterior, subsistirá uma atividade lógica demonstrativa. Retorna-se à criação de premissas, preferentemente à conquista de conclusões.

Essas últimas são, notoriamente, influenciadas pelo modo de eleição das primeiras, que, à proporção em que se faz sempre sob a orientação direcionada pelo problema concreto, impõe a referência típica do pensamento tópico ou problemático. Ou seja, identifica-se com uma *meditação pré-lógica* à medida que no seu conteúdo o que alcança relevo é a forma de conquista das premissas, bem como a maneira pela qual com elas se labora, porém não a simples obtenção de conclusões, mediante o desenvolvimento de operações lógicas.

---

<sup>64</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 58.

Por ventura, para não ignorar uma ideia central que se enfatiza nas criações teóricas que residem na base da tópica, especialmente, como se identifica na obra de Cícero, força é admitir que não é esse método de pensar completamente esquivo a ligações advindas por dedução, portanto, vinculações lógicas. Conforme já foi exposto, Cícero destacava o aspecto prático do pensamento tópico, propondo-o como modo de utilização dos instrumentos de prova aplicáveis em uma discussão qualquer.

Ora, se se quer tornar possível o emprego de um argumento como prova, necessário é fixar a existência de um senso comum e elaborar um ponto de convergência que seja capaz de estabelecer a relevância das premissas experimentadas no desenvolvimento da questão problemática (aporética). Esse senso comum só pode ser atingido mediante séries de deduções, que, não obstante abrigadas pela tópica, perante a necessidade de se provar as premissas, tendo como escopo o aspecto prático, apresentam, apesar de tudo, alcance restrito, fragmentário, uma vez que em nenhum momento são admitidas se desentrelaçadas do problema concreto.

### 3.1.3 O Processo de Validade das Premissas Motivado pela Concordância do Interlocutor

Às três substâncias até aqui mencionadas vale acrescentar a concordância do interlocutor, como o modo pelo qual se estabelecem as premissas. O que coloca como legítimas as premissas, isto é, o que preside a escolha dos pontos de vista que alcançam relevância e, assim, o que faz convergirem para um mesmo ponto, de senso comum, os inúmeros tópicos elencados segundo a pré-compreensão dos que as buscam, é o que vem a se configurar como a concordância do interlocutor, quarta substância característica da tópica.

Enquanto o pensamento sistemático se desenvolve tendo por alicerce um sistema já edificado, do qual se conhecem as premissas e no qual vêm estabelecidas as respectivas definições e proposições fundamentais, desenvolvendo-se, então, no plano lógico-dedutivo, o pensamento tópico, como antes se enfatizou, caracteriza-se pela procura das premissas, pela formulação dos pontos de vista que, conforme se assevera, destinam-se a guiar a discussão de problemas, funcionando como "fios condutores do pensamento".

O conteúdo ou a demonstração de uma premissa encontram-se no plano lógico, na medida em que pressupõe uma série de reduções, com a função de redirecioná-la a uma proposição que pode ser entendida como o seio de um sistema. Pressupõe, portanto, um sistema e, assim, delas não se cuida nos limites da tópica. Por ventura, é não só perfeitamente cabível, como também, a rigor, necessário tratar-se, na fundamentação do pensamento tópico, da legitimação ou da prova das premissas.

Cogitando-se que os pontos de vista invocados na discussão de um problema concreto guarda íntima relação com o mundo dos entendimentos preliminares de cada um dos que se envolvem no processo, e que esse mundo, como é claro, mostra tal sorte infinita de variáveis na mesma razão em que infinitamente distintos entre si são os seres humanos, impôs-se estabelecer um meio para a legitimação dos mencionados *topoi*.

Havendo, então, o pensamento de Aristóteles constata-se na essência do pensamento tópico a sua morada no campo da arte retórica, que eclodiu como procura de uma técnica que possibilitasse a perfeita edificação de silogismos em cuja raiz residiam premissas configuradas como simples opiniões, acreditadas ou verossímeis ("endoxa").

Assim, percebe-se por que Theodor Viehweg assevera a legitimação ou a prova das premissas por critério da "concordância do interlocutor". Isto é, não perdendo de vista os vetores delineados por Aristóteles e, pois, localizando a questão no centro da dialética, prioridade é identificar que os pontos de vista invocados na discussão de um problema concreto são sempre submetidos a uma disputa de opiniões favoráveis e contrárias, caracterizando-se como "relevantes" ou "irrelevantes", "admissíveis" ou "inadmissíveis", "aceitáveis" ou "inaceitáveis", "defensáveis" ou "indefensáveis", conforme resistam ou não a esse debate.

Ainda do outro modo e com poucas palavras: firmam-se como premissas legítimas os pontos de vista aceitos pelas partes, depois de postos em discussão. Coincide, assim, com a definição aristotélica das proposições das quais partem as conclusões objeto do pensamento tópico: "proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou os sábios e, destes, a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos"<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 59.

### 3.2 O Pensamento Tópico e a Ciência do Direito: jurisprudência

Analisadas, então, as substâncias características da tópica, torna-se óbvio o significado oferecido por Theodor Viehweg<sup>66</sup> quando sinteticamente a define como "técnica do pensamento problemático". A distinção do pensamento sistemático vincula-se ao pensamento tópico inafastável do problema, discutindo-o mediante o uso de tópicos ou pontos de vista. A seleção desses pontos de vista também é presidida pelos limites do problema, exurgindo como legítimos ou relevantes aqueles que, submetidos ao confronto, "única instância de controle", alcançam a concordância das partes envolvidas no processo de discussão.

Daí, ainda, resulta outra óbvia diferença entre os pensamentos sistemático e problemático, pois, enquanto neste último legitimam-se as premissas pelo confronto, no primeiro, isso se dá como produto de uma recondução à proposição fundante de um sistema. Ao final, resta a frisar que se situa o pensamento problemático num plano que antecede o das relações lógicas, de tal sorte que de sistema, na sua concepção usual, não há que se falar no âmbito da tópica, é esse, aliás, o ponto principal da distinção entre os pensamentos sistemático e problemático.

Percebe-se que falar em pensamento tópico implica ingressar no campo da retórica, desde as premissas que lhe conceberam até o exame oferecido por Viehweg. Por ventura, e eis aqui o ponto em que a matéria afeta o campo do jurídico, depois de debater o pensar antigo (retórica/tópica - Cícero) com o novo (matemático/crítica - Descartes), e essa dicotomia com as categorias propostas por Hartmann, o pensar aporético (problemático) e o pensar axiomático (sistemático), Viehweg acredita que a Ciência do Direito não se adequa seja ao pensar matemático seja ao pensar axiomático.

Doutrina, pois, esse autor que a Jurisprudência sempre foi uma ciência de problemas singulares, à qual se mostra por total inaplicável um método de pensar que prescindia de uma estreita consideração das questões fáticas, concretas, orientando-se, em vez disso, por meras fórmulas lógicas, no plano exclusivamente formal.

Motivado assim, retoma o antigo pensamento tópico, propondo-se converter o que se mostrava como simples afirmação retórica em um verossímil método, que,

---

<sup>66</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 61.

nas palavras de Eduardo García de Enterría<sup>67</sup>, fosse perfeitamente operante e comprometida, aplicável no âmbito da Jurisprudência (Ciência do Direito) e capaz de direcionar a soluções muito mais vantajosas.

Às referidas conclusões, acerca da Ciência Jurídica, chegou Viehweg através de um exame do *jus civile* a do *mos italicus*, correspondentes ao Direito da Idade Antiga e da Idade Média.

Salienta o autor existir uma cabal dissociação entre o espírito sistemático e o *jus civile*, propositando suas conclusões quer a partir de sua análise dos “Digestos”, de Juliano, quer a partir dos estudos de textos de Ulpiano, procedidos por Fritz Schulz. Analisa, em especial, como nos “Digestos” vinha recepcionada a questão da usucapião, identificando que o conjunto de regras então editadas apresentava um nexó não sistemático, mas genuinamente problemático. Explica que essas regras dão uma série de soluções a um complexo de problemas, indicando pontos de vista, advindos já de outros grupos de textos, isto é, pontos de vista reconhecidos e resistentes aos confrontos de casos concretos, conferindo-lhes esse reconhecimento à comprovação e a legitimação vitais.

Ou seja, enfatiza na raiz da organização dos textos jurídicos da Antiguidade não uma intenção sistemática pura, porém o produto de pontos de vista ou argumentos paulatinamente firmados, pondo em relevo o caráter casuístico e, pois, problemático, do pensamento jurídico da época.

Delibera-se que o jurista romano, em seus textos, circunscreve um problema e em torno desse problema procura reunir argumentos, pelo que se lhe põe a importância de desenvolver um método adequado. Esse método coincide com a tópica, na medida em que, também, nele se constata que são recolhidos como premissas os argumentos já provados ou reconhecidos.

Também ele se edifica por meio da *inventio*, cingindo-se sempre aos limites do problema concreto. Nele não se localizam sistematizados os pontos de vista aceitos como premissas, à medida que a sua ligação com o problema não permite o encadeamento de deduções lógicas: se se quer falar em sistema, somente se pode fazê-lo verificando-o rigorosamente com o problema. Não há sistema dado no contexto do qual deva ser ordenado o problema, cuja preeminência é a mesma causa da impossibilidade de sistematização.

---

<sup>67</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **Prologo a tópica y jurisprudencia, de T. Viehweg.** Madrid: Taurus, 1987. p. 10.

O método que vem de ser mencionado, conforme Theodor Viehweg, ao mesmo tempo em que estabelece fontes (origens) do Direito, também impede a perda de flexibilidade perante cada situação nova que se mostra, beneficiando uma interpretação mais coerente. As origens se aglutinam a partir de situações problemáticas concretas, casuisticamente, e podem, como fontes, ser experimentadas por extensão a circunstâncias outras.

Por ventura, acresce-se que essas fontes, em absoluto, não vinculam a solução de um caso concreto, pois não se organizam em sistema dado e porque é o próprio caso concreto (problema) que controla a escolha das premissas válidas ou relevantes na sua solução. Portanto, acredita-se afastar os prejuízos de uma interpretação rígida, dissociada do problema em questão, inadequada, pois, aos objetivos do Direito.

Exemplificando, constitui-se o *jus civile* basicamente como uma coleção de pontos de vista provados pela concordância de todos ou da maior parte, ou dos sábios e da maior parte ou dos mais conhecidos ou prestigiados destes, conforme a definição aristotélica de premissas. A Ciência Jurídica Romana identifica-se, assim, com a já referida “tópica de segundo grau”, consistindo em uma escolha de tópicos num repertório sem qualquer vontade axiomática, e desenvolve-se no mesmo ambiente estrutural em que está a retórica, com a qual não guarda qualquer diferença no que concerne a seus elementos principais.

Ainda, na construção do pensamento tópico em voga na Idade Média, Theodor Viehweg enfatiza a presença da tópica. Analisou a obra de representantes do denominado *mos italicus* como Accursio e, em especial, Bartolo de Sassoferrato, contanto que a ausência de sistematização do procedimento, uma das características básicas do pensamento tópico, perpassa, outrossim, a Ciência Jurídica medieval.

A utilização da tópica no *mos italicus* resulta claro pela forma como no momento se procurava solucionar os dois problemas principais oriundos da aplicação da literatura jurídica herdada dos antigos às situações fáticas contemporâneas: primeiro problema é o que se estabelecia face à contradição de textos e segundo, o de como se proceder a uma perfeita correlação de situações concretas, ou seja, ambos referentes à tarefa interpretativa. Ora, a mesma dificuldade antes já se evidenciara no *jus civile* da Antiguidade, no qual, a par da discussão dos fatos, tornou-se importante o debate do Direito, nos casos em que se

ponderava se devia prevalecer o mesmo texto ou, pois, sua dita "intenção" e nos casos de dúvidas, plurivocidade de sentidos e de lacunas nos textos jurídicos.

Assim, tanto em uma como em outras épocas, essas dificuldades resolviam-se pela tópica, na medida em que os concertos e as proposições fundamentais não estavam preliminarmente formadas, de acordo com um sistema pré-constituído, porém eram edificadas, por maneira de invenção, desenvolvidas sob a orientação do problema e guiadas pelas premissas, pontos de vista reconhecidos pela força da concordância, fixados após um longo e lento processo, porém também escolhidos como válidos para um caso concreto de acordo com os limites do próprio.

Portanto, como no *jus civile*, no *mos italicus* desenvolveu-se um modo para a aplicação da tópica. No primeiro, iniciando de uma afirmação ou negação de um caso de conflito, seguia-se pela discussão dos fatos e do Direito. No segundo, analogamente, da prévia fixação do problema, passava-se ao debate entre pontos de vista próximos e contrários à solução, tal como as esquematizações preparadas por São Tomás de Aquino e por Bartolo de Sassoferrato. Ou seja, sempre em pauta está a disputa, a discussão, o debate, como única instância do controle.

Resumindo, observa Viehweg que a Ciência do Direito na Idade Antiga e na Idade Média davam ao problema concreto uma colocação de preeminência, representando os textos normativos nada mais do que verdadeiros "catálogos" ou "repertórios" de argumentos, selecionados em razão da prioridade da autoridade de seu reconhecimento, porém reunidos sem qualquer pretensão sistemática, já que funcionalmente a trabalho de uma discussão de problemas.

### **3.3 O Pensamento Tópico e a Interpretação da Norma Jurídica**

Das já expostas ideias, pode-se alcançar uma visão geral da obra de Viehweg, permitindo um primeiro entendimento quanto às conclusões apresentadas na sua teoria, conforme a qual a tópica deve ser aplicada na resolução das questões surgidas no mundo da Ciência Jurídica, em especial no que se refere à interpretação.

Prosseguindo, então, na corrente de pensamento exposta nos seus estudos, observa-se que desde a retórica, desde as primeiras discussões de problemas concretos, foram-se fixando como válidos ou relevantes determinados argumentos, denominados pontos de vista ou premissas, ou, ainda, *topoi*. Nos sucessivos

períodos históricos, tais premissas foram compiladas em catálogos como, por exemplo, os “Digestos”, de Juliano, ou os “Comentários”, de Bartolo de Sassoferrato, constituindo-se como fontes (origens) de Direito, respectivamente, na Idade Antiga e na Idade Média. Subjacente, portanto, à construção da Ciência do Direito está a tópica.

Por outros meios, a edificação do pensamento jurídico estruturou-se segundo o pensamento tópico, pelo qual os problemas surgidos no epicentro da Ciência Jurídica (Jurisprudência) devem ser por meio da tópica resolvidos. Por essa razão, do conhecimento dos textos jurídicos e da tentativa de fazê-los aplicáveis às realidades contemporâneas resultaram problemas de interpretação, os quais, perante a inexistência de um sistema jurídico, só podem encontrar saída com auxílio do pensamento tópico, reconhecido como o ingrediente essencial, fundamental, utilizado na formulação da Ciência do Direito.

Nessa cronologia, é o próprio Theodor Viehweg<sup>68</sup> quem afirma que a Jurisprudência não pode ser convertida em uma técnica, inexistente um sistema jurídico organizado logicamente, conforme um nexu dedutivo de fundamentos, afigurando-se melhor como um “estilo, que tem, como qualquer outro estilo, muito de arbítrio amorfo e muito pouco de com probabilidade rigorosa”. Nesse ínterim, defende que não pode, outrossim, ser a Jurisprudência convertida em ciência, com o que se estaria a eliminar a construção tópica que lhe deu forma, substituindo-a pela sistematização.

Com a finalidade de provar essa afirmativa, Theodor Viehweg figura a formalização de um axioma, desdobrando-o em seus passos sucessivos, após a qual se propõe como questão, aquela de saber até que ponto se pode dizer que se obteve um completo alijamento do pensamento tópico.

Para tanto, a organização de definições e proposições jurídicas logicamente, tendo por finalidade a produção de decisões para conflitos, que sejam unívocas e obtidas pela via dedutiva, deve partir da procura das definições e proposições que devem se reconhecidos como os essenciais do sistema. Nesse conteúdo, indiscutível é a presença do pensamento tópico, uma vez que a escolha mesma dos sistemas e definições essenciais se estabelece de maneira arbitrária, não obstante a

---

<sup>68</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 105.



eleição de certas proposições e significados como fundamentais deva obedecer as regras de integridade, compatibilidade e independência.<sup>69</sup>

O sistema, assim, afirma o autor, jamais se realizou a construção de um sistema jurídico em sentido lógico, embora o próprio haver supostamente observa-se que nesse nível não se prescindiu do pensamento tópico, uma vez que as definições e proposições organizadas logicamente, inclusive as apontadas como fundamentais, foram por meio dele obtidas.

Posteriormente, representado pelas próprias deduções ou transformações lógicas que são articuladas no campo daquele sistema edificado, a presença do pensamento tópico também se faz notar, à medida em que tais deduções não são estritamente comprováveis, o que se torna transparente perante a existência de interpretações variadas e encobertas. Parecidas distinções só poderiam ser evitadas se realizada uma formalização rigorosa do sistema, inclusive com a utilização de “cálculos”, porém o produto desse processo seria um completo alheamento do sistema em relação à realidade, que, certamente, direcionaria a soluções inteiramente prejudiciais.<sup>70</sup>

Viehweg excepciona com categoria que o tecido jurídico que há não é um sistema em sentido lógico, porém uma pluralidade de axiomas, em razão do que indica quatro pontos básicos no qual é inafastável a presença do pensamento tópico: a interpretação, a aplicação, o uso da linguagem comum e a denominada interpretação do simples estado de coisas.

Considerando citada peculiaridade, de um sistema jurídico que não é verdadeiramente um sistema lógico, somente o pensamento tópico poderia proporcionar saída para todos os casos que se configurarem, mesmo que dentro de um sistema hipoteticamente perfeito. Ora, para parecido sistema, casos haveriam que não estariam abrangidos por seus parâmetros (casos residuais), oportunidade em que o pensamento tópico favorece uma interpretação adequada e uma conseqüente possibilidade de aplicação do Direito, mudando o sistema, através de técnicas como extensão, redução, comparação, síntese, etc.

E ainda: para afastar, em razoável medida, a insegurança advinda da importância de interpretar a linguagem natural em que é vertido o ordenamento, serve o pensamento tópico, orientando o rumo de uma solução apoiada em um

---

<sup>69</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 113.

<sup>70</sup> Ibid., p. 115.

ponto de concordância que seja na melhor proporção aceitável. E mesmo para possibilitar a interpretação de uma situação do ponto de vista do Direito, põe-se à veemência de que seja esse momento submetido a um prévio entendimento, que não prescinde de um também inicial conhecimento do Direito.

Ou seja, até mesmo um fato, para ser guiado aos limites de um hipotético sistema jurídico, depende de uma série de considerações preliminares cuja natureza se identifica com a tópica (o problema conforma a seleção dos pontos de vista que serão empregados como relevantes).

Prontas essas considerações, entende-se porque dita Theodor Viehweg<sup>71</sup> que “o pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica”, identificando que é pela interpretação que o pensamento tópico se insere no sistema jurídico. Explicita, pois, a precedência do pensamento tópico sobre a lógica. Enfatiza que também no período atual, em que se acredita ultrapassada a forma pré-sistêmica, utiliza-se da tópica, apesar de, talvez até de modo não consciente, por detrás de uma teoria.

Bem óbvia se toma a sua teoria quando arrola as condições fundamentais para que seja possível uma conversão do “estilo” em “método”, isto é, uma cientificação perfeita da técnica jurídica: exigir-se-iam uma rigorosa sistematização do Direito, uma também rigorosa proibição de interpretação dentro do axioma, nele infiltrados os fatos exclusivamente pelo cálculo jurídico, ao lado da admissão das chamadas decisões “*non liquet*” e da prática de um contínuo processo legislativo para possibilitar a solução de casos novos, insolúveis à luz do axioma até então existente.<sup>72</sup>

Ora, dado que essas não são as características constatadas nos ordenamentos jurídicos vigentes, considera Viehweg que não se pode falar do procedimento formalista e sistemático no âmbito da Ciência do Direito, identificando-a melhor com o pensamento tópico-problemático.

Nas considerações finais de seu trabalho doutrinário, o autor procede a uma defesa de seus pensamentos no meio da doutrina civilista, reafirmando que a jurisprudência (Ciência Jurídica) só pode alcançar, realmente, suas metas se proceder mediante a utilização do pensamento tópico.

---

<sup>71</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964. p. 118.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 122.

Então, suas definições e proposições, assim como seus princípios, só ganham delineamento e aplicabilidade a uma situação real da vida quando, além de àquela relacionadas, têm presente a questão essencial, que é a problemática, isto é, a preocupação de concretizar o ideal de justiça. Dessa maneira, o reconhecimento da natureza aporética da Ciência Jurídica determina a natureza do método que deve pela mesma ser escolhida: não é utilizável qualquer método dedutivo-sistemático, porém sim aquela descoberta com a tópica, pelo que a solução de aporias jurídicas não pode decorrer de deduções lógicas, todavia somente de uma problematização global das premissas pertinentes.

### **3.4 A Técnica do Pensamento Tópico-Problemático de Interpretação da Constituição**

Tal edificação teórica foi mira de importante interesse na doutrina jurídica, fundamentando, inclusive, uma técnica de interpretação da norma constitucional, chamada de pensamento tópico-problemático.

Conforme o sublime doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho<sup>73</sup>, a técnica do pensamento tópico-problemático tem como pontos de vista o caráter prático da interpretação constitucional, voltado à solução de problemas concretos, o caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional e o papel preponderante do problema, uma vez que a abertura das normas constitucionais torna inviável a obtenção de conclusões pela via dedutiva. Nessa seara, a interpretação pode ser direcionada a um “processo aberto de argumentação”, presentes as substâncias caracterizadoras da tópica, já mencionadas, consoante Theodor Viehweg as conceitua, principalmente o que estabelece a primazia do problema sobre a norma constitucional.

No Brasil, Paulo Bonavides enfatiza que a técnica do pensamento tópico-problemático encontra um campo ideal de aplicação no Direito Constitucional, mormente em razão de sua estrutura peculiarmente aberta e da dimensão política que abriga valores pluralistas existente na base da sua dimensão jurídica. Nessa

---

<sup>73</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 219-220.

corrente de raciocínio elaborada por Theodor Viehweg, sintetiza Paulo Bonavides<sup>74</sup> que:

[...] todos os meios interpretativos segundo a nova escola, podem ser utilizados desde que convenham ao esclarecimento e solução do problema. A abertura metodológica é completa e a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de 'compreensão prévia' (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição. Nessa compreensão prévia e nesse consenso se acham talvez as bases de estabilidade e também de legitimidade da nova metodologia que, abalando a estrutura jurídica formal, de certo modo menospreza os cânones clássicos da interpretação e dissolve o formalismo da Constituição. E o dissolve naquela camada de elementos materiais concretos, em cujo âmbito o problema é posto.

Observa-se, por ventura, que, embora o valor das formulações teóricas que vêm tratar em especial da tópica, relacionando-a com a Jurisprudência e, a partir dessa relação, propondo o seu emprego como técnica de interpretação da norma jurídica, prioridade é ter presentes algumas críticas concernentes da própria. Tais considerações serão o tema do próximo subtítulo.

### 3.5 Considerações Críticas

É importante identificar até que ponto pode ser o pensamento tópico transplantado do seu universo original, a retórica, para o âmbito da Ciência Jurídica, e, em assim se procedendo, em que medida pode erigir-se em técnica de interpretação da norma jurídica.

Iniciando pelas características do pensamento tópico, é possível observar que entre este e o Direito existem pontos de fundamental incompatibilidade, o que vem a restringir a sua influência na técnica de interpretação da norma jurídica em sentido lato, restrição essa que, especialmente, não se afigura atenuada ante as peculiaridades da norma constitucional. De fato, cuida-se que tais distinções concernem a elementos fundamentais de ambos os institutos, de *per si* suficientes para impossibilitar, em alguma forma, a aplicação do pensamento tópico no labor da hermenêutica jurídica.

---

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 9, 1983.

O demérito doutrinador alemão Claus Wilhelm Canaris, em sua obra intitulada *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, oferece uma minuciosa e perspicaz exame crítico da tópica, em relação à Ciência do Direito, na esteira de investigações no mesmo sentido já encaminhadas por Diederichsen, Kriele, Horn, Karl Larenz e Zippelius.

Do conceito de pensamento tópico implementado por Viehweg como “método do pensamento problemático” decorre a sua primeira característica elementar, que vem a ser a primazia do problema. Ora, partindo do mesmo conceito dado pelo referido autor ao “problema”, como questão que permite aparentemente mais de uma resposta, percebe-se que tal característica, se presente na tópica, dele não é apanágio exclusivo, pois todo o pensamento seja ele científico, sistemático ou aporético (Hartmann), é ainda um pensamento problemático.

Retirando-se desse primeiro esboço geral acerca do “problema”, tem-se que Theodor Viehweg tomou o seu conceito específico a partir das categorias mostradas por Hartmann, contrapostas, o pensar aporético e o pensar problemático. Apesar disso, também aqui não resulta justificada a distinção do pensamento tópico em relação aos demais, unicamente pela definição de “problema”, pois Hartmann, ao enfatizar aquela dicotomia, não nega a existência de sistema nem ao cuidar do pensamento problemático, eis que, ao criar hipóteses que não se ordenam num sistema, pressupõe a existência desse próprio sistema. Nas palavras do próprio Nicolai Hartmann, citadas por Claus W. Canaris<sup>75</sup>:

[...] o modo de pensar sistemático parte do todo. A concepção é, aqui, o primórdio e mantém-se dominante. Segundo este ponto de vista aqui não se procura; antes de mais, inclusive. E a partir dela são escolhidos os problemas. Os conteúdos problemáticos que não coincidem com o ponto de vista são eliminados. Eles surgem como questões falsamente colocadas [...] o modo do pensar aporético processa-se, em tudo, inversamente [...]. Ele não duvida de que há sistema e isso talvez seja determinante, latente no seu próprio pensamento. Por isso ele é certamente seu, mesmo quando não o saiba.

Claus W. Canaris<sup>76</sup> chega mesmo a afirmar que a “recusa de problemas não susceptíveis de ordenação no sistema deve ser considerada, em qualquer disciplina,

---

<sup>75</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 247.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 248.

corno pecado contra o espírito da Ciência”, destacando que nem por haver esses casos residuais identificar-se-ia a Física ou a Química, por exemplo, com a tópica. Considera, então, que com alicerce nessa característica já não se pode apoiar a afirmação de que o pensamento tópico se apresenta a Ciência Jurídica na medida em que nela reconhece-se a existência de casos não ordenáveis dentro do ordenamento jurídico. Esses casos, como bem verifica Canaris, existem no centro de todas as ciências e não por isso é que se há de nomeá-las aporéticas.

Entretanto, não se pode concordar sejam as soluções das questões concretas no meio jurídico entregues a uma orientação essencial pelo problema, seja no desenvolvimento, seja na seleção de pontos de vistas, desconhecendo vinculações a normas jurídicas estabelecidas. Com razão, não se retira daí nenhum critério de decisão enquadrável teórico-cientificamente, o que afeta valores fundamentais do Direito, como, ao lado do valor da justiça, os da certeza e da previsibilidade jurídicas, que devem ser buscados com o melhor empenho, realizados à medida do que seja possível.

Nesse contexto, insta frisar sobre outra característica do pensamento tópico, a legitimação das premissas pela “concordância do interlocutor”, traço advindo do fato de encontrar sua origem na arte retórica, retomando-se aqui o conceito aristotélico de premissas, já em outros subtítulos mencionado. Ora, como bem verifica Claus W. Canaris, não se deve perder de vista essa última relação entre o pensamento tópico e a retórica, na medida que é da mesma que decorre que o objetivo dos argumentos fixados como premissa, antes que essencialmente a busca da verdade para realizar o ideal de justiça, é uma intenção de obter “sucesso retórico”, reconhecimento pessoal, “aplausos da multidão”<sup>77</sup>, apesar de também no seu âmbito possam ser encontradas as conclusões dialéticas, mencionadas por Aristóteles, que pretendem direcionar a verdade; a distinção reside no fato de que esse ideal não se encontra na fundamentação do pensamento tópico.

A esses fins não atende o Direito, mas sim àquele que aponta para a procura da justiça como questão essencial, importância essa que não se contenta com argumentações simplesmente vantajosas, porque convencem o interlocutor, porém que exige a verdade, também na medida da realidade. As premissas, na Jurisprudência, não devem sujeitar-se à concordância do interlocutor, todavia devem

---

<sup>77</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 254.

ser objetivamente estabelecidas, já que, como afirma Claus W. Canaris, “o indagar pelo justo não é nenhum problema de pura retórica”<sup>78</sup>.

Portanto, ainda nesse aspecto peculiar da tópica reside uma característica inconciliável com a Jurisprudência, que só em razão disso com o pensamento tópico não poderia ser identificada.

Resta, por fim, abalada a pedra de toque da teoria de Theodor Viehweg, que conceitua como pensamento tópico a construção da Jurisprudência. Fora da impossibilidade de se verificar o pensamento tópico e Ciência Jurídica frente o que resultou do exame das substâncias caracterizadoras daquele, Claus W. Canaris torna transparente a diferença estrutural entre ambos a partir da distinção entre labores do legislador e do juiz. A Jurisprudência, assevera, sendo uma ciência hermenêutica, que procura a compreensão correta, distancia-se do labor legislativo, no qual estaria bem delineada uma construção mais próxima do pensamento tópico, pois conduzida essa a uma escolha de premissas. A Jurisprudência, em vez disso, relaciona-se com a “execução consciente de valores já legislados e não com a escolha tópica de premissas”<sup>79</sup>.

Em resumo, realça-se que a construção fundamental da Ciência Jurídica não se confunde, ao oposto do que doutrina Theodor Viehweg, com a formulação da tópica, que, por isso, não pode vir a conduzir basicamente qualquer técnica de interpretação da norma jurídica. Sendo isso dito para a Jurisprudência, no mais amplo sentido, vale, por claro, no campo da aplicação da norma constitucional.

Isso significa que as distinções nos referidos elementos fundamentais restringe toda e qualquer pretensão de fazer aplicável o pensamento tópico no âmbito do Direito Constitucional tendo em vista, isoladamente, as características de suas normas. Não se há de negar o caráter específico das normas de natureza constitucional, iniciais, originárias de um sistema, situando-se em plano hierárquico superior, marcadas por um conteúdo acentuadamente político, pela existência de uma dimensão política subjacente à sua dimensão jurídica, pelo uso de uma linguagem simples, objetiva e mais próxima do coloquial, e pelo fato de se constituírem predominantemente como normas axiomas.

---

<sup>78</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 258.

<sup>79</sup> Ibid., p. 269.

Se essas normas demonstram estrutura aberta e um forte aspecto político na fundação de sua dimensão jurídica, isso, por certo, não pode ser desconsiderado no trabalho interpretativo. Por ventura, afigura-se que não por esse motivo deve ter lugar a aplicação da tópicos, nos parâmetros em que propostos pelos seus teorizadores, em razão de uma incompatibilidade fundamental, concernente a elementos que residem na mesma concepção de pensamento tópico e Jurisprudência.

Correto, assim, que não se pode ter como pensamento tópico a estrutura do Direito, e, em razão disso, que a técnica do pensamento tópico não pode ser utilizada na sua forma pura no trabalho de interpretação da norma constitucional, ainda insta notar que dele há elementos significativos que encontram importante função no meio da Jurisprudência.

Claus W. Canaris<sup>80</sup> assevera que é legítimo o uso do pensamento tópico na interpretação da norma jurídica nos casos em que “falem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas”, elucidando que nessas suposições as normas só podem ser preenchidas, “em termos de conteúdo, através do juiz, de tal modo que este deve atuar como o legislador, decidindo [...] acerca do ‘comportamento correto’”.

Propõe especificamente as suposições lacunares, quando as valorações não estejam compreendidas no Direito Positivo, e aquelas em que se dá a necessidade de preencher o conteúdo de cláusulas gerais. Em ambos os casos, entretanto, o pensamento tópico não pode ser considerado como meio isolado de interpretação, já que o preenchimento de valores especificamente não positivados deve ter em conta o chamado “pano de fundo do sistema”, ou seja, o conjunto dos valores abrigados pelo sistema.

Parte daí o especial valor que a disciplina atinge nos limites do Direito Constitucional, seja pelo caráter aberto de suas normas, seja pela presença de grande número de cláusulas gerais ou de normas de estrutura (axioma). Com isso não se quer dizer, cabe reafirmar, que em tal sede tem uso irrestrito a técnica do pensamento tópico-problemático, pelas razões outrora mencionadas. Nesse raciocínio, merece destaque a teoria da interpretação constitucional como

---

<sup>80</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 269-270.



concretização, doutrinada por Konrad Hesse, que maravilhosamente a forma sobre uma base de mútua complementação entre os pensamentos tópico e problemático.

Com resultado, atento às peculiaridades da norma constitucional, Konrad Hesse identifica o valor do próprio caso concreto na procura de uma solução interpretativa satisfatória. Propõe o referido doutrinador, como objetivo de uma técnica interpretativa, a busca por uma solução adequada para uma questão problemática específica, por meio de um procedimento racional e controlável, produto esse que, além de constitucionalmente correto, deve ser fundamentado ainda de modo racional e controlável, sem o que restariam maculados os princípios da certeza e da previsibilidade jurídicas. Para tanto, defende o emprego de um procedimento tópico, porém limitado pela lei constitucional.

Portanto, como se destacou no exame do pensamento tópico, Konrad Hesse atribui grande importância à compreensão inicial do intérprete, todavia estende-a, para fora da mera compreensão dos limites do problema, ao conhecimento da norma, ou seja, a uma concreta fundamentação teórico-constitucional.

Ainda quanto à seleção dos pontos de vista, ele propõe que se a faça por meio da *inventio*, de forma inafastavelmente relacionada com o problema. Todavia, ao próprio se liga no sentido de que sejam excluídos tópicos estranhos à suposição concreta, sem, por outro lado, excluir a existência dos seus limites na própria norma. Fora disso, recolhidas as premissas (pontos de vista), são elas trabalhadas sob não mais a irrestrita orientação do problema, porém sim de princípios de interpretação constitucional como o da unidade da Constituição, o da concordância prática, o da correção funcional, o da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição, também catalogados por Canotilho, entre outros.

Em resumo, há de ser reconhecido o valor do pensamento tópico, no âmbito da interpretação da norma constitucional, porém não do modo tal como formulado na denominada técnica tópico-sistemática. O emprego de aspectos do pensamento tópico, como a *inventio* na escolha de premissas ou a concorrência de concepções inicialmente formadas, é algo que se pode compreender natural do pensamento humano, quando se dirige a qualquer objeto de conhecimento. Por ventura, daí a convertê-la em técnica de interpretação da norma jurídica em sentido amplo, é algo que não pode ser estabelecido senão levando-se em conta a necessidade de fixar seu limite na norma, da qual emergem objetivamente os valores jurídicos vigentes em determinada sociedade.

### 3.6 O Pensamento de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca

Antes de se abordar propriamente o pensamento de Chaïm Perelman e Lucie Tyteca faz-se mister entender e apresentar, mesmo que de maneira resumida (em detrimento de este trabalho não tratar especificamente da Nova Retórica), o contexto histórico no qual surgem os seus trabalhos, como também lançar mãos de conceitos filosóficos a fim de uma melhor compreensão.

A Teoria da Argumentação está inserida no quadro da Filosofia contemporânea da segunda metade do século XX. Este período histórico é conturbado pela necessidade de uma reformulação dos paradigmas- abandonando as abordagens históricas pelas abstratas- da racionalidade ocidental, fundada em verdades absolutas e evidências incontestáveis. Na verdade os regimes totalitários fascistas do primeiro quartel do século passado influenciaram os autores e o desenvolvimento da Teoria da Argumentação.

Esta fase é claramente marcada por uma crise, na acepção moral do termo<sup>81</sup>, de uma razão<sup>82</sup> cartesiana e de uma postura redutora da Lógica moderna matematizante, consagrada por Gottlob Frege e Bertrand Russell. Porém cabe dizer que esta crise já vem sendo anunciada desde 1930 com a Escola de Frankfurt.

---

<sup>81</sup> Quanto ao conceito de crise Hilton Japiassú *et. al.*, definem: “Crise (gr. Krisis: escolha, seleção, decisão) 4. Em seu sentido moral, é um conflito resultante da contestação dos valores morais, religiosos ou filosóficos tradicionais, que passam a ser considerados como superados e nefastos ao desenvolvimento e à plena realização do homem.” JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 59.

<sup>82</sup> Em relação ao conceito de razão, Marilena Chauí ensina: “Por isso, *logos*, *ratio* ou razão significam pensar e falar ordenadamente, com medida e proporção, com clareza e de modo compreensível para outros. Assim, na origem, a razão é a capacidade intelectual para pensar e exprimir-se correta e claramente, para pensar e dizer as coisas tais como são. A razão é uma maneira de organizar a realidade pela qual esta se torna compreensível. É, também, a confiança de que podemos ordenar e organizar as coisas porque são organizáveis, ordenáveis, compreensíveis nelas mesmas e por elas mesmas, isto é, as próprias coisas são racionais”. CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1989. p. 59. Para René Descartes razão seria a estrutura de organização do pensamento para a apreensão do conhecimento verdadeiro. Ele propõe um método de quatro preceitos que devem ser observados simultaneamente para alcançar tal objetivo: “O primeiro consistia em nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que eu não conhecesse evidentemente como tal, isto é, em evitar, com todo o cuidado, a precipitação e a prevenção, só incluindo nos meus juízos o que se apresentasse de modo tão claro e distinto ao meu espírito, que eu não tivesse ocasião alguma para dele duvidar. O segundo, em dividir cada uma das dificuldades que devesse examinar em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las. O terceiro, em conduzir por ordem os meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para chegar, aos poucos, gradativamente, ao conhecimento dos mais compostos, e supondo também, naturalmente, uma ordem de precedência de uns em relação aos outros. E o quarto, em fazer, para cada caso, enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de não ter omitido nada.” DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Hermus, 1978. p. 31-32.

Em resumo, devido às perplexidades do homem frente a uma realidade na qual uma filosofia cientificista não respondia mais aos seus anseios, surge uma tendência de revisão do conceito de racionalidade.

Neste novo contexto do conhecimento surgem Chaïm Perelman e Lucie Tyteca propondo um alargamento da concepção de razão com o seu *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*, em 1958, e resgatando para o pensamento moderno o termo retórica dos clássicos aristotélicos sobre razão prática.

Chaïm Perelman e Lucie Tyteca encontram o justo-termo, assim entendido como nos livros V e VI de *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, entre a Lógica Formal<sup>83</sup> e a realidade do mundo dos valores.

A *priori*, Chaïm Perelman, que no início de sua atuação acadêmica era um lógico, não nega a importância da lógica para as ciências naturais, simplesmente não a acha capaz de explicar as ciências humanas. Ele acreditava que as soluções apresentadas pelos céticos, no sentido da inexistência de métodos racionais aceitáveis que permitissem o raciocínio sobre os valores o teria deixado incomodado, visto que exagerada e contrária aos procedimentos da maioria dos raciocínios humanos que buscam um meio-termo.

Finalmente, é importante ressaltar sobre o pensamento perelmaniano seu núcleo baseado no estudo dos mecanismos do pensamento- os raciocínios- e no aporte ético da Nova Retórica adstrito a valores democráticos, com a ideia de tolerância. Para ele a Teoria da Argumentação é uma técnica capaz de substituir a violência. A argumentação exige a possibilidade de diálogo e controvérsia, requisitos de um Estado democrático e de uma sociedade pluralista.

---

<sup>83</sup> Chaïm, Perelman; Lucie Tyteca: "Trata-se de uma lógica tal como é efetivamente manejada pelos matemáticos e que, aliás, foi elaborada, mais particularmente, por G. Frege, depois de uma análise do raciocínio matemático. As leis lógicas, assim evidenciadas, são formais, no sentido de que não dependem da matéria do raciocínio, o que lhes confere uma generalidade que possibilita sua aplicação nas mais variadas áreas. Segundo esses autores, não haveria lógica especiais, mas unicamente aplicações de leis ou regras lógicas, e nada mais, em matemática, em filosofia, em dogmática jurídica, etc [...]. Ao querer reduzir a lógica formal à lógica, tal como ela se apresenta nos raciocínios demonstrativos dos matemáticos, elabora-se uma disciplina de uma beleza e de uma unidade inegáveis, mas se descarta inteiramente do modo como os homens raciocinam para chegar a uma decisão individual ou coletiva. É porque, de fato, a razão prática, aquela que deve guiar-nos na ação, é muito mais próxima daquela do juiz do que daquela do matemático, que o lógico que se veda examinar as estruturas dos raciocínios alheios às matemáticas, que recusa reconhecer as especificidades do raciocínio jurídico e do raciocínio prático em geral, presta um mau serviço à filosofia e à humanidade. À filosofia, obrigada a renunciar, por causa da ausência de um fundamento teórico, ao seu tradicional de educadora do gênero humano. À humanidade, que à míngua de encontrar um guia nas filosofias de inspiração racional, tem de abandonar-se à irracionalidade, às paixões, aos instintos e à violência." PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 471-473.

### 3.7 Preliminares Epistemológicas da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca

A Teoria da Argumentação pretende suplantar com a sua nova proposta epistemológica a Lógica Formal e a razão cartesiana. Chaïm Perelman e Lucie Tyteca fundamentam seu projeto de desenvolvimento no combate a ideia de evidência, como “tudo aquilo que se impõe ao espírito com uma força tal que parece desnecessário demonstrá-lo ou prová-lo. Para Descartes, somente a evidência intelectual pode constituir critério de objetividade”.<sup>84</sup>

Chaïm Perelman e Lucie Tyteca dizem que o Tratado da Argumentação busca ser uma “ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriundo de Descartes”.<sup>85</sup>

Pode-se depreender do *Discurso sobre Método* de René Descartes que a construção de um fundamento do saber científico sólido deve assentar-se sobre duas metas básicas: aceitar como verdadeiro o que for possível de ser captado pela intuição<sup>86</sup>- regra da evidência- e a dedução<sup>87</sup> de todas as consequências dessas verdades simples com o maior rigor lógico<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 94.

<sup>85</sup> PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 4.

<sup>86</sup> Quanto ao significado de indução, René Descartes ensina: “Entendo por *intuição*, não o testemunho flutuante dos sentidos, nem o juízo enganador de uma imaginação de composições inadequadas, mas o conceito do espírito puro e atento, tão fácil e distinto, que não fique absolutamente dúvida alguma a respeito daquilo que compreendemos, ou o que é a mesma coisa, o conceito do espírito puro e atento, sem dúvida possível, que nasce apenas da luz da razão, e que, por ser mais simples, é mais certo que a mesma dedução, a qual, todavia, não pode ser malfeita pelo homem, conforme vimos acima. Assim, cada qual pode intuir com o espírito, que existe, que pensa que o triângulo está determinado somente por três linhas; a esfera, por uma só superfície e outras coisas semelhantes, que são muito mais numerosas do que muitos creem, porque desdenham deter-se em coisas tão fáceis.” DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Hermus, 2001. p. 78.

<sup>87</sup> Quanto ao significado de dedução, René Descartes ensina: “Poder-se-á agora perguntar por que à intuição acrescentamos aqui outro modo de conhecer que tem o nome de *dedução* e pelo qual entendemos tudo aquilo que se segue necessariamente de outras coisas conhecidas com certeza. Mas assim se procede porque muitas coisas conhecidas com certeza, ainda que não sejam em si evidentes, contanto que sejam deduzidas de princípios verdadeiros e já conhecidos, por um movimento contínuo e ininterrupto do pensamento, que intui nitidamente cada coisa em particular. De outro modo, não saberíamos que o último elo de uma cadeia está em conexão com o primeiro, ainda que não apreendamos intuitivamente, com um só golpe de vista, todos os elos intermediários dos quais depende aquela conexão; basta que os tenhamos percorrido sucessivamente e nos recordemos que, desde o primeiro até o último, cada um está unido a seu vizinho imediato.” Ibid. 79.

<sup>88</sup> Definindo o objetivo do estudo da lógica clara é a passagem de Irving M. Copi: “O Estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto.” COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1981. p. 19.

Desta forma, a racionalidade cartesiana, ao definir a evidência como identificador do processo racional, retira do plano da razão os debates relativos, as controvérsias filosóficas, os debates políticos e religiosos, as disputas jurídicas, em outras palavras, exclui do campo do saber e da razão as ações da vida do Homem. Seu método a-social e a-histórico não permite analisar o plano das contingências humanas excluindo a maior parte das relações sociais. Os usos da vida trabalham com o verossímil e não com a verdade. O que a Teoria da Argumentação tenta é trazer ao campo da racionalidade todas as ações da vida que não eram contempladas pela razão científica.

Finalmente, cabe dizer que Chaïm Perelman e Lucie Tyteca ao recuperarem a argumentação resgatam junto todas as características do plano da ação, o território onde os indivíduos se relacionam, ou seja, o local que pressupõe comunicação; argumentos são raciocínios não-formais, teses ou, ainda, opiniões. O campo do opinável é o da ação prática e necessita, também ele, de uma dimensão racional. A racionalidade das opiniões é uma das modalidades da racionalidade prática, uma razão argumentativa.

### **3.8 A Superação da Insuficiência da Lógica Formal**

A Lógica estabelece paradigmas. E a denominam formal porque não se preocupa com elementos materiais, com conteúdos. A sua tendência moderna é ser identificada com a Lógica Matemática de raciocínios demonstrativos, onde toda contradição aduz a um erro. O espaço dos embates próprios às relações humanas é sumariamente excluído.

Chaïm Perelman e Lucie Tyteca para superarem essa debilidade da Lógica Formal, que é responsável pelo empobrecimento do território do pensamento prático, desenvolve uma Lógica da argumentação baseada na Retórica aristotélica, organizando de forma clara uma lógica sobre o opinável.<sup>89</sup>

A condição de existência da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Tyteca pressupõe a ambição de reconstrução do saber racional com tudo o que isso implica de crítica e de recusa da tradição filosófica e dos procedimentos da Lógica Moderna. Eles propõem uma reedificação do conhecimento baseada na ideia de uma Filosofia Regressiva e Pluralista.

---

<sup>89</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998. p. 183.

O aspecto regressivo pode ser definido, em oposição ao conceito de Filosofia primeira, como sendo o tratamento dos axiomas como o resultado de uma situação de fato, sua validade é dimensionada no plano prático, e isso possibilita a construção permanente do pensamento, e o enfrentamento do contingente.

Já o aspecto pluralista pode ser definido, em oposição aos conceitos monistas, como sendo a concepção filosófica que não visa alcançar ou proteger verdades absolutas, busca o razoável dos elementos concernentes ao humano, favorecendo a base a uma Sociedade Democrática respeitadora dos diálogos e das controvérsias.<sup>90</sup>

### 3.9 A Metodologia da Teoria da Argumentação Perelmaniana

Chaïm Perelman e Lucie Tyteca, em sua obra Teoria da Argumentação recuperam a retórica clássica, refundando-a com outra metodologia, denominada de Nova Retórica, que para ser aprofundada, precisa da revisão de seu escopo teórico, desde sua origem grega até a sua inovação como instrumento de compreensão das relações humanas.

A retórica é a arte da persuasão pelo discurso; e também a teoria e o ensinamento dos recursos verbais – da linguagem escrita ou oral – que tornam um discurso persuasivo para seu receptor. Segundo Aristóteles, a função da *retórica* não seria “somente persuadir, mas ver o que cada caso comporta de persuasivo” (*Retórica*, I,2,135 a-b).

Estudos contemporâneos revelam que a origem da retórica não é literária, mas judiciária. Ela teria surgido na Magna Grécia, em particular na Sicília, após a expulsão dos tiranos, por volta de 465 a.C. Um discípulo de Empédocles de Agrigento, chamado *Córax*, e seu seguidor, Tísias, teriam publicado uma “arte oratória” (*tekhnérhetoriké*), compilando preceitos práticos a serem utilizados, numa época em que não existiam advogados, por pessoas envolvidas em conflitos judiciais. Encontra-se aí o surgimento da disposição do discurso judiciário em partes ordenadas logicamente – os lugares (*topoi*) que servem à argumentação.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Neste *mister* convém dizer que foi o filósofo Eugène Dupréel com o seu pluralismo pós-2ªGGM que influenciou Chaïm Perelman.

<sup>91</sup> MEYER, Michel. **Histoire de la rhétorique des Grecs à nos jours**. Paris: Le Livre de Poche, 1999. p. 19-26.

Tal origem judiciária da retórica revela algumas características que acompanharão a produção do discurso jurídico ao longo dos séculos posteriores: o uso da argumentação na agonística das disputas judiciais; o comprometimento com a finalidade de persuadir os órgãos julgadores; o desenvolvimento de técnicas distintas da lógica e do raciocínio contidos na linguagem judiciária, para produção de provas, evidências, princípios etc. Enfim, é sob a influência da arte retórica que são problematizadas e enfrentadas questões essenciais para a Ciência do Direito e para a construção e legitimação de um ideal de justiça: na ética, a crítica aos discursos totalitários e à violência; no plano ontológico e gnoseológico, a construção da verdade jurídica; e na lógica, o desenvolvimento de uma teoria da argumentação.

### 3.10 O Advento da Nova Retórica

No século XX, mais precisamente na década de 1960, no que é fundamental para a atualidade do estudo da retórica e da Filosofia do Direito, surgem os trabalhos de Chaïm Perelman e Lucie Tyteca, valorizando, no campo epistemológico, o instrumental trazido pela argumentação e pela dialeticidade. A compreensão fenomenológica das relações humanas contingentes não pode dispensar as técnicas argumentativas. O Tratado da Argumentação, através de sua Nova Retórica, propõe, no campo da razão prática, um método calcado na teoria do discurso persuasivo, resgatando o secular legado retórico greco-romano. A Nova Retórica busca sua fundamentação em juízos de valor, relacionados à dimensão social e histórica do pensamento.<sup>92</sup>

O ponto principal da proposta de Chaïm Perelman e Lucie Tyteca é que, entre a força da arbitrariedade das crenças e da demonstração científica, existe uma lógica do verossímil que constitui a argumentação. Esse método pretende valorizar não só o estudo da lógica argumentativa e da estrutura dos raciocínios, mas igualmente trazer um aporte ético próprio dos valores democráticos da tolerância, desenvolvendo uma técnica argumentativa hábil em substituir a violência.

A aproximação a um objeto científico, segundo esta metodologia, dá-se de três formas: 1) aplicação do método utilizado na Lógica de Gottlob Frege, ou seja, observar e analisar as argumentações em todos os amplos setores em que ela se

---

<sup>92</sup> PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

manifesta; 2) atividade argumentativa dialética, ou seja, “a dialética é a técnica da controvérsia baseada no diálogo; a retórica é a técnica do discurso dirigido a um grupo maior ou menor de ouvintes e a lógica é o conjunto das regras para a condução correta dos raciocínios formais.”<sup>93</sup>; e 3) recuperação e adaptação de algumas categorias da Retórica aristotélica: noção de auditório, persuasão e convencimento, eficácia da argumentação, acordo, contato dos espíritos e técnicas argumentativas.

A concepção clássica de auditório geralmente suscita confusões. Na metodologia da teoria da argumentação ele é o elemento para o qual se dirigem os discursos. Ou, como preferem Chaïm Perelman e Lucie Tyteca: “é conjunto daqueles nos quais o orador quer influenciar pela sua argumentação”.<sup>94</sup>

Chaïm Perelman e Lucie Tyteca destacam que a argumentação sempre se dirige a alguém: um indivíduo, um grupo ou uma multidão, conjunto de receptores, designado pelo conceito de auditório. Um auditório tem sempre como característica ser particular, ou seja, ser diferente em razão de suas competências, crenças, emoções ou pontos de vistas. Porém, a proposta retórica de Chaïm Perelman e Lucie Tyteca ambiciona alcançar o denominado auditório universal, noção que expressa o ideal argumentativo de superação das particularidades levando em conta, implicitamente, todas as expectativas e objeções.

Em suma, antes de ser um artifício retórico repleto de uma carga ideológica na crença de um Homem absolutamente desprovido de paixões e preconceitos (a humanidade racional), o auditório universal almeja ser um ideal argumentativo com finalidade de superação dos auditórios particulares. Sabe-se que se dirige a um auditório particular, mas argumenta-se considerando todas as possíveis objeções e expectativas que poderiam aparecer.

Estes dois termos formam uma dualidade importante para a Nova Retórica. Pela apreensão desses vocábulos estabelece-se a diferença entre o uso ideológico e racional da retórica.

A persuasão do auditório é o que pretende um orador que se preocupa com a vitória de seu discurso, ou seja, com o resultado. Para tanto, este orador apela para

---

<sup>93</sup> PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 7.

<sup>94</sup> Ibid., p. 25.



diversos recursos emotivos, o *ethos* e o *pathos* da *Arte Retórica*<sup>95</sup>, para alcançar seu objetivo. Ela está ligada ao pilar retórico da oratória.<sup>96</sup> Convencimento é o discurso que objetiva obter a adesão racional do auditório universal, ou seja, é o conjunto de teses que pretende provocar a crítica racional de seu auditório para poder conseguir sua adesão. Ela está ligada, desta forma, ao pilar retórico da argumentação.<sup>97</sup>

A eficácia da argumentação apresenta-se em obter ou aumentar a adesão do auditório às teses do orador, provocando, desta forma, a ação dos ouvintes.

O objetivo da adesão é a razoabilidade ou o meio-termo. Ela é fundamental para a compreensão da eficácia da argumentação, pois, como foi dito acima, argumenta-se para obter ou aumentar a adesão de um auditório, e não coagi-lo pela força das evidências, característica de uma racionalidade própria da lógica formal.

A razoabilidade é assim um valor que permite adequar os valores trabalhados na argumentação e seu caminhar até a conclusão, resultando na adesão dos ouvintes que perceberam as teses apresentadas como as mais razoáveis.

Acordo é um conceito perelmaniano que significa fundamentação baseada no senso comum do auditório. Chaïm Perelman<sup>98</sup> distingue duas categorias de objeto para o acordo: as que procuram sustentar-se na realidade, denominados fatos e verdades; e as que se baseiam no preferível, intitulados de valores, hierarquias e os lugares do preferível.

Os fatos são um conjunto de acordos que não necessitam de uma argumentação para a adesão, eles são aceitos anteriormente pelo auditório. Tanto os fatos de observação como os supostos podem ser recusados, por isso para manterem-se no acordo argumentativo, devem ser defendidos e contrapostos.<sup>99</sup>

As verdades funcionam da mesma forma que os fatos na argumentação, com a diferença de que aqui se soma a característica de serem uma articulação de axiomas filosóficos, políticos, científicos etc.

Os fatos e as verdades são pontos de partida da argumentação e ambos dependem da eficácia do discurso para alcançar a adesão do auditório. A fragilidade

---

<sup>95</sup> ARISTÓTELES. "Nicomachean ethics/rhetoric". In: ARISTÓTELES. **The works of Aristotle**. Tradução Benjamin Jowett. Chicago: University of Chicago, 1952. v. 2.

<sup>96</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. xviii.

<sup>97</sup> Ibid., p. xviii.

<sup>98</sup> PERELMAN, Chaïm. **The realm of rhetoric**. Tradução William Kluback. Introdução: Carrol C. Arnold. Indiana, USA: University of Notre Dame Press, 1982. p. 23.

<sup>99</sup> PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 77.

da verdade ou do fato dá-se pela comparação com outros fatos e verdades, no âmbito de um conjunto que o auditório resiste em abandonar.

Já as presunções não objetivam sustentar uma verdade imposta a todos, entretanto são consideradas teses favoráveis a uma decisão mais razoável. Estas três categorias ligam-se à concepção de auditório universal.

Os valores pleiteiam uma adesão de um auditório particular. Eles não pretendem se impor de forma absoluta. Sobre a questão ensina Chaïm Perelman<sup>100</sup>:

Os julgamentos de valor, à medida em que são submetidos à controvérsia, tem sido considerados pelos filósofos positivistas como completamente vazios de objetividade, ao contrário dos juízos de 'realidade' sobre os quais, graças à experimentação e a verificação, o acordo universal deve ser possível. Nesse ponto de vista, numa petição de princípio, defender a objetividade dos valores.<sup>101</sup>

Como já foi dito, o objetivo da argumentação é a adesão de um auditório provocando uma ação ao discurso. Os valores, nesta estrutura, funcionam como suporte para uma ação legítima.

Uma argumentação pode ter como pontos de partida valores abstratos, que se contém em si mesmos, e concretos, caracterizados unicamente pelo senso comum.

Quanto a hierarquização desses valores, Chaïm Perelman<sup>102</sup> aponta:

Sentir-se obrigado a hierarquizar os valores, seja qual for o resultado dessa hierarquização, provém do fato de a busca simultânea desses valores criar incompatibilidades, obrigar a escolhas. Esse é mesmo um dos problemas fundamentais que todos os homens de ciência devem resolver.

Finalmente, não esquecendo a última categoria de objeto de acordo, os lugares do preferível são as concepções indispensáveis do discurso dialético, agrupadas em ordem, que encontram valores de peso comum.

O contato dos espíritos é a intersubjetividade que se estabelece na ação argumentativa, ou seja, na relação entre o orador e seu auditório para a obtenção da adesão às teses.

---

<sup>100</sup> PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26.

<sup>101</sup> Importante ressaltar que esta tradução deu-se de forma livre.

<sup>102</sup> PERELMAN, op. cit., p. 93.

Esse processo de interação entre indivíduos dá-se em dois planos. O primeiro refere-se à linguagem natural de uma comunidade, que como tal, é fruto de seu ambiente cultural e implementador das regras comunicativas em todos os seus dialetos.

O segundo plano estabelece que o contato deve-se dar em uma comunidade igualitária, com valores semelhantes.

Cabe ressaltar que a interação entre indivíduos é fundamental para a análise da temporalidade como característica da argumentação, estabelecida infra, visto que, ela implica a consideração, pela própria sincronia da linguagem, dos contextos sociais no estabelecimento das teses.

As técnicas de argumentação prestam-se a ser o instrumental manipulador dos elementos retóricos de uma argumentação para se obter adesão. Os esquemas argumentativos separam-se em dois grupos: associação e dissociação de ideias.

A associação de ideias é o recurso pelo qual ligam-se teses supostamente contraditórias ou opostas.<sup>103</sup> Já a dissociação “determina um remanejamento mais ou menos profundo dos dados conceituais que servem de fundamento para a argumentação”.<sup>104</sup>

Os argumentos com base na associação são: quase-lógicos; baseados na estrutura do real; e, argumentos que fundamentam a estrutura do real. A dissociação de ideias, por sua vez, é uma técnica que apresenta diversas formas, não sendo possível assim, enumerar seus argumentos.

No presente capítulo procurou-se discutir a transição de dois grandes modelos de concepções jusfilosóficas e interpretativas, o Positivismo e o Pós-Positivismo jurídicos. O seu objetivo foi contextualizar o estado da arte do pensamento jurídico, ou melhor, das representações dos agentes do campo jurídico, onde estaria situado o nosso objeto, que é a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do direito fundamental à saúde.

---

<sup>103</sup> PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

<sup>104</sup> Ibid., p. 468.

### 3.11 A Análise Semiolinguística do Discurso Político de Patrick Charaudeau

A metodologia proposta por Charaudeau situa-se na moldura da chamada Teoria Semiolinguística<sup>105</sup> do discurso jurídico-político, pois se alinha a uma tradição de estudo dos gêneros deliberativos e da persuasão codificados pela retórica aristotélica<sup>106</sup>. Parte-se de uma problemática da organização geral dos discursos, fundamentando-se em um projeto de influência do EU sobre o TU em uma situação dada (as situações dadas para o presente estudo seriam os julgamentos do Supremo Tribunal Federal na competência da Presidência da corte acerca do Direito à Saúde), e para qual existe um contrato de comunicação implícito de interação social. Contrato de comunicação no pensamento de Charaudeau é definido como um conceito central. Diz o autor<sup>107</sup>:

um conceito central, definindo-o como o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja a sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias).

<sup>105</sup> A teoria semiolinguística a partir da visão de Patrick Charaudeau, incorpora, como seus pressupostos de análise, tanto o âmbito social como a subjetividade dos participantes em seu conceito de enunciação, numa abordagem psicossociocomunicativa. Ele define a comunicação como uma relação contratual entre sujeitos, constituída e restringida por três componentes: o comunicacional; o psicossocial; e o intencional. CHARAUDEAU, Patrick. Uma teoria dos sujeitos da linguagem". In: MARI, H.; MACHADO, I. L.; MELLO, R. **Análise do discurso: fundamentos e práticas**. Belo Horizonte: NAD/FALE/UFMG, 2001. p. 23-38.

<sup>106</sup> Coube a Aristóteles sistematizar esse estudo, redefinindo o papel persuasivo da retórica na distinção e escolha dos meios adequados para persuadir. A retórica, tal qual a dialética, não pertenceria a um gênero definido de objetos, porém seria tão universal quanto aquela. Essa *tekhné* utilizaria três tipos de provas como meios para a persuasão: o *ethos* e o *pathos*, componentes da afetividade, além do *logos*, o raciocínio, consistente da prova propriamente dialética da retórica. Aristóteles separa, em suas análises dos diversos tipos de discurso, o agente, a ação e o resultado da ação, descrevendo os gêneros do discurso em: 1-Deliberativo- o orador tenta persuadir o ouvinte sobre uma coisa boa ou má para o futuro; 2- Judiciário- o orador tenta persuadir o julgador sobre uma coisa justa ou injusta do passado e; 3- Epidíctico e Vitupério- o orador tenta comover o ouvinte sobre uma coisa digna, bela ou infame sobre o presente. Essa matriz do sistema retórico servirá como paradigma para o estudo posterior da retórica e resistirá, sem grandes mudanças, até o século XIX.

<sup>107</sup> CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2004. p. 132.

A Análise do Discurso<sup>108</sup> é uma disciplina nova que nasce da convergência das correntes lingüísticas e os estudos sobre a retórica greco-romana. A definição de Análise do Discurso chama as noções da Linguística textual na qual os elementos da frase podem ser relacionados a múltiplos sentidos lingüísticos, extralingüísticos e sociais, possibilitando-nos vislumbrar quais seriam as intenções nos discursos, com os seus ditos e não ditos; e como estes discursos são organizados sempre pelos três lugares formadores de sentido: a doutrina, a retórica e os elementos de justificação ou de legitimação.

O nosso texto adota como pressupostos teóricos aqueles da Escola Francesa de Análise do Discurso e se propõe a estudar particularmente as relações entre a força persuasiva das palavras e os seus usos na constituição da legitimidade do discurso político (jurídico). Os pressupostos teóricos da Escola Francesa de Análise do Discurso<sup>109</sup> tratam “de pensar a relação entre o ideológico e o lingüístico, evitando, ao mesmo tempo, reduzir o discurso à análise da língua e dissolver o discurso no ideológico” (através dos três lugares de produção dos discursos, tais sejam: a doutrina, a retórica e os elementos de legitimação ou justificação).

Considerando o enfoque da Escola Francesa a análise do Discurso Político consiste no fato de que os discursos tornam-se possíveis tanto na emergência de uma racionalidade política, quanto na regulação dos fatos políticos/jurídicos.

Toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso decisório é polifônico, pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores. Sendo assim, é possível dele se extrair diversas cadeias de discursos.

Contemporaneamente, surge um novo discurso, pelo qual também se apreende a faticidade dos conflitos sociais. Por isso, nos chama a atenção a

---

<sup>108</sup> As correntes que fazem parte da análise do discurso são: a etnografia da comunicação, a escola francesa, o pragmatismo, a teoria da enunciação, a lingüística textual, a nova retórica, a história das ideias de Foucault. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. Dicionário de análise do discurso. São Paulo: Contexto, 2004. p. 43-46.

<sup>109</sup> Denomina-se ‘Escola Francesa’ aquela que permite designar a corrente da análise do discurso dominante na França nos anos 60 e 70. Surgido na metade dos anos 60, esse conjunto de pesquisas foi consagrado em 1969 com a publicação do número 13 da revista *Languages*, intitulado ‘A Análise do discurso’ e com o livro *Análise automática do discurso* de Pêcheux (1938-1983), autor mais representativo dessa corrente. Essa problemática não permaneceu restrita ao quadro francês; ela emigrou para outros países, sobretudo para os francófonos e para os de língua latina. O núcleo dessas pesquisas foi o estudo do discurso político conduzido por lingüistas e historiadores com uma metodologia que associava a lingüística estrutural a uma ‘teoria da ideologia’, simultaneamente inspirada na releitura da obra de Marx pelo filósofo Althusser e na psicanálise de Lacan. *Ibid.*, p. 202.

ideologia que permeia esse discurso, revelando-se na representação social que o magistrado faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido.

Entre os diversos estudiosos do tema, Patrick Charaudeau é o que melhor se adequa a explicitar a ideologia<sup>110</sup> concretizada no discurso do Supremo Tribunal Federal acerca de seu papel na construção das relações de poder, pois constrói uma metodologia própria na análise dos discursos políticos, possibilitando, como já dito acima, compreender como o discurso se constrói e quais são as intenções do seu enunciador.

A perspectiva de Charaudeau associa os seguintes fatores:

- a) a análise da situação, aspecto que aborda os gêneros do discurso associados às práticas sociais, consideradas na estrutura das forças simbólicas (*habitus*) estabelecidas e reproduzidas no campo de poder, no qual se situa o estatuto de cada ator do discurso;
- b) a performance do discurso, aspecto que toma em conta o estatuto do autor do discurso e sua fala atualizante, enquanto competência, que reproduz consciente e/ou inconscientemente a locução enunciativa do que é dito; e/ou estrategicamente não dito;

---

<sup>110</sup> “Ideologia”, no presente trabalho é tomada com o sentido que lhe dá Aron, e deve ser compreendida como “um sistema global de interpretação do mundo social”. Interessante observar, ainda, as palavras de Bourdieu: “Enfim, mais sutilmente, a submissão aos hábitos de pensamento, ainda que sejam os que, em outras circunstâncias, podem exercer um formidável efeito de ruptura, pode conduzir também a formas inesperadas de ingenuidade. E eu não hesitarei em dizer que o marxismo, nos seus usos sociais mais comuns, constitui, freqüentemente, a forma por excelência, por ser mais insuspeita, do pré-construído duto. Suponhamos que se pretende estudar ‘a ideologia jurídica’, ou ‘religiosa’, ou ‘professoral’. O termo ideologia pretende marcar a ruptura com as representações que os próprios agentes querem dar da sua própria prática: ele significa que não se deve tomar à letra as suas declarações, que eles têm interesses, etc.; mas, na sua violência iconoclasta, ele faz esquecer que a dominação à qual é preciso escapar para o objetivar só se exerce porque é ignorada como tal; o termo ideologia significa também que é preciso reintroduzir no modelo científico o fato de a representação objetiva da prática dever ter sido construída contra a experiência inicial da prática ou, se se prefere, o fato de a ‘verdade objetiva’ desta experiência ser inacessível à própria experiência. Marx permite que se arrohem as portas da doxa, da adesão ingênua à experiência inicial; mas, por detrás da porta, há alçapão, e o meio-hábil que se fia no senso comum duto esquece-se de voltar à experiência inicial a construção duta deve ter posto em suspenso. A ‘ideologia’ (a que seria preferível de futuro dar outro nome) não aparece e não se assume como tal, e é deste desconhecimento que lhe vem a sua eficácia simbólica. Em resumo, não basta romper com o senso comum vulgar, nem com o senso duto na sua forma corrente; é preciso romper com os instrumentos de ruptura que anulam a própria experiência contra a qual eles se construíram. E isto para se construírem modelos mais completos, que englobem tanto a ingenuidade inicial como a verdade objetiva por ela dissimulada e à qual, por outra forma de ingenuidade, se prendem os meio-hábéis, aqueles que se astutos. (Não posso deixar de dizer aqui que o prazer de sentir astuto, desmistificado e desmistificador, de brincar aos desencantadores desenganados, tem boa parte em muitas vocações sociológicas... E o sacrifício que o método rigoroso exige é ainda maior...). BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989. p. 48.

- c) a semiolinguística, aspecto no qual o texto produzido é tomado como resultado de processos em que os sujeitos comunicantes se relacionam em ação de influência sobre o TU, perpassando diversas finalidades e situações comunicativas<sup>111</sup>.

Transcreve-se abaixo trecho da obra de Patrick Charaudeau no qual ele explicita a sua proposta:

O sujeito, ser individual, mas também social necessita de referências para se inscrever no mundo dos signos e significar suas intenções. Logo, apóia-se numa memória discursiva, numa memória das situações, que vão normatizar o comportamento das trocas languageiras, de modo que se entendam e obedeçam aos “enjeux” (expectativas) discursivos, que persistem na sociedade e estão a guiar os comportamentos sociais, de acordo com contratos estabelecidos. Ex. Um discurso político pode se realizar como um debate, um comício, uma entrevista, um texto escrito, um papo amigável do candidato, com direito a tapinhas nas costas etc. Cada realização vai exigir uma forma diferente que está de acordo com a situação.<sup>112</sup>

Como se vê, a dinâmica do discurso político, tomando como referência o pensamento de Charaudeau, se dá pelo chamado princípio de influência. Este princípio caracteriza-se como um ato de linguagem no qual um agente tenta influenciar, persuadir o seu auditório, ou seja, aqueles para quem ele se dirige.

Essa influência do EU sobre o TU, denominado princípio de influência, portanto, trata da relação que o EU (locutor) objetiva ou visa no TU (receptor do discurso) como um efeito, pedido, ordem ou, na perspectiva de nosso objeto, da imposição de uma decisão de autoridade.

Neste trabalho a influência que se deseja observar é a do Supremo Tribunal Federal, através de seus Ministros Presidentes, enquanto vozes individuais (monodia), em relação às partes (TU) que eles se dirigem.

---

<sup>111</sup> Para depreender o panorama acerca dos diversos sentidos dados a expressão situação comunicacional deve-se ler CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2004. p. 450. Patrick Charaudeau associa a situação comunicacional com as questões extralingüísticas, separando-a do contexto intralingüístico. Entretanto, para o presente trabalho não será feita esta cisão, pois os dois são sempre necessários às significações das frases. Sendo assim, contexto e situação comunicacional, aqui, serão expressões sinônimas.

<sup>112</sup> CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso político**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 47.

O mecanismo aqui descrito denomina-se de visadas, ou seja, finalidades ou intenções concretizadas no discurso a partir do princípio da autoridade do EU. São elas: a) visada prescrição – EU mandar e o TU deve fazer; b) visada solicitação – EU solicitar e o TU deve atender; c) visada instrução – EU fazer saber fazer e o TU querer saber; d) visada demonstração – EU fazer saber com provas e o TU aceitar prova e fazer.

Enfim, para Charaudeau a situação comunicacional, que se dá pela enunciação, atrela-se ao fenômeno da organização das categorias da língua, ordenando-as através dos modos de organização descritiva, narrativa e argumentativa do texto, de maneira a expressar as posições do EU (locutor) com seu princípio da influência nas relações de posição de fala com o interlocutor (TU). Desta forma, teremos três funções, ou comportamentos dos atores falantes na encenação discursiva, do modo enunciativo: alocutivo (relação de influência), elocutivo (revelação do ponto de vista do TU) e delocutivo (retomada da fala de um terceiro).

O objeto de desenvolvimento desta pesquisa se baseia em três lugares de representação, em que se realizam a produção dos sentidos do discurso; como já dissemos, a doutrina jurídica, a retórica jurídica e os elementos de justificação ou de legitimação das decisões judiciais.

O primeiro *topos* é aquele da doutrina jurídica, que consiste no sistema de pensamento, resultado de uma atividade discursiva que faz o papel de fundadora de um ideal jurídico referível à construção das opiniões. Assim, este *topos* se refere a uma dogmática jurídica, não atrelada aos atores especificamente. Refere-se sim, para usar uma denominação “bourdieuniana”, ao *habitus* e ao capital simbólico dos integrantes do campo jurídico.

O segundo lugar caracteriza-se como uma dinâmica de comunicação dos atores jurídicos. Refere-se a razão ideológica de identificação imaginária da “verdade” jurídica. Os atores do campo jurídico fazem parte das diversas cenas de vozes comunicantes de um enredo permeado pelo desafio retórico do reconhecimento social, isto é, o consenso, a rejeição ou a adesão. Suas ações realizam vários eventos: audiências públicas, debates, reuniões, e hoje principalmente, a ocupação do espaço midiático. Os atores precisam de filiações, e por esta razão, estabelecem organizações, que se sustentam pelo mesmo sistema



de crença político-jurídica articuladora de ritos e mitos pela via dos procedimentos retóricos<sup>113</sup>, a chamada retórica jurídica.

Para ilustrar o desenvolvimento deste segundo topos semântico- retórica- é importante a leitura do seguinte trecho de Patrick Charaudeau<sup>114</sup>, afim de que possa demonstrar que esta teoria auxilia na explicitação da análise de dados empíricos, tendo em vista que tal exercício enfatiza o caráter político dos discursos:

Sendo a política um domínio de prática social em que se enfrentam relações de força simbólicas para a conquista e a gestão de um poder, ela só pode ser exercida na condição mínima de ser fundada sobre uma legitimidade adquirida e atribuída. Mas isso não é suficiente, pois o sujeito político deve também se mostrar crível e persuadir o maior número de indivíduos de que ele partilha certos valores. É o que coloca a instância política na perspectiva de ter que articular opiniões a fim de estabelecer um consenso. Ela deve, portanto, fazer prova da persuasão para desempenhar esse duplo papel de representante e de fiador do bem-estar social. O político encontra-se em dupla posição, pois, por um lado, deve convencer todos da pertinência de seu projeto político e, por outro, deve fazer o maior número de cidadãos aderirem a esses valores. Ele deve inscrever seu projeto na “longevidade de uma ordem social”, que depende dos valores transcendentais fundados historicamente. Ao mesmo tempo, ele deve se inscrever na volátil regulação das relações entre o povo e seus representantes. O político deve, portanto, construir para si uma dupla identidade discursiva; uma que corresponda ao conceito político, enquanto lugar de constituição de um pensamento sobre a vida dos homens em sociedade; outra que corresponda à prática política, lugar das estratégias da gestão do poder: o primeiro constitui o que anteriormente chamamos de posicionamento ideológico do sujeito do discurso; a segunda constrói a posição do sujeito no processo comunicativo. Nessas condições, compreende-se que o que caracteriza essa identidade discursiva seja um *Eu-nós*, uma identidade do singular-coletivo. O político, em sua singularidade, fala para todos como portador de valores transcendentais: ele é a voz de todos na sua voz, ao mesmo tempo em que se dirige a todos como se fosse apenas o porta-voz de um *Terceiro*, enunciador de um ideal social. Ele estabelece uma espécie de pacto de aliança entre estes três tipos de voz – a voz do *Terceiro*, a voz do *Eu*, a voz do *Tu-todos* – que terminam por se fundir em um corpo social abstrato, freqüentemente expresso por um *Nós* que desempenha o papel de guia (‘Nós não podemos aceitar que sejam ultrajados os direitos legítimos do indivíduo’). Nesse aspecto, as instâncias dos discursos político e religioso têm qualquer coisa em comum: o representante de uma instituição de poder e o representante de uma instituição religiosa supostamente ocupam uma posição intermediária entre uma voz-terceira da ordem do

---

<sup>113</sup> IORIO FILHO, Rafael Mario. **A temporalidade na argumentação e seu reflexo na fundamentação dos direitos humanos**. 2005. Dissertação (Mestrado) -- Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005. p. 723-726, passim.

<sup>114</sup> CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso político**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 79-81.

sagrado (voz de um deus social ou de um deus divino) e o povo (povo da Terra ou povo de Deus). Em contrapartida, vêem-se no que diferem, apesar do que dizem alguns, as instâncias política e publicitária. As duas são provedoras de um sonho (coletivo ou individual), mas a primeira está associada ao destinatário-cidadão e constrói o sonho (um ideal social) com ele, e uma espécie de pacto aliança ('Nós, juntos, construiremos uma sociedade mais justa'), enquanto a segunda permanece exterior ao destinatário-consumidor ao qual ela oferece um sonho supostamente desejado por ele (singularidade do desejo): o destinatário-consumidor é o agente de uma busca pessoal (ser belo, sedutor, diferente ou estar na moda) e de forma alguma coletiva. É preciso, portanto, que o político saiba inspirar confiança, admiração, isto é, que saiba aderir à imagem ideal do chefe que se encontra no imaginário coletivo dos sentimentos e das emoções.

Tendo em vista que o “político” trata das implicações descritas acima por Charaudeau, podemos afirmar que este “político” se concretiza na lei, e na aplicação da lei pelo juiz. Persiste na decisão judicial o seu fundo político. Os magistrados, assim, dão concretude à política. A decisão torna viva a política pela sua concretude.

A *retórica* além de ser a arte da persuasão pelo discurso; é também a teoria e o ensinamento dos recursos verbais – da linguagem escrita ou oral – que tornam um discurso persuasivo para seu receptor. Segundo Aristóteles, a função da *retórica* não seria “somente persuadir, mas ver o que cada caso comporta de persuasivo”<sup>115</sup>.

Diferente realidade teríamos, então, com a retórica perelmaniana (Nova Retórica) que valoriza não só o estudo da lógica argumentativa e da estrutura dos raciocínios, mas igualmente traz um aporte ético próprio dos valores democráticos da tolerância, desenvolvendo uma técnica argumentativa hábil em substituir a violência. Perelman destaca que a argumentação sempre se dirige a alguém: um indivíduo, um grupo ou uma multidão, conjunto de receptores, designado pelo conceito de “auditório”. Um auditório tem sempre como característica ser particular, ou seja, ser diferente em razão de suas competências, crenças, emoções ou pontos de vistas.

O terceiro *topos* situa-se nas influências do discurso sobre as instituições, que formam uma cultura jurídica, isto é, o discurso jurídico que não se mantém fechado no campo jurídico, mas influencia todas as instituições culturais. Este lugar da produção do discurso estabelece as relações entre os atores de dentro do campo

---

<sup>115</sup> ARISTÓTELES. “Nicomachean ethics/rhetoric”. In: ARISTÓTELES. **The works of Aristotle**. Tradução Benjamin Jowett. Chicago: University of Chicago, 1952. v. 2, p. I, 2,135 a-b.

e os de fora, revelando opiniões produtoras de conceitos que expandem a cultura relacionada a esse tipo de discurso.

Para fins desta tese de doutorado estamos considerando as expressões *justificação*<sup>116</sup> e *legitimação* como sinônimas, pois, a partir da ótica daquele que enuncia o discurso (enunciador- Presidentes do Supremo Tribunal Federal), estes termos significariam a ação de articular estratégias simbólicas de poder que demonstrariam serem os comandos ou visadas do enunciador não arbitrárias, ou seja, reconhecidas como não arbitrárias, motivadas.

Os elementos que sustentam a legitimação do Supremo Tribunal Federal poderiam ser classificados por três ordens de legitimação simbólica que estruturam o *habitus* do campo jurídico: 1) a crença na lei como ato emanado de autoridade competente; 2) o Supremo Tribunal Federal como guardião dos valores democráticos e; 3) a crença da decisão judicial construída pelo debate do contraditório<sup>117</sup>.

A primeira ordem, a crença na lei como ato emanado de autoridade competente, se traduz na sinonímia entre legalidade e legitimidade.

---

<sup>116</sup> Quanto aos elementos de justificação do discurso político, interessante a leitura do seguinte trecho: “No campo político, a credibilidade dos autores é freqüentemente afetada tanto por fatos que contradizem as intenções declaradas, quanto, como afirmado, por adversários que não se furtam a questioná-la. O político é, então, levado a produzir um discurso de justificação de seus atos ou a emitir declarações para se inocentar das críticas ou das acusações que lhes são dirigidas. Isso pode ser feito *a priori*, por antecipação, ou *a posteriori*. Entretanto, essa atitude não é muito confortável e a escolha do tipo de justificação não é fácil. De fato, o sujeito que se justifica reconhece assim a existência da crítica ou da acusação – se não, porque não responder? – e do mesmo modo reconhece o adversário que o critica a justificação não é propriamente uma confissão, mas ela acaba reforçando a idéia de que efetivamente foram cometidos uma falta, um erro, uma infração. Acusado, criticado, o político encontra-se diante de um dilema, pois não se justificar pode levar a crer que não há defesa possível para a acusação, mas justificar-se faz pairar sobre ele a sombra da dúvida ou da incerteza. Ademais, cada uma dessas atitudes pode acarretar efeitos colaterais mais ou menos positivos: não responder pode produzir um efeito de inocência (não se sentir visado), de sabedoria (não polemizar, não manter uma querela estéril) ou, ao contrário, de desdém (não se rebaixar a replicar); justificar-se pode produzir um efeito contra produtivo de fraqueza. O discurso de justificação equivale a navegar entre a intenção e o resultado. Ele é o contrapeso à crítica que o provocou. Efetivamente, a crítica pode dizer respeito tanto aos motivos que levaram à ação, e então o ataque visa à intenção do sujeito, quando ao resultado da ação, e então é sua falta de competência que é atacada. No primeiro caso, o sujeito pode defender-se argumentando que sua ação é legítima apesar do resultado obtido, sempre reconhecendo que este não corresponde ao projeto inicial. Ele alegará que toda ação comporta aspectos imponderáveis ou efeitos perversos não previsíveis: a intenção era boa, mas ninguém podia prever totalmente as conseqüências; em todo caso, é melhor agir do que nada fazer. No segundo caso, ele pode contestar que o resultado tenha sido negativo e reconhecer a uma explicação qualquer sem deixar de reconhecer os limites dos resultados obtidos e mostrar o lado positivo: um resultado modesto é melhor do que resultado algum.” AUDEAU, Patrick. **Discurso político**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 126:

<sup>117</sup> Esses seriam os principais elementos de justificação ou legitimação apresentados pelo *habitus* do campo jurídico para as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Como o Supremo Tribunal Federal é uma Corte estabelecida pelo poder constituinte originário exercido por representantes do povo na Lei Maior de 1988, os atos emanados seriam legítimos porque legais, porque provenientes de uma autoridade competente. Este é o argumento justificador.

A segunda ordem, o Supremo Tribunal Federal como guardião dos valores democráticos, se sustenta no *topos* argumentativo de que a vontade do legislador constituinte ao estabelecer, em uma Constituição que se pretende em bases democráticas e cidadãs (art. 1º da CRFB/88)<sup>118</sup>, que o Supremo Tribunal Federal é o seu guardião (art. 102 da CRFB/88)<sup>119</sup>, ele se tornaria o defensor dos valores democráticos e contramajoritários. Um verdadeiro árbitro da sociedade que exerceria um poder moderador frente aos desmandos e desequilíbrios entre os demais poderes pelos faccionismos majoritários. Logo, suas decisões seriam legítimas porque democráticas, porque representativas dos valores da cidadania.

Finalmente, a terceira ordem, a crença da decisão judicial construída pelo debate do contraditório, se estabelece sob um argumento que estrutura a própria forma de pensar a aplicação do direito no Brasil, a lógica do contraditório.

Acredita-se que essa dialética infinita, que perpassa as discussões jurídicas brasileiras e, como tal, do Supremo Tribunal Federal, seja democrática, tolerante e construtora de verdades, pois, se estaria dando oportunidades iguais de todos que estivessem participando da ação comunicativa falar.

A compreensão do contraditório como consequência do princípio democrático no processo é uma falácia clara, pois se não há formação de consensos ou esta busca, não há diálogo argumentativo que visasse convencer a toda sociedade interessada na decisão judicial, e sim, *contradicta*, imposição clara de vontade de um (vencedor) a outro (perdedor). Este panorama na visão de Chaïm Perelman estaria atrelado ao *modus operandi* da persuasão e não da argumentação.

---

<sup>118</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

<sup>119</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

Como pode-se depreender da discussão deste exemplo da terceira ordem de legitimação, existem contradições e confusões na articulação desses símbolos de legitimação por parte do campo jurídico brasileiro que iremos explicitar quando da análise do discurso das decisões do Supremo Tribunal Federal.

#### 4 ANÁLISE DA JUSFUNDAMENTALIDADE MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A proposta deste capítulo é analisar a questão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais em tempos de globalização da economia e tentativa de neutralização axiológica da Constituição.

Será conferido especial enfoque à efetividade dos direitos sociais, insculpidos sob a forma de princípios jurídicos, tendo em vista o movimento neoconstitucionalista inerente à evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, notadamente a garantia de vida digna para todos.

Para tanto, será examinado, inicialmente, o perfil de evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, desde sua fase de afirmação jusfilosófica com os grandes teóricos do contratualismo (Hobbes, Locke e Rousseau) até a fase atual denominada de fase de proteção metaconstitucional dos direitos humanos, tese defendida no Brasil por Vicente de Paulo Barretto.

Em linhas gerais, o presente capítulo colima estudar o papel do poder judiciário na garantia dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde. Com efeito, tal garantia é materializada pelo ativismo judicial, cuja legitimação democrática é haurida da busca de plena efetividade dos direitos fundamentais diante da omissão inconstitucional do poder legislativo.

O ativismo judicial traz como reflexo a revitalizante discussão acerca do princípio da separação de poderes, um dos pilares de sustentabilidade do estado de direito contemporâneo. Assim, a proposta é focar o papel do poder judiciário dentro deste movimento neoconstitucionalista, que teve seu marco inicial em 1945, no segundo pós-guerra e que é fruto de um novo pensar hermenêutico focado na reaproximação entre ética e direito, bem como na inserção axiológico-normativa do poder judiciário na esfera de atuação discricionária do legislador democrático. Trata-se, com rigor, da análise do embate entre a política e o direito travado no âmbito do estado democrático de direito. Seria o direito a continuação da política por outros meios?

Nesse sentido, é importante salientar desde logo – em companhia de Martin Loughlin - que o debate envolvendo a questão das relações entre o direito e a política tornou-se ele próprio politizado. Vale dizer, nas palavras do autor, “*there is a tendency either to treat Law as an exercise in ethical reasoning which is placed*

*categorially above “mere” politics or, alternatively, as the continuation of politics by other means”.*<sup>120</sup>

Daí a relevância da diferenciação entre os conceitos de ativismo judicial, judicialização da política, decisionismo judicial e invasão de competências do legislador democrático. De fato, é o pensamento neoconstitucionalista com esboço na dogmática pós-positivista que reage ao discurso positivista, uma era marcada pela lógica liberal de descartabilidade da pessoa humana. Sem nenhuma dúvida, o legado do liberalismo foi condicionar a titularidade de direitos meramente negativos e absenteístas dentro de um cenário de não intervenção estatal nas relações jurídicas privadas.

Tal paradigma era desprovido de qualquer referencial ético em prol da pureza científica. Se o fim da 1ª Guerra Mundial significou a ruptura com a hegemonia da democracia liberal, o segundo pós-Guerra marcou a era da confrontação ideológica envolvendo o *estado legislativo liberal* de direito e o *estado executivo welfarista de direito*.

Somente, em 1989, com a queda do muro de Berlim, inicia-se com maior intensidade o processo de mitigação dos direitos sociais dentro de um projeto neoliberal mais amplo de reconstrução dos direitos humanos com base na revitalização dos direitos negativos de primeira dimensão. É o fim da história, uma nova era de vitória do capitalismo liberal e de universalização dos valores norte-americanos.

Assim, fica evidente que o *estado neoliberal de direito* tenta introduzir uma concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pelo retorno ao arquétipo constitucional pré-weimariano, focado no binômio “estatalidade mínima-direitos negativos de defesa”. *Estatalidade mínima* porque clama pela desregulamentação das relações jurídicas privadas sem a intervenção estatal, sob a crença de que o livre mercado é o requisito único para a garantia de competitividade e desenvolvimento do estado pós-moderno. *Direitos negativos de defesa* porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a implantação do projeto epistemológico neoliberal, cuja linha dominante é a redução das despesas públicas com viés social e a neutralização axiológica dos direitos sociais.

---

<sup>120</sup> LOUGHLIN, Martin. **Sword & scales**: An examination of the relationship between law & politics. Oxford – Portland Oregon: Hart publishing, 2000. preface.

É nesse diapasão que desponta o tão propalado “Consenso de Washington” e sua agenda de desregulamentação estatal que comporta, dentre outros, imperativos jurídico-políticos focados no rigor fiscal, livre câmbio, privatização de empresas estatais, flexibilização das leis trabalhistas, eliminação do déficit público, reforma tributária, abertura de mercado, redução de gastos sociais etc. No dizer de Flávia Piovesan:

Esse consenso estimula a transnacionalização dos mercados e a privatização do Estado, condenando os tributos progressivos e os gastos sociais, em prol da austeridade monetária. Pesquisas demonstram que o processo de globalização econômica tem agravado o dualismo econômico e estrutural da realidade latino-americana, com o aumento das desigualdades sociais e do desemprego, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social.<sup>121</sup>

Na mesma linha de raciocínio, a visão de Vicente de Paulo Barretto quando destaca a voz uníssona neoliberal do projeto hegemônico norte-americano de poder (*pax americana*) que se espraia na direção da periferia do sistema mundial sob a égide do Consenso de Washington, na tentativa de impor um projeto nacional de poder político-econômico como se fosse um modelo universal globalizante. Vale, pois reproduzir suas palavras:

Nesse sentido, a proposta central da *Pax Americana*, que se expressa do ponto de vista econômico e social pelo Consenso de Washington, onde o ‘capitalismo democrático’ torna-se o sistema ideal a ser instrumentalizado através do livre mercado global, como seu mecanismo, é contraditória, pois pretende transferir para o âmbito universal uma forma nacional, no caso o modelo norte-americano, de ordem política e sistema econômico. Essa globalização forçada, que nega precisamente as possibilidades de uma ordem universal, transforma o processo de globalização na imposição de um sistema econômico específico.<sup>122</sup>

De fato, pode-se afirmar que o projeto neoliberal estadunidense busca deslocar a abertura mundial do comércio para a centralidade da pauta de discussão da comunidade internacional. Fortalece-se, destarte, na sua esteira epistemológica, a ideia-força internacionalizante de relativização da soberania absoluta do Estado

<sup>121</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, DF, ano 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. 2000. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15\\_07.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

<sup>122</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.



nacional, onde o discurso da proteção dos direitos humanos e do meio ambiente é usado para reduzir a intervenção estatal no domínio jusprivatista.

Em consequência, o Estado deve se restringir à garantia das liberdades individuais dentro de uma ordem jurídica desregulamentada sem intervenções no plano dos negócios privados. Opera-se aqui a passagem de uma era político-ideológica (época da Guerra Fria) para uma era econômico-comercial (mundo pós-moderno globalizante).

Em síntese, cristaliza-se a ideia de soberania mitigada dentro de uma ordem universal liberal, de abertura mundial do comércio e de responsabilização internacional do Estado nacional, quando violar direitos humanos e o meio ambiente. Como bem observa Kathryn Sikkink:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados. [...] Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional.<sup>123</sup>

Dessarte, é inegável a mitigação da antiga doutrina da soberania absoluta, tal qual concebida por Jean Bodin<sup>124</sup> e que gestou o modelo westphaliano de Estado em 1648. Porém, é preciso repensar a questão da soberania com visão mais ampla voltada para a proteção dos direitos sociais e dos hipossuficientes, notadamente nos países de modernidade tardia.

Não convém embarcar na onda neoliberal, cuja dinâmica aposta na flexibilização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, especialmente os

<sup>123</sup> SIKKINK, kathryn. **Human rights, principle issue-networks, and sovereignty in Latin America**, In: INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, Massachusetts: IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993. p. 413 e 441.

<sup>124</sup> Nesse diapasão, MORAIS, José Luiz Bolzan de: "Tendo emergido como uma característica fundamental do Estado Moderno, a soberania é tratada teoricamente por primeira vez em *Les Six Livres de la République* de Jean Bodin, no ano de 1576. Antes disso, a construção deste conceito vem-se formando, embora não apareça, ainda, permeada pela idéia que lhe será fundante, como poder supremo, o que irá acontecer já no final da Idade Média, quando a supremacia da monarquia já não encontra poder paralelo que lhe faça sombra - o rei tornara-se, então, detentor de uma vontade incontrastada em face de outros poderes, ou melhor, de outros poderosos, e.g., os barões ou os senhores feudais nos limites de suas propriedades. Ou seja, deixa de existir uma concorrência entre poderes distintos, e ocorre uma conjugação dos mesmos em mãos da monarquia, do rei, do soberano. Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado**. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

direitos sociais e trabalhistas. A lógica neoliberal é enfatizar os direitos individuais sob uma nova uma dimensão de soberania universal, retirando da jurisdição nacional a intervenção no domínio privado. Nesse sentido, precisa a lição de Vicente Barretto quando destaca que se torna “necessário avaliar a função da ideia de sociedade cosmopolita, de cidadania cosmopolita e de direito cosmopolítico”.<sup>125</sup>

Há que se reconhecer que o contexto internacional pós-moderno é favorável à cooperação internacional. Não se refuta aqui o amplo campo de reflexões a fazer, no entanto, é possível diagnosticar a possibilidade de implementação do projeto epistemológico metaconstitucional (Vicente Barretto), calcado na cidadania cosmopolita.

Em termos de evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, urge não se deixar seduzir pela força desregulamentadora do pensamento neoliberal, cuja construção epistemológica, dotada de lógica inexorável, faz uso do discurso idealista-kantiano de internacionalização da proteção dos direitos humanos, para encobrir interesses maquiavélico-hobbesianos de manutenção de estruturas hegemônicas de poder no âmbito do sistema internacional.

Portanto, é imperioso compreender todo o lento processo de evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, desde os primórdios da fase de afirmação do direito natural, com as correntes contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau, perpassando-se pelo constitucionalismo da modernidade e os regimes de proteção da democracia liberal e da social democracia, até, finalmente, chegar-se à pós-modernidade do tempo presente, onde se desenvolve a oposição entre o projeto neoliberal de *pax americana* e o projeto epistemológico cosmopolita de cunho metaconstitucional.

É por isso que, em seguida, será examinada a fundamentação ética dos direitos humanos, desde a fase de afirmação da doutrina do direito natural até os dias de hoje.

Pretende-se, portanto, investigar a relação biunívoca entre regime jurídico de proteção dos direitos humanos e paradigma estatal, de modo a desvelar os elementos teórico-conceituais que consubstanciam a passagem do Estado-Polícia para o Estado-Providência e, mais recentemente, deste para o Estado-Neoliberal ou para o Estado-Cosmopolita de inspiração kantiana.

---

<sup>125</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.

#### 4.1 Fundamentação Ética dos Direitos Humanos

O objetivo desta segmentação temática é mostrar o perfil de evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, desde a fase de afirmação dos direitos naturais até o tempo presente.

Nesse passo, enceta-se o estudo com a análise do pensamento dos filósofos contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) e suas contribuições para o aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos.

Em seguida, a ideia é perquirir os paradigmas constitucionais da modernidade e seus respectivos regimes de proteção dos direitos humanos. Neste mister, outro caminho não se terá senão o de interligar a teoria dimensional dos direitos fundamentais e os dois modelos de Estado de Direito da modernidade: Estado liberal de Direito e Estado social de Direito.

Finalmente, o regime contemporâneo de proteção dos direitos humanos atrelado a um novo cenário internacional globalizante e pós-Guerra Fria, paradigma ainda em construção e sem contornos bem delineados no que tange à superação de um direito internacional hegemônico (*pax americana*) ou à implantação de uma ordem jurídica internacional cosmopolita (projeto metaconstitucional dos direitos humanos).

Com efeito, como já visto alhures, a reconfiguração da ordem mundial do terceiro milênio é complexa, na medida em que envolve um processo de globalização neodarwinista, que não tem se mostrado benigno para os países de modernidade tardia. Ao revés, as fragilidades do *État-Providence* são ressaltadas pelo pensamento neoliberal, gestando um quadro de desconstrução dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

É nesse sentido que cabe então questionar: qual o nível de proteção dos direitos sociais que o Estado pós-moderno neoliberal pode proporcionar ao cidadão comum?

Quais são as consequências para os hipossuficientes decorrentes da relativização do conceito de soberania e da aceleração do processo de globalização da economia?

É possível superar a *pax americana* vinculada a um projeto de viés econômico do neoliberalismo (neocapitalismo) a partir de um projeto epistemológico metaconstitucional de viés cosmopolita?

Enfim, é este o objetivo desta parte do presente trabalho acadêmico, qual seja analisar o perfil de evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, desde a fase de afirmação dos direitos naturais até a fase atual de consolidação dos direitos metaconstitucionais cosmopolitas.

#### 4.1.1 A Fase de Afirmação dos Direitos Naturais

Em linhas gerais, é possível traçar a evolução da proteção jurídica dos direitos humanos a partir de sua correlação com os diferentes paradigmas estatais existentes (Estado absoluto - Estado liberal - Estado social - Estado pós-moderno).

Tal paralelismo tem o condão de acoplar as fases de evolução da proteção dos direitos humanos (fase filosófica de afirmação dos direitos naturais - fase moderna de constitucionalização dos direitos fundamentais - fase pós-moderna de metaconstitucionalização dos direitos cosmopolitas) com os paradigmas estatais já citados acima. Existe, pois, uma matriz de impactos cruzados que faz a conexão entre o constitucionalismo democrático e o sistema de proteção dos direitos humanos.

Assim sendo, a primeira inter-relação a ser feita é entre o Estado absoluto (um Estado de não-direito) e a fase filosófica de afirmação dos direitos naturais. Pode-se aqui falar em um certo *pré-constitucionalismo jusnaturalista*, fase na qual a proteção dos direitos humanos ainda não tinha dimensão jurídica, mas tão somente respaldo filosófico advindo da teorização dos filósofos contratualistas clássicos.

Isso significa dizer que durante a fase de afirmação dos direitos naturais ainda não se podia falar em constitucionalismo democrático e em Estado de Direito limitado pela supremacia de uma Constituição escrita e possuinte de um catálogo de direitos humanos colocados acima das próprias razões de Estado. Ou seja, a fase de elaboração da doutrina do direito natural é a gênese da proteção filosófica dos direitos humanos, mas ainda não garante a proteção jurídica de tais direitos.

Tal proteção jurídica somente será alcançada com a fase de constitucionalização dos direitos fundamentais que nasce com a Revolução francesa de 1789, evento inaugural do constitucionalismo liberal e do Estado de Direito garantidor da primeira dimensão de direitos civis e políticos.

É bem de ver, pois, que o nível de proteção dos direitos humanos no âmbito do Estado absoluto é meramente filosófico, sem laivos de juridicidade. Para garantir

patamar jurídico para a proteção dos direitos do homem, a estatalidade moderna levará mais de 140 anos, vale explicitar de 1648 (nascimento do Estado moderno) até 1789, data da revolução burguesa, em França.

Portanto, é lícito fazer coincidir a fase de afirmação do direito natural com o surgimento do Estado moderno, cuja linhagem inaugural é absolutista. Realmente, por mais paradoxal que possa parecer não se pode olvidar que será durante o absolutismo estatal que as doutrinas contratualistas do direito natural começarão a florescer, inicialmente com Thomas Hobbes,<sup>126</sup> e, na sequência, com John Locke<sup>127</sup> e Jean-Jacques Rousseau<sup>128</sup>.

Eis aqui registrada, com clareza meridiana, a biunivocidade entre Estado de não-direito e pré-constitucionalismo jusnaturalista; a interpenetração entre Estado nacional de soberania absoluta e inexistência de regime jurídico de proteção dos direitos do homem; a conexão temporal entre absolutismo estatal e contratualismo jusnaturalista. Em suma, é preciso, pois, compreender o ciclo estatal absolutista, que nasce, em 1648, com a Paz de Westfália e fenece, em 1789, com a Revolução francesa e cujo sepultamento traz a lume o constitucionalismo democrático liberal.

Na verdade, tudo o que foi analisado até aqui serve para introduzir a questão mais importante da fase filosófica de evolução dos direitos humanos, qual seja, é a fase de elaboração das doutrinas contratualistas do direito natural que afasta a concepção aristotélico-tomista de supremacia da lei divina sobre a lei humana.

Assim, é bem de ver que o contratualismo jurídico tem o condão de requalificar o conceito de direitos naturais do homem, afastando-o, por via de consequência, de sua origem divina. Enceta-se nesta fase a ideia-força de que a proteção dos direitos naturais deve ser objeto de juridicização a partir da necessidade de legitimação dos atos do Estado.

Até mesmo Thomas Hobbes, que como veremos em seguida, justifica o absolutismo estatal, sistematiza a legitimação dos atos soberanos do Estado através da superação do caos do estado de natureza.

O apelo a esta qualificação do conceito de direitos naturais do homem - a legitimidade democrática dos atos estatais - decorreu da evidência de que tais direitos se encontram em nível acima do próprio Estado, reconhecido como poder

---

<sup>126</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil**. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

<sup>127</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

<sup>128</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1971.

comum com aptidão para resolver os conflitos no âmbito da sociedade. Desse modo, para que o estado societal se estabeleça, não há escolha: a via única é o respeito a um contrato social no qual os atos estatais serão legitimados democraticamente.

Assim, considerado numa perspectiva epistemológica autônoma, o pensamento dos grandes filósofos do contratualismo jurídico, notadamente, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, possibilitou a superação das doutrinas teocráticas do poder divino dos reis, substituindo-as pelas construções filosóficas do contrato social como origem da sociedade.

Com isso, as correntes do contratualismo jurídico fizeram avançar cientificamente o conceito de direitos naturais do homem, muito especialmente pelo elo que criaram com as teorias democráticas da origem do poder, ou seja, o critério fundante das ações estatais passou a ser o próprio homem através de um acordo de vontades. Nesse sentido, a constituição de uma sociedade política propriamente dita seria fruto de um pacto de vontade entre indivíduos dotados de igual condição jurídica.

Fábio Konder Comparato mostra a influência da teoria do contrato social sobre os peregrinos do *Mayflower* desde o início do processo de colonização nos Estados Unidos, desenvolvida sob os influxos do princípio do poder político consentido, da ideia de *government by consent*:

A igualdade essencial de condição jurídica do indivíduo foi bem marcada, desde o início da colonização, no acordo celebrado pelos peregrinos do *Mayflower* (o chamado *Mayflower Compact*), em 1620. Vale a pena transcrever esse protodocumento da independência americana, porque ele ilustra de maneira singular a teoria do contrato social como fundamento de todas as instituições políticas, tal como foi exposta e desenvolvida, sucessivamente, por Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e, sobretudo, Jean-Jacques Rousseau; ou seja, a ideia de que toda sociedade política autêntica é fruto de um acordo de vontades. [...] As duas outras grandes características culturais da sociedade norte-americana decorreram naturalmente dessa cidadania igualitária: a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular (*government by consent*).<sup>129</sup>

De tudo se vê a relevância do consenso contratualista como condição de possibilidade da formação da sociedade política autêntica, vale dizer, na companhia

---

<sup>129</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

de Lenio Streck “o contrato clássico aparece como instrumento de legitimação do Estado - já existente - e a base sistemática de construção do sistema jurídico”.<sup>130</sup>

Em linhas gerais, a doutrina contratualista é inaugurada com a visão do Estado leviatã hobbesiano todo-poderoso que é capaz de neutralizar o caos do estado de natureza e gerar sua contraface - o estado civil - plena de paz e segurança.

Com efeito, Thomas Hobbes foi o primeiro grande teorizador de uma doutrina do direito natural com consistência metodológico-conceitual capaz de reagir à ideia de *poder originário supra-humano*. Para Hobbes, o conceito de Estado enquanto sociedade política nasce de um acordo de vontades celebrado pelos cidadãos que reconhecem a cessão de seus direitos naturais a um poder comum superior, a cuja autoridade passam a respeitar, sem qualquer tipo de contestação. Trata-se, portanto, de um pacto de submissão.

Com isso a teorização de Hobbes começa a afirmar cientificamente os direitos naturais e, o que é mais importante, cria as bases de oposição à *concepção aristotélico-tomista do Estado*, seja pela rejeição da ideia de formação natural do Estado (concepção de Aristóteles que se baseia na crença de um impulso espontâneo da vontade humana para a cooperação e associação), seja pela negação do modelo tomista atinente à supremacia da autoridade espiritual sobre a autoridade terrena (pensamento de Santo Tomás de Aquino que nega a qualidade de direito para a lei terrena injusta que é contrária à lei divina).<sup>131</sup>

E assim é que, ao idealizar o caos do estado de natureza, a guerra de todos contra todos, Hobbes fixa uma concepção democrática de inspiração jusnaturalista, pois, cria o paradigma contratual centrado no elemento humano, o pacto de submissão, que desagua na formação do Estado-Leviatã, único capaz de gerar paz e segurança no estado societal.

Na verdade, eis aqui a essência democrática da obra hobbesiana, qual seja, o pacto de submissão é um ato de transferência de direitos inerentes ao homem. A

---

<sup>130</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-30.

<sup>131</sup> Nesse sentido, VASCONCELOS, Arnaldo, *in verbis*: “A partir do confronto com a doutrina oposta de Santo Isidoro de Sevilha, Tomás de Aquino estabelece a possibilidade da lei injusta, porque ela “não é direito mesmo” (*lex non est ipsum ius*), mas não pode cogitar nunca do Direito injusto, dado que “o justo (é) o mesmo que o Direito” (*iustum sit idem quod ius*). VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29.

passagem do estado de natureza (caos) para o estado societal (Estado) depende exclusivamente dos direitos naturais do homem.

Entretanto, sem embargo de seu perfil democrático em relação à origem do poder político, o fato é que a tese hobbesiana serviu para consolidar as tendências absolutistas do Estado moderno pós-feudal, ou seja, as leis do Estado-leviatã, por mais injustas que fossem, ainda assim deveriam ser obedecidas pelos súditos porque melhores que o caos do estado de natureza.

Assim, no pensamento contratualista hobbesiano, o homem em seu estado de natureza não tinha como chegar à paz e à segurança, necessitava, pois, do Estado forte (poder comum) fazendo as vezes do Leviatã, o Deus mortal, o único capaz de superar o caos da guerra de todos contra todos. Portanto, o Estado leviatã seria o instrumento que afasta o medo e a guerra, seria a forma exclusiva de obter paz e segurança. A sociedade nasce com o Estado, ou seja, não existe primeiro a sociedade e depois o Estado, logo, o poder governante não pode sofrer qualquer tipo de limitação. Com isso Hobbes justifica o nascente Estado absoluto.

No dizer de Richard Tuck, professor da Universidade de Harvard e um dos maiores especialistas da obra de Hobbes, tem-se que:

Não há dúvida de que o quadro que Hobbes pintou das relações entre cidadão e soberano na sociedade civil é estranho e desconcertante. Seu cidadão ideal, como o sábio de uma filosofia mais antiga, tornara-se um homem sem crença e paixão, aceitando as leis de seu soberano como a única ‘medida das boas e das más ações’ e tratando-as como ‘a consciência pública’ que deveria substituir totalmente a sua própria.<sup>132</sup>

E mais adianta arremata o doutrinador de Harvard asseverando a dimensão liberal da obra de Hobbes, *verbis*:

Mas no caso de Hobbes, nem sempre fica claro que sua teoria aponta de modo inequívoco na direção da tirania; muitas vezes Hobbes foi lido como um autor surpreendentemente liberal. A interpretação liberal de Hobbes começa com sua teoria do soberano como *representante* dos cidadãos. Em *Leviatã* Hobbes descreveu essa relação da seguinte maneira: no estado de natureza, os futuros cidadãos devem ‘designar um homem ou uma assembleia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele

---

<sup>132</sup> TUCK, Richard (Org.) **Thomas Hobbes**: Leviatã. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 200. p. xl.



que assim é portador sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo suas vontades à vontade dele, e às suas decisões à sua decisão'. Nessa passagem, Hobbes usa deliberadamente a linguagem que também costumava ser usada por aqueles teóricos que pretendiam limitar os poderes dos soberanos, ou até instituir governos quase republicanos. A ideia de que um soberano 'porta as pessoas' de seus cidadãos é, por exemplo, uma alusão a uma passagem do *De Officiis* de Cícero (1.124), em que Cícero, um entusiasta da república romana.<sup>133</sup>

Sem embargo da força argumentativa de Richard Tuck, o fato é que o Estado leviatã hobbesiano é vislumbrado como um "estado de não-direito", um modelo de Estado que não reconhece o direito de resistência ou de revolução, o que evidentemente o caracteriza como um Estado absolutista, sem garantia de direitos fundamentais.

Totalmente diferente é a linha de pensamento de John Locke surgida mais de quarenta anos depois (1692). Para este autor, o paradigma contratual não poderia se pautar no *pacto de submissão* hobbesiano, mas, sim, no *pacto de consentimento* que legitima a ação do Governo Civil, porém com o único fito de assegurar as liberdades individuais do cidadão, garantido-lhe seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Como bem destaca Norberto Bobbio, o estado de natureza de Locke difere frontalmente de outros filósofos, *verbis*:

No estado de natureza, para Lucrécio, os homens viviam *more ferarum* (como animais): para Cícero, in *agris bestiarum modo vagabantur* (vagavam pelos campos como animais); e, ainda para Hobbes, comportavam-se, nesse estado natural, uns contra os outros, como lobos. Ao contrário, Locke - que foi o principal inspirador dos primeiros legisladores dos direitos do homem - começa o capítulo sobre o estado de natureza com as seguintes palavras: 'Para entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar em que estado se encontram naturalmente todos os homens; e esse é um estado da perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei de natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro'.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> TUCK, Richard (Org.) **Thomas Hobbes**: Leviatã. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. xl.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 75.

E, na sequência, esclarece Bobbio:

No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por 'igualdade' se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que 'todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos', afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: 'os homens têm igual direito à liberdade', 'os homens têm direito a uma igual liberdade'.<sup>135</sup>

Surge daí, portanto, o direito de resistência que no entender do próprio John Locke era um *instrumento político de aperfeiçoamento do Estado*. Dessarte, resta patente que o direito de resistência atua como limites do poder estatal, seja no caso de tirania por abuso do poder executivo, seja no caso violação por parte do poder legislativo. Para Locke, realiza injustiça quem oprime os súditos e não estes quando se rebelam contra um poder abusivo. Isso significa dizer que o pacto social é revogável, na medida em que existe o direito de revogação do mandatário infiel.<sup>136</sup>

Nesta mesma linha argumentativa do direito de resistência, destaca-se mais uma vez a lição de Bobbio quando ressalta que:

é ponto pacífico que, também por trás da afirmação do direito de resistência, estava o pensamento de Locke, embora essa afirmação fosse muito antiga. Tendo dito que a razão pela qual os homens entram em sociedade é a conservação de suas propriedades, bem como de suas liberdades, Locke deduzia disso que, quando o governo viola esses direitos, põem-se em estado de guerra contra seu povo, o qual, a partir desse momento, está desvinculado de qualquer dever de obediência.<sup>137</sup>

De observar-se, por via de consequência, que o conceito de direito de resistência da obra de Locke é a pedra angular da evolução histórica dos direitos

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 85.

<sup>136</sup> Nesse passo, a lição de COSTA, Nelson Nery, *in verbis*: "A consequência lógica da afirmação dos limites do poder estatal era o direito de resistência. Coerente com suas premissas, LOCKE era defensor ativo de tal direito. Ele admitia o direito de resistência fosse ao abuso do poder executivo no caso de tirania, fosse à violação dos limites por parte do poder legislativo. [...]. LOCKE atribuía ao direito de resistência a qualidade de instrumento político de aperfeiçoamento do Estado". COSTA, Nelson Nery. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 114-115.

<sup>137</sup> BOBBIO, op. cit., p. 109.

humanos; eis que inova a ciência jurídica dada, na medida em que reconhece ao cidadão comum a prerrogativa de resistir às autoridades tirânicas.

Ou seja, atingido o *ponto de não direito*, abre-se a perspectiva de aplicação do direito de resistência, pois, o pacto de consentimento de John Locke não pressupõe a cessão de direitos naturais ao Estado, mas, tão somente a legitimação para o governo civil cuidar das liberdades individuais, aí incluídos os direitos civis e políticos do cidadão comum.

Ao revés, por se tratar de um estado de liberdade e igualdade, o cidadão permanece com seus direitos naturais, que atuam como verdadeiros limites ao poder estatal, cuja ação fica submetida ao direito de resistência. Por conta disso, as normas jurídicas positivadas pelo Estado não podem violar os direitos naturais não transferidos pelo pacto de consentimento.

Ou seja, o governo é criado livremente pelo povo com o intuito de garantir um núcleo central composto pelos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Tais direitos irão constituir o núcleo central daquilo que virá a ser a pedra angular do liberalismo democrático (vida-liberdade-propriedade).<sup>138</sup>

Com esse tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender o espírito que anima o paradigma contratual de John Locke, qual seja sufragar as liberdades individuais ante o arbítrio do poder estatal. No dizer de Eduardo Garcia de Enterría:

El pacto social de Locke es, por el contrario, un pactum libertatis, en el que los miembros del cuerpo social aportan su libertad, pero con un alcance parcial y limitado, con el fin de obtener precisamente la garantía de todo el grueso de la libertad personal que ellos se reservan, garantía que pasa a ser el objeto esencial de la comunidad política.<sup>139</sup>

Não há falar em direitos sociais ou em proteção dos hipossuficientes. Tal perspectiva somente vai ser alcançada com o pensamento contratualista de Jean-Jacques Rousseau e a sua defesa da democracia plebiscitária.

---

<sup>138</sup> “Os direitos naturais são, por conseguinte, limites à ação do estado, cuja validade independe de terem sido reconhecidos em textos jurídico-positivos. Por conta disso, as normas de direito positivo, com eles contrastantes, são consideradas inválidas. Direitos como a liberdade religiosa e a liberdade de pensamento viriam a conformar o núcleo central do ideário insurgente contra o estado absolutista”. SOUZA NETO, Cláudia Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

<sup>139</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 4, jan./mar. 2006.

Com efeito, a teorização do contrato social de Rousseau, terceira grande corrente do contratualismo jurídico é calcada na vontade geral, que, em essência, é uma vontade própria que não se confunde com a simples soma das vontades individuais, sendo, com rigor, sua síntese.<sup>140</sup>

Para além disso, o contrato social faz referência ao conceito de igualdade natural que por sua vez projeta a ideia de que o pacto rousseauiano visa a reduzir as desigualdades físicas, transformando-as em igualdades em direitos. Dalmo de Abreu Dallari em síntese da matéria preleciona, *verbis*:

Em resumo, verifica-se que várias das idéias que constituem a base do pensamento de Rousseau são hoje consideradas fundamentos da democracia. É o que se dá, por exemplo, com a afirmação da predominância da vontade popular, com o reconhecimento de uma liberdade natural e com a busca de igualdade, que se reflete, inclusive, na aceitação da vontade da maioria como critério para obrigar o todo, o que só se justifica se for acolhido o princípio de que todos os homens são iguais.<sup>141</sup>

Com isso, Rousseau é aquele que mais se aproxima do princípio democrático. Na verdade, a posição teorizante de Rousseau o coloca na vanguarda da defesa da democracia plebiscitária, vez que sua ideia de mandato imperativo classifica o representante político como mero comissionário do povo.

#### 4.1.2 A Fase de Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

Uma vez examinadas as correntes do contratualismo jurídico e sua importância no curso de evolução dos direitos humanos, vale agora iniciar o estudo da fase de constitucionalização dos direitos fundamentais.

Tal fase tem início com as revoluções liberais do século XVIII e chega ao seu final com o surgimento do constitucionalismo pós-moderno, por ocasião do fim da Guerra Fria. Assim, no campo teórico, é possível estabelecer dois grandes ciclos democráticos desta fase, também denominada de fase democrática da modernidade:

---

<sup>140</sup> Em outras palavras, a vontade própria de cada indivíduo não coincide necessariamente com a vontade geral, no entanto, esta última, por ser a vontade síntese, tende sempre para a utilidade pública. Ademais, vale esclarecer que a vontade geral não é sinônimo da vontade de todos, uma vez que a primeira visa o interesse comum, enquanto a última atende ao interesse privado e é a soma das vontades particulares.

<sup>141</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18.

- a) o período de *democracia liberal* que vai da Revolução francesa (1789) até a Constituição de Weimar na Alemanha (1919); e
- b) o período de *democracia social* que se estende de Weimar até o fim da queda do muro de Berlim (1989).

Em linhas gerais, é possível, pois, reafirmar que o atual período de *democracia pós-social* ou *democracia pós-moderna*, que se inicia com o fim da bipolaridade geopolítica e do colapso do *welfare state*, e que ainda se encontra em construção, é o sucessor dos ciclos democráticos da modernidade.

Destarte, a partir deste momento, nossa intenção passa a ser examinar os dois grandes ciclos democráticos da modernidade (democracia liberal e social democracia), deixando-se o estudo da democracia pós-social ou pós-moderna para a próxima segmentação temática, cujo objetivo será investigar o projeto epistemológico metaconstitucional em Vicente Barretto.

#### 4.1.2.1 A Fase Democrática Liberal e a Proteção das Liberdades Individuais

A fase de democracia liberal marca o início de uma nova etapa na proteção dos direitos humanos, cujo zênite é alcançado com as correntes positivistas calcadas na interpretação dogmático-jurídica feita à luz de um sistema constitucional fechado formado por regras jurídicas e dentro dos limites de um determinado Estado-nação.

Muitos autores entendem que é nesta fase que o conceito de *direitos do homem* se transforma em efetivos *direitos fundamentais*, ou seja, é a constitucionalização que cria um catálogo de direitos fundamentais a partir da preexistência de direitos naturais.

Em linhas gerais, a sistematização é feita da seguinte forma: o conceito de *direitos do homem* fica atrelado à ideia de *direitos naturais*, pré-estatais e independentes de positividade. Quando tais *direitos do homem* (direitos naturais) são positivados em documentos internacionais se transformam em *direitos humanos*. Assim sendo, a noção de *direitos humanos* fica adstrita aos direitos reconhecidos nas convenções e tratados no plano internacional, simbolizando, portanto, uma axiologia própria de cunho supranacional e com aspirações de universalidade e atemporalidade.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet defende a tese de que a expressão *direitos do homem* deve ser interpretada no sentido de direitos naturais ainda não positivados, enquanto *direitos humanos* são aqueles direitos naturais positivados na esfera do direito internacional.<sup>142</sup>

Já o conceito de *direitos fundamentais* é um conceito mais restrito ainda, uma vez que interligado a uma determinada Constituição de um Estado nacional. Ou seja, os direitos fundamentais são os direitos do homem (direitos naturais) que foram reconhecidos e, portanto, foram efetivamente positivados na Constituição de uma Nação específica. Isto significa dizer por outras palavras que cada Estado tem sua própria concepção de direitos fundamentais.

Em síntese, a noção de direitos fundamentais é variável em função da ideologia, dos valores éticos, sociais e culturais da sociedade de um determinado Estado nacional. Não há falar em universalidade dos direitos fundamentais, o que evidentemente demonstra que os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais não se confundem.

Sem embargo da relevância dessa linha de investigação conceitual da questão terminológica dos direitos humanos, é fundamental trazer para o horizonte da reflexão jurídico-filosófica, sistematização mais avançada, centrada na conceituação precisa dos direitos humanos *stricto sensu*, trazida por Vicente de Paulo Barretto com espreque na lição de Emmanuel Levinas. Nas palavras do doutrinador pátrio:

A conceituação precisa dos direitos humanos, do que chamamos de direitos humanos *stricto sensu*, ou originários, para diferenciá-los dos direitos fundamentais, deverá ser realizada, seguindo os passos de Emmanuel Levinas, através de três dimensões. No primeiro momento, consideram-se os direitos humanos originários; no segundo, a expansão da tipificação dos direitos humanos através dos direitos humanos sequenciais e, finalmente, os direitos do outro homem, como cerne dos direitos humanos na contemporaneidade.<sup>143</sup>

No campo da fundamentação ético-filosófica dos direitos humanos, o grande contributo dessa abordagem conceitual é a ideia de que todos esses

---

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 63, jan./mar. 2006.

<sup>143</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

direitos baseiam-se mais no sentimento de um direito original do que na expressão através da lei positiva soberana. Assim sendo, o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade de todos os homens perante à lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política são direitos originários que servem para avaliar as leis sob o ângulo de sua fundamentação ética.

Na teorização de Vicente Barretto, a dinâmica dos direitos originários somente pode ser explicitada sob a ótica de sua fundamentação ética e, portanto, no seu papel de legitimação das leis. Para Levinas, destaca Barretto, esses direitos constituem-se como princípios latentes da lei, “cuja voz – às vezes alta, às vezes abafada pelas necessidades da realidade, às vezes interrompida e esmigalhada – pode ser ouvida através da história, desde as primeiras manifestações da consciência, desde o surgimento da Humanidade”.<sup>144</sup>

Para Levinas, continua Barretto, os direitos humanos

não se identificam com as características naturais do homem e nem com sua posição originária na sociedade, sendo, portanto, independentes de qualquer legislação, qualquer título jurídico, qualquer tradição. Direitos que não necessitam serem atribuídos são, portanto, irrevogáveis e inalienáveis.<sup>145</sup>

E assim, a fundamentação ética dos direitos humanos originários de Barretto e Levinas consubstancia-se no caráter absoluto da pessoa, que se projeta para além da múltipla individualidade constitutiva do gênero humano. Tais direitos nascem da razão humana em busca de condições identificadoras da igualdade dos seres humanos e representam um patrimônio que vem sendo progressivamente desvelado através da história da Humanidade.

A questão da fundamentação ética dos direitos humanos trazida por Vicente Barretto revela que os *direitos originários* são direitos irrevogáveis e inalienáveis, mesmo quando as condições culturais e históricas os negam. Portanto, tais direitos são produto das características da pessoa humana e não fruto da justiça ou da graça divina.

---

<sup>144</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 11-12.

Já com relação à tipificação dos *direitos humanos sequenciais*, o autor demonstra que foram agregados nos dois últimos séculos um conjunto de direitos proclamados em documentos internacionais e que receberam regulações diferenciadas nos sistemas jurídicos.

Tais direitos são os direitos à saúde, ao trabalho, às férias, à habitação, à oposição exploração pelo capital e o direito de reivindicar juridicamente o respeito aos direitos humanos em sua integralidade.<sup>146</sup>

Finalmente, a questão dos direitos do “outro” homem. Nesse diapasão, Vicente Barretto preleciona que:

Trata-se de admitir que para além das soluções técnicas e legislativas, que podem provocar retrocessos no progresso da humanidade, encontra-se um espaço que remete diretamente aos fundamentos morais da pessoa, da sociedade, do Estado e dos direitos humanos e que permite uma leitura mais sofisticada. Os direitos estabelecidos pelas leis são os alicerces dos sistemas jurídicos ocidentais, mas por serem humanos refletem um tipo de moralidade e de tratamento que os indivíduos esperam do poder público e privado. Permanece, entretanto, uma pergunta que tem a ver com a possibilidade de manter-se a natureza libertador a dos direitos humanos mesmo em situações de risco como aquelas provocadas pelo conflito e negação desses direitos pelo direito do outro homem. É a pergunta que exige uma resposta para que se preservem os direitos humanos originais no processo de hierarquização, pressuposto para resolver conflitos entre direitos humanos sequenciais.<sup>147</sup>

Assim, a defesa dos direitos humanos não se exaure na simples concepção de que são direitos que representam uma esfera de negação de qualquer outra liberdade. Ao revés, os direitos humanos existem mesmo antes de serem promulgados. Aqui a ideia de jusfundamentalidade dos direitos humanos está bem nítida, uma vez que a “autoridade” legitimadora não pode se reduzir às normas postas pelo legislador, mas, sim, da responsabilidade ética em relação ao “Outro”. Escreve Vicente Barretto “essa peculiaridade dos direitos humanos faz com que possam ser retirados do âmbito de uma teoria do direito positivista”.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

<sup>147</sup> Ibid., p. 14.

<sup>148</sup> Ibid., p. 17.



É por tudo isso que impende voltar à temática da gênese da fase de constitucionalização, que com rigor, é uma fase de positivação dos direitos do homem.

Dessarte, é importante questionar qual seria o evento paradigmático inaugural do constitucionalismo liberal? Seria a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 ou seria a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Qual destes dois marcos históricos merece receber os píncaros da glória de ser o símbolo do nascimento do Estado de Direito, da democracia liberal?

Hannah Arendt retrata com precisão o fato instigante de que foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que incendiou e revolucionou o mundo todo. Nas palavras da autora:

*A Revolução Gloriosa*, evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. [...] Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. [...] A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais local.<sup>149</sup>

Nessa mesma linhagem doutrinária, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, *verbis*:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes

---

<sup>149</sup> ARENDT, Hannah. **On revolution**. Londres: Penguin Books, 1987. p. 43, 55-56.

reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.<sup>150</sup>

Sem embargo de tão autorizada inteligência acadêmica, optamos por homenagear a Revolução francesa de 1789 como símbolo inaugural da democracia liberal e da primeira versão do Estado de Direito.

A racionalidade que cimenta tal argumentação tem triplo aspecto:

- (i) é a Revolução francesa que sela definitivamente o fim do regime monárquico absolutista, um verdadeiro “estado de não direito”;
- (ii) é a Revolução francesa que instaura a ordem constitucional liberal com penetração universal;
- (iii) é a Revolução francesa que consolida a ideia-força de direitos fundamentais constitucionais que se posicionam acima das próprias razões de Estado.

De tudo se vê, por conseguinte, que foi nesse ambiente transformacional de paradigma estatal, de inspiração rousseuniana, que a Declaração francesa de 1789 introduz a perspectiva liberal do individualismo burguês, voltada para a proteção das liberdades individuais perante o Estado.

Com efeito, desde a Revolução Gloriosa de 1688, já se vivencia a fase de infirmação do “estado de não-direito” a partir da limitação do poder monárquico inglês, reduzindo sua margem de manobra no que diz à violação dos direitos dos súditos ingleses. Diferentemente do constitucionalismo norte-americano (Declaração da Virgínia de 1776) - que se dá sob um contexto de guerra de secessão e não de uma revolução propriamente dita - é o constitucionalismo liberal francês que concebe a renovação de relações Estado-sociedade dentro de um novo patamar jurídico-político, qual seja a supremacia da Constituição em relação aos assuntos do Estado.

Com efeito, enquanto que o constitucionalismo norte-americano surge dentro de um contexto de declaração de independência de um novo Estado sob o manto de uma nova Constituição, trazendo no seu bojo o ineditismo de uma nova *forma de Estado* (federação) e de um novo *sistema de governo* (presidencialismo), é a Revolução francesa de 1789 que projeta a densidade democrática do

---

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47-48.

constitucionalismo com aspiração universal e abstrata em contraposição ao caráter nacional da Declaração Americana.

Por tudo isso e sem a pretensão de hipostasiar a relevância dogmático-jurídica da Declaração francesa de 1789, porém sem passar ao largo da sua transcendência científica, é indubitosa sua contribuição para a afirmação dos direitos fundamentais constitucionais.

De toda sorte, independentemente de qualquer que seja a posição adotada em relação à paternidade da fase de constitucionalização dos direitos fundamentais, o importante é compreender o papel da Declaração de Virgínia e da Revolução francesa na evolução dos direitos humanos. Com efeito, como bem destaca Ingo Sarlet:

A contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX. Cabe citar aqui a lição de Martin Kriele, que, de forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos.<sup>151</sup>

Em síntese, tanto a Declaração de Virgínia de 1776, quanto a Francesa de 1789 são marcos de referência na positivação dos direitos do homem até então perceptíveis apenas na esfera filosófica, ou melhor, no campo jusnatural.

De fato, os processos revolucionários americano e francês simbolizam não só o nascimento da primeira dimensão dos direitos fundamentais, mas, também, a passagem do *Estado Absoluto* (Estado de não-direito) para o *Estado Liberal* (Estado Legislativo de Direito).

Observe-se, com atenção, que esse evento de positivação dos direitos do homem culmina com a instauração do Estado de Direito, na sua acepção liberal-burguesa, cuja pedra angular é o binômio “separação de poderes e declaração de direitos fundamentais acima do próprio Estado”.

Nesse diapasão, é a própria dicção legal do artigo 16 da Declaração de 1789 que projeta esta ideia-força, quando estabelece que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a

---

<sup>151</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

separação de poderes não tem Constituição”. Ou seja, o Estado que não tenha poderes independentes e harmônicos, nem a fixação de um catálogo de direitos fundamentais limitadores da atuação estatal não é um verdadeiro Estado de Direito.

Atente-se, pois, para a circunstância de que a concepção constitucional liberal-burguesa foi determinante na construção de um paradigma positivista focado na limitação do poder do Estado, transformando-o em Estado Mínimo não-interventor no âmbito das relações privadas. É nesse mister que desponta o catálogo jusfundamental das liberdades públicas, que caracteriza a primeira dimensão dos direitos fundamentais. Com efeito, fácil é perceber que a matriz liberal visava a realização da liberdade do indivíduo perante o Estado agressor, daí a demarcação áreas de não-interferência do Estado no campo privado.<sup>152</sup>

Assim sendo, sem desconsiderar a controvérsia doutrinária acerca da paternidade dos direitos fundamentais, o importante é compreender que o Estado liberal de Direito é a reação ao modelo absolutista até então em vigor; um estado de não-direito, no qual a burguesia em ascensão era oprimida pelo Estado leviatã hobbesiano. Ou seja, o constitucionalismo liberal surge acoplado ao conceito de Estado de Direito (*rule of law*), que por sua vez se interliga umbilicalmente com a separação de poderes de Montesquieu como instrumento de limitação do poder estatal. Nesse sentido, precisa a lição de Martin Loughlin:

Constitutional liberty, says Montesquieu, is achieved when the exercise of governmental power is constrained through institutional checks and balances. This system of formal constraints is what we now recognize as a modern liberal constitution and it provides us with a contemporary understanding of the idea of constitutionalism. It is only once these understandings have been set in place that we can appreciate what is meant by the modern idea of the rule of law.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Eis aqui muito bem delineado o núcleo constitucional do Estado Liberal: a limitação do poder estatal (Estado Mínimo que não se intromete na esfera das relações privadas) e o respeito ao catálogo das liberdades públicas, mais precisamente a proteção dos direitos civis e políticos (primeira dimensão dos direitos fundamentais). Com efeito, fácil é perceber que a matriz liberal foi fruto das aspirações da burguesia ascendente em França, que detentora do poder econômico, encontrava-se desprovida de poder político e era obrigada a se submeter aos excessos do Rei, especialmente os fiscais. Daí a linha dominante do Estado Liberal se voltar precipuamente para a garantia das liberdades públicas, mediante a fixação de zonas de não-interferência do Estado no campo privado. GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 99.

<sup>153</sup> LOUGHLIN, Martin. **Sword & scales**: an examination of the relationship between law & politics. Oxford; Portland Oregon: Hart publishing, 2000. p. 183.

Portanto, é correto afirmar que o constitucionalismo moderno nasce a partir das reivindicações burguesas oriundas das revoluções políticas do final do século XVIII. Seu substrato jurídico-político é a positivação de direitos em textos constitucionais escritos dotados de supremacia sobre os poderes constituídos do Estado. E assim é que, dentro do primeiro ciclo democrático da modernidade, o constitucionalismo liberal-burguês emerge atrelado à *primeira dimensão dos direitos fundamentais* com o fito de limitar o poder estatal e garantir as liberdades individuais da classe em ascensão. É o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais que materializa a reação liberal antiabsolutista, aspirada pela burguesia ascendente.

Com efeito, é a negação do paradigma absolutista de estado de não-direito, que vigia desde a celebração da Paz de Vestfália de 1648, que caracteriza a democracia liberal e sua díade fundante: *laicização do Estado e positivação do direito natural*. Estes são os grandes dois pilares de sustentabilidade da democracia liberal.

A finalidade do paradigma democrático liberal é a garantia das liberdades individuais perante o Estado. Sua pretensão metodológica é a consecução da primeira dimensão dos direitos fundamentais por intermédio da fixação de comandos constitucionais meramente negativos (constitucionalismo garantista), voltados precipuamente para a limitação do poder do Estado e para a proteção de um catálogo jusfundamental absenteísta.

Assim, no que se refere ao rol de direitos fundamentais da democracia liberal, sua fundamentação ética é assumida de modo amplo pelo espírito iluminista. Sua base teórica fundante é o pensamento individualista burguês, o que evidentemente projeta a matriz constitucional liberal como a contraface do paradigma de “estado de não-direito” do modelo leviatã absolutista.

Logo, no centro do constitucionalismo liberal os direitos negativos de defesa focados nas liberdades individuais. Nesse diapasão, mostra Habermas que a doutrina do direito de Kant toma como ponto de partida os direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas.

Ou seja, o deslocamento do direito natural para o direito positivo significou o momento em que todos os meios legítimos de usar a força passaram a ser monopolizados pelo Estado, o que evidentemente ressignificou a proteção esses

direitos naturais subjetivos, passando-se de um direito de usar a força privativamente para autorizações para iniciar uma ação judicial. Nas palavras de Jürgen Habermas:

Ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado. Esses direitos de defesa protegiam as pessoas privadas contra interferências ilegais do aparelho do Estado na vida, liberdade e propriedade. Em nosso contexto interessa, em primeiro lugar, o *conceito de legalidade*, do qual Kant se serve para esclarecer o modo complexo de validade do direito em geral, tomando como ponto de partida os direitos subjetivos.<sup>154</sup>

Atente-se, por conseguinte, para o fato de que o constitucionalismo liberal não forma um amálgama indissolúvel no âmbito de um Estado de Direito entre a proteção dos hipossuficientes e a atuação estatal, ao revés, apenas os direitos subjetivos ligados às liberdades individuais são protegidos contra o arbítrio do próprio Estado.

Em consequência, a imposição do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do direito, que tem a pretensão de garantir os direitos ligados à vida, à propriedade e à liberdade. Dessarte, a tensão entre o constitucionalismo liberal e as liberdades individuais tem como fruto a operacionalização jurídica de direitos negativos absenteístas de defesa.

Ou seja, o direito está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto esse uso só se justifica quando "elimina empecilhos à liberdade", vale dizer, quando se opõe a abusos na liberdade de cada um.

Nesse sentido, é bem de ver que a filosofia da democracia liberal se afasta da proteção dos hipossuficientes a partir da construção dos *direitos de defesa* e das liberdades do indivíduo, o que evidentemente o afasta da busca da igualdade material ou real.

Sem embargo de sua importância para a consolidação do conceito de Estado Democrático de Direito, entendemos que o Estado Liberal circunscreveu, em essência, uma era histórica que se entremostrou insuficiente na busca da igualdade material, vale dizer, aquelas condições mínimas de vida digna e capaz

---

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 48.

de gerar a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos. Destarte, afigure-se-nos justo dessumir que o Estado Liberal e sua concepção de estatalidade mínima protegiam na verdade a classe burguesa e não o homem comum em si. Tendo como epicentro constitucional a autonomia privada, o Estado Liberal nada mais fez senão acentuar as assimetrias sociais e econômicas, gerando um quadro lamentável de verdadeira inópia humana, sem precedentes na História.

Esta é a razão pela qual o liberalismo entra em crise, suscitando a criação da segunda versão do Estado de Direito, qual seja o *Welfare State*, entre nós, denominado de Estado do Bem-Estar Social ou simplesmente Estado Social. Com o novo paradigma estatal surge uma nova segmentação de direitos fundamentais, agora ditos de segunda dimensão e direcionados para a materialização da dignidade da pessoa humana, solapada que tinha sido pelo Estado Liberal.<sup>155</sup>

Trata-se de um “não fazer” do Estado em termos de intervenção nas relações privadas. É por isso que não se pode ainda falar em *direitos estatais prestacionais*,<sup>156</sup> mas, tão somente em *direitos de defesa*, demarcados por zonas rígidas de não-intervenção do Estado no domínio privado. E tanto é assim que a democracia liberal exige apenas o arquétipo constitucional garantista, sem necessidade de recorrer a nenhum tipo de dirigismo constitucional. A *Constituição-garantia*, também chamada de *Constituição-quadro* por José Afonso da Silva, acompanha o ciclo democrático liberal, não tanto como questão a ser resolvida, mas como condição de possibilidade de realização do catálogo jusfundamental negativo, próprio do pensamento burguês.

O ciclo democrático liberal encontra na doutrina do *status* de Georg Jellinek o pano de fundo da legitimação da *jusfundamentalidade* material dos direitos negativos de defesa ligados ao *status libertatis*, no qual o membro do Estado é livre do *imperium*, ou seja, o Estado deve garantir as liberdades individuais e não o contrário.

E assim é que o desenvolvimento do garantismo constitucional não consegue esconder a proteção de um núcleo normativo composto pelos direitos civis e

---

<sup>155</sup> GÓES, Guilherme Sandoval. Geopolítica e pós-modernidade. **Revista da Escola Superior de Guerra**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 48, p. 100, jul./dez. 2007b.

<sup>156</sup> Com relação à teorização e desenvolvimento dos direitos estatais prestacionais, veja-se, por todos, GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 49.

políticos, sem qualquer preocupação com a dimensão social dos direitos fundamentais.

Todo o projeto constitucional do ciclo democrático liberal tem por escopo a proteção das liberdades individuais, vale dizer, a situação do direito público do indivíduo perante o Estado se perfaz a partir dos *status* negativo (liberdade frente ao Estado) e ativo (pretensão contra o Estado), afastando-se, entretanto, do *status* passivo do Estado absoluto (prestações ao Estado) e do *status* positivo do Estado Social (prestação por conta do Estado).

Enfim, ao escolher a proteção das liberdades individuais, o paradigma garantista liberal começa e termina na questão da limitação do poder estatal a partir da separação de poderes e, na sua esteira, dos mecanismos de freios e contrapesos (controle recíproco dos poderes executivo, legislativo e judiciário).

Em conclusão, a racionalidade hermenêutico-jurídica que se inaugura e que se exerce a partir das revoluções liberais é o garantismo constitucional de escopo absentéista. Nesta mudança de paradigma, os direitos fundamentais de primeira dimensão passam a ocupar um lugar central na relação sociedade-Estado. Como amplamente visto, sob a perspectiva da teoria dimensional dos direitos fundamentais, o nó górdio do exercício monolítico do poder absolutista é cortado com o surgimento da primeira geração de direitos, caracterizada pela concepção de estatalidade mínima, *id est*, pela intervenção estatal mitigada por meio de fixação de zonas de livre atuação da autonomia privada.

Assim, o ciclo democrático liberal persegue a gestação de um amplo espectro normativo-jurídico de não-interferência estatal, no qual os direitos fundamentais negativos ou direitos de defesa são deslocados para a centralidade do constitucionalismo.

#### *4.1.2.2 A Fase Democrática social e a Efetividade dos Direitos Estatais Prestacionais*

Neste segmento temático, pretende-se perquirir a transformação de paradigma, isto é, a passagem da democracia liberal para a social democracia. Além disso, colima-se examinar a efetividade dos direitos sociais ante o conceito de reserva do possível.

Com efeito, as bases da democracia liberal – fincadas na igualdade formal e na plena autonomia privada (crença na força reguladora do mercado) - foram



incapazes de criar as condições mínimas de vida digna para todos. No dizer de Vicente de Paulo Barretto:

O Estado Liberal, por trás de sua aparente neutralidade, na realidade estava a serviço de uma classe social, a classe dos detentores dos meios de produção, que necessitavam de um sistema jurídico que regulasse de forma igual os conflitos que ocorressem na sociedade civil e garantissem a atividade econômica da intervenção do Estado, para que assim pudesse ser realizado o reino da autonomia e da liberdade individual.<sup>157</sup>

De fato, o constitucionalismo liberal protegia as classes dominantes, na medida em que o tratamento igual de desiguais nada mais fez do que gerar grandes desigualdades sociais. Colocada no epicentro jurídico-constitucional da matriz liberal, a igualdade formal perante a lei contribuiu para a formação de um contexto social de verdadeira miséria humana.

E assim é que não foi por acaso a reação de importantes vertentes antiliberais, desde a doutrina social da Igreja, perpassando pelo pensamento *jusestruturalista* de Marx (o direito percebido como superestrutura voltada para a manutenção do *status quo* de forças hegemônicas das classes dominantes), até o utilitarismo de Benthan e o socialismo utópico de Owen, Saint-Simon e Fourier. Nesse sentido, as palavras de Vicente Barretto:

Benthan tinha a opinião de que os direitos humanos eram puro *nonsenses*. A Igreja Católica até o papado de João XXIII e Paulo VI considerava os 17 artigos da declaração revolucionária francesa como, nas palavras de Pio VI, 'contrárias à religião e à sociedade'. Marx atacou as 'liberdades formais' de 1789, que assegurariam o direito natural dos proprietários e a liberdade contratual, instrumentos de privação das massas trabalhadoras da propriedade real e dos meios para discutir as condições de trabalho.<sup>158</sup>

Destarte, a reação das vertentes sociais - pregando a primazia dos interesses da sociedade sobre os dos indivíduos - advoga a concepção de um novo paradigma calcado na substituição da livre autonomia privada pela ação estatal prestacional.

É por isso que surge uma nova segmentação de direitos fundamentais, agora ditos de segunda dimensão, cuja concretização efetiva deveria ser patrocinada pelo próprio Estado mediante ações prestacionais positivas.

---

<sup>157</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 210.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 136.

Nesse sentido, conforme já explicitado na introdução deste trabalho acadêmico, a proposta de Canotilho tem como ponto de partida do seu eixo retórico-argumentativo a ideia de que “os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada”.<sup>159</sup>

Portanto, a segunda dimensão de direitos tem a pretensão de assegurar bens sociais imprescindíveis para a materialização da dignidade da pessoa humana, solapada que tinha sido pelo ciclo democrático liberal. Ou seja, os direitos sociais podem servir como instrumento político-jurídico de distribuição de justiça social e de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil, por exemplo, a redemocratização do sistema político-constitucional foi feita com espeque nas reivindicações sociais geradoras da segunda dimensão dos direitos humanos.

Isto significa que os direitos sociais, econômicos e culturais libertam-se das amarras do liberalismo, responsável pela exclusão social de grandes massas de trabalhadores no âmbito da sociedade industrial. Calcado na doutrina dos quatro *status* de Jellinek, Vicente de Paulo Barretto mostra que:

Com a superação da ética liberal, o conceito de direitos fundamentais deixou de estar circunscrito ao *status negativus libertatis*, que vedava a interferência do Estado nas atividades da sociedade civil. A instituição dos direitos sociais supunha também a garantia do *status positivus libertatis*, que compreende o terreno das exigências, postulações e pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao poder público, recebe em troca prestações. É, portanto, o *status positivus* que permite ao Estado construir socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva. Deste modo, o Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências éticas a que o Estado deve necessariamente responder.<sup>160</sup>

Assim sendo, o novo paradigma constitucional passa a operar num domínio hermenêutico em que imperam três novos elementos essenciais: dirigismo constitucional, igualdade material e dignidade da pessoa humana.

---

<sup>159</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 98.

<sup>160</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 211.

Tais elementos essenciais representam, de certo modo, as condições de possibilidade para a realização do sentimento constitucional de justiça. E mais: o dirigismo constitucional é o núcleo do ciclo democrático do Estado Social, sendo certo afirmar, com Daniel Sarmento, que:

O conceito de constituição dirigente foi desenvolvido com maestria na obra de Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, reimp., Coimbra: Coimbra ed., 1994. Tal obra teve enorme influência no pensamento jurídico brasileiro, tendo penetrado de modo profundo na Constituição de 1988. Com o colapso do *Welfare State* e o aprofundamento do processo de globalização, porém, a idéia de Constituição dirigente também entra em crise, havendo quem preconize o retorno ao figurino constitucional pré-weimariano.<sup>161</sup>

Destarte, sob os influxos do dirigismo constitucional, o novo ciclo democrático da modernidade deixa de ser mera proposição retórico-eficaz para se transformar em efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.

Pelo menos, no campo jurídico-constitucional, surge a reengenharia de cunho antiliberal que cria um novo corpo constitucional positivo focado na transposição do dogma da supremacia da autonomia privada. Portanto, a pedra angular do dirigismo constitucional é o estabelecimento de uma Carta Ápice composta de normas programáticas que traçam ações e metas a serem implementadas pelo legislador ordinário e pelo poder executivo.

Não se trata apenas de regular a organização político-administrativa do Estado, bem como as relações entre o público e o privado, mas, sim, de garantir condições mínimas de vida digna para todos. Assim sendo, dentro de uma perspectiva de igualdade material, cabe ao Estado Social suprir o déficit econômico e social das classes menos favorecidas (hipossuficientes).

Os reflexos deste tipo de intelecção no campo dogmático são significativos, sendo importante destacar os dois grandes edifícios axiológicos do dirigismo constitucional, a saber:

- a) a ideia de que a dignidade da pessoa humana serve como referencial legitimador ético da própria ordem constitucional;

---

<sup>161</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p. 64.

b) a inteligência de que a dimensão negativa da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional é autônoma, o que significa dizer, por outras palavras, que qualquer ato do poder público (legislativo ou executivo) que o contrarie poderá ser inquinado de inconstitucional, independentemente da violação de qualquer outro comando constitucional.

De notar-se, por conseguinte, a importância hermenêutica da dignidade da pessoa humana no desenvolvimento do dirigismo constitucional. Com efeito, a dignidade da pessoa humana transforma-se no feixe axiológico da Constituição-Dirigente, cujo consectário hermenêutico mais visível é a garantia de condições mínimas de sobrevivência digna mediante prestações estatais positivas.

Aqui é importante lembrar a resistência da Suprema Corte dos Estados Unidos em aceitar a política constitucional progressista do *new deal* de cunho keynesiano de Franklin Delano Roosevelt, que buscava dar maior proteção aos trabalhadores a partir de um papel ativo do Estado na condução de sua vida econômica. Naquele contexto, o Colendo Tribunal norte-americano se notabilizou pela oposição conservadora que impediu os avanços no campo dos direitos sociais. Era a chamada *Era Lochner*, verdadeiro símbolo de corpo pretoriano conservador que abriu espaço para ideias retrógradas impeditivas da proteção dos trabalhadores e das classes hipossuficientes.<sup>162</sup>

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o sistema liberal de direitos fundamentais, pelo fato de ater-se aos marcos democráticos da autonomia da vontade privada, não protegia as classes hipossuficientes, mas, sim, a burguesia em ascensão, detentora do poder econômico, porém desprovida de poder político.

O binômio estatalidade mínima/garantia das liberdades individuais assumiu uma marcada conotação anti-social, pois a mão invisível do mercado foi incapaz de evitar o surgimento de um verdadeiro quadro de inóxia humana. No dizer de Agassiz Almeida Filho “a ruptura do paradigma liberal deve-se a um complexo emaranhado de fatores, muitos deles identificados [...] com a existência de uma consciência auto-reflexiva onde o indivíduo-pessoa toma conhecimento de sua própria condição humana”.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p. 49.

<sup>163</sup> ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 221.

Com efeito, o paradigma liberal, estribado na rígida separação entre Estado e sociedade civil, produziu assimetrias sócio-econômicas insuperáveis. Realmente não se pode negar que a matriz burguesa se preocupava tão somente com a liberdade individual e nesse passo com a legitimação da exploração capitalista, ou seja, a democratização do poder político não poderia interferir na esfera privada, como, aliás, não o fez efetivamente até a crise do Estado liberal. Na lição de Paulo Bonavides:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. Em face das doutrinas que na prática levavam, como levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas. Nestas, ao cabo de cada uma das catástrofes que ensanguentaram o mundo no presente século, testemunhamos o esforço de fazer surdir a liberdade humana resguardada em direitos e garantias. Direitos que se dirigem para o teor material da mesma liberdade, enriquecida, aí, com as conquistas operadas na esfera social e econômica, e garantias que se orientam no sentido de preservar o velho conceito formal de liberdade.<sup>164</sup>

De tudo se vê, por conseguinte, a insuficiência da igualdade formal perante a lei. Tratar igualmente desiguais gera desigualdades ainda maiores. Portanto, as posições doutrinárias modernas dos juristas da liberdade defendem que a passagem do Estado liberal ao Estado social traz no seu bojo a passagem da igualdade formal para a igualdade material ou real. É nesse sentido que caminha o magistério de Vicente de Paulo Barretto, *verbis*:

A idéia de igualdade social, própria do Estado Social de Direito, não se identifica com a garantia de igualdade perante a lei, mera igualdade formal. Exige, ao contrário, um outro tipo de igualdade, material, que representa exatamente a superação da igualdade jurídica do liberalismo. Pelo princípio da igualdade material, assim

---

<sup>164</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 59.

desenvolvido, o Estado se obriga, mediante retificação na ordem social, a remover as injustiças encontradas na sociedade. Essa obrigação, entretanto, processa-se não através da pura e simples manifestação do voluntarismo político, mas como consequência da elaboração legislativa, que irá refletir as demandas dos excluídos dos benefícios da sociedade liberal.<sup>165</sup>

E assim é que a separação rígida entre Estado e sociedade civil seguia cumprindo seu papel de impedir a interferência estatal no campo das relações jurídicas privadas. E mais: a tão propalada “mão invisível” do mercado de Adam Smith se mostrou incapaz de resolver a crescente demanda social que o próprio Estado burguês absenteísta ajudava a criar na medida em que deixava as relações privadas sob o pálio do polo mais forte, o que evidentemente agravava cada vez mais o quadro de exploração e miséria humana.<sup>166</sup>

Urgia, por conseguinte, conceber um novo modelo com *ethos* voltado para as prestações estatais positivas. Eis que surge então a segunda dimensão dos direitos fundamentais, rol jusfundamental comprometido com a realização da justiça social a partir de ações positivas do Estado.

De feito, como a indicar a lapidar formulação de Celso Lafer, a nota caracterizante dos direitos de segunda geração reside no fato de o Estado procurar propiciar o “direito de participar do bem-estar social”.<sup>167</sup> Robert Alexy por sua vez entende que:

Quando se fala em ‘direitos a prestações’ faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações em sentido estrito.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 211.

<sup>166</sup> Ao elaborar a introdução da clássica obra de RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 11, Vamireh Chacon destaca que a “mão invisível” smithiana tinha mais sensibilidade social do que o assacado (expressão usada pelo autor) por seus inimigos posto que o Adam Smith defendia a tese de que pequenas fazendas operadas por seus donos seriam mais eficientes que o sistema de latifúndio na época utilizado.

<sup>167</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos fundamentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 61.

<sup>168</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 202-203.

Assim, a nova elaboração teórica do paradigma social se estriba na ideia-força de *liberdade por intermédio do Estado*, e, não, mas, na *liberdade perante o Estado* do paradigma liberal.

Não é ilídimo, pois, afirmar que, sob a égide do paradigma social, mantém-se firme todo um elenco de princípios informadores da justiça distributiva. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet tem-se que:

os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.<sup>169</sup>

Na mesma direção epistêmico-conceitual, a lição de Paulo Bonavides quando assevera que os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram, contrariamente aos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, “abraçados ao princípio da igualdade [em sentido material], do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.<sup>170</sup> Na visão do doutrinador pátrio, os direitos sociais, culturais e econômicos:

passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos [reserva do possível]. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.<sup>171</sup>

Nesse sentido, é por demais sabido que parte importante da doutrina nega jusfundamentalidade material aos direitos sociais, é o caso, por exemplo, do *justributarista* Ricardo Lobo Torres. Para o autor:

<sup>169</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos fundamentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 53.

<sup>170</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 564.

Revestem eles [os direitos sociais, econômicos e culturais], na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.<sup>172</sup>

Com efeito, para Ricardo Lobo Torres, tal jusfundamentalidade material somente pode ser atribuída ao mínimo existencial, ou seja, “as condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.<sup>173</sup>

Sem embargo desse robusto constructo epistêmico-conceitual, o fato é que não se pode negar a natureza jusfundamental dos direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito do hodierno constitucionalismo. Ou seja, considerando o referencial teórico-hermenêutico que circunscreve o modelo atual de Estado constitucional democrático de direito, pode-se afirmar que os direitos sociais atuam como limites das ações estatais, que definem a formulação de políticas públicas e contribuem para a consolidação de uma verdadeira dimensão de *garantias normativas sociais*.

A questão que se impõe é saber se é lícito ao poder judiciário interferir no assim chamado espaço discricionário das decisões legislativas e administrativas democráticas sem ferir de morte o princípio da separação de poderes de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Para os negadores do ativismo judicial, como bem destaca Marcos Maselli Gouvêa, “um juiz *ativista*, que se propusesse a invadir a órbita originariamente destinada aos demais ramos, estaria subvertendo o princípio democrático, pelo qual prevalecem as posições políticas da maioria da população”.<sup>174</sup>

E assim é que se refuta a perspectiva meramente procedimentalista do direito, na qual o papel do poder judiciário visa meramente a guarda do jogo democrático, sem a nobre missão hermenêutica de moldar a realidade político-social de uma determinada sociedade. Na feliz síntese de Gustavo Amaral:

<sup>172</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 282.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 266-267.

<sup>174</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.



O direito é deôntico por essência e, como tal, visa a transformações sociais. O homicídio é previsto como crime porque existe no mundo dos fatos e porque se pretende que não mais exista, numa indisfarçável tentativa de mudança da realidade social. Assim, estabelecer um arcabouço teórico que leve à frustração absoluta do direito é negar-lhe o sentido social. [...] Como bem destacado por Canotilho, tal visão pensa em arrogar à Constituição o papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo.<sup>175</sup>

Tem-se recusado natureza jusfundamental aos direitos sociais, econômicos e culturais que transcendem o mínimo tocado pela existência de vida digna para todos. Sob o guarda-chuva hermenêutico da *reserva do possível*, criam-se óbices à sindicância dos direitos estatais prestacionais de segunda dimensão.

No entanto, os autores Stephen Holmes e Cass Sunstein quebraram o mito de que os direitos negativos de primeira dimensão não estavam submetidos à reserva do possível, pois eram meras abstenções estatais garantidoras das liberdades individuais.

Com efeito, a partir da obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein, denominada “The Cost of Rights—Why liberty depends on taxes”<sup>176</sup> fica evidenciado que também os direitos de primeira geração são direitos positivos, pois suas concretizações demandam a alocação de recursos financeiros substanciais do Estado, tais como a manutenção e a estruturação da polícia, o cadastramento eleitoral, a construção do sistema prisional, de tribunais e de outras atividades ligadas às liberdades individuais; com isso desfaz-se o mito de que os direitos liberais absenteístas são direitos negativos, não submetidos à reserva do possível.

É tempo de concluir esta segmentação temática que se propôs a analisar o movimento dos paradigmas democráticos da modernidade, quais sejam: a democracia liberal (cuja base é o Estado legislativo de direito) e a social democracia (cujo fundamento é Estado democrático social de direito).

É por tudo isso que vamos investigar no próximo segmento temático a questão fundamental que surge nesta hora, qual seja: estamos a viver um novo modelo de Estado, agora dito pós-moderno e pós-social, algo compreendido entre o *liberalismo econômico* e o *welfarismo dirigista*?

---

<sup>175</sup> AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110.

<sup>176</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York; London: Norton, 1999. p. 13.

Ou melhor, o fim da bipolaridade geopolítica e o triunfo do capitalismo sobre o socialismo real teriam criado as condições reais para a formação de um novo paradigma constitucional-democrático, agora dito cosmopolita de inspiração kantiana?

Destarte, é nesse contexto de globalização, pós-modernidade e desprestígio do Estado social que se concentrarão nossas principais perscrutações acadêmicas acerca do atual estado da arte dos direitos humanos. Como justificar, nessas condições pós-modernas, a universalidade dos direitos humanos, direitos estes que nascem da inspiração iluminista e cuja evolução ocorre dentro de um movimento pendular desequilibrado dos ciclos democráticos da modernidade?

Como defender a ideia de "democracia cosmopolita" como fundamento do sistema universal dos direitos humanos se a única superpotência remanescente pós-Guerra Fria fere de morte as normas cogentes do direito internacional público na invasão do Iraque?

Como insistir na afirmação kantiana de que "os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu a ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo, repercute em todos os demais",<sup>177</sup> quando se constata o uso geopolítico dos direitos humanos feito pelas nações hegemônicas em prol dos seus próprios interesses nacionais?

Enfim, são perguntas recorrentes que nortearão nossa análise científica no próximo segmento.

#### 4.1.2.3 A Fase Metaconstitucional dos Direitos Humanos Cosmopolitas

O estudioso dos direitos humanos deve ganhar visão mais elevada para compreender a complexa questão que envolve a efetividade dos direitos constitucionais sociais no novo cenário mundial pós-Guerra Fria, seja pela ascensão da filosofia neoliberal, seja pela tentativa de imposição de um projeto hegemônico unipolar dos Estados Unidos da América (EUA), única superpotência remanescente na era atual e que parte da doutrina denomina de *pax americana*.

Com efeito, o fim da Guerra Fria criou as condições de possibilidade para a expansão da engenharia constitucional neoliberal, cujas antinomias ligadas ao

---

<sup>177</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

processo de globalização da economia foram edificadas sob a égide da predominância geopolítica dos EUA no cenário global.

Tal perspectiva é denominada *pax americana*, que Vicente de Paulo Barreto associa com agudeza de espírito ao termo “globalização”, valendo, pois, reproduzir seu magistério:

O termo ‘globalização’ foi, também, associado a um projeto sócio-político, a *Pax Americana*, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico.

O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta. Desde as suas origens, a identificação da globalização com uma experiência nacional trouxe consigo distorções na avaliação crítica do fenômeno.<sup>178</sup>

Nesse diapasão, é possível identificar, no plano das relações interestatais, a quebra de equilíbrio entre megapotências, desde a formação da estabilidade moderna westphaliana até o colapso do Império soviético. Nas palavras do eminente doutrinador:

Ingressou-se no limiar do século XXI com profundas transformações no sistema das relações interestatais. O equilíbrio entre as grandes potências da paz de Westphalia que tinha sido substituído pelo equilíbrio bipolar - EE. U.U. *versus* União Soviética - durante a maior parte do século XX, com a queda do sistema soviético foi substituído pela hegemonia econômica e militar dos Estados Unidos.<sup>179</sup>

E assim é que a expressão "processo de globalização" ou "mundialização", como preferem os franceses, denota um fenômeno maior que se desdobra em diferentes perspectivas, mas que, no entanto, se encontram na concepção de *pax americana*, cujo significado epistemológico abarca um plexo de outros conceitos, tais como a universalização dos valores norte-americanos, ideologia neoliberal, vitória do capitalismo financeiro, neutralização axiológica da Constituição, abertura mundial do comércio, retorno da sacralização da autonomia privada, não-intervencionismo

---

<sup>178</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 215-216.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 215.

estatal, relativização do conceito de soberania nacional, desterritorialização, constitucionalismo cosmopolita, etc.<sup>180</sup>

De tudo se vê, por conseguinte, que o fim da Guerra Fria gesta uma ordem jurídica internacional movida pela abertura mundial do comércio e pela relativização do conceito de soberania nacional. Em consequência, a dinâmica do constitucionalismo hodierno também se acelera sob os influxos de um novo ciclo estatal, ainda em construção e que a doutrina vem denominando de Estado pós-social ou Estado pós-moderno.

De clareza meridiana, pois, a fusão maligna envolvendo a desconstrução do Estado social e os riscos de neutralização axiológica da Constituição que a ordem constitucional neoliberal tenta impor à longa trajetória de lutas dos direitos humanos. Não se pode retroceder aos tempos inaugurais do constitucionalismo liberal, cuja armadura hermenêutica absenteísta impedia a penetração de valores axiológicos no discurso jurídico, afastando, por via de consequência, a busca da igualdade real e a proteção dos hipossuficientes.

É nesse contexto que se destaca a perspectiva metaconstitucional no âmbito do sistema de tutela dos direitos humanos, vale dizer: o projeto epistemológico metaconstitucional que rejeita o projeto unipolar de hegemonia norte-americana. É o seu contraponto; é a sua antítese; é a sua negação.

Na visão de Vicente Barretto, tal projeto “privilegia, como fonte teórica e prática da ordem constitucional da democracia cosmopolita, normas que não são geradas pelo estado soberano nacional e nem são válidas por causa do reconhecimento estatal”.<sup>181</sup>

Eis aqui o ponto fulcral da fase metaconstitucional dos direitos humanos, qual seja, a aposta num “Estado Global de Direito”, dentro de uma “sociedade civil mundial”, conduzida a partir de uma “ética universal dos direitos humanos”. Em consequência, fácil é perceber que o atual estado da arte do sistema de tutela dos direitos humanos se depara com dois grandes paradigmas auto-excludentes, quais

---

<sup>180</sup> De todos esses fenômenos destaca-se indubitavelmente a vertente econômico-financeira, como, aliás, muito bem salientam Lenio Streck e Bolzan de Moraes ao evidenciarem que a ideia de privatização é o “carro chefe das políticas neoliberais, objetiva a redução do *deficit* fiscal, aplicando para tal o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre gastos sociais, seguidos de compulsiva venda de patrimônio público a preços desvalorizados”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 153.

<sup>181</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 227.

sejam, de um lado, a tendência unipolar de *pax americana*, calcada no projeto geopolítico de poder dos EUA, do outro, a tendência à multipolaridade de escopo global, focada no projeto epistemológico metaconstitucional de inspiração kantiana.

Portanto, a teoria dos direitos fundamentais impõe ao jurista contemporâneo a plena compreensão da perspectiva multidimensional da globalização, advento paradigmático que vende a filosofia neoliberal a partir da ideia-crença de universalização dos valores ocidentais como pensamento único (fim da História de Francis Fukuyama),<sup>182</sup> fazendo ecoar voz uníssona que se espalha sobre a elite dominante da periferia do sistema mundial, facilmente seduzida pela engenharia político-constitucional do Consenso de Washington, “onde o *capitalismo democrático* torna-se o sistema ideal a ser instrumentalizado através do livre mercado global, como seu mecanismo”.<sup>183</sup>

Em suma, é neste contexto jurídico-constitucional que se julga fundamental trazer de volta os direitos sociais fundamentais de segunda dimensão para a centralidade do constitucionalismo pós-moderno. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: “Os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada”.<sup>184</sup>

Com rigor, o que se quer demonstrar é que a queda do muro de Berlim traz no seu âmago a redução da efetividade dos direitos sociais de segunda dimensão, na medida em que desloca o eixo epistêmico do constitucionalismo pós-moderno para o arquétipo pré-weimariano, neoliberal, que se ocupa tão somente da primeira dimensão de direitos (direitos civis e políticos), sem reconhecer, portanto, a jusfundamentalidade material dos direitos sociais como direitos públicos subjetivos.

---

<sup>182</sup> FUKUYAMA, Francis. **O fim da história**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

<sup>183</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223.

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 98.

## 4.2 Os Direitos Sociais e a Concepção Brasileira de Direitos Fundamentais

Como já visto antes, a noção de direitos sociais se interliga indubitavelmente com a ideia de *liberdade por intermédio do Estado*, e, não, mas, na concepção liberal de *liberdade perante o Estado*.

A *liberdade por intermédio do Estado* pressupõe a entrega de direitos sociais positivos voltados para a garantia da saúde, do saneamento básico, da educação básica, do acesso à justiça, enfim de vida digna para todos. Sem negar as conquistas dos direitos individuais negativos da primeira dimensão,<sup>185</sup> os direitos positivos sociais foram agregados ao catálogo de direitos fundamentais do cidadão comum, acrescentando um *plus normativo igualitário* que densifica os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Em atenção às reivindicações das classes menos favorecidas, os hipossuficientes em geral e a classe operária, em especial, os direitos sociais exigem ações estatais prestacionais que encontram muitos obstáculos em termos de efetividade ou eficácia social.

É por isso que parte da doutrina questiona a jusfundamentalidade material dos direitos sociais, exatamente pela dificuldade de sua implementação efetiva. Na ânsia de garantir as condições mínimas de vida digna para todos, o rol de direitos sociais gera grande ônus financeiro ao Estado, daí a alegação de falta de recursos por parte do próprio Estado.

Diante disso, surgem posições academicamente relevantes que contestam o caráter de jusfundamentalidade material dos direitos sociais, como por exemplo, a do Professor Ricardo Lobo Torres, cujo pensamento patrocina a ideia-força de que tais direitos não são direitos fundamentais por uma série de motivos:

---

<sup>185</sup> Na verdade, essa diferenciação clássica não existe rigorosamente, pois não corresponde à verdade no mundo contemporâneo. Ninguém negará que o direito de sindicalização e o direito de greve são típicos direitos sociais. Todavia, não há qualquer diferença estrutural seja na regra normativa, seja em sua aplicabilidade, entre o direito de sindicalização e o direito de livre associação, que é tipicamente individual. Da mesma forma, o direito de greve não reclama qualquer prestação positiva do Estado. Ao contrário, requer sua abstenção. De tudo se vê, por conseguinte, que alguns direitos sociais de segunda dimensão são também direitos negativos de mera abstenção estatal; há, pois, uma componente negativa atinente às liberdades sociais, *exempli gratia*, o direito de greve e o direito de liberdade de associação sindical.

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de policy, sujeitos sempre à interpositio legislatoris, especialmente na via do orçamento público.<sup>186</sup>

De clareza meridiana, portanto, a posição do jurista pátrio que nega o caráter de direito fundamental dos direitos sociais e econômicos, ainda que positivados topograficamente no título II de nossa Carta Magna.

Segundo o autor, o só critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, pois os direitos sociais constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial. Com as palavras do próprio Ricardo Lobo Torres:

A suprema Corte dos Estados Unidos tem recusado natureza constitucional aos direitos econômicos e sociais que transcendem o mínimo tocado pelos interesses fundamentais, como sejam os direitos à educação ou à moradia, fazendo-se forte no argumento de que 'pobreza e imoralidade não são sinônimos'.<sup>187</sup>

Sem a pretensão de desqualificar a visão do autor, o fato é que não se pode deixar de afirmar que os direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas de segunda dimensão são sim direitos fundamentais. Isso não significa dizer que a efetividade dos direitos sociais é equivalente à efetividade dos direitos civis e políticos de primeira dimensão; ao revés, há que reconhecer os imensos desafios que se interpõem à plena efetividade dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde.

Com efeito, a jusfundamentalidade material dos direitos sociais no direito constitucional brasileiro é irrespondível, na medida em que nosso constituinte originário optou por lhes reconhecer tal *status*, posicionando-os em patamar superior de norma constitucional garantidora de direitos

---

<sup>186</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 282.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 283.

fundamental, restando indubitável seu afastamento das controvérsias existentes quanto a tal jusfundamentalidade material.

Assim, os direitos de segunda dimensão aparecem destacados em capítulo próprio dentro do Título II da Constituição de 1988, destinado justamente aos direitos e garantias fundamentais. Portanto, qualquer tentativa de desclassificar a jusfundamentalidade material dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro carece de fundamento.

Com efeito, mantendo-se o argumento apenas na dimensão topográfica dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, é imperioso reconhecer que o poder constituinte inaugurador, ao efetuar a divisão do título II da Carta Magna, fixou a existência de quatro “espécies” de direitos fundamentais: os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), os direitos de nacionalidade (Capítulo III) e os direitos políticos (Capítulos IV e V).<sup>188</sup>

No Brasil, porém, a questão do regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais é regulada por meio de dois parágrafos colocados ao final do artigo 5º, que abrange todo o Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Deveres Fundamentais).

No primeiro parágrafo encontra-se prevista a aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), enquanto que no segundo temos a chamada *cláusula de abertura material* dos direitos fundamentais, que reconhece outros direitos do cidadão brasileiro decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como de direitos previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Dessarte, é inquestionável a vontade do legislador originário de obter a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, sem a necessidade de edição de norma integrativa para sua incidência nas relações concretas do dia a dia.

E mais: muito embora o comando constitucional da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais tenha sido positivado em

---

<sup>188</sup> Visão diferente desta ocorre no direito comparado, onde a questão que se coloca é saber se todos os direitos fundamentais merecem receber o mesmo tratamento jurídico. Não é o que acontece, por exemplo, em Portugal, onde a Constituição expressamente estabelece um regime jurídico para os direitos, liberdades e garantias (previstos no Título II da Parte I – artigos 24 ao 57) e outro para os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais (Título III da Parte I – artigos 58 ao 79).



parágrafo inserido no artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, deve-se evitar leitura precipitada conducente à conclusão de que tal aplicabilidade imediata não se aplicaria às outras categorias de direitos fundamentais, isto é, aos direitos sociais, de nacionalidade e políticos, mas, tão somente aos direitos individuais e coletivos do artigo 5º da Constituição.

De fato, ao estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sem especificar as espécies de direitos fundamentais que possuiriam este regime jurídico diferenciado, ou excluir qualquer delas, o constituinte originário deixou claro que a aplicabilidade imediata é atributo de todos eles.

De outra banda, no entanto, há que se reconhecer que a crença na aplicabilidade direta e imediata de todos os direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio transcende as raias do otimismo, uma vez que é praticamente impossível ao Estado atender a todas as demandas sociais de uma sociedade civil, plural e assimétrica como a brasileira, na qual as camadas mais pobres da população vivem em condições sub-humanas.

Assim, o problema da efetividade dos direitos sociais aparece no centro das discussões da teoria contemporânea da eficácia constitucional. A questão é saber se todos os direitos fundamentais devem receber o mesmo tratamento hermenêutico ou não, isto é, se a efetividade dos direitos negativos liberais tem a mesma proteção jurídica dos direitos sociais positivos.

Certamente que não, pois, há déficits dogmáticos na efetividade dos direitos sociais, máxime no panorama de escassez de recursos financeiros do Estado e no contexto democrático do Estado de Direito que impõe o respeito à separação de poderes, inibindo o ativismo judicial exacerbado, ainda que feito em nome da garantia de direitos fundamentais.

Em virtude de sua própria natureza positiva de ações estatais prestacionais que exigem políticas públicas afirmativas de proteção socioeconômica por parte do Estado, a efetividade dos direitos sociais fica à mercê de uma miríade de desafios, que variam desde a falta de recursos financeiros do Estado necessários para atender a todas as demandas sociais, até a falta de legitimidade democrática do poder judiciário para legislar positivamente a partir de concretizações do direito feitas

no caso concreto e focadas na garantia da plena efetividade dos direitos fundamentais, perpassando-se, antes, pela textura aberta das normas de direitos sociais, que logicamente demandam a intervenção do intérprete em virtude da imprecisão do texto da norma.

São grandes e variados desafios (financeiros, dogmáticos e político-democráticos), portanto, que se opõem à plena efetividade dos direitos sociais, valendo, destarte, examiná-los com detalhes a seguir.

### **4.3 A Eficácia dos Direitos Sociais e seus Principais Óbices**

Realmente, é inelutável a argumentação de que a efetividade dos princípios constitucionais sociais densificadores da justiça social é dependente dos recursos financeiros do Estado, tendo em vista sua natureza de prestações estatais positivas.

Outrossim, o caráter aberto do texto das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais também dificulta ou compromete a sua efetividade, mormente quando se tem em conta que são comandos cuja normatividade fica na dependência do legislador ordinário, isto é, os direitos sociais são direitos de eficácia mediata carentes de legislação superveniente (normas programáticas de eficácia limitada).

Além disso, não se pode ilidir que o texto aberto dos direitos sociais coloca sua normatividade na dependência de interpretação pós-positiva de juízes progressistas que fazem o direito avançar na direção da plena efetividade dos princípios jurídicos e, não, apenas das regras jurídicas. Ou seja, juízes positivistas acostumados com a aplicação mecânica da lei (pensamento silogístico-subsuntivo) não concretizam direitos sociais no caso concreto.

Tais fatores vêm indubitavelmente reduzindo a eficácia jurídica dos direitos sociais, daí essa visão de muitos autores focada na desconsideração dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais.

Esta é a razão pela qual vamos em seguida estudar três grandes obstáculos da nova dogmática dos direitos fundamentais, quais sejam o conceito de “reserva do possível fática”, o conceito de “reserva do possível jurídica” e o conceito de “dificuldade contramajoritária do poder judiciário”.

Estes óbices enfraquecem a plena efetividade dos direitos sociais, especialmente nestes tempos de globalização neoliberal que busca retomar a engenharia constitucional anterior à Constituição de Weimar de 1919 (Estado

mínimo, negativo e absenteísta), daí sua designação de *Estado constitucional pré-weimariano*.

No entanto, impende destacar, desde logo, que tais obstáculos enfraquecem, indubitavelmente, a efetividade dos direitos sociais, mas, não a retiram de modo absoluto, como veremos a seguir.

#### 4.3.1 O Conceito de Reserva do Possível Fática

Como amplamente visto alhures, o epicentro jurídico-constitucional do constitucionalismo liberal - calcado na sacralização da autonomia privada - gerou um quadro de assimetrias sociais e econômicas, sem precedentes na História.

Isto significa dizer que a engenharia constitucional liberal não teve o condão de garantir a dignidade da pessoa humana, ainda que em sua expressão mínima. Nesse diapasão é muito importante perceber que nem mesmo os indiscutíveis avanços trazidos pela democracia liberal, tais como igualdade formal perante a lei, garantia dos direitos civis e políticos, limitação do arbítrio estatal mediante separação de poderes e muitos outros, foram capazes de criar as condições mínimas indispensáveis ao efetivo gozo dos direitos fundamentais garantidores de vida digna para todos os cidadãos.

Em consequência, uma segunda dimensão de direitos é concebida, não como um mero instrumento capaz de oferecer liberdade perante o Estado. Mais do que isso, a nova segmentação de direitos é densificadora da justiça social, com caráter de estatalidade positiva, ocupando-se dos direitos sociais necessários para o exercício da verdadeira liberdade, agora assegurada pelo Estado. Por isso, o constitucionalismo dirigente de segunda dimensão tem no núcleo de suas preocupações a formulação de direitos sociais que dêem conta da realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessarte, a caracterização mais dominante do constitucionalismo social é a garantia da liberdade por intermédio do Estado, tanto no que diz respeito à proteção dos hipossuficientes, quanto na garantia de vida digna para todos. Com isso, superam-se as estruturas e realidades estatais negativo-absenteístas da democracia liberal, inaugurando uma nova fase na teoria da eficácia dos direitos fundamentais.

Eis que a segunda dimensão de direitos nasce com a tarefa de suprir o déficit econômico-social das classes menos favorecidas (hipossuficientes) com base no

princípio da dignidade humana, refazendo, pois, o constitucionalismo liberal de corte individualista. Agora no epicentro jurídico-constitucional do Estado Democrático Social de Direito encontra-se a dignidade da pessoa humana como novo eixo axiológico da dogmática dos direitos fundamentais.

Entretanto, assim como o constitucionalismo liberal no primeiro pós-guerra, o dirigismo constitucional também entra em crise a partir do fim da Guerra Fria, que traz na sua esteira a poderosa engenharia constitucional neoliberal. Neste novo contexto dito pós-moderno, a força expansiva do imperialismo capitalista começa a reestruturar a saída da intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas.

Para o novo século XXI, sob a ótica neoliberal, necessário se faz uma alteração profunda na forma de atuação do Estado em relação à efetividade dos direitos sociais até então existente, nomeadamente até a queda do muro de Berlim de 1989, evento aqui tomado como divisor de águas entre o colapso do *welfare state* e o surgimento do Estado neoliberal pós-moderno. Portanto, a marca da passagem do período moderno para o período pós-moderno encontra-se na ruptura com o Estado de Bem-Estar Social e a consequente desconstrução dos direitos sociais a partir da argumentação da insuficiência de recursos financeiros do Estado.

Trata-se, pois, da “reserva do possível fática”, também denominada de “reserva do possível propriamente dita” e aqui interpretada como a falta de recursos financeiros do Estado para atender todas as demandas sociais.

No sentido hermenêutico, a efetividade ou eficácia social dos direitos sociais perde em forte medida o seu prestígio, na medida em que o antigo sistema constitucional *welfarista* é substituído pelo novo paradigma neoliberal de *corte pré-weimariano*, vale explicar, mais uma vez, retorno ao estado constitucional liberal pré-Constituição de Weimar de 1919.

Com isso, a ordem constitucional pré-weimariana assume ares de pensamento único na sociedade pós-moderna pela implantação incontestável de uma nova era de desregulamentação, cujas consequências principais são a relativização do conceito de soberania estatal e o retorno do Estado Mínimo.

Assim sendo, em virtude de sua própria natureza de prestações estatais positivas que reclamam do Estado ações afirmativas de proteção socioeconômica, a efetividade dos direitos sociais fica à mercê da *reserva do possível fática*, caracterizada pela dependência real dos recursos disponíveis no orçamento público. É a estatalidade mínima pré-weimariana que exige a saída do Estado da área social.

Os poucos recursos estatais devem ser concentrados em áreas críticas como segurança pública e educação. O restante deve ser movido a talante do mercado.

Portanto, a juridicidade para além do núcleo essencial dos direitos sociais é remetida para a esfera programática, cuja concretização efetiva fica subordinada ao legislador ordinário, responsável pela formulação de políticas públicas em função da disponibilidade de recursos financeiros do Estado.

De tudo se vê, por conseguinte, que a *reserva do possível fática* estará sempre a condicionar a concretização dos direitos sociais em sua plenitude, atuando mesmo como verdadeira barreira financeira à sua eficácia social. É preciso, pois, reconhecer que o princípio da reserva do possível fática tem grande força retórico-argumentativa na defesa do Estado, o que, evidentemente, enfraquece a efetividade dos direitos sociais, dado que o orçamento público não tem condições de atender aos vultosos volumes de recursos necessários para atender a todas as demandas da sociedade.

Como visto antes, esta é a razão pela qual parte da doutrina nega *jusfundamentalidade material* aos direitos sociais, na crença de que a realização efetiva desses direitos tem que enfrentar as limitações econômico-financeiras do Estado (reserva do possível fática). Como visto antes, Ernst-Wolfgang Böckenförde, por exemplo, afirma que a impossibilidade econômica do Estado se apresenta como um limite necessário aos direitos fundamentais.<sup>189</sup>

Na visão conceitual de Böckenförde, os direitos fundamentais - na qualidade de “cometidos constitucionales” (Verfassungsaufträge) - vinculam os poderes legislativo e executivo apenas objetivamente, como normas de princípios, mas, não garantem nenhuma pretensão jurídica reclamável diretamente perante os tribunais.<sup>190</sup> Assim, os direitos fundamentais perfazem uma “ordem objetiva de valores”, na qual os princípios são meros *mandados objetivos axiológicos*, sem a aptidão de gerar posição jusfundamental individual diretamente sindicável perante o poder judiciário. Aliás, é o próprio autor que equipara sua ideia de “cometidos constitucionales” com o conceito de direitos fundamentais parâmetro de Peter

---

<sup>189</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villarverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 1993. p. 65-68.

<sup>190</sup> De observar-se neste ponto que, para Böckenförde, os princípios vinculam apenas objetivamente, sendo incapazes de garantir um direito subjetivo sindicável diretamente ante o Poder Judiciário. Em essência, Böckenförde não reconhece a força normativa dos princípios, aspecto fundamental do hodierno direito pós-positivo.

Häberle, cuja lógica coincide com relação à vinculação meramente objetiva, sem a garantia de posições jusfundamentais individuais de sindicabilidade direta.<sup>191</sup>

Sem embargo de tão importantes construções doutrinárias e, principalmente, sem desconsiderar o correto entendimento de que os direitos sociais são dependentes dos recursos financeiros do Estado, acreditamos, no entanto, que é preciso ponderar o princípio da *reserva do possível fática* com o princípio da *dignidade da pessoa humana*. É nesse diapasão que a invasão do poder judiciário no espaço discricionário das decisões legislativas/administrativas será democraticamente legitimada, notadamente quando em jogo as condições mínimas para a garantia de vida digna para todos. No dizer do Ministro Celso de Mello:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - 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 de essencial fundamentalidade.<sup>192</sup>

Portanto, muito embora a teoria da “reserva do possível fática” projete de modo coerente a ideia de que os direitos sociais - na qualidade de direitos estatais prestacionais - ficam sujeitas àquilo que a *comunidade aberta de intérpretes* da Constituição pode razoavelmente exigir, é indubitoso por outro lado que a escassez de recursos financeiros não pode ser considerada *limite fático invencível* no que tange à plena concretização dos direitos sociais. Refuta-se, pois, as teses de meros comandos objetivos axiológicos (Böckenförde) ou de direitos-parâmetro (Häberle), e, até, mesmo o conceito de direitos sociais mínimos de Ricardo Lobo Torres.

Sufragar a tese jurídica de que os direitos fundamentais são meros mandados objetivos axiológicos ou simples direitos-parâmetro é aceitar passivamente o esvaziamento ético da Constituição, é consentir com a neutralização dos direitos

<sup>191</sup> Ainda no mesmo sentido e sob os influxos da teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, a posição de Ricardo Lobo Torres quando assevera *in verbis*: “O *status positivus socialis*, ao contrário, do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a *reserva do possível* ou na contingência da autorização orçamentária”. TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133-134.

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 - arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Requerentes: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 29 set. 2011.

fundamentais de segunda dimensão, é negar o caráter deôntico do Direito enquanto sistema de moral com plena capacidade de moldar a realidade fática e não apenas representá-la de alguma maneira;<sup>193</sup> é abandonar os hipossuficientes à sua própria sorte.

De tudo se vê, portanto, que parte da doutrina hodierna já não mais hesita em professar o colapso do constitucionalismo dirigente e do *welfare state* a partir do conceito da *reserva do possível fática* enquanto limitação de ordem financeira do Estado do bem-estar social na sua aspiração de garantir efetivamente os direitos estatais prestacionais de natureza positiva.

De observar-se, pois, que a questão da *reserva do possível fática* desafia a dogmática contemporânea dos direitos fundamentais que se vê impelida a construir fórmulas hermenêuticas avançadas como, por exemplo, o conceito de núcleo essencial das normas constitucionais. Nesse passo, a nova teoria da eficácia dos direitos fundamentais advoga a tese de que o poder judiciário não depende de leis infraconstitucionais supervenientes para concretizar direitos subjetivos sociais atrelados a um núcleo essencial garantidor das condições mínimas de vida digna dos hipossuficientes.

No dizer de Guilherme Sandoval Góes<sup>194</sup>, a dificuldade representada pela "reserva do possível" não pode inibir a percepção de que os direitos sociais são sim direitos subjetivos, capazes de gerar posição jusfundamental diretamente sindicável perante o poder judiciário. Atento às disparidades econômicas existentes no seio da sociedade brasileira, o direito constitucional não pode condicionar a realização dos direitos sociais à existência de recursos financeiros do Estado brasileiro. Ou seja, submeter a eficácia dos direitos sociais à reserva do possível fática significa reduzir a eficácia destes direitos à zero, desqualificando-os em sua jusfundamentalidade material assegurada pela nossa Carta Ápice.

---

<sup>193</sup> Na feliz síntese de Gustavo Amaral: "O direito é deôntico por essência e, como tal, visa a transformações sociais. O homicídio é previsto como crime porque existe no mundo dos fatos e porque se pretende que não mais exista, numa indisfarçável tentativa de mudança da realidade social". AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110.

<sup>194</sup> GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2007. p. 136.

No âmbito do neoconstitucionalismo, não pode prevalecer a tese da insuficiência financeira do Estado como justificativa de impedir a criação jurisprudencial do direito. Não se pode olvidar que a norma constitucional tem por escopo moldar a realidade, e, não, apenas regulamentá-la. Não faria nenhum sentido hermenêutico negar ao poder judiciário a possibilidade de concretizar os direitos sociais em determinados casos concretos.

Muito embora os juízes não sejam eleitos pelo povo, o fato é que sua atuação garantirá a efetividade dos direitos sociais, cuja omissão inconstitucional do legislador democrático pode mesmo chegar a ponto de esvaziá-los completamente. Sob este prisma, a postura dogmaticamente avançada de juízes e tribunais deve ser dotada de elasticidade normativa material suficiente para realizar o sentimento constitucional, independentemente da cláusula da reserva do possível fática.

Em um verdadeiro estado democrático de direito, é a Constituição, enquanto *Lex Fundamentalis*, que cria espaços discricionários do poder judiciário, atribuindo-lhe força própria para decisões políticas fundamentais voltadas para a realização do ideal constitucional. Dessarte, na formulação de políticas públicas, a criação do direito pelos juízes e tribunais, muito embora seja limitada pelo princípio da separação de poderes, não pode desconsiderar o *esvaziamento ético da Constituição*, esvaziamento este feito, muitas vezes, em nome do postulado da reserva do possível fática.

Em consequência, não pode prosperar a tese da reserva do possível fática como obstáculo intransponível à efetividade dos direitos sociais, notadamente nesses tempos de interpretação moral da Constituição e da reconstrução principialista neoconstitucional que reaproxima o direito da ética.

De outra banda, há que se reconhecer que a superação da tese da reserva do possível fática (impossibilidade financeira do Estado para atender a todas as demandas sociais de uma determinada comunidade política) deve limitar-se à garantia do conteúdo mínimo essencial dos direitos sociais positivos, sem o que correríamos o risco de transformar a Constituição brasileira em mera folha de papel, tal qual preconizado por Lassalle.

Para além desse espectro mínimo ou essencial, o debate democrático sobre a escassez relativa de recursos financeiros do Estado e suas respectivas políticas públicas deve ser conduzido pelo legislador/administrador democrático.



Ou seja, não cabe ao poder judiciário penetrar na esfera de discricionariedade de escolhas políticas feitas pelos representantes do povo (poder legislativo e poder executivo).

Por ora, o que importa é espargir luzes sobre a ideia-força de que o cenário de escassez de recursos financeiros do Estado regido pela *reserva do possível fática* não tem latitude normativo-jurídica suficiente para impedir que o magistrado garanta um direito subjetivo relativo ao conteúdo mínimo de um direito social. Por outro lado, não se pode olvidar que a tarefa de formular políticas públicas concretizadoras de direitos sociais é da competência dos poderes legislativo e executivo, eleitos democraticamente pelo povo. Logo a efetividade dos direitos sociais deve estar atrelada a tais poderes e não à atividade criadora de direito por parte de juízes e tribunais.

No entanto, há que se reconhecer que não seria correto deixar, no atual contexto político brasileiro, os direitos fundamentais, notadamente os de segunda dimensão, sob a absoluta subordinação à reserva do *possível fática*. Daí se vê que a criação jurisprudencial do direito (ativismo judicial) potencializa o conceito de um verdadeiro estado democrático de direito, no qual a nova teoria pós-positivista da eficácia da Constituição tem a missão de garantir a eficácia social dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em jogo o conteúdo mínimo destes mesmos direitos.

Em conclusão, pode-se afirmar que a argumentação fundada na reserva do possível fática visa a enfraquecer a efetividade dos direitos sociais, isto é, a falta de recursos financeiros acaba servindo como instrumento hermenêutico poderoso na escusa do Estado para descumprir os comandos constitucionais atrelados aos direitos sociais.

Porém, há que se admitir, de outra banda, que, na concretização dos direitos sociais, a criação do direito feita pelo juiz a partir da solução do caso concreto encontra um grande óbice representado pela escassez de recursos orçamentários do Estado e que é o postulado da reserva do possível fática.

Além disso, não se pode negar que o caráter programático dos direitos sociais, que ficam submetidos à regulamentação superveniente do legislador ordinário, é um importante fator que compromete, ou melhor, dificulta a efetividade dos direitos sociais. Diferentemente dos direitos negativos de

primeira dimensão, os direitos sociais têm caráter positivo<sup>195</sup> que exige posturas de intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, daí o óbice ligado à falta de recursos financeiros estatais.

Enfim, o conceito de reserva do possível fática não tem o condão de impedir a criação jurisprudencial do direito feita para garantir o conteúdo jurídico essencial dos direitos fundamentais sociais. Essa é a razão pela qual defende-se a tese de que a tão propalada crise do *welfare state* ligada ao conceito da *reserva do possível fática* deve ser interpretada com parcimônia. Em que pese a ampla utilização pelo Estado da cláusula da reserva do possível fática, a nova teoria da eficácia dos direitos fundamentais tem latitude científica capaz de assegurar a fruição dos direitos estatais prestacionais em sua essencialidade mínima.

A nova teoria surge em boa hora, eis que a temática é complexa e perpassa pela análise da legitimidade democrática de o poder judiciário legislar positivamente, desbordando o campo limitado da separação rígida dos três poderes.

Eleva-se o *status* epistemológico da teoria da eficácia dos direitos fundamentais, chegando-se a um patamar, no qual o poder judiciário pode “criar” normas infraconstitucionais em nome da plena efetividade dos direitos sociais, ou seja, na omissão inconstitucional do legislador democrático ordinário, os limites normativos da separação de poderes são transpostos, autorizando-se, democraticamente, a criação jurisprudencial do direito (ativismo judicial) feita em nome do núcleo jurídico mínimo dos direitos fundamentais sociais.

É por tudo isso que vamos em seguida analisar o segundo grande empecilho que se coloca no caminho da plena efetividade dos direitos sociais e que é a chamada “reserva do possível jurídica”.

---

<sup>195</sup> No dizer de Celso de Mello: “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 158161 - Recurso Extraordinário**. Recorridos: Banco Central do Brasil e Sorabo Industria e Comercio de Helices Ltda. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1551760>>. Acesso em: 29 set. 2011.

#### 4.3.2 O Conceito de Reserva do Possível Jurídica

Para além da questão da reserva do possível fática, existe ainda, no âmbito do direito constitucional brasileiro, a chamada *reserva do possível jurídica*, ou seja, mais uma limitação à plena efetividade dos direitos sociais e desta feita com base em prescrição constitucional.

Trata-se das normas constitucionais que regulam o orçamento público (artigos 165, 166, 167, 168 e 169 da Constituição de 1988). Com efeito, nossa Carta Magna atribui ao poder legislativo a competência para aprovar as leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentária e lei do orçamento anual), cuja iniciativa é privativa do Presidente da República.

Isso significa dizer que o poder judiciário não tem legitimidade constitucional para participar da elaboração orçamentária, salvo naquilo que tange à sua autonomia financeira, administrativa e funcional.

Em outros termos, a fixação de políticas públicas (escolha de prioridades dentro do orçamento público) se encontra no campo discricionário dos poderes legislativo e executivo, responsáveis pela elaboração das leis orçamentárias que regulam os gastos públicos.

Não cabe, em regra, ao poder judiciário criar despesas no orçamento público relativas ao seu ativismo judicial garantidor de direitos a prestações positivas sem que haja expressa previsão legislativa para tanto.

Portanto, o conceito de *reserva do possível jurídica* fica atrelado ao fato de que o poder judiciário não está autorizado constitucionalmente a participar do devido processo legislativo orçamentário. Ou seja, a feitura das leis orçamentárias não depende de atos volitivos do poder judiciário. Juízes e tribunais nem apresentam e nem aprovam projetos de planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias anuais.

Em regra, nenhum gasto público pode ser realizado se não estiver previsto nas leis orçamentárias. Reza o artigo 167, inciso I, da Constituição de 1988, que é vedado o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Portanto, de clareza meridiana a ideia de que as despesas da administração pública não contam com a participação de juízes e tribunais. Como pode então o magistrado determinar ação estatal

prestacional relativa à violação de direito fundamental se tal despesa não estiver prevista no orçamento público?

É exatamente no orçamento público (planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais) que as chamadas “escolhas dramáticas” são feitas pelos representantes do povo. Isso significa dizer, por exemplo, a escolha fatal entre construir um hospital ou uma escola ou ainda uma estrada. Na periferia do sistema mundial, tais decisões são cruciformes em virtude da pobreza e dos graves problemas sociais destes países subdesenvolvidos. As eleições das prioridades são comoventes: implementar aguda política de saúde/saneamento básico ou eficaz política de educação/de ciência e tecnologia. Não há recursos financeiros para tudo, daí a ideia-força de decisões políticas dramáticas.

Ricardo Lobo Torres capta o significado democrático do orçamento público, quando o define como:

O documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.<sup>196</sup>

É nesse diapasão que exsurge, pois, o conceito de reserva do possível jurídica. Nas palavras de Marcos Maselli Gouvêa *apud* Mauro Cappeletti, *verbis*:

Atenta a isto, a doutrina refratária aos direitos estatais prestacionais aventou, em adição à reserva do possível fática, a reserva do possível jurídica. Mesmo que o Estado disponha, materialmente, dos recursos necessários a um determinado direito prestacional, e ainda que eventual dispêndio destes recursos não obstaculize o atendimento a outro interesse fundamental, não disporia o Judiciário de instrumentos jurídicos para, em última análise, determinar por via oblíqua, uma reformulação do orçamento, documento formalmente legislativo para cuja confecção devem se somar, por determinação constitucional, os esforços do Executivo e do Legislativo.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 282-283.

<sup>197</sup> CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 20.

Em linhas gerais, a coerência do conceito de reserva do possível jurídica impediria juízes e tribunais de invadir a esfera discricionária reservada aos poderes legislativo e executivo, que possuem sua legitimidade de comando do equilíbrio orçamentário da própria Carta Magna.

Dessarte, os limitados recursos financeiros do Estado (reserva do possível fática) não podem ser manipulados pelo poder judiciário, pois, falta previsão constitucional de sua participação no documento axiológico que faz a ponderação de valores constitucionais conflitantes e é o fórum democrático das discussões acerca das inevitáveis escolhas políticas cruciais feitas na elaboração das leis orçamentárias (reserva do possível jurídica).

E mais: a não observância da cláusula da reserva do possível jurídica implica no deslocamento inconstitucional das competências orçamentárias do Congresso Nacional e do Chefe do poder executivo para o poder judiciário.

Com isso, a ideia-força da reserva do possível jurídica atua como freio hermenêutico à criação jurisprudencial do direito, haja vista a impossibilidade de o poder judiciário autorizar despesas sem a devida previsão nas leis orçamentárias. Ao julgador não lhe é dado decidir sobre objetivos e metas da administração pública, bem como de programas de duração continuada (formulação de políticas públicas de longo prazo). Sua habilidade é técnico-jurídica e não político-ideológica, não se lhe reservando, pois, poderes de manejo orçamentário.

Em última instância, a reserva do possível jurídica pretende atuar como óbice ao *positivismo jurisprudencial*, expressão cunhada por Pedro de Vega García segundo Gilberto Bercovici e que significa o decisionismo judicial que cria direito com espreque na vontade dos tribunais, sem nenhum vínculo com a letra da lei ou com a democracia. Nas palavras do autor:

Esta expressão [positivismo jurisprudencial], se eu não me engano, é do espanhol Pedro de Vega García, não sei se alguém falou antes dele. Pedro de Vega mostra o problema europeu, em que os tribunais constitucionais, de defensores da Constituição, tornaram-se os donos da Constituição: para eles só é constituição aquilo que o tribunal constitucional diz que é. Acaba havendo um processo de formalização excessiva, em que se discutem os acórdãos do tribunal, não se discute a democracia, não se discute a questão política e este é o problema fundamental. Afinal [...] o Direito Constitucional é o direito do político, é a ligação do político com o jurídico [...] não podemos achar que as soluções serão

alcançadas pelo Judiciário, limitando o Direito Constitucional às decisões judiciais. Não será deixando que o tribunal resolva, já que o Executivo não quis, ou o Legislativo não quis, que eu acredito que nós vamos resolver ou refletir melhor sobre as questões constitucionais.<sup>198</sup>

Por isso, vale insistir na intelecção de que não é lícito ao poder judiciário criar jurisdicionalmente norma outorgando determinado direito social sem que haja sua previsão em lei orçamentária prévia. Há que se considerar nesse sentido, que a Constituição atribuiu ao legislador e/ou administrador democráticos a tarefa de decidir sobre a destinação de recursos públicos que desagua diretamente na questão orçamentária.

Esta é a razão pela qual o juiz não pode imiscuir-se no jogo democrático do processo político propriamente dito, desconsiderando a reserva do possível jurídica e substituindo a vontade majoritária dos representantes do povo pela sua própria.

Eis o cerne da reserva do possível jurídica: impedir que magistrados - por intermédio da sua atividade jurisdicional normal - tenham o poder de formular políticas públicas, determinando despesas e agindo como se legisladores positivos fossem, sem levar em conta as limitações constitucionais impostas ao processo legislativo atinente ao orçamento público. Juízes e tribunais não têm autorização constitucional para participar da feitura do documento ético que contabiliza a justiça social e determina a distribuição dos recursos financeiros estatais.

Aqui, mais uma vez, importa adentrar ao pensamento principialista neoconstitucional para evocar o papel da concepção substantiva do direito na garantia da plena efetividade dos direitos fundamentais. Sem embargo da coerência teórico-conceitual da reserva do possível jurídica, não se pode, de outra banda, abandonar os direitos sociais à própria sorte.

É nesse diapasão que desponta a relevância do ativismo judicial democrático no âmbito da nova teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Ou seja, a plena sindicabilidade dos direitos sociais prestacionais perpassa necessariamente pela postura ativa de juízes e tribunais na entrega da prestação jurisdicional. Isto significa dizer que o poder judiciário deve sim

---

<sup>198</sup> BERCOVICI, Gilberto. Videoconferência.1ª parte. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78.

determinar despesas necessárias para a garantia do conteúdo jurídico essencial dos direitos sociais prestacionais.

Na lição de Marcos Maselli Gouvêa: “Sustentar o reconhecimento judicial dos direitos prestacionais exige, assim, legitimar a disposição dos limitados recursos orçamentários pelo Poder Judiciário”.<sup>199</sup>

Em outras palavras, reconhecer a jusfundamentalidade material dos direitos sociais implica na aceitação da criação jurisprudencial do direito independentemente de previsão legislativa. Quanto a isto, o *topos* argumentativo é a superação da cláusula da reserva do possível jurídica feita em prol da garantia dos direitos sociais.

Portanto, o leitor deve compreender que na proteção dos direitos sociais, o poder judiciário - suprimindo lacuna do legislador democrático - ganha autoridade democrática para concretizar, por via oblíqua, tal conteúdo.

É preciso, pois, avançar na direção da reconstrução neoconstitucional do direito, na qual a concretização judicial dos direitos prestacionais devidos pelo Estado seja uma realidade. Enfim, sem desprezar a coerência teórico-conceitual do princípio da reserva do possível jurídica, impende salientar que o método exegético pós-positivista tem o condão de realizar a norma constitucional garantidora de um direito social através da ponderação de princípios realizadores de condições materiais mínimas indispensáveis para a fruição dos direitos de liberdade.

Em síntese, a superação do conceito da reserva do possível jurídica (falta de previsão constitucional da participação do poder judiciário na elaboração das leis do orçamento público), exige exegese avançada calcada na vertente do *direito superador da lei* de Karl Larenz. Com efeito, em sede de direitos prestacionais, é imperioso buscar contra-argumentos extralegais que justifiquem a intervenção do poder judiciário na esfera discricionária dos demais poderes, sem, porém abandonar o terreno jurídico.

Eis aqui o cerne da nova metodologia superadora da lei que nas palavras do próprio Larenz: “trata-se, portanto, de um desenvolvimento do direito certamente, *extra legem*, à margem da regulação legal, mas, *intra jus*,

---

<sup>199</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base”.<sup>200</sup>

Assim sendo, é imperioso compreender as bases do desenvolvimento do direito superador da lei que se pauta na consolidação de princípios ético-jurídicos a partir de uma questão juridicamente relevante, cuja solução o direito imanente à lei (direito *intra legem*) não dá conta.

Destarte, a teoria da realização jurídica superadora da lei evidencia que o direito é mais do que a norma, isto é, um novel paradigma de racionalidade discursiva que ultrapassa a letra da lei (direito *extra legem*), mas, permanece limitado pela ordem jurídica vigente (direito *intra jus*). Enfim, este é o arcabouço hermenêutico da concepção de Karl Larenz denominada de direito *extra legem et intra jus*.

Após a análise dos conceitos de reserva do possível, fática e jurídica, impende neste momento examinar a terceira grande barreira dogmática que se impõe à sindicabilidade direta dos direitos sociais, qual seja a ideia de dificuldade contramajoritária de juízes e tribunais.

#### 4.3.3 O Conceito de Dificuldade Contramajoritária do Poder Judiciário

A reconstrução neoconstitucionalista parte de uma visão sistêmica do direito, na qual desponta uma nova racionalidade jurídica que valoriza a *dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais*.

Assim, como acabamos de constatar, a nova interpretação constitucional não se limita ao texto da norma (direito imanente à lei), ao contrário, vai buscar no quadro global de princípios ético-jurídicos (direito *extra legem et intra jus*) sua fonte de legitimação a partir da solução do caso concreto.

Em consequência, o juiz ganha maior autonomia para realizar a Constituição, ou seja, ganha maior flexibilidade para captar o significado dos princípios constitucionais concebidos *in abstracto* pelo legislador democrático, transformando-os em normas efetivas no plano concreto de significações.

---

<sup>200</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 502.



É importante compreender aqui a ideia de que a nova interpretação constitucional coloca em conexão a decisão judicial e sua aceitabilidade pela *comunidade aberta de intérpretes da Constituição* (Peter Häberle).

Isto significa dizer que, em última instância, é a sociedade como um todo que legitima a decisão dos magistrados, uma vez que todos interpretam a Constituição e, não, somente, a Corte Suprema do País. Quanto mais próxima da ética e da justiça, maior será o grau de legitimidade/aceitabilidade da sentença judicial.

É por isso que o novo direito constitucional brasileiro se pauta em duas grandes mudanças de paradigma, a saber:

- a) plena efetividade de toda e qualquer norma constitucional (doutrina da máxima efetividade);
- b) adoção da nova dogmática pós-positivista calcada na reaproximação entre a ética e o direito a partir dos paradigmas de racionalidade argumentativa.

Com efeito, não se pode negar que a efetivação de um "direito constitucionalmente aberto" exige cada vez mais exegese avançada e "principlista", cuja solução vem de fórmulas hermenêuticas pós-positivistas.

Tal exegese avançada é necessária exatamente porque a consolidação da força normativa de princípios constitucionais abertos e conflitantes entre si enfrenta grandes óbices, tais como os conceitos de reserva do possível (fática e jurídica) dificultando a criação do direito pelo juiz ao interpretar a Constituição dentro de um caso concreto. Realmente, é forte a argumentação de que a realização dos direitos estatais prestacionais é dependente dos recursos orçamentários do Estado.

No entanto, sob os influxos da dogmática pós-positivista, não pode prevalecer a tese da insuficiência financeira do Estado como justificativa para impedir o ativismo judicial democrático (criação jurisprudencial do direito no caso decido). Não se pode olvidar que a norma constitucional é norma jurídica e nessa condição é capaz de gerar diretamente um direito subjetivo ao cidadão comum.

Não faria nenhum sentido hermenêutico negar ao poder judiciário a possibilidade de concretizar os direitos sociais em nome da tão propalada dificuldade contramajoritária. Vale explicar a dificuldade que se impõe ao poder judiciário em virtude de seu déficit democrático, ou seja, juízes não são eleitos

pelo voto popular, logo não podem impor sua vontade política sobre a vontade dos verdadeiros representantes do povo (Congresso Nacional e Chefe do poder executivo).

Assim sendo, é bem de ver que, na formulação de políticas públicas, a criação do direito pelos juízes também fica limitada pela dificuldade contramajoritária, uma vez que os magistrados não são investidos nos seus cargos pela consagração popular.

Ao revés, juízes são escolhidos através de concurso público ou então pelo Chefe do poder executivo. Nesse mister, a seleção dos magistrados leva em consideração o seu conhecimento técnico-jurídico e não suas posições político-ideológicas. Portanto como bem destaca Marcos Maselli Gouvêa:

Um juiz *ativista*, que se propusesse a invadir a órbita originariamente destinada aos demais ramos, estaria subvertendo o princípio democrático, pelo qual prevalecem as posições políticas da maioria da população. Diversos autores já tiveram ocasião de expor a objeção que Bickel, em seu famoso trabalho acerca do *judicial review*, caracterizou como 'dificuldade contramajoritária'. O argumento clássico de Hamilton segundo o qual o magistrado, ao controlar a atuação dos demais poderes, está fazendo com que prevaleça não a sua vontade pessoal, mas sim a vontade do povo - corporificada na Constituição - esbarra na consideração de que, encerrados os trabalhos da Assembleia Constituinte, a vontade do Parlamento e do Executivo é a versão mais atualizada da vontade popular.<sup>201</sup>

A temática é complexa e perpassa pela análise acerca da falta de legitimidade democrática do poder judiciário para fixar políticas públicas no lugar do legislador/administrador eleito pelo povo.

Com efeito, a escolha de prioridades dentro do orçamento público se encontra dentro do campo discricionário do Legislativo e Executivo, que têm a tarefa de fixar políticas públicas e orçamentárias.

Nesse sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde preleciona que a escolha dramática das opções políticas deve ser colocada nas mãos do legislador democrático, e, não, ser imposta pelo poder judiciário mediante uma prestação jurisdicional. Assim, o eminente autor tenta mostrar que há o risco de que tais opções políticas deixem de ser uma questão de discricionariedade política para

---

<sup>201</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21-22.

se converter em uma questão de observância de direitos fundamentais, mas exatamente: uma questão de concorrência e conflito de direitos fundamentais, isto é, de uma questão de interpretação constitucional, cuja consequência é o deslocamento da competência do Parlamento para os tribunais e, em última instância, para o Supremo Tribunal, caracterizando-se aí o fenômeno da judicialização das disputas políticas envolvendo a escassez de recursos financeiros do Estado.<sup>202</sup>

A partir dessa visão de Böckenförde, é importante, pois diferenciar os fenômenos da *judicialização da política* e do *ativismo judicial*.

A *judicialização da política* é um fenômeno que não depende da vontade do poder judiciário no âmbito de um verdadeiro estado democrático de direito, pois, significa uma transferência de poder de decisão gerada pela própria Constituição (legitimidade do STF para julgar a constitucionalidade de leis e atos normativos em sede concentrada e de todos os órgãos judiciais em controle difuso) ou então pela inércia legislativa dos representantes do povo. Não se pode confundir tal fenômeno com o ativismo judicial, que no dizer de Barroso:

é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>203</sup>

Totalmente diferente é o fenômeno do ativismo judicial, que, no nosso entender, deve ser vislumbrado de modo positivo, isto é, como postura ativa necessária de juízes e tribunais na concretização da Constituição e do seu ideal axiológico de justiça social. Na ótica da escola pós-positivista, não é dado ao

---

<sup>202</sup> Las inevitables decisiones sobre prioridades, sobre el empleo y distribución de los medios financieros estatales disponibles, motivado por la escasez de recursos, pasan de ser una cuestión de discricionalidade política a una cuestión de observancia de los derechos fundamentales, más exactamente: de concurrencia y conflicto de derechos fundamentales; con ello se convierten, formalmente, en una cuestión de interpretación de los derechos fundamentales. Siendo consecuentes, la competencia para adoptarlas desplaza del Parlamento, o, en su caso, del Gobierno como detentador de la competencia presupuestaria, a los Tribunales y, em última instancia al TCF. La consecuencia *seria un juridificación de las disputas políticas*. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villarverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden, 1993. p. 65-68.

<sup>203</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, DF, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

jugador deixar de realizar a Constituição em nome da falta de leis infraconstitucionais reguladoras de direitos.

Não se pode confundir o *ativismo judicial benigno* com o mero *decisionismo judicial*, deslocado do sentimento constitucional de justiça e da necessária cientificidade do direito. A decisão judicial calcada na mera pré-compreensão dos magistrados é inconcebível dentro de um estado democrático de direito.

Como se vê, a racionalidade discursiva é central na consolidação da força normativa dos princípios constitucionais, no entanto, não se pode admitir o uso de fórmulas jusnaturalistas sem nenhuma vinculação com a cientificidade do direito. Decidir com base em convicções meramente pessoais e ideológicas é negar o caráter científico do direito.

De tudo se vê, por conseguinte, que o fenômeno do ativismo judicial não pode ser confundido, nem com a *judicialização da política* e nem com o mero *decisionismo judicial*. O ativismo judicial benigno é necessário para a consolidação da força normativa da Constituição e é o instrumento número 1 da concretização dos direitos sociais diante da escassez de recursos financeiros do Estado.

Por isso é que a ideia hoje dominante na doutrina considera que o ativismo judicial deve ser feito com parcimônia, dentro do sistema jurídico constitucional do Estado de Direito, sem agressão à separação de poderes e observada a cláusula da dificuldade contramajoritária na feitura das leis infraconstitucionais regulamentadoras das normas constitucionais.

O que se tem em mente é a compreensão de que as políticas públicas devem ser implementadas pelo Congresso Nacional e pelo poder executivo. Juízes e tribunais não estão livres para - a seu inteiro talante - proceder como bem entendem.

A contradição entre a vontade política dos representantes do povo (advinda de milhões de votos) e a vontade política de magistrados (escolhidos por concurso público e até mesmo por nomeações de caráter político) pode, indubitavelmente, acarretar a crise de representatividade do sistema democrático hodierno. Tudo isso evidencia a fragilidade do próprio sistema representativo democrático, no qual a vontade do povo não se impõe.

Com efeito, há que se reconhecer a força argumentativa das severas críticas feitas ao ativismo judicial sem limitações, que, na verdade, representa puro decisionismo judicial. Em perspectiva crítica, Ives Gandra destaca que:

Sem entrar no mérito de ser ou não natural a relação diferente entre um homem e uma mulher daquela entre pessoas do mesmo sexo, quero realçar um ponto que me parece relevante e não tem sido destacado pela imprensa, preocupada em aplaudir a ‘coragem’ do Poder Judiciário de legislar no lugar do ‘Congresso Nacional’, que se teria omitido em ‘aprovar’ os projetos sobre a questão aqui tratada. [...] Ora, no caso em questão, a Suprema Corte incinerou o parágrafo 2º do artigo 103, ao colocar sob sua égide um tipo de união não previsto na Constituição, como se Poder legislativo fosse, deixando de ser ‘guardião’ do Texto Supremo para se transformar em ‘constituente derivado’. Se o Congresso nacional tivesse coragem, poderia anular tal decisão, baseado no artigo 49, inciso IX, da Constituição federal.<sup>204</sup>

Enfim, não se trata de negar o ativismo judicial, mas, sim, de defendê-lo em nome da proteção dos direitos fundamentais.

Urge, pois, evitar a criação de uma verdadeira “República de Juízes”, na qual a manifestação volitiva de magistrados não eleitos pelo voto popular teria o condão de substituir leis elaboradas pelo poder legislativo.

Após o exame da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, nosso próximo passo será examinar a velha hermenêutica do modelo democrático liberal, que se ocupou tão somente com a liberdade individual e nesse passo com a legitimação da exploração capitalista, ou seja, a democratização do poder político não poderia interferir na sacralização do *pacta sunt servanda*, como, aliás, não o fez efetivamente até o surgimento do constitucionalismo da social democracia. É nesse sentido que caminha o magistério de Vicente de Paulo Barretto, *verbis*:

A ideia de igualdade social, própria do Estado Social de Direito, não se identifica com a garantia de igualdade perante a lei, mera igualdade formal. Exige, ao contrário, um outro tipo de igualdade, material, que representa exatamente a superação da igualdade jurídica do liberalismo. Pelo princípio da igualdade material, assim desenvolvido, o Estado se obriga, mediante retificação na ordem social, a remover as injustiças encontradas na sociedade. Essa obrigação, entretanto, processa-se não através da pura e simples manifestação do voluntarismo político, mas como consequência da elaboração legislativa, que irá refletir as demandas dos excluídos dos benefícios da sociedade liberal.<sup>205</sup>

Na mesma linhagem doutrinária, a visão de Gary Slapper e David Kelly:

<sup>204</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Lição do Conselho Constitucional da França. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 maio 2011. Espaço aberto, p. A2. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/355579>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

<sup>205</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 211.

A noção de que a função principal dos direitos humanos e certamente do Estado de Direito é proteger os fracos dos fortes não é mera sentimentalidade. É o produto de uma era da história em que a igualdade de tratamento e oportunidade tem sido compreendida.<sup>206</sup>

Daí a necessária rejeição à concepção procedimentalista do direito, na qual o papel do poder judiciário é modesto e focado na guarda do jogo democrático, sem a nobre missão hermenêutica de moldar a realidade político-social de uma determinada sociedade.

#### 4.4 Moldura Constitucional do Direito Fundamental à Saúde

A Lei Fundamental de 1988 não é chamada de “Constituição Cidadã”<sup>207</sup> sem uma razão. De todos os textos constitucionais da história política nacional, o de 1988 é, sem dúvida, o que mais reconhece direitos inerentes ao indivíduo. Permeada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta garante um rol de direitos individuais e sociais que tem como escopo a garantia deste princípio.

A disciplina do direito à saúde encontra-se nos artigos 196 a 200 da Constituição<sup>208</sup> que determinam, dentre outras coisas, como devem ser coordenados os serviços de saúde entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a distribuição dos recursos; a definição do Sistema Único; e até a disciplina jurídica dos sistemas privados de saúde complementar. O artigo 196 CF é o que mais interessa para esta investigação na medida em que determina uma obrigação para entre os entes da federação, quanto ao dever de garantia deste direito por meio de

---

<sup>206</sup> SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

<sup>207</sup> CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 46. “O atual sistema de direitos e garantias fundamentais difere-se da tradição liberal brasileira na medida em que a Constituição de 1988 não se restringe a elencar as liberdades civis e políticas dos cidadãos, mas atribui a estas liberdades um sistema de valores que informam todo o conteúdo jurídico das normas materiais da Carta. Assim, ao prever no preâmbulo valores como bem-estar, desenvolvimento, justiça, pluralidade, entre outros, além de sublinhar como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, os constituintes abandonaram uma tradição de neutralidade da norma constitucional em favor de um sistema axiológico baseado em princípios. Além disso, a Constituição adentrou com grande força na regulação da ordem social e econômica, permitindo, assim novas formas de controle político, pelos cidadãos, da atividade estatal.”

<sup>208</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85. “no direito constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no artigo 6º, *caput*, e, em mais detalhes, nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, material e formalmente.”

políticas públicas adequadas.<sup>209</sup>

A Constituição estabelece, ainda, em seu artigo 24 inciso XII e artigo 30 inciso II, a competência concorrente dos entes federados para legislar sobre o direito à saúde. Desta forma, a União se obriga ao estabelecimento de normas gerais, os Estados legislam de forma complementar e os Municípios legislam nas matérias de interesse local, de acordo com o artigo 24 parágrafos 1º e 2º e artigo 30 incisos I e II, respectivamente.<sup>210 211</sup>

O sistema de saúde, inaugurado pela Constituição de 1988, é mais amplo do que os existentes em textos constitucionais anteriores. A ideia de saúde no Brasil pré 88 não incluía o conceito de universalidade, deixando a assistência médica, para determinados grupos, sob o apoio da caridade. Os institutos de saúde, como os antigos IAP e o INPS caracterizavam-se como serviços de saúde pública oferecidos aos “trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.”<sup>212</sup>

Este modelo de assistência – vinculado aos institutos de previdência – resultou do chamado Sistema Nacional de Saúde, instituído pela Lei n. 6.229/75 que

apesar do êxito que representou para a época, já mostrava sinais de inoperância e ineficiência, motivando a busca por serviços de saúde de melhor qualidade e gerenciamento organizado. As ações de promoção da saúde e prevenção de doenças eram desenvolvidas quase que exclusivamente pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência

<sup>209</sup> Artigo 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

<sup>210</sup> SANTOS, Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos. Jurisdição e direitos fundamentais: controle da omissão do Estado na concretização do direito à saúde. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 10, p. 376, 2007. “[...] a imposição do dever ao Estado, como contrapartida ao direito ao serviço de saúde que é assegurado ao cidadão, encontra-se também definido no rol de competências, tanto das comuns às entidades federativas, quanto das específicas dos Municípios (ex vi dos artigos 23, II e 30, VII da Constituição) sendo despidendo assinalar que o exercício de uma competência não constitui faculdade, mas um dever.”

<sup>211</sup> Artigos 24, §§1º e 2º e 30, incisos I e II. Artigo 24 “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] §1º no âmbito da legislação concorrente a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, §2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados; artigo 30 “Compete aos Municípios: I- Legislar sobre assuntos de interesse local, II- complementar a legislação federal e estadual no que couber.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <[www.unibe.br](http://www.unibe.br)>. Acesso em: 18 out. 2011.

Médica da Previdência Social – INAMPS -, AUTARQUIA VINCULADA AO Ministério da Previdência e Assistência Social.<sup>213</sup>

Ao criar um dever para o Estado de garantir um sistema de saúde que atenda a todos os cidadãos, a Carta de 88 permitiu que grupos tradicionalmente alijados do acesso a este direito pudessem pleitear a sua efetivação em juízo. Neste sentido, Barroso<sup>214</sup> argumenta que as normas constitucionais pós 88 caracterizam-se pelo critério da efetividade, não sendo apenas “percebidas como um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.” Todas estas mudanças quanto à forma de interpretação do texto constitucional decorreram da chamada doutrina brasileira da efetividade<sup>215</sup>, embora se possa verificar que o debate acerca da eficácia das normas constitucionais “tem ocupado lugar de destaque na doutrina pátria, de modo especial a partir da constituição de 1891”, com as idéias trazidas do direito americano por Ruy Barbosa.<sup>216</sup>

A mudança de paradigma no tocante ao direito à saúde decorreu, além da característica da efetividade, já mencionados, do fato de “o direito à saúde é um rótulo que exprime um complexo de direitos individuais e transindividuais”, ao definir que as ações de saúde devem visar à promoção, proteção e recuperação da vida.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

<sup>214</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13, nov. 2008. Disponível em: <www.unibe.br>. Acesso em: 18 out. 2011.

<sup>215</sup> Ibid., p. 15. Segundo o autor “a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.”

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 242.

<sup>217</sup> NASCIMENTO, José Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 11, p. 301, jan./dez. 2008. Segundo o autor, “o direito à promoção é um direito difuso exercido como regra em face do legislador, um direito a todos indistintamente assegurado de exigir programas de saúde, ou seja, de exigir um conjunto de ações dirigidas à finalidade de proporcionar uma vida saudável, por exemplo, com oferta de saneamento e com medidas de vigilância epidemiológica tais como a coleta e a gestão dos dados sobre doenças, inclusive compulsória, se necessário.”

“O direito à prevenção é um direito essencialmente coletivo exercido como regra em face do Executivo, significando o poder de exigir prestações afirmativas e negativas tais como a estruturação de uma rede de atenção básica em saúde, capaz de dar atendimento familiar e orientação, além de promover vacinação e adotar ações de política administrativa em vigilância sanitária, seja pela exigência prévia de autorização para certas atividades ou serviços, seja pela fiscalização e até a proibição de algumas práticas consideradas arriscadas para a saúde.”



Amaral argumenta que o problema da saúde no Brasil começou a ganhar repercussão não com as doenças, que ameaçavam parte da população brasileira e eram fruto de uma grande desigualdade social, mas sim com o surgimento da AIDS, que ameaçava a vida de muitos, levando os portadores desta enfermidade a buscar, no judiciário, com base no artigo 196, o apoio ao tratamento – e a sobrevida – e as iniciativas de prevenção.<sup>218</sup>

Para Sarlet o direito à saúde possui uma dupla fundamentalidade formal e material, sendo aquela uma decorrência do direito constitucional positivo<sup>219</sup> e esta “encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado”, isto é o próprio conceito de vida digna.

O modelo instituído pela Carta de 1988 caracteriza-se pela opção por um sistema único que tenha por objetivo o atendimento a toda a população, tendo como diretrizes organizativas “a descentralização, com comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e participação da comunidade”, bem como permite a parceria com os regimes privados de saúde.<sup>220</sup>

A amplitude do sistema de saúde, no modelo pós 88 caracteriza-se pelo acesso integral a este direito, como forma de garantir o pleno respeito a uma vida

---

“Já o direito à recuperação é um direito essencialmente individual às prestações afirmativas, exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares.”

<sup>218</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10. Para o autor: “Nesses casos, os magistrados viam-se na difícil situação de se confrontarem com a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevida não de ‘alguém’, mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro das pessoas físicas. Do outro lado, encontrava-se o Poder Público, com recursos sabidamente mal empregados e, algumas vezes, defendido em juízo com argumentos que soavam insignificantes ante a uma vida humana determinada, como, por exemplo, tratar-se de matéria incluída na discricionariedade administrativa ou mesmo mais prosaicas, como depender a aquisição do medicamento vital para a sobrevida do paciente do término de procedimento licitatório ainda em curso”

<sup>219</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, p. 02-03, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 maio 2011. Para o autor a fundamentalidade material “se desdobra em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais ( e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da reforma constitucional; c) por derradeiro nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares”

<sup>220</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97. “Não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público.”

digna. O grande problema da generalidade se deve ao fato de que, no texto constitucional, não há uma definição mais clara do conteúdo deste direito à saúde, isto é, universalidade significa garantir acesso a todos os cidadãos os procedimentos médicos existentes, ou seria aquilo que se possa fornecer, que seja feito para todos indistintamente?

Em uma posição de crítica ao atual modelo, Torres argumenta que a Constituição distinguiu as prestações correspondentes ao chamado mínimo existencial, que teriam abrangência geral e gratuita, das classificações dos direitos sociais “que poderiam ser custeadas por contribuições (medicina curativa).”<sup>221</sup>

Na definição do autor, a “utopia da universalidade” não se deu com a promulgação da Constituição de 1988, mas sim com a elaboração da Lei n. 8080/90 que instituiu o sistema único de saúde (SUS).<sup>222</sup> Nesse contexto a ideia de amplitude do acesso acabou por gerar distorções no sistema financeiro do Estado, criando um sistema modelo público de baixa qualidade e direcionando as classes mais favorecidas aos planos privados, com mais qualidade no atendimento, bem como alguns exageros cometidos por membros do poder judiciário, quando exigem prestações absurdas ou desnecessárias.<sup>223</sup>

Na defesa de um novo modo de se encarar a obrigação de assistência à saúde Leal afirma que, tendo em conta os mandamentos legais da Constituição e da legislação comum, a garantia da saúde –universal – deve ser interpretada não como um dever único do Estado, mas como uma obrigação que pode ser suportada pela sociedade. Ao analisar o encargo de prestar alimentos, num sentido amplo, o autor defende que a saúde também se insere neste conjunto de prestações, uma vez que a família se torna co-responsável pela garantia do direito à uma vida digna de seus membros, pois

---

<sup>221</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 245. Segundo o autor “A medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos, entretanto, deveriam ser remunerados pelo pagamento das contribuições ao sistema de seguridade, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, que têm o direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira, posto que se trata de direito tocado pelos interesses fundamentais.”

<sup>222</sup> Afirma o autor que “com o advento da Lei nº 8.080/90, que criou a utopia da gratuidade nas prestações de saúde (art. 43) e definiu o direito à saúde como fundamental (art. 2º), nunca mais ficou claro o limite entre o mínimo existencial e a otimização dos direitos sociais.” Ibid., p. 252.

<sup>223</sup> Vale citar dois exemplos mencionados pelo autor em um paciente, ao comprar o medicamento preferiu trocar de carro e outro que após bloquear recursos do governo gaúcho foi para a Europa e não mais voltou. Para o autor estas distorções seriam evitadas se “ao revés de adjudicar individualmente o bem público, o Judiciário determinasse a implementação de políticas públicas adequadas [...]”. Ibid., p. 256.

está-se falando, em verdade, também do dever de solidariedade que a Constituição Brasileira de 1988 impõe a estas relações, chamando à responsabilidade de cada qual para que contribuam na constituição de uma sociedade justa e democrática, condição de possibilidade de uma República e Estado de Direito.<sup>224</sup>

Em postura diversa, Figueiredo entende que a obrigação de garantir a saúde não se limita apenas ao Estado, mas se estende também aos particulares.<sup>225</sup> Contudo, o sentido em que a autora defende esta relação se desloca do campo da obrigação na prestação dos serviços de saúde para a abstenção de quaisquer condutas que ponham em risco a vidas dos demais membros da sociedade. Para a autora

ao particular que se encontre na posição de destinatário do direito à saúde, admite-se a imposição de um dever geral de respeito, muito embora, dada a incidência do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), pareça improvável a possibilidade de reconhecimento de posições jurídico-subjetivas, que outorguem ao titular do direito fundamental à saúde a pretensão de exigir de outro particular o fornecimento de prestações materiais, ante a ausência de legislação conformadora.

Para Barcellos, o direito à saúde representa um dos elementos do núcleo básico de proteção da dignidade humana. Neste sentido, faz-se necessária a definição de um conteúdo mínimo de prestações que devem ser providas pelo Estado para garanti-lo como um todo. Este conteúdo mínimo poderia ter sua concessão determinada pelo judiciário, em virtude da disciplina constitucional.<sup>226</sup>

<sup>224</sup> Afirma o autor que “O Estado do Rio Grande do Sul introduziu em sua Constituição a participação do indivíduo e de sua família no custeio da saúde pública, sendo que, com base nestes pressupostos, foi editada a Lei-RS n.º 9.908/93, determinando que o Poder Público estadual deve fornecer medicamentos especiais ou excepcionais aos seus cidadãos desde que comprovem o seu estado de carência e também de sua família”. LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp/scielo>> acesso em 15/01/2011>. Acesso em: 29 out. 2012.

<sup>225</sup> “Ainda no que tange à eficácia, cumpre salientar que o direito à saúde se dirige também aos particulares, de modo que o dever de efetivá-lo não compete exclusivamente ao Estado. Sem adentrar no exame mais aprofundado desta temática, refira-se, entretanto, que a doutrina vem convergindo para a afirmação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora ainda ausente uniformidade quanto à forma de incidência dessas normas constitucionais, se diretamente e de modo ordinário, ou se apenas mediante interposição legislativa conformadora.” FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93-94.

<sup>226</sup> Segundo a autora, este conteúdo mínimo exigível poderia ser acompanhado de outros conteúdos juridicizados e que tenham forma legal. No mais competiria ao judiciário apenas “zelar pela aplicação de outras modalidades de eficácia: negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 272-289.

O problema reside, segundo a autora, na própria definição do conteúdo deste mínimo existencial em matéria de saúde pública, pois afirma que “se está tratando das prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação”, embora não se trate de uma opção simples.<sup>227</sup> No mesmo sentido Lopes, defende a necessidade de se garantir, pelo menos, um conteúdo mínimo de direitos fundamentais adequados à dignidade humana.<sup>228</sup> Torres também reconhece a dificuldade de se estabelecer o conteúdo do mínimo existencial ao argumentar que

O grande problema do ‘direito à saúde’, por conseguinte, seria definir os limites nos quais se considera direito fundamental, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero direito social, fora do campo do mínimo existencial e dependente de dramáticas escolhas orçamentárias e de pagamento de contribuições.<sup>229</sup>

Diante da amplitude das necessidades relacionadas com a saúde, e da dificuldade em se estabelecer aquilo que de fato deveria ser uma obrigação constitucional, Barcellos argumenta que “o efeito isolado pretendido pelas normas constitucionais na matéria é que todos desfrutem de todas as prestações possíveis e necessárias para a prevenção e recomposição do seu estado de saúde.”<sup>230</sup>

A polêmica no tocante ao direito à saúde não é a sua definição como essencial a uma vida digna, mas sim o estabelecimento do conteúdo a que o Estado estará obrigado a prestar a todos, de forma gratuita e universal. Os recursos

---

<sup>227</sup> Ainda segundo a autora “É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde.” BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277.

<sup>228</sup> Para o autor, “quem tem fome e sede, não tem onde viver, nem quem lhe pense e trate as enfermidades, vive em situação de indignidade e, pior, não é livre nem mesmo para participar da tomada das decisões políticas da nação, prerrogativa de que não pode se despojar em um estado democrático cujo processo eleitoral legitimante dependa da hígida participação de todos, considerando o pluralismo da sociedade em que também o despossuído ‘vive’(?)”. LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 78.

<sup>229</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 246.

<sup>230</sup> Cumpre ressaltar que a solução apontada pela autora, como um exemplo possível, é uma comparação com as obrigações das operadoras privadas de saúde, isto é, há um conteúdo mínimo de prestações que os planos de saúde devem se ater, tais como “(i) atendimento ambulatorial; (ii) internação hospitalar; (iii) atendimento obstétrico; e (iv) atendimento odontológico.” Assim, diante destas hipóteses, poderia o poder público determinar o conteúdo do mínimo existencial a que estaria obrigado e estes direitos poderiam ser exigidos pela via judicial. BARCELLOS, op. cit., p. 281.

públicos não se caracterizam como ilimitados, no entanto, a necessidade de prestação de saúde, em um país marcado por desigualdades sociais, é cada vez mais frequente, embora muitas das demandas judiciais não sejam propostas por pessoas de baixa renda.<sup>231</sup>

Dentro de todo este panorama de discussão doutrinária, o trabalho pretende analisar se há postura ativista e de judicialização no Supremo Tribunal Federal no tema da saúde. Será analisada, ainda, a Audiência Pública-Saúde, realizada em Brasília e que teve como principal meta o debate em torno dos dilemas que envolvem as questões relativas ao direito à saúde no Brasil, bem como o enfrentamento de decisões da presidência do Supremo Tribunal Federal (decisões que ocorreram antes e depois da Audiência Pública-Saúde) em que o tema da saúde foi apreciado.

O objetivo será o de comparar as decisões da Presidência do STF com as conclusões obtidas na Audiência Pública, averiguando se houve realmente colaboração dos debates ou se a Audiência Pública foi utilizada como recurso do Supremo no sentido de ratificar o que já vinha sendo decidido antes da Audiência Pública, tendo em vista a incorporação recorrente da Audiência Pública-Saúde nos votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes.

---

<sup>231</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 256 e AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.10.

## **5 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO NO CENÁRIO POLÍTICO NACIONAL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

É inelutável a argumentação de que, sob a égide do Estado neoconstitucional de direito, o poder judiciário vem decidindo matéria de competência do legislador democrático, seja por omissão inconstitucional do próprio Congresso Nacional, seja por ativismo desproporcional democraticamente ilítimo do poder judiciário.

O fato é que tal fenômeno - denominado de judicialização da política - é estimulado pela própria Constituição de 1988 a partir da ideia de controle de constitucionalidade dos atos do poder público, seja em sede abstrata de ação direta, seja na via concreta.

Isso significa dizer que os representantes do povo brasileiro ainda não captaram o prejuízo que a banalização do fenômeno da judicialização da política pode gerar para o Estado Democrático de Direito, vale dizer ainda não compreenderam que de nada adianta recorrer ao poder judiciário para reverter a derrota no cenário legitimamente democrático e que é Congresso, local adequado para o jogo político democrático de um verdadeiro Estado de Direito.

Destarte, com o fito de reverter um quadro negativo obtido no jogo (geo)político de formulação de políticas públicas, a parte perdedora do Congresso Nacional não hesita em recorrer ao poder judiciário, não percebendo que, em última instância, a solução que será entregue pelo Supremo Tribunal Federal pode ultrapassar a barreira imposta pela separação de poderes, fato, que, inelutavelmente, enfraquece um dos pilares de sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, qual seja a limitação do poder estatal a partir da separação dos poderes.

O que não se vislumbra é que, mesmo quando o objetivo pretendido pelos parlamentares derrotados na arena democrática é alcançado a partir da decisão pretoriana contramajoritária, o ganho é relativo em termos de autonomia e independência do Congresso Nacional, na medida em que o poder legislativo é enfraquecido diante da criação jurisprudencial do direito.

Em suma, o fenômeno da judicialização da política, que não se confunde com o conceito de ativismo judicial, deve ser bem pensado pelos representantes da supremacia popular, pois muito embora não haja aqui a quebra do princípio da inércia do poder judiciário, o fato irrefutável é que a busca excessiva de solução

pretoriana no lugar de ação legiferante nada mais faz do que infirmar a separação de poderes e, na sua esteira, o regime democrático e o sistema republicano.

Para além disso, infelizmente a realidade da ação política brasileira é lastimável em termos de garantia da vontade popular, uma vez que os objetivos fundamentais do Estado cedem facilmente para os interesses individuais dos detentores do mandato político-representativo. Tal realidade, na grande maioria das vezes, legitima “democraticamente” o movimento hermenêutico intrusivo do ativismo judicial desproporcional, porque projeta a imagem de uma ação salvadora do juiz-herói em detrimento do poder legislativo, que é indubitavelmente a expressão mais representativa da soberania popular.

Em linhas gerais, o raciocínio é simples: há um acúmulo de omissões inconstitucionais do poder legislativo na formulação de políticas públicas, dando azo a constante intervenção jurisprudencial na garantia dos direitos fundamentais, notadamente do direito à saúde. É o que se vê quando o cidadão comum, sentindo-se desamparado pelos formuladores democráticos de políticas públicas, recorre ao juiz-salvador para garantir seus direitos fundamentais. Esse é o quadro jurídico-social do Estado democrático brasileiro.

Não se trata de um ataque ao ativismo judicial em defesa do legislador democrático, mas, sim, da busca de equilíbrio entre poderes de modo a fixar os limites de atuação de juízes e tribunais na formulação de políticas públicas. Não há nenhuma grandeza hermenêutico-democrática na ação legiferante do poder judiciário quando feita fora dos limites impostos pela separação de poderes. Por outro lado, não há muito menos nenhuma nobreza exegético-eficacial na postura passiva do poder judiciário, deixando que o legislador proceda a seu talante na concretização dos objetivos fundamentais do Estado e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Portanto, é nesse diapasão que o presente capítulo colima investigar as seguintes linhagens epistemológicas:

- a) o poder contramajoritário e a criação jurisprudencial do direito: a legitimidade da jurisdição constitucional;
- b) o discurso jurídico do STF como discurso político;
- c) a judicialização da política no Brasil;
- d) os antecedentes históricos do ativismo judicial no cenário brasileiro;
- e) a reforma judiciária e o ativismo judicial no STF;
- f) análise da argumentação das decisões do STF;

g) a apropriação individual de direitos fundamentais sociais.

### 5.1 O Poder Contramajoritário e a Criação Jurisprudencial do Direito: a legitimidade da jurisdição constitucional

A maioria dos países ocidentais <sup>232</sup> reconheceu a jurisdição constitucional, conferindo-se aos juízes – por via legislativa ou por via pretoriana – o dever de corrigir (ou rever) os atos emanados dos outros dois Poderes, a fim de adequar seu sentido à norma constitucional, que é interpretada pelo próprio Judiciário<sup>233</sup>. Tal atribuição se faz mais evidente em certos momentos-chave da vida social de cada país.

Nos Estados Unidos, por exemplo, <sup>234</sup> muito embora a data inaugural do controle judicial de constitucionalidade seja 1803, com a decisão paradigmática do Justice Marshall no caso *Marbury v. Madison* <sup>235-236</sup>, o fato é que a ideia de jurisdição

<sup>232</sup> Na França, a desconfiança em relação aos juízes tem raízes históricas, haja vista que estes integravam a nobreza e eram vistos como aliados do Antigo Regime, o que determinou a vedação expressa aos juízes de declararem qualquer lei inaplicável. Já no Reino Unido, a supremacia do Parlamento permanece, ao menos em relação aos juízes, inabalável. Cf. CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

<sup>233</sup> Devido à opção metodológica pelo estudo da realidade norte-americana, poremos foco sobre um sistema constitucional que tem ápice em uma Suprema Corte, pertencente ao Poder Judiciário, e não sobre um sistema cuja Constituição é tutelada por Tribunal Constitucional, externo aos três poderes. Não obstante, tanto a Suprema Corte quanto o Tribunal Constitucional desempenham funções similares no sistema jurídico, o que permitirá, em boa proporção, aplicar as considerações ora apresentadas tanto num sistema quanto noutro.

<sup>234</sup> Um outro exemplo marcante do surgimento do controle da constitucionalidade é o do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que passou a exercer a jurisdição constitucional mesmo sem expressa previsão normativa nesse sentido, seja na Lei Fundamental, seja na lei orgânica do Tribunal Constitucional.

<sup>235</sup> Trata-se da decisão *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), cuja íntegra pode ser encontrada em: *MARBURY v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). In: SUPREME Court Collection. Ithaca, Universidade de Cornell. Disponível em: <<http://supct.law.cornell.edu/supct/cases/historic.htm>>. Acesso em: 26 out. 2011.

<sup>236</sup> McConnell apresenta uma interessante análise da decisão, fornecendo detalhes de seu contexto histórico-político, cujo pano de fundo se consubstanciava no dilema enfrentado pela jovem nação entre federalistas – liderados por Alexander Hamilton - e anti-federalistas (republicanos) – liderados por Thomas Jefferson. No caso em concreto, a lide deriva do fato do presidente federalista (vencido nas eleições) John Adams tentar nomear uma série de pessoas “pró-federalistas”, entre elas Marbury, como juízes de paz (conhecidos como *midnight judges*) no seu último dia de mandato, usando como base legal *The Judiciary Act of 1789*. O presidente interino Jefferson – que assume a presidência temporariamente no lugar do presidente eleito James Madison - não reconheceu como válidas tais nomeações posto que, embora assinadas, não foram entregues, negando-se, portanto, a dar posse aos nomeados. Por fim, embora Marbury não tenha recebido sua comissão de juiz de paz, prevaleceu a tese federalista, com a consagração do controle judicial da constitucionalidade. McCONNELL, Michael W. *The story of Marbury v. Madison: making defeat look like victory*. In: DORF, Michael. **Constitutional law stories**. New York: Foundation Press, 2004. p. 13-31. A propósito, ”. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 13, reconhece explicitamente a influência hamiltoniana para o desfecho da decisão. *Hamilton’s reasoning here, even his very language, formed the foundation for the Marbury v. Madison confirmation of judicial review as the core principle of the constitutional system. The Marbury opinion can, indeed, be read as more or less a gloss upon The Federalist, nº. 78.*



constitucional deve ser entendida dentro de um longo processo de conflitos institucionais ao longo do século XIX como um dos marcos em que foram fixadas as bases modernas para a construção do *judicial review* norte-americano.

Seus juízes, à época, não poderiam imaginar o vulto e a relevância que, entre outros<sup>237</sup>, o caso *William Marbury v. James Madison* viria a ter no futuro, uma vez que a possibilidade de invalidação, pelo Poder Judiciário, de ato normativo oriundo de um dos Poderes eleitos do Estado, tornou-se elemento marcante do constitucionalismo ocidental.<sup>238</sup> Tanto é que a Corte Suprema pronunciou-se pela aplicação reiterada da *judicial review of legislation* de modo efetivo em momentos históricos cruciais, e.g., após a guerra civil (Guerra de Secessão 1861-1865), nos anos de reconstrução<sup>239</sup>, e após o *Crash* de 1929 (Grande Depressão). Nesta última ocasião, cabe destacar que a Corte Suprema decidiu que a política intervencionista do *New Deal*<sup>240</sup>, proposta pelo Poder Executivo, não afrontava os princípios de autonomia da vontade ou da liberdade dos mercados.<sup>241</sup>

<sup>237</sup> Schwartz recupera a trajetória dos primórdios do *judicial review*, atribuindo-o como decorrência de uma tradição legal herdada da própria metrópole inglesa. “Judicial review, as an essential element of the law, was part of the legal tradition of the time, derived from both the colonial and revolutionary experience. With the appearance during the Revolution of the written constitutions, the review power began to be stated in modern terms. Between the Revolution and *Marbury v. Madison*, state courts asserted or exercised the power in at least twenty cases. Soon after the Constitution went into effect, assertions of review authority were made by a number of federal judges”. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 22.

<sup>238</sup> Farber relata esta expansão do *judicial review* para muitas democracias em todo o mundo. Cf. FARBER, Daniel A. Judicial review and its alternatives: an American tale. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 38, n. 2, p. 415, 2003. Com efeito, embora de matriz ocidental, tal expansão geográfica chegou até o Oriente, como registra GINSBURG, Tom. Confucian constitutionalism: globalization and judicial review in Korea and Taiwan. **Illinois Public Law Research Paper**, Chicago, IL, n. 00-03, Out. 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=289255](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=289255)>. Acesso em: 28 out. 2011. GINSBURG, Tom. The warrencourt in East Asia: an essay in comparativelaw. **Illinois Public Law Research Paper**, Chicago, IL, n. 04-12, Febr, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=538984](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=538984)>. Acesso em: 28 out. 2011.

<sup>239</sup> A respeito da era de reconstrução vide o verbete elaborado por ENTRIKIN, J. Nicholas. Era de reconstrução. In: BOYER, Paul S. (Org.). **The Oxford companion to United States history**. New York: Oxford University Press, 2012, especialmente na p. 653 quando encontramos a explicação de que se trata de uma tentativa de reconstruir e reformar nos níveis político, econômico e social o sul do país depois da Guerra Civil e reestruturar as relações raciais em toda nação. Os historiadores da era têm procurado responder quatro questões, a saber: Quais os graus de mudança que ocorreram antes e depois da deflagração de 1861-1865?; o período da denominada reconstrução apresenta uma natureza radical ou conservadora?; Quando ela começou e terminou?; e, por fim, Quanto e por que ela fracassou?

<sup>240</sup> A propósito da orientação jurisprudencial final adotada pela Suprema Corte, em relação à política do *New Deal*, vale registrar um episódio, já considerado como clássico, ocorrido durante governo de Roosevelt. “Nos anos 20, os políticos liberais norte-americanos atacavam abertamente a Suprema Corte, em virtude de suas decisões jurídicas contra eventuais interesses político-comerciais. Esse quadro agravou-se nos anos 30, quando por maioria de votos, o Tribunal colocou-se em conflito direto com o Presidente Franklin Roosevelt e o [...] *New Deal*, programa presidencial para combater a Grande Depressão, incluindo amplas e drásticas medidas de controle da economia. A Lei de Ajuste Agrícola, por exemplo, foi um esforço para limitar a produção agrícola, a fim de estabilizar os preços

Integrando as reflexões acadêmicas sobre a temática do constitucionalismo democrático, a jurisdição constitucional<sup>242</sup>, instrumentalizada nos diversos sistemas de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos<sup>243</sup>, revela a tensão entre Direito e Democracia que, dentro de um parâmetro de leitura liberal, expressa o conflito da limitação da vontade da maioria, materializada na lei (e, depois, na Constituição) – e denominado pela doutrina de caráter contramajoritário.

É nesse diapasão que a jurisdição constitucional, embora revestida com a roupagem contramajoritária, é de fundamental importância para a consolidação do Estado de Direito, seja no sentido de que atua com o objetivo de anular atos aprovados pela maioria dos representantes do povo (expressão da soberania

---

dos produtos primários. A Lei de Recuperação Industrial Nacional foi, igualmente, estabelecida para causar acordos sobre práticas de trabalho e comércio dentro de indústrias inteiras. Ocorre que em uma série de decisões tomadas por maioria de votos (6 a 3 e 5 a 4), nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte entendeu inconstitucionais essas duas leis e outros diplomas editados pelo Congresso Nacional com a finalidade de recuperação, enfraquecendo o programa de governo. Inevitavelmente, o Presidente Roosevelt liderou severas críticas contra o Poder Judiciário e, após sua reeleição consagradora em 1936, sugeriu contornar a situação por meio de uma legislação de acordo com a qual um juiz adicional poderia ser acrescentado à Suprema Corte, para cada juiz que tivesse mais de 70 anos de idade. Com a eventual implementação dessa nova regra, o resultado teria sido aumentar o tamanho da Corte, temporariamente, para 15 juízes, permitindo que o Poder Executivo nomeasse novos juízes favoráveis a seus programas. Enquanto essa hipótese era debatida no Congresso, a Corte eliminou a maior parte do impulso existente por trás dele em uma sequência de novas decisões tomadas em 1937, e foi mantida a legislação do *New Deal* e legislação estadual por estreitas margens, tomando posição contrária a suas opiniões coletivas nos casos anteriores e evitando-se a deformação da autonomia da cúpula do Poder Judiciário. Anote-se que essa alteração de posicionamento da Suprema Corte norte-americana ficou conhecida como *the switch in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove)” MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 88-9.

<sup>241</sup> SUNSTEIN, Cass. **The second bill or rights**: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. Nova York: Basic Books, 2004. p. xx.

<sup>242</sup> Segundo Kelsen a jurisdição constitucional seria a garantia jurisdicional da Constituição. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 267. Entre nós, Vieira e Camargo, após análise da categoria na teoria constitucional brasileira, concluem que: “Acreditamos que tais fatores demonstram o acerto da visão de Rubio Llorente de que não podemos mais trabalhar com modelos estanques como o da ‘judicial review’ e noutra ponta a Jurisdição Constitucional concentrada (de base europeia). As leituras desenvolvidas por nós estão, dessa forma, em consonância com a linha de Rubio Llorente, no sentido de que devemos traçar um perfil de Jurisdição Constitucional dentro de um marco teleológico, isto é, termos de compreender se a Jurisdição Constitucional brasileira aproxima-se ou não de um modelo afirmativo de direitos. Assim, o conceito de Jurisdição Constitucional estará medido nessas duas possibilidades, a saber: ou ‘pretende assegurar a constitucionalidade do texto legal’, ou ‘aqueles outros que aspiram garantir também, a constitucionalidade da aplicação da lei’ (Llorente, p. 157)”. Para um panorama mais amplo sobre o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, Cf. VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Regina Lírio do. A Teoria da Mudança no Constitucionalismo Americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernanda. VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SOUZA NETO, Claudia Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>243</sup> Para uma visão panorâmica dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis. BARROSO, op. cit., 2004. p. 39.

popular calcada na visão liberal da regra da maioria), seja no sentido de que atua com o objetivo de salvaguardar a proteção dos direitos fundamentais, aí incluídos os direitos da minoria, mormente em sociedades multiculturais.

Destarte, a jurisdição constitucional desempenha papel fundamental no projeto constitucional hodierno na medida em que projeta a um só tempo a tentativa de harmonização entre a democracia (fundada na ideia de soberania popular e regra da maioria) e o constitucionalismo (origem histórica liberal de limitação do poder do Estado).

Com rigor, a discussão desloca-se, em realidade, para a problemática da legitimidade democrática da própria jurisdição constitucional, isto é, como ela merece uma justificativa racional dentro dos padrões do Estado Democrático de Direito, vale dizer, até que ponto a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, anulando leis concebidas pelos representantes do povo, não colide com o espírito democrático da regra da maioria, mas, ao contrário, reforça-o em nome do sentimento constitucional de justiça.

A assertiva é corroborada pela posição do Conselheiro José Manuel M. Cardoso da Costa – então na qualidade de Presidente do Tribunal Constitucional português – ao apresentar os trabalhos levados a cabo no Colóquio, por ocasião do X Aniversário daquela Corte, em Lisboa, 1993:

Se há um problema que a justiça constitucional renovada e recorrente suscite – pese o surto de alargado desenvolvimento que tal uma área da jurisdição conheceu no constitucionalismo democrático do último meio século – esse, no fundo, é ainda, e ainda que nem sempre explícita ou frontalmente posto, o da sua mesma legitimidade e legitimação.

Assim, é bem de ver que o debate envolvendo a tensão entre direito e democracia por si só, já se revela bastante rico, com uma expressiva produção bibliográfica estrangeira<sup>244</sup> e, aos poucos, vem gerado um maior interesse em nossas terras<sup>245</sup>.

Com efeito, diversos julgamentos feitos pelo STF em sede de jurisdição constitucional foram momentos históricos que consolidaram o Estado Democrático

---

<sup>244</sup> Como se pode apurar da bibliografia consultada para a elaboração da pesquisa.

<sup>245</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisprudência constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, entre outros.

de Direito, viabilizando o uso da jurisdição constitucional seja como instrumento de defesa dos direitos fundamentais, seja como instrumento de defesa do procedimento democrático. Dessarte, algumas decisões da Suprema Corte podem ter o condão de inaugurar na ordem jurídica pátria o ensejo de uma interpretação constitucional avançada, comprometida com ditames normativos do pluralismo político, respeito aos direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

No entanto, caso contrário, ou seja, caso as decisões do STF sejam desproporcionais, abrir-se-á precedente irreversível, vitimando o próprio regime democrático; e fomentando atentados à soberania popular, como expressão liberal da democracia, gestando incalculáveis prejuízos para a sociedade e criando riscos para a materialização de um “Estado Judicial de Direito”, denegador e violador do princípio da separação de poderes.

É por tudo isso, portanto, que duas grandes vertentes do direito comparado nos mobilizam, a saber: o debate alemão<sup>246</sup> e a discussão travada pelos juristas norte-americanos, ambos igualmente relevantes para nossa realidade constitucional, já que a Carta brasileira de 1988 recepcionou os modelos norte-americano e alemão de controle judicial da constitucionalidade.<sup>247</sup>

Classicamente considerada, a supremacia do Poder Judiciário pode ser entendida como um elemento de estabilidade que se traduz numa atividade de construção normativa voltada para a segurança jurídica, isto é, para a funcionalidade do sistema jurídico, de cunho positivista.

Contudo, essa estabilidade pode ceder espaço para a visão dinâmica, de viés pós-positivista, se a atividade jurisdicional for considerada num quadro neoconstitucional de mudanças dogmático-axiológicas, reaproximador do direito e da ética e no qual outros atores participam da construção da Constituição (influência dos valores do sistema político sobre o sistema jurídico, bem como da percepção de que a Constituição é um sistema aberto e dinâmico de regras e princípios), o que coloca a força normativa da Constituição para além das barras dos tribunais,

---

<sup>246</sup> Sobre o tema ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

<sup>247</sup> A propósito, ver art. 102, I e III, que estabelece os modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado pelo Poder Judiciário, erigindo como guardião da Constituição o Supremo Tribunal Federal.

configurando-se uma nova sistematicidade de relação entre os três poderes do Estado e a própria sociedade civil.

A positivação das normas constitucionais em um documento escrito é uma herança liberal da formação dos Estados nacionais modernos, em especial dos Estados Unidos da América do Norte<sup>248</sup>, que se vincula a uma construção racional de oposição ao exercício de poder ilimitado, configurando-se num fator de limitação do poder.<sup>249</sup>

Num estudo comparativo entre a gênese do constitucionalismo norte-americano e do francês, atesta Canotilho que, no primeiro caso,

Não se pretendia tanto reinventar um soberano onipotente (a Nação), mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário aos governantes que actuassem em violação da constituição, concebida como lei superior. Se a constituição nos esquemas revolucionários franceses terminou na legitimação do estado legicêntrico, ou, por outras palavras, dos ‘representantes legislativos’, na cultura revolucionária americana ela serviu para ‘constituir’ uma ordem política informada pelo princípio do ‘governo limitado’ (limited government). Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na idéia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Esta ‘limitação normativa’ postulava, pois, a edição de uma ‘bíblia política do estado’ condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares.<sup>250</sup>

Nesse sentido, a ideia de Constituição acompanha os princípios estruturantes do Estado de Direito que submetem, como requisito de validade, o exercício do poder político a partir de um sistema limitador de normas. Ou seja, os princípios do Estado de Direito respondem à ideia matriz de que a atividade política, à parte de seu componente de luta pelo poder, de competição entre os grupos sociais para

---

<sup>248</sup> Essa dimensão constitucional de contenção do poder já era sustentada por Hamilton (2004), em 1788, ao tratar do *Judiciary Department*, no *The Federalist* n.º 78. “By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.” E é dela que o próprio autor retira a justificativa do controle da constitucionalidade, que seria uma decorrência da natureza da própria Constituição enquanto fator de limitação dos Poderes do Estado, como mais adiante se abordará.

<sup>249</sup> Embora de origem clássico-liberal, essa função protetiva ainda hoje é pertinente. Por exemplo, Canotilho nos fala que uma das mais importantes funções dos textos constitucionais nos Estados Democráticos de Direito tem sido o “controle do poder”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 1290.

<sup>250</sup> A concretização da constituição pelo legislador e pelo tribunal constitucional, *Ibid.*, p. 53.

alterar em seu favor as esferas desse poder, tem a coalhar um sistema de normas que representa um ponto de vista sobre a justiça. O característico do Estado de Direito é precisamente a transmutação dos fenômenos de poder em Direito e, sobretudo, que a atividade política, uma vez cristalizada na forma jurídica, resta submetida ela mesma ao Direito.

Nesse último sentido, com rigor, a submissão da atividade política ao Direito perfaz-se a partir da jurisdição constitucional, onde a missão da Corte Suprema alça voo mais elevado, superando os limites da mera atuação como legislador negativo, para alcançar o patamar de rearticulador do debate político no âmbito da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Assim, sob a égide dos princípios constitucionais, o papel da justiça constitucional visa a coarctar os agentes políticos, democraticamente eleitos, resguardando-os (os princípios constitucionais conformadores da pauta axiológica da ordem jurídica) de atuação abusiva durante o processo legislativo democrático. Portanto, a justiça constitucional desloca para o centro do ordenamento jurídico-político os valores constitucionais, garantido dessarte o acesso universal aos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais de segunda dimensão.

Em consequência, o debate das políticas públicas socioeconômicas ganha dimensão jurídico-dogmática, onde a interpretação da Constituição passa a definir em que medida o direito constitucional limita as ações do Estado, reservando ao Poder Judiciário a capacidade de reforçar o rol de direitos subjetivos de natureza pública dos cidadãos comuns. Tal fato é particularmente importante no exame da efetividade do direito à saúde, já que em muitos casos é o Poder Judiciário quem determina a obrigatoriedade de fornecimento estatal de medicamentos e tratamentos específicos de alto custo.

Eis que o pleno entendimento da complexa realidade do direito fundamental à saúde perpassa, inexoravelmente, pelo papel de juízes e tribunais na contenção do poder que se atribui aos agentes políticos na formulação de políticas públicas. Não se trata de defesa de um Poder Judiciário atuando como legislador positivo, mas, sim, de respeito ao cumprimento da Constituição Federal, vale dizer, de contenção de um poder estatal absoluto no que tange à formulação de políticas públicas.

Cabe ressaltar que, para além da noção de contenção de poder, à Constituição podem-se agregar outros sentidos<sup>251</sup> – em especial, para o Brasil, toca de perto a ideia do dirigismo constitucional, como modelo de inspiração do texto constitucional de 1988<sup>252</sup>.

Com efeito, como já amplamente visto, no campo da efetividade dos direitos fundamentais, o dirigismo constitucional realinha o eixo hermenêutico, deslocando-o para uma concepção de estatalidade positiva que aspira realizar a justiça social e a proteção dos hipossuficientes.

Portanto, o dirigismo constitucional visa a combater o déficit econômico-social das classes menos favorecidas e que no Brasil somente foram assinaladas a partir da Constituição de 1934. Com espede na dignidade da pessoa humana, a engenharia constitucional dirigente busca trilhar trajetória ético-jurídica diferenciada, cuja linhagem epistemológica é a realização da igualdade material. É nesse sentido que as linhas mestras do texto constitucional dirigente são traçadas a partir dos direitos estatais prestacionais. No dizer de Fábio Konder Comparato:

A Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial.<sup>253</sup>

Opondo-se frontalmente ao constitucionalismo dirigente, o constitucionalismo liberal erige uma concepção formalista-positivista com pretensão de aprisionar o direito dentro de um legalismo estrito, sem nenhuma abertura axiológica. Assim, o modelo constitucional procedimental do liberalismo-capitalista afasta do processo de

---

<sup>251</sup> A propósito, Sampaio faz uma excelente revisão bibliográfica sobre os diversos conceitos de constituição, sistematizando-os em quatro grandes grupos: teorias da constituição formal; teorias da constituição material (realismo constitucional sociológico e concepção normativo-material); teoria material da constituição como esforço de aproximação entre o real e o formal; e constituição pluridimensional. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>252</sup> Não é por obra do acaso a grande repercussão que tem entre nós, a tese de Canotilho, intitulada “Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”. No prefácio à 2ª edição da obra, publicada em 2001, o autor apresenta um melhor esclarecimento deste conceito de Constituição dirigente. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 1994.

<sup>253</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 2 04-205.

revelação e definição dos preceitos constitucionais abstratos a intervenção dogmática do poder judiciário.

Não se deve olvidar, por conseguinte, que os direitos econômicos e sociais (aí incluído o direito à saúde) foram e continuam sendo ignorados pela matriz liberal-formalista, de modo que a concepção procedimentalista do estado legicêntrico de direito não ultrapassa a proteção dos direitos civis e políticos, daí a relevância dogmática da concepção materialista do dirigismo constitucional na garantia do direito à saúde. A adoção da concepção materialista confere ao poder judiciário papel decisivo na concretização das normas constitucionais principiológicas, como é o caso do direito à saúde.

Entretanto, independentemente da concepção adotada, há em todas um denominador lógico comum que pressupõe o valor *normativo* da Constituição, o que lhe confere o *status* de fonte de produção normativa, bem como a possibilidade de que a norma constitucional seja ela própria aplicável. Ao cabo, essa normatividade traduz-se em supremacia sobre todas as normas do sistema jurídico.

No Brasil, tal perspectiva hermenêutica (norma constitucional é sim norma jurídica, portanto, capaz de gerar de per si direito subjetivo para um cidadão comum) somente é alcançada com a Constituição de 1988. Trata-se do fenômeno denominado de “força normativa da Constituição” advindo do movimento pós-positivista que procurou não apenas dar efetividade aos princípios constitucionais liberais, como também reconhecer a jusfundamentalidade material dos direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas, como já amplamente discutido ao longo deste trabalho acadêmico.

Destarte, a essência desta ideia de supremacia material da Constituição consolida-se com o ativismo judicial, cuja postura ativa é capaz de aplicar diretamente as normas constitucionais na extensão ótima de sua densidade normativo-literal. Como consequência, o movimento pós-positivista garante a supremacia constitucional, dando-lhe (à Constituição) normatividade autônoma sem a necessidade de se recorrer ao legislador ordinário. Portanto, a supremacia constitucional projeta a Constituição como fonte inexorável de direitos e de obrigações, que a todos vincula, aí, incluído o ato legiferante dos agentes democráticos, cuja omissão legislativa será combatida pelo poder judiciário.

Enfim, do ponto de vista dogmático, a supremacia constitucional afasta a intelecção de que a norma constitucional é mero comando axiológico vinculador



apenas do legislador ordinário, daí a manifestação de Clève reafirmando que a Constituição é norma dotada de superior hierarquia, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais.

Ressalte-se, ainda, que, para o estudo desenvolvido, a supremacia constitucional é considerada, especialmente, a partir de um critério lógico-formal que leva como fator determinante o veículo de explicitude da norma jurídica à sua fonte de origem, tratando-se de estabelecer a autoridade do parâmetro a partir de seu *status*. Nesse raciocínio, merece destaque a supremacia da Constituição formal<sup>254</sup> como fator de estabilidade.

Portanto, a ideia de supremacia, seja formal, seja material, remete diretamente a uma noção de verticalidade e, portanto, de hierarquia ou superioridade, definindo-se o referencial a partir do qual podemos elaborar juízos de conformidade entre níveis normativos superior e inferior.

O fortalecimento da supremacia constitucional remete a Constituição ao patamar de *higher law* que tem como consequência lógica a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer norma de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se essas infringirem preceitos constitucionais. Fixa-se, pois, a pauta de controle de todos os atos oriundos do poder público e mesmo dos cidadãos<sup>255</sup> que estabelecerá os parâmetros de adequação desses atos no Estado Democrático de Direito.

Essa pauta de controle, a seu turno, opera em dois níveis – num plano de conformidade formal e num plano de conformidade material – que conjugados implicam o princípio da constitucionalidade dos atos normativos.

O plano da conformidade formal, também denominado de superlegalidade formal (que identifica a Constituição como norma primária da produção jurídica) “justifica a tendencial rigidez das leis fundamentais traduzida na consagração, para

---

<sup>254</sup> A doutrina tem caracterizado como Constituição formal um instrumento jurídico escrito e formalizado oriundo de órgão detentor de poder constituinte. A propósito, verifique-se em: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

<sup>255</sup> A vinculatividade da norma constitucional para os particulares é discutida quando se trata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sobre o tema, entre nós, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, ‘agravadas’ ou ‘reforçadas’ relativamente às leis ordinárias”.<sup>256</sup>

Já o plano da conformidade material (ou superlegalidade material) determina uma exigência de conformidade substancial de todos os atos normativos com as normas constitucionais, quer sejam elas regras ou princípios. Deve haver uma harmonia de conteúdo entre a norma constitucional e os demais atos normativos inferiores.

Também ao se reconhecer a supremacia da Constituição, imediatamente se reconhecem derivações que lhe são inerentes, a fim de que reste assegurada essa supremacia. Sublinhamos a existência de um órgão/instituição que se preste a preservar a inteireza de seus princípios e regras quando a Constituição vier a ser violada; e, ainda, a atribuição de sanções às normas que padecem de inconstitucionalidade, o que pressupõe a previsão de mecanismos de aplicação dessas sanções. Portanto, a supremacia constitucional, com seus consectários, viabiliza a própria obrigatoriedade da norma constitucional, assegurando sua aplicação.

Na verdade, tendo como parâmetro o objeto de estudo deste texto, trata-se efetivamente de estabelecer quem decide o que é a Constituição pela maneira como diz, dando a última palavra em caso de conflito. Tal escolha, ao final, modula a tensão existente entre os três poderes do Estado e resulta na hegemonia daquele que é o garante final da Constituição – o que acaba, na prática, por estabelecer o desenho preciso e real da independência de cada um dos Poderes do Estado.

Tradicionalmente, numa perspectiva orgânica, dois são os modelos de proteção da Constituição, a saber: o parlamentarista e o judicialista.

O modelo parlamentarista retrata a trajetória institucional na qual o parlamento exerce essa função de adequação da ordem jurídica à Constituição.

Cabe, no entanto, atentar, acompanhando Acosta Sánchez (1998), para o fato de que o modelo parlamentarista inglês se caracteriza por ser deflagrado no caso em concreto e pelo fato de o legislador cumular duas funções. De forma dinâmica, interativa e concomitante, o legislador atua quer como responsável pela elaboração da lei, quer como seu julgador. A originalidade nesse sistema de controle se revela

---

<sup>256</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 784.

na articulação do legislador com o caso concreto – o que na Inglaterra, permitiu a concretização de um Estado de Direito (*rule of law*) de caráter genuíno.

No entanto, tal não ocorreu com o modelo parlamentarista francês em que a presença do legislador ficou adstrita a uma posição formalista de legalidade sem que o sentido construtivo apareça no referido processo de controle de constitucionalidade inglês.

O modelo judicialista remete a um paradigma de prevalência da Constituição materializada na efetivação de um processo judicial, previamente concebido e conduzido por juízes e que se traduz nas diferentes formas de provocação da atividade jurisdicional, isto é, nas distintas de vias de controle ou fiscalização da constitucionalidade. Para nós, dentro desse modelo, enquadrámos tanto a experiência norte-americana do “judicial review” já relatada anteriormente, quanto ao que se convencionou denominar de sistema austríaco (kelseniano) em razão de seu desenvolvimento histórico-institucional de adequação da ordem jurídica à constitucionalidade.

É precisamente nesse segundo modelo que se materializam, de forma nítida, os questionamentos de supremacia da Constituição e do Judiciário.

## 5.2 O Discurso Jurídico do Supremo Tribunal Federal como Discurso Político

Consoante orienta Rafael Mario Iorio Filho<sup>257</sup> o termo “discurso” na perspectiva linguística significa um encadeamento de palavras, ou uma sequência de frases que seguem determinadas regras e ordens gramaticais no intuito de indicar a outro – a quem se fala ou escreve – que lhe pretendemos comunicar/significar alguma coisa.

Esse conceito pode ser compreendido também do ponto de vista da lógica, como a articulação de estruturas gramaticais com a finalidade de informar conteúdos coerentes à organização do pensamento.

Não é com esse sentido que se pretende abordar aqui a noção de “discurso político”. Pretende-se avaliar até que ponto o discurso do Supremo Tribunal Federal é um discurso político, já que qualquer enunciado ou fala pode ter um significado

---

<sup>257</sup> IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão da cidadania**: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008). 2009. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Gama Filho Rio de Janeiro, 2009.

político<sup>258</sup> a partir do momento em que a situação o autorizar. Em outras palavras, pretende-se sustentar que é a situação de comunicação que torna o discurso político; é o contexto em que é produzido que lhe confere a situação de “politizado”.

Há, pois, diferentes lugares de onde o pensamento político emana, tendo em vista que ele não está reservado somente aos responsáveis pela governança, nem está adstrito aos pensadores da vida política nacional.

A produção do sentido é, uma vez mais, uma questão de interação e é, portanto, segundo os modos de interação e a identidade dos participantes implicados que se elabora o pensamento político. Assim, podemos distinguir três lugares de fabricação desse pensamento, que correspondem cada qual a um desafio de troca linguageira particular: em primeiro, um lugar de elaboração dos sistemas de pensamento; além dele, um lugar cujo sentido está relacionado ao próprio ato de comunicação; e por último, um lugar onde é produzido o comentário.<sup>259</sup>

Como ensina Patrick Charaudeau<sup>260</sup>:

O discurso político como sistema de pensamento é o resultado de uma atividade discursiva que procura fundar um ideal político em função de certos princípios que devem servir de referência para a construção das opiniões e dos posicionamentos. É em nome dos sistemas de pensamento que se determinam as filiações ideológicas e uma análise do discurso deve se dedicar a descrevê-los a partir de textos diversos. O discurso político como ato de comunicação concerne mais diretamente aos atores que participam da cena de comunicação política, cujo desafio consiste em influenciar as opiniões a fim de obter adesões, rejeições ou consensos. Ele resulta de aglomerações que estruturam parcialmente a ação política e constrói imaginários de filiação comunitária, mas dessa vez, mais em nome de um comportamento comum, mais ou menos ritualizado do que um sistema de pensamento, mesmo que este perpassa aquele. Aqui o discurso político dedica-se a construir imagens de atores e a usar estratégias de persuasão e sedução empregando diversos procedimentos retóricos. O discurso político como comentário não está necessariamente voltado para um fim político. O propósito é o conceito político, mas o discurso inscreve-se em uma situação cuja finalidade está fora do campo da ação política: é um discurso a respeito do político, sem risco político. Pela mesma razão, a atitude de comentar não engendra uma comunidade específica, a não ser ajustamentos circunstanciais de indivíduos por ocasião de trocas

---

<sup>258</sup> Para os fins deste trabalho o termo “política” está empregado no sentido de disputas pelo poder ou que envolvem escolhas de soberania do Estado. WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002. p. 55.

<sup>259</sup> CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso político**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 26.

<sup>260</sup> Ibid., p. 17.

convencionais não voltadas exclusivamente a política. Um discurso de comentário tem por particularidade não engajar o sujeito que o sustenta em uma ação.

Sob essa inspiração de como se opera o discurso político, o texto dessa natureza trabalha as relações entre poder e direito. Portanto, em um primeiro plano de compreensão, as decisões de jurisdição constitucional são políticas por sempre envolverem processos de escolha de posicionamentos quanto à limitação ou à atuação de poder do Estado.

Sendo assim, sem descuidar do caráter essencialmente jurídico da jurisdição constitucional, muito sustentada por autores como Sanchés e Kelsen, como a temática está ligada à limitação de poder, a pesquisa ora desenvolvida não pode deixar de distinguir os aspectos políticos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Após essa breve digressão do que é o fenômeno político, pode-se dizer, em um segundo plano de compreensão, com base nas categorias que estão sendo identificadas na pesquisa jurisprudencial, que o discurso do Supremo Tribunal Federal também é político, quando, ao realizar a ponderação de interesse, decide a favor do Estado, em detrimento do cidadão e da própria sociedade que visa ao acesso ao direito fundamental à saúde.

### **5.3 Judicialização da Política no Brasil**

O ambiente institucional brasileiro, anterior à promulgação da Carta de 1988, não era terreno fértil à efetivação da judicialização da política. Pautado por uma história política repleta de sobressaltos, com uma constante centralização do poder em mãos do Executivo, o cenário político nacional não se caracterizava como propício a uma projeção mais significativa do Poder Judiciário. Costa demonstra claramente este ambiente institucional ao argumentar que

Em um país onde as sublevações e os golpes de Estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; em um país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, emite a torto e a direito medidas provisórias que se perpetuam, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem nenhum processo; em um país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta

Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, desrespeitando a sua autonomia, negando-se a preencher as vagas ou alterando o número de ministros – é de se esperar que essa Corte funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional. Sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências, o Supremo Tribunal Federal é, ao mesmo tempo, agente e paciente dessa história.<sup>261</sup>

A ideia existente era de que o Judiciário não passava de um departamento especializado, responsável pela aplicação das leis e pela solução dos conflitos existentes na sociedade. A separação de poderes sempre impediu que o Judiciário viesse a se imiscuir em questões não afeitas à sua competência original, isto é, em questões de ordem política, que são da competência originária do Executivo e do Legislativo.

Na República Velha, segundo Moro, o poder Executivo se utilizou, de forma abusiva, de estados de sítio e de intervenções federais nos estados para conter as anormalidades institucionais que frequentemente ocorriam. Esses instrumentos tinham a clara intenção de fazer com que este poder pudesse garantir a primazia de sua vontade e de buscar a prisão de opositores ou de qualquer cidadão que, ao alvedrio do Presidente da República, representassem um perigo à ordem pública e à segurança nacional.<sup>262</sup>

O surgimento de um constitucionalismo no país se deu em um processo de transição de um regime autoritário para um regime democrático com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, a despeito das alterações significativas produzidas em seu texto, por emendas constitucionais, foi capaz de garantir o surgimento de um Estado democrático de direito.<sup>263</sup>

A carta política de 1988 surgiu não como fruto de um movimento revolucionário vitorioso, ou antecedida de anteprojeto a servir como ponto de partida para os legisladores, mas sim de uma transição de um regime totalitário para outro democrático.

---

<sup>261</sup> COSTA, Maria Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA**. 2. ed. São Paulo: UNIFESP, 2006. p. 23.

<sup>262</sup> O exemplo citado pelo autor é o do HC n. 300, impetrado pro Ruy Barbosa com o objetivo de garantir a liberdade de presos durante o estado de sítio. O STF ao se pronunciar sobre o fato negou a ordem ao argumento de que se tratava de decisão política e este tipo de decisão não estaria sujeito ao controle judicial. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 65-69.

<sup>263</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 05.

Em virtude destas características, a Constituição de 1988 foi produto de um amplo debate e de negociações, e admitia, por se tratar de uma transição, os envolvidos com os projetos de ampla mudança social e as correntes mais tradicionais.

Com efeito, não há nenhuma dúvida de que o processo constituinte brasileiro foi desenvolvido sob os influxos de uma sociedade civil amargurada com o autoritarismo, porém ainda ideologicamente dividida. A queda do muro de Berlim só irá acontecer em 1989.

Portanto, nosso processo constituinte oscilou entre a busca das liberdades públicas de cunho liberal e as reivindicações sociais de diversos setores organizados da sociedade pautados no ideário de justiça social. O resultado desse processo constituinte axiologicamente fragmentado entre os valores da democracia liberal e da social democracia foi a elaboração de um texto aberto capaz de albergar todas as reivindicações apresentadas ao poder constituinte originário brasileiro.

E assim é que a Constituição brasileira de 1988 pode ser classificada como sendo compromissória, pois consagra ao mesmo tempo os valores da democracia liberal e da social democracia; analítica, pois trata de assuntos que não são materialmente constitucionais, como, por exemplo, a norma do Colégio Pedro II, prolixa e corporativa, pois acolheu excessivamente as reivindicações dos grupos organizados.

Tais características geram um texto constitucional principiológico que versa sobre matéria meramente formal ao lado das decisões políticas fundamentais do Estado. Isso traz na sua esteira certa distorção hermenêutica, pois matéria não constitucional (materialmente falando) deve ser manipulada por intermédio de emendas constitucionais e não por legislação ordinária.

Do mesmo fato, exsurge as condições de possibilidade do fenômeno da judicialização da política, pois matéria apenas formalmente constitucional passa a ser paradigma de controle hierárquico de outras normas infraconstitucionais. Vale explicitar: uma norma infraconstitucional fica submetida a outra norma (que materialmente falando seria também uma norma infraconstitucional, mas que o legislador originário resolveu constitucionalizá-la) que também deveria ser infraconstitucional.

Naturalmente, essa distorção hermenêutica compromete a efetividade das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais de segunda dimensão que são direitos estatais prestacionais e dependentes de recursos financeiros do Estado. Apesar disso, há que se reconhecer, de outra banda, que a Constituição positivou normas que são materialmente constitucionais, *e.g.*, a proteção do rol

jusfundamental do cidadão brasileiro, procurando fixar mecanismos que garantissem a efetividade de tais direitos.

Ou seja, a Constituição de 1988 consolidou o ciclo democrático e criou o arcabouço dogmático que circunscreve o conceito de cidadania. Assim, em virtude da presença conservadora, o constituinte comprometido com mudanças substantivas acabou, por estratégia, relacionando uma declaração de direitos, bem como os mecanismos para que os mesmos pudessem ser efetivados, em oposição ao que ocorria com as constituições anteriores, em que os direitos não passavam de uma carta de intenções.

A judicialização da política no Brasil torna-se possível nesse período posterior à elaboração da Constituição de 1988, com o ressurgimento do conceito de “cidadania” e do grande número de direitos reconhecidos na Constituição. Apenas à guisa de exemplificação, a Constituição de 1946 trazia um rol de direitos positivados que não dispunham de eficácia plena; mostravam-se apenas como um roteiro de intenções a ser buscado pelo Estado brasileiro.

O texto constitucional atual diferencia-se dos anteriores pelo fato de haver um conjunto de ações tendentes a garantir a efetividade destes direitos fundamentais. O novo constitucionalismo – de natureza democrática – é centrado na primazia dos direitos fundamentais e na proteção desses mesmos direitos. “O chamado Constitucionalismo democrático reclamava, portanto, um judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo soberano”.<sup>264</sup>

O reconhecimento dos direitos individuais e sociais e a defesa desses direitos, com a ampliação do acesso à Justiça, bem como a nova estrutura do Ministério Público e o sistema adotado de controle de constitucionalidade das leis favoreceram uma nova dinâmica do judiciário, como guardião dos direitos da sociedade. O juiz torna-se, dessa maneira, um protagonista da questão social<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social, Revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-40, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 23 out. 2010.

<sup>265</sup> “[...] a Carta de 1988 expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e o tema do acesso à justiça; e sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade de interpretes da Constituição”. *Ibid.*, p. 42.



No mesmo sentido, Faria<sup>266</sup> salienta que somente após a transição do regime autoritário pós-64 para o regime democrático, iniciado em 1985 e consolidado com a carta de 1988, o judiciário passou a “decidir de modo cada vez mais contundente contra o executivo.”

Para o autor, o judiciário passou a enfrentar, com o advento do constitucionalismo, inaugurado em 1988, um conjunto de novos desafios que não admitiam mais a técnica difundida de aplicação da norma jurídica aos casos apresentados aos tribunais. Esse novo movimento decorreu de uma série de fatores que vão desde a possibilidade de acesso aos tribunais por grupos tradicionalmente alijados do acesso à justiça, até a existência das chamadas ‘normas de ‘textura aberta’, como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados”.

Nesse novo contexto, a magistratura teve de amoldar seu comportamento, outrora técnico e caracterizado por um “fechamento estrutural” autopoietico, para se adequar às novas demandas, para as quais não estava preparado tecnicamente, apresentado por uma sociedade cada vez mais marcada pela desigualdade social e por necessidades cada vez maiores.

Corroborando a ideia de que a judicialização da política se torna possível no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, Sieder et al.<sup>267</sup> argumentam que as causas propiciadoras da dimensão do judiciário na sociedade decorrem de um amplo rol de direitos (tanto individuais quanto sociais), tais como: a existência de demandas de natureza coletiva, para defesa de interesses gerais<sup>268</sup>; o uso dos tribunais pelos partidos de oposição e as atribuições constitucionais dos integrantes do Ministério Público e da Magistratura na proteção dos direitos fundamentais. Afirmam, ainda, que o *Parquet*, por não estar sujeito ao controle político, situa-se como representante da sociedade na defesa de direitos difusos e coletivos e no combate à corrupção.

---

<sup>266</sup> FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52-54.

<sup>267</sup> SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 231-232.

<sup>268</sup> Esta não foi uma característica da CR/88, pois já havia demandas desta natureza no período pré-88. Ocorre que, com o advento da Carta de 88 houve um aumento dos legitimados à propositura destas ações, bem como outro status institucional para estes legitimados especialmente, aqueles identificados com as chamadas funções essenciais à justiça.

Seguindo este posicionamento, Verbicaro<sup>269</sup> argumenta que o “protagonismo do Poder Judiciário decorre da própria Carta Constitucional de 1988 que o legitimou a atuar na arena política para a proteção do extenso rol de direitos fundamentais que passaram a receber garantia de proteção jurídica”.

Segundo Barroso,<sup>270</sup> a judicialização da política no Brasil decorre do modelo de Constituição abrangente e analítica e da adoção de um sistema próprio de controle de constitucionalidade que combina o sistema norte americano e europeu. Nesse último modelo, há o chamado controle concentrado, com a criação de um órgão jurisdicional com atribuição de guarda da constituição. Esse modelo foi maximizado com a propositura de várias ações e com a existência de muitos legitimados.

No Brasil, houve a adoção, pelo texto constitucional de 1988, de uma ampla comunidade de intérpretes aptos a provocar o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de controle abstrato, por meio das Adin. Esses legitimados não encontram, em outros países, a mesma amplitude concedida pelo texto constitucional pátrio.

No mesmo sentido, Vianna<sup>271</sup> aduz que o modelo de controle de constitucionalidade abstrato das leis, com um rol extenso de legitimados, foi o que aproximou o Brasil de um processo institucional de interferência do judiciário em assuntos que antes eram exclusividade dos demais poderes.

Ainda para o autor, este novo papel concedido ao Supremo Tribunal Federal não decorre de um movimento da sociedade civil organizada, nem de um amadurecimento do próprio Poder Judiciário, mas simplesmente do fato de as Adins terem caído como “um raio em dia de céu azul no cenário institucional brasileiro”, ou seja, com este novo papel concedido pela Constituição ao STF, ao lado da amplitude de legitimados, foi possível um controle maior sobre os atos da administração pública.

Mendes<sup>272</sup> salienta, ao percorrer a história do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, que a ação com vistas a impugnar, em abstrato, uma norma jurídica contrária à constituição ocorreu inicialmente com a emenda constitucional nº

---

<sup>269</sup> VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 391, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

<sup>270</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, ano 3, n. 19, p. 08-09, ago. 2011. Disponível em <[www.jfdf.jus.br](http://www.jfdf.jus.br)>. Acesso em: 01 set. 2011.

<sup>271</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.

<sup>272</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 68.

16 de 26/11/1965, que disciplinou uma ação diversa da representação interventiva, a qual regulava os conflitos entre a União e os Estados. Nesse novo mecanismo de controle, o Procurador-Geral da República era o único legitimado, tendo a prerrogativa de “advogado da constituição”.

Ainda segundo o mesmo autor, com a Constituição de 1988 houve uma ampliação do rol dos legitimados à propositura da Adin<sup>273</sup>, satisfazendo o constituinte apenas em parte “a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade”.

Com essa amplitude de legitimados, há, por parte dos partidos políticos contemplados com a possibilidade de ingresso de Adin pelo constituinte de 1988, o chamado uso político dos tribunais. Taylor e Da Ros<sup>274</sup> identificaram três tipos de uso político dos tribunais: “judicialização como tática de oposição”, “judicialização como tática de interesses em conflito” e “judicialização como estratégia de governo”.

O uso dos tribunais como tática de oposição visa a legitimar a própria atuação oposicionista ou mesmo tentar ganhar visibilidade com a propositura de uma ação de inconstitucionalidade de lei votada pela maioria e que comporte alguma situação polêmica para a sociedade. As Adin geram um interesse prático para os partidos porque permitem que eles evitem os tramites e a sobrecarga dos tribunais inferiores, obtendo, no Supremo Tribunal Federal, uma decisão judicial com efeitos gerais imediatos e vinculantes<sup>275</sup>.

Verbicaro<sup>276</sup> alega, ao examinar a questão, que a possibilidade de se conferir aos partidos políticos legitimidade para a propositura das Adins, criou o ambiente propício para o controle dos atos governamentais, por meio de um processo de fiscalização da compatibilidade das normas aprovadas pela maioria, com o texto constitucional. Contudo, alerta a autora que a existência desse controle político, por parte dos partidos, não deve ser uma forma de transformar o tribunal constitucional

---

<sup>273</sup> “Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.” *Ibid.*, p. 86-87.

<sup>274</sup> TAYLOR, Mathew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 831, 2008.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 830.

<sup>276</sup> VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 398, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

em uma terceira casa legislativa apta a “reverter as decisões majoritárias, não acatadas pela minoria parlamentar vencida”.

Outro ponto que merece destaque se refere aos efeitos das Adin, isto é, as decisões tomadas em Adin são irrecorríveis, sendo seus efeitos, quanto à declaração de inconstitucionalidade, imediatos. Ainda no tocante ao uso político das Adin, cumpre salientar que nas pesquisas desenvolvidas por Taylor e da Ros<sup>277</sup> obter a declaração de inconstitucionalidade das leis nem sempre é o objetivo maior. Em muitas situações, o resultado do julgamento importa menos que a visibilidade que a propositura da mesma pode angariar como resultado político. Esse uso político não se restringe apenas aos partidos de oposição.

Há, também, a identificação de uso das Adin, inclusive dos sindicatos, com o objetivo de prestar contas aos seus associados, mediante a tentativa de denunciar práticas dos diferentes governos.<sup>278</sup>

Vianna *et al.*,<sup>279</sup> em estudo realizado nos primeiros dez anos da Constituição, observou que o uso dos tribunais pelos partidos de oposição foi acentuado. Segundo demonstrado pelo autor, a distribuição das Adin por orientação política ocorreu da seguinte forma: do total de 338 Adin propostas, 250 pertenciam aos partidos de esquerda, que eram classificados como de oposição durante o período estudado pelo pesquisador. Esse quantitativo representou 74% do número de ações propostas por partidos políticos naquele período. Segundo o autor, isso decorreu de uma necessidade de “fazer da esquerda um celebrante ativo e permanente do pacto constitucional, na forma pela qual ele foi firmado na Carta de 1988”<sup>280</sup>.

A fim de se ter uma visão diacrônica desse fenômeno, vale à pena citar trabalho mais recente de Vianna *et al.*<sup>281</sup>, que analisou o mesmo tema e reiterou o alcance do uso político dos tribunais pela oposição ao analisar o período correspondente ao governo do PT em comparação ao período anterior – governo do PSDB.

Durante os oito anos em que o PSDB esteve no poder, o PT foi responsável por quase 70% da Adin propostas contra normas federais, principalmente no período

---

<sup>277</sup> TAYLOR, Mathew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 831, 2008.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 838.

<sup>279</sup> VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 97.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 66.

compreendido entre os anos de 1998 até 2002. Ao ingressar no poder, em 2002, o partido dos trabalhadores, por óbvio, não mais intentou Adin contra normas Federais. Os dados pesquisados reforçam a ideia de que a atuação dos partidos de oposição passa pela provocação do Supremo Tribunal Federal, como forma recurso contra majoritário.

Para Taylor e da Ros,<sup>282</sup> a judicialização, como arbitragem dos interesses em conflito significa o uso dos tribunais para a modificação de estatutos legais que venham a atingir algum grupo ou setor específico, o que prejudica alguns e beneficia outros. Não se trata de um uso político dos tribunais pelas minorias porque o objeto pretendido não é o cancelamento de um ato normativo federal, mas sim o estabelecimento das “regras do jogo” para evitar um desequilíbrio procedimental entre os atores políticos. Tomem-se, como exemplo, as discussões acerca das regras que distribuem o tempo de duração dos horários eleitorais.

A judicialização como instrumento de governo caracteriza-se pelo uso político dos tribunais pelo próprio governo como forma de legitimar, por meio da Suprema Corte, uma política pública adotada pelo governo, ou cancelar uma política produzida pelo governo anterior com a qual o atual não concorde. O Judiciário pode, ainda, a exemplo do primeiro tipo de uso político dos tribunais, ser usado pelo poder governante para externar uma postura de oposição a uma determinada medida tomada pelas casas legislativas e que sejam consideradas impopulares.<sup>283</sup>

Há, por fim, outro ponto importante que merece consideração. O uso político do Supremo Tribunal Federal caracteriza-se como uma forma de “transferir” a responsabilidade, para a Suprema Corte, da manutenção ou não de um determinado texto legal polêmico e que provoque profundas reações sociais.

Muito apropriada, neste momento, a lição de Luís Roberto Barroso<sup>284</sup>: “atores políticos, muitas vezes, preferem que o judiciário seja instância decisória de certas questões polêmicas, em relação à qual exista desacordo moral razoável na sociedade”. Apenas como exemplo, podem ser citadas a ADI n. 3510/DF que tratou do uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas e a ADI n. 3330

---

<sup>282</sup> TAYLOR, Mathew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 840, 2008.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 842.

<sup>284</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, ano 3, n. 19, p. 7, ago. 2011. Disponível em <[www.jfdf.jus.br](http://www.jfdf.jus.br)>. Acesso em: 01 set. 2011.

que versa sobre as ações afirmativas no tocante às quotas sociais e raciais. Esses são apenas dois exemplos recentes entre os inúmeros disponíveis.

Paralelamente à implementação de uma revisão constitucional, outro catalisador da judicialização da política no Brasil foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira e o reconhecimento da cidadania, isto é, a descoberta e a conscientização das pessoas quanto à necessidade de tutela de seus próprios direitos.

A defesa da cidadania se tornou, com a Constituição de 1988, um aspecto relevante do novo sistema constitucional, na medida em que conferiu aos cidadãos um conjunto de ações possíveis à garantia e à proteção dos direitos conferidos pela constituição, bem como concedeu um novo desenho institucional e uma nova amplitude ao Ministério Público; Defensoria Pública; Juizados Especiais; órgãos de defesa do consumidor e da concorrência; as comissões parlamentares de inquérito.

Em virtude da nova amplitude da cidadania, da efetividade da Constituição e do número de ações e órgãos criados ou ampliados para a defesa do cidadão, o judiciário deixou de ser um departamento especializado do poder e passou a ter um papel ativo na sociedade, com a missão de garantir a efetivação das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Deixa-se, portanto, de se ter uma “*debilidade do judicialismo*” para uma “*judicialização da política*.”<sup>285</sup>

Para Faria<sup>286</sup>, a existência dos direitos sociais levou parcela da população, principalmente dos setores mais fragilizados da sociedade, a ver no Judiciário um local de afirmação de seus direitos, isto é, o judiciário passou a agir no sentido de determinar aos poderes executivo e legislativo a realização de políticas públicas capazes de atender a esse contingente populacional alijado de seus direitos.

A judicialização da política no Brasil decorreu, portanto, de uma série de mudanças institucionais e políticas alcançadas com a Constituição de 1988. Dentre essas inovações, é marcante a presença do controle de constitucionalidade, que no Brasil assume caráter próprio ao utilizar o sistema difuso e concentrado. Esse controle é importante para o estudo da judicialização da política, na medida em que, ao fiscalizar a adequação de uma norma comum à Constituição, os tribunais acabam por invadir uma escolha formulada pela maioria parlamentar, um dos baluartes do estado democrático,

---

<sup>285</sup> CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 45-46.

<sup>286</sup> FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

razão pela qual, no próximo item, serão analisados o controle de constitucionalidade, com seus tipos distintos, e a sua relação com a judicialização da política.

#### 5.4 Ativismo Judicial: antecedentes históricos no cenário brasileiro

No item anterior, demonstrou-se que a judicialização da política, presentes os requisitos institucionais específicos, apresenta-se como intervenção do judiciário nos processos de escolhas políticas dos demais poderes. A judicialização, assim, é um resultado do modelo de Constituição que se adotou, bem como de mudanças institucionais que possibilitaram ao cidadão a busca por seus direitos no universo judicial.

O ativismo, tema de análise deste capítulo, caracteriza-se, conforme visto no capítulo anterior, como um comportamento, uma atitude proativa de interpretar o texto constitucional, indo além do que está escrito.

É o que Karl Larenz denomina de *direito extra legem et intra jus*.<sup>287</sup> Ou seja, trata-se, como já visto alhures, do direito superador da lei, cuja essência dogmática busca, a um só tempo, realizar um “direito *extra legem*”, vale dizer um direito que supera a letra da norma posta, mas, também, “um direito *intra jus*”, isto é, um direito que se mantém subordinado ao teto hermenêutico fixado pelos princípios jurídicos da ordem normativa como um todo.

Aqui, mais uma vez destaca-se a ideia de que não merece prosperar a visão axiomática do positivismo, cuja lógica jurídico-política reserva papel técnico ao poder judiciário sem nenhuma possibilidade de abertura axiológica do direito. Portanto, a questão do ativismo judicial insere-se também na mudança de paradigma do discurso jurídico, uma vez que o texto constitucional é apenas a trilha, mas nunca o trilho hermenêutico do exegeta contemporâneo.

Assim, a debilidade dogmática do discurso positivista-axiomático afigura-se mais acentuada ainda quando se tem em conta a omissão inconstitucional do legislador democrático na formulação de políticas públicas garantidoras dos direitos sociais fundamentais, uma vez que somente a partir de uma posição concretista tem o condão de contornar tal inação.

---

<sup>287</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 502.

O estudo do ativismo no cenário político nacional aponta para a consciência de que o judiciário brasileiro – especificamente o Supremo Tribunal Federal – vem demonstrando certas posturas ativistas, principalmente quando o Poder Legislativo não atua, isto é, comporta-se de forma omissa em relação aos seus deveres constitucionais.<sup>288</sup>

Mas uma análise histórica do Judiciário pátrio demonstra que o ativismo não encontrou terreno fértil ao seu desenvolvimento, em virtude das próprias características dos textos constitucionais anteriores a 1988. Nesse sentido, para se estabelecerem os antecedentes desse fenômeno no Brasil, faz-se necessário um percurso pelos períodos históricos a fim de analisar os momentos políticos que antecederam a Constituição de 1988. Nesse aspecto, o recorte metodológico se circunscreverá ao período republicano.

Desde a promulgação da primeira Constituição republicana até o advento da atual Carta, o sistema de centralização de poderes no Executivo foi uma constante na política brasileira. Os únicos textos que propugnavam por um sistema democrático foram marcados por tentativas da classe política dominante de perpetuação do *status quo*, o que culminou em períodos de instabilidade social. O texto de 1891, talvez porque inspirado na Constituição dos Estados Unidos, foi marcado por um sistema desconexo com a realidade nacional e uma política oligárquica que não permitia que a Lei Magna fosse efetivamente aplicada<sup>289</sup>.

Com a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder, foi elaborada a Constituição de 1934, que se propunha ser mais democrática, mas que, na verdade, não teve tempo de se consolidar, pois fora substituída pela de 1937, que instituiu o Estado Novo,<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Para quem o ativismo se instala no Brasil “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, ano 3, n. 19, p. 11, ago. 2011. Disponível em: <www.jfdf.jus.br>. Acesso em: 01 set. 2011.

<sup>289</sup> Para o autor, a Carta de 1891 não teve “vinculação com a realidade do país. Por isso não teve eficácia social, não regeu os fatos que previa, não fora cumprida.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 80.

<sup>290</sup> O autor analisou um caso que representa a retração do judiciário ante a um Estado totalitário e que envergonha sobremaneira o país. Trata-se do Habeas Corpus impetrado no dia 03.06.1936 em que se objetivava evitar a extradição de Olga Benário Prestes para a Alemanha nazista. O tribunal, seguindo as determinações “legais” não concedeu a ordem e a paciente retornou ao seu país de origem. Por ser judia, foi enviada a um campo de concentração em que teve um, destino trágico. Embora não tenha sido unânime, este julgamento demonstra como um judiciário retraído pode ser um grave problema para a garantia dos direitos fundamentais. LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 126-127.



um período ditatorial que perdurou até 1946, quando o país retornou à democracia, seguindo uma tendência mundial do pós-guerra.

A Carta de 1946 foi a primeira a ter um projeto, (que na realidade, teve como base os textos constitucionais de 1891 e 1934) <sup>291</sup> debatido em uma assembleia nacional. Perdurou até 1964, quando um golpe militar levou o país a um período de ditadura que somente seria encerrado com a redemocratização e com a elaboração do Texto Político de 1988.

O percurso resumido acima tem a função única de demonstrar que as constituições brasileiras anteriores dificultavam – ou até impossibilitavam – uma maior presença do Judiciário como um ator político capaz de um agir proativo. O advento da Constituição de 1988 possibilitou um protagonismo judicial mais acentuado, contudo não há se falar em ativismo como algo simultâneo à promulgação da Carta. Por algum tempo foi possível verificar decisões conservadoras<sup>292</sup> da corte constitucional brasileira.<sup>293</sup>

A postura mais ativista da corte vem sendo percebida de modo progressivo e deve ser analisada de acordo com alguns fatores específicos que proporcionaram o surgimento e a estabilização desse fenômeno no Brasil. Esses fatores são estudados por Ramos,<sup>294</sup> que os analisa como um catalisador do ativismo no Brasil. O primeiro elemento se relaciona com o modelo de Estado, adotado pela Carta de 1988: “Estado democrático-social, de perfil intervencionista.” Ao demonstrar esse perfil de Estado, o autor argumenta o seguinte:

---

<sup>291</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86.

<sup>292</sup> Para o autor “Alguns justificam a nova postura ativista no fato de que, até pouco tempo atrás, o Supremo Tribunal Federal detinha um perfil mais conservador. Nessa época, boa parte dos Ministros foram indicados para o cargo antes da redemocratização do país. Estavam arraigados à ideologia da Constituição de 1969 e a uma tradição jurídica que pedia um Supremo Discreto”. AMARAL JR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 166.

<sup>293</sup> Demonstra que em algumas situações o judiciário mostrou-se retraído. É o caso do direito de greve dos servidores públicos em que o tribunal se limitou apenas a “dizer que o legislativo estava demorando em editar a lei”, no confisco da poupança pelo então presidente Collor, em que o tribunal não se manifestou; “quando recusou a se pronunciar sobre a concretização de normas programáticas e direitos sociais, recorria à separação de poderes para entregar ao Poder Executivo a missão de conduzir as políticas públicas nessas áreas” e por fim “em relação à observância dos critérios de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias, afirmou tratar de seara na qual não se poderia inserir, pois caso o fizesse, estaria substituindo o próprio Presidente da República”. LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 130.

<sup>294</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268.

Não permitem dúvidas de que o sistema político democrático estruturado pela Constituição não é de padrão liberal clássico e sim o do *welfare state*: os objetivos fundamentais da República brasileira, assinalados no artigo 3º; o generoso elenco de direitos sociais, boa parte deles consubstanciando créditos a prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, na forma de serviços públicos; e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico, *stricto sensu*, assegurados ao Poder Público, abrangendo desde o exercício direto de atividades econômicas que, a princípio, seriam reservadas à iniciativa privada, até o planejamento e direção da economia, aparelhado por medidas monetárias, cambiais, creditícias e de incentivo ao investimento e à produção [...] além dos poderes regulatórios em relação ao mercado.

Nessa configuração de Estado, o judiciário se vê compelido a atuar no sentido de promover e de garantir o cumprimento dos diversos fins traçados pelo texto constitucional, não apenas controlando a ação dos demais poderes, mas sendo o recurso para a obtenção desses fins. Daí porque se pode afirmar que o “próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial”. Nesse contexto, cabe a análise empreendida por Leal<sup>295</sup> acerca, justamente, dessa atuação do Poder Judiciário como garantidor dos fins traçados pela Carta política, ao dizer que “O Supremo virou o centro das atenções. A população começou a atribuir-lhe uma função que a Constituição Federal não lhe deu, o de Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia à população fazendo justiça”.

Outra razão para o surgimento do ativismo judicial no cenário pátrio, para Ramos,<sup>296</sup> é a expansão do controle abstrato de normas. Conforme já mencionado no capítulo anterior, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade representou a possibilidade de efetivação da judicialização da política. Com o ativismo, a mesma situação se repete, uma vez que a ampliação do controle de constitucionalidade torna possível um agir judicial que se aproxima da atividade legislativa, ao possibilitar, ao julgador, certa margem de criatividade interpretativa.<sup>297</sup>

Para Valle,<sup>298</sup> no momento em que a Carta de 1988 iniciou sua vigência, os membros da Corte não possuíam uma aproximação com os temas relacionados ao

<sup>295</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 159.

<sup>296</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

<sup>297</sup> Segundo o autor: “A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de Constitucionalidade, assim efetuado, do exercício de função jurisdicional.” *Ibid.*, p. 277.

<sup>298</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 42.

direito constitucional, sendo mais afeitos a outras áreas do direito. Nas palavras da autora:

Na inauguração de nosso sistema de controle de constitucionalidade, nos albores da vigência da Carta de 1988, revelava o STF maior afinidade com os temas próprios ao direito privado e ao processo, fator que contribuiu para a formação inicial de uma jurisprudência defensiva no que toca às potencialidades dos instrumentos de jurisdição constitucional então criados. Esse mesmo quadro não mais prospera, seja pelo crescimento da valorização das questões diretamente afetas ao Direito Constitucional seja pela mudança da composição da corte, que passou a receber magistrados originários de um ambiente acadêmico ou judiciário que já experimentara essa mesma valorização da Constituição.

Em outra forma de entender a questão, Amaral Junior<sup>299</sup> vê o ativismo no STF como uma mudança ideológica surgida com a posse de ministros nomeados no período posterior à promulgação da Carta de 1988 e que “encontraram a verdadeira vocação da Constituição Cidadã”. Para o autor, o ativismo se caracteriza como um movimento “reacionário à necessidade de proteção aos direitos fundamentais” sem itálico em que o tribunal assume uma postura política e é beneficiado pelo texto Constitucional, que permitiu maior liberdade para interpretar a legislação e preencher as lacunas e as omissões legislativas.

Como exemplo dessa vocação ativista, Veríssimo<sup>300</sup> recorre ao julgamento que ocorreu em torno da contribuição previdenciária dos inativos, em que o Supremo, mesmo reconhecendo a constitucionalidade da medida, aumentou o limite de isenção desta contribuição, uma atitude que demonstra o “exercício de competências legislativas pelo órgão judiciário, para além do mero poder de veto.”

Diante dessas opiniões, é possível deduzir que o Supremo Tribunal Federal assumiu um caráter ativista como jamais havia feito no país e isso ocorreu, em primeiro lugar, pela assunção de uma Constituição que não é um programa para o futuro, mas um texto que permite uma atividade interpretativa mais ampla do Poder

---

<sup>299</sup> AMARAL JR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 167.

<sup>300</sup> Neste exemplo citado o autor demonstra que mesmo em uma situação em que o governo sai vencedor, o tribunal exibe seu modelo ativista. Isso porque o governo “teve que arcar com uma vitória parcial, já que o voto do Ministro Cezar Peluso manteve a constitucionalidade da política mas houve por bem aumentar o limite da isenção respectivo de R\$ 1.505,23 para R\$2508,72.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois. Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira.” **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf> >. Acesso em: 01 jul. 2011.

Judiciário na realização dos direitos e das garantias da pessoa humana, daí a relevância da leitura axiológico-indutiva, como amplamente debatida no capítulo 1.

Contudo, a partir da nomeação de novos ministros, comprometidos com a efetivação do texto constitucional, pôde-se perceber, com mais clareza, esse movimento por parte da Suprema Corte do judiciário nacional.

Nesse sentido, Amaral Junior demonstra, por meio de entrevistas de dois ministros do STF em veículos de comunicação de renome nacional,<sup>301</sup> como a questão se coloca na atualidade. O Ministro Carlos Ayres Britto, ao comentar a decisão acerca da possibilidade de greve dos servidores públicos, salientou que

em certos temas, a inapetência legislativa do Congresso beirava a anorexia, e o STF ficava inerte também. Nós nos limitávamos a dizer que o Congresso estava em mora legislativa. Pela primeira vez dissemos: não é por falta de lei que vamos deixar de decidir.

O Ministro Gilmar Mendes, ao se manifestar acerca da possibilidade de o Supremo preencher as lacunas e as omissões da legislação infraconstitucional foi categórico ao afirmar que o agir do tribunal “não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplos.”

Embora sejam apenas duas opiniões, há que se considerar que representam o pensamento da corte. E isso se dá pela forma, cada vez mais interventiva, com que o Judiciário interpreta o texto constitucional.

Assim, o próximo tópico visa a analisar o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, por meio do estudo de algumas decisões específicas que demonstram a iniciativa da Corte no sentido de garantir uma participação proativa, no tocante a temas de relevância social e política. A reforma judiciária será objeto de análise, na medida em que, ao trazer a possibilidade de se conferir vinculação às súmulas proferidas pela Corte, ampliou o espectro de atuação do Judiciário, que passou a ter atividade próxima àquela exercida pelo Poder Legislativo. Esta pesquisa também analisará como alguns institutos legais foram capazes de impulsionar o ativismo, dando maior amplitude à Corte que, por vezes, teve de exercer atividade criativa para a solução das questões apresentadas.

---

<sup>301</sup> AMARAL JR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 168-169.

## 5.5 Reforma Judiciária e Ativismo Judicial no STF

Conforme visto no capítulo anterior, o movimento de ativismo judicial não foi desenvolvido junto ao Supremo Tribunal Federal de maneira abrupta e imotivada. Deve-se reconhecer que a atitude proativa de realce é algo que vem sendo edificado na maneira como a Corte mais alta do país vem se imiscuindo em assuntos anteriormente rechaçados pelo controle judicial, por conterem temas de abordagem essencialmente política. Assim, a análise deverá se ocupar, neste momento, da reforma judiciária, bem como das decisões mais polêmicas da Corte que demonstram a tendência ativista.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 e a atuação cada vez mais proativa da Suprema Corte pátria trouxeram, além dos efeitos já analisados neste trabalho, um significativo aumento no número de demandas no STF. Segundo Veríssimo,<sup>302</sup>

após a Constituição de 1988, [...], em um espaço de apenas 16 anos (1989-2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano [...].

Esse incremento de ações foi uma das causas da adoção de um instrumento que possibilitou ao Supremo um novo impulso no sentido ativista: a súmula vinculante. Trata-se de uma inovação instituída pela emenda constitucional n. 45/2004 (popularizada como “reforma do judiciário”), embora a ideia de se conferir efeito vinculante às decisões do STF, pela própria complexidade que o tema encerra, foi fruto de anos de debates e propostas pelo Legislativo.<sup>303</sup> O instituto em apreço possibilitou à

<sup>302</sup> O autor analisa o progresso das demandas na Corte ao argumentar que “segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. no final da década de 1950 esse número sobe para 7.500, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano.” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois. Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira.” **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 413, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

<sup>303</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 342-343.

Corte um sistema criativo que se aproxima da atividade legislativa típica.<sup>304</sup> O conteúdo sumulado deverá ater-se à matéria constitucional, compreendendo

A constitucionalidade (validade) de lei ou ato normativo de qualquer das entidades federadas; a interpretação de dispositivo legal (ou de ato normativo) em face da Constituição (interpretação conforme) ou de dispositivo da própria Constituição; a vigência de lei ou de ato normativo diante da Constituição (compatibilidade do direito pré-constitucional) ou a eficácia de dispositivo da lei maior<sup>305</sup>.

A reforma constitucional incluiu o artigo 103-A<sup>306</sup> ao texto da Constituição. Nesse dispositivo encontram-se os requisitos formais e materiais<sup>307</sup> de elaboração da súmula vinculante. Não se pode olvidar que a súmula vinculante não possui a mesma força de uma lei (que vincula a todos), tampouco se trata de uma simples compilação de decisões anteriores do tribunal. Esse novel sistema está no limiar, isto é, não é uma norma jurídica, mas tem efeito vinculante (obrigatório) que aproxima sua natureza jurídica à de uma legislação comum.<sup>308</sup> Ao comentar esta característica, Mancuso<sup>309</sup> salienta que

<sup>304</sup> Segundo o autor, ao tecer considerações acerca da súmula vinculante, argumenta que se trata de instituto de “natureza normativa, no sentido de que a súmula vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 295.

<sup>305</sup> Ibid., p. 295.

<sup>306</sup> Dispõe o artigo 103-A da Constituição: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

<sup>307</sup> Os requisitos *formais* se caracterizam pela atuação de ofício ou por provocação de entidade, órgãos e autoridades competentes e voto favorável de dois terços dos membros do tribunal e os *materiais* que se referem às decisões reiteradas sobre matéria constitucional e existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e órgãos da Administração pública. RAMOS, op. cit., p. 295.

<sup>308</sup> MORAES, Guilherme Peña de. Súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, , p. 04, 2008. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2011. Neste artigo o autor aponta a existência de três correntes doutrinárias acerca da natureza da súmula vinculante. Na primeira há o reconhecimento de caráter legislativo, “dado que possibilitaria a produção de normas jurídicas abstratas e gerais”; o segundo posicionamento reconhece na súmula vinculante natureza jurisdicional “eis que necessitaria de provocação e julgamento de diversos casos anteriores; por fim um terceiro posicionamento se situa de forma intermediária, isto é, o instituto em apreço ficaria “entre o abstrato dos atos legislativos e o concreto dos atos jurisdicionais.”

<sup>309</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344.

[...] a súmula vinculante projeta uma eficácia expandida panprocessual, estendendo-se a todos os órgãos judiciais e à Administração Pública direta e indireta, certo ainda que seu descumprimento, demonstrado em reclamação atendida pelo STF, leva à cassação da decisão judicial ou à anulação do ato administrativo. A par disso, a súmula vinculante apresenta algumas singularidades que a distinguem da jurisprudência dominante e das súmulas comuns (não obrigatórias), valendo observar que aquela primeira opera como insumo ou fonte destas últimas, já que súmula simples nada mais é do que o extrato da jurisprudência prevalecente sobre um dado tema.

Cumprido salientar, no entanto, que a emenda da reforma não trouxe propriamente uma novidade ao sistema jurídico nacional. O Código de Processo Civil, em seu artigo 557, com redação dada pelas leis n. 8.038/90 e 9.756/98, já trazia uma obrigação quanto à observância das súmulas editadas pelos tribunais. O advento, em 1993, das ações declaratórias de constitucionalidade demonstrava vinculação às decisões proferidas pelo Judiciário. Assim, é possível afirmar que “a súmula está longe de ser um instituto desconhecido do direito brasileiro pré-EC45/04.”<sup>310</sup>

A reforma do judiciário propugnou pela redução do número exacerbado de ações que, a cada ano, abarrotava a Suprema Corte brasileira e dificultava a solução dos conflitos, dado o número elevado de demandas. O objetivo parece ter sido alcançado com a edição do instituto da súmula vinculante.<sup>311</sup>

No tocante ao ativismo judicial, parece claro que a adoção desse instituto se apresenta como elemento impulsionador do fenômeno, na medida em que aumenta a dimensão criativa da Corte e autoriza o STF a dar um efeito obrigatório às suas decisões, o que não ocorria em tempos pretéritos. Na súmula vinculante, o tribunal não apenas interpreta, cria, mas também obriga a observação daquela decisão sumulada.

O tema suscita muitas críticas, uma vez que, no Brasil, vigora o sistema de *civil Law* e a possibilidade de existência de decisão judicial com força vinculante

---

<sup>310</sup> TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 22, jun./ago. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-junho-2010-ANDRE-RAMOS-TAVARES.PDF](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-junho-2010-ANDRE-RAMOS-TAVARES.PDF)>. Acesso em: 06 jun. 2011.

<sup>311</sup> O autor relata uma entrevista à imprensa no ano de 2008, em que o Ministro Gilmar Mendes alega ter ocorrido uma redução de cerca de 40% (quarenta por cento) no número de processos distribuídos aos relatores. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298.

aproximaria o sistema pátrio de uma configuração híbrida<sup>312</sup>. O modelo em que se utilizam as decisões judiciais como força vinculante é o *common Law* em que

O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser seguido nas decisões posteriores, como paradigma.<sup>313</sup>

Mas não se pode dizer que o sistema de súmula vinculante seja totalmente incompatível com o sistema de *civil Law*, apenas que, em um sistema como esse de supremacia da lei, a presença de uma decisão judicial com força vinculante coloca o sistema brasileiro diante de um modelo mais compatível com a *common Law*.

O advento do efeito vinculante às súmulas do STF não é o único fator em que se pode constatar uma mudança de postura da Suprema Corte em direção ao ativismo. Há outro instituto por meio do qual se pode observar, com o passar do tempo, a mudança da postura do Tribunal. Trata-se do Mandado de Injunção.

Presente no artigo 5º, LXXI da Carta Política,<sup>314</sup> o Mandado de Injunção é cabível sempre que a omissão legislativa torne inviável o exercício regular de um direito. Moraes<sup>315</sup> conceitua o Mandado de Injunção como

uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de

<sup>312</sup> Interessante a pergunta formulada pelo autor no que se refere ao tema em questão “O Brasil segue filiado à família romano-germânica (*civil Law*, direito codicístico, com primado da norma legal – CF, art. 5º e II) ou, ao recepcionar a súmula vinculante, similar ao *binding precedent*, típico dos países da família *common Law*, nosso regime jurídico – político tornou-se híbrido?” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 346.

<sup>313</sup> TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 22, p. 01, jun./ago. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-junho-2010-ANDRE-RAMOS-TAVARES.PDF](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-junho-2010-ANDRE-RAMOS-TAVARES.PDF)>. Acesso em: 06 jun. 2011.

<sup>314</sup> Artigo 5º inciso LXXI “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

<sup>315</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 172.



inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate da síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

Na mesma esteira, José Afonso da Silva reconhece o Mandado de injunção como um remédio constitucional “posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.”<sup>316</sup>

O conceito e a finalidade do Mandado de Injunção não despertam grandes polêmicas, embora sua origem seja controvertida. Para Anastácio<sup>317</sup>, três correntes de pensamento são responsáveis por tentar identificar a gênese desse instituto que surgiu com a Carta de 1988.

A primeira corrente defende que o Mandado de injunção surgiu no direito anglo-americano, uma vez que guarda semelhança com o *writ of injuction*. Um segundo posicionamento advoga a tese de que o remédio constitucional em apreço foi uma inovação trazida pelo texto Político de 1988 e, por fim, a terceira linha de pensamento aproxima o mandado de injunção da fiscalização de inconstitucionalidade e de legalidade, presentes no ordenamento constitucional português.

O problema maior, e que interessa a esta investigação, não está no conceito ou na origem do mandado de injunção, mas sim na forma como a decisão deste instrumento de garantia, possibilitará a efetivação do direito negligenciado pela inércia legislativa. Essa é a questão pertinente ao tema do ativismo, conforme salienta Ramos.<sup>318</sup>

até recentemente, o Supremo Tribunal Federal se recusava a exercer competência normativa em sede de mandado de injunção, prevalecendo a orientação assentada no julgamento do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, que, praticamente equiparava o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Essa questão se colocava em virtude da existência de duas teorias acerca do conteúdo da decisão do Mandado de Injunção: as posições concretistas e não concretistas. A primeira teoria propugna que, uma vez presentes os requisitos do

---

<sup>316</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 426.

<sup>317</sup> ANASTÁCIO, Rachel Bruno. **Mandado de injunção**: em busca da efetividade da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 03-13.

<sup>318</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

mandado de injunção, o Tribunal *programa* a normatividade faltante até que a atividade legislativa supra a ausência da norma regulamentadora. Essa teoria se divide em “concretista geral”, que defende o efeito *erga omnes* da decisão, e “concretista individual”, hipótese em que a decisão produzirá efeitos apenas para o autor do Mandado. A segunda teoria, por outro lado, defende que o Judiciário deve apenas reconhecer a mora legislativa.<sup>319</sup>

A análise das correntes em apreço torna-se necessária para que se possa demonstrar como a postura do Supremo Tribunal Federal vem sendo alterada rumo ao ativismo. Nesse sentido, cumpre ressaltar o pronunciamento do Ministro Neri da Silveira, proferido na ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal,<sup>320</sup> realizada em março de 1995, acerca da posição do tribunal quanto às teorias em questão:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último registro minha posição que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado ao cidadão. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder legislativo de fazer a lei, como órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia apresentar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial,

<sup>319</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 178-181.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 178.

é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem e, necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição.

No posicionamento defendido acima, pode-se notar que a tendência da Suprema Corte pátria era a de que, no tocante ao mandado de injunção, cabia ao Judiciário a simples comunicação ao Legislativo para que esse tomasse as providências necessárias. A situação se transmutou completamente nos dias atuais e isso fica bastante claro na análise dos dois momentos em que se discutiu, no STF, a ausência de norma reguladora do direito de greve dos servidores públicos.

O direito de greve é garantido pelo artigo 9º da Carta de 1988, ao dizer que “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.” Essa garantia constitucional se estende aos servidores públicos no artigo 37, VII da atual Constituição, que disciplina: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”

Ocorre que a edição da referida lei, que regulamentaria a greve dos servidores públicos, não foi votada pelo Poder Legislativo, o que gerou a interposição de mandados de injunção no sentido de compelir o Poder faltoso a elaborar norma jurídica que possibilite o exercício do direito de greve por servidores públicos.

As primeiras intervenções do Supremo Tribunal federal, no tocante ao tema em apreço, foram restritivas, seguindo uma orientação tradicional da simples comunicação, ao Legislativo, da mora na elaboração da norma regulamentadora do direito.<sup>321</sup>

É bem de ver que tal temática é de fundamental importância na investigação sobre a postura conservadora ou não do Supremo Tribunal Federal no que diz aos efeitos do mandado de injunção. Com efeito, o excesso de conservadorismo do STF praticamente anulava um remédio constitucional de incontestável valor jurídico na concretização dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde.

---

<sup>321</sup> Cumpre destacar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670 – ES “O tema da existência, ou não, da omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica.”

Tratava-se da assim chamada posição não concretista, que praticamente esvaziava o mandado de injunção (MI), transformando-o em instrumento jurídico equivalente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Ou seja, pela posição não concretista, o mandado de injunção não é reconhecido como instrumento hábil para assegurar a efetividade de direito constitucional violado, vez que o poder judiciário não pode legislar positivamente e nem mesmo obrigar o legislativo a legislar.

Destarte, em nome da separação de poderes, a liberdade de conformação do legislador democrático é respeitada sem que lhe seja retirado o poder onipotente de formular as políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais sociais. Portanto, é claro que tal posição é refratária ao ativismo judicial e simboliza, sem nenhuma dúvida, postura de tibieza hermenêutica que infirma um remédio constitucional inovador contra omissões inconstitucionais.

Tal perspectiva começa a mudar, segundo Saul Tourinho Leal,<sup>322</sup> em 2007, quando o Supremo altera seu posicionamento acerca do alcance da decisão proferida em mandado de injunção. Esse posicionamento novo pôde ser observado no julgamento de três Mandados de Injunção de números 670/ES, 708/DF e 712/PA.

Nesses julgados, o tribunal foi confrontado, novamente, com a mora legislativa concernente à regulamentação do exercício do direito de greve por servidores públicos. O resultado, no entanto, afastou-se do posicionamento tradicional, na medida em que não se buscou mais a simples comunicação ao parlamento para suprimimento da norma. Com vistas a possibilitar o exercício do direito em tela, a Corte determinou a adoção suplementar das regras atinentes ao exercício do direito de greve aos trabalhadores do setor privado, preenchendo omissão com a Lei n. 7.783/89.<sup>323</sup>

É bem de ver, por conseguinte, que os Ministros do STF estão perfilhados à vertente concretista que realiza o direito sem a intervenção legiferante superveniente. Com isso, a nova posição do STF faz a opção de legislar positivamente, sem, entretanto, violar o princípio da separação de poderes do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a decisão pretoriana que atribui efeitos *erga omnes* em sede de mandado de injunção não viola a separação de

---

<sup>322</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 186.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 186-187.

poderes, na medida em que o poder judiciário busca haurir legitimidade democrática para criar direito *in abstracto* a partir da aceitação da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

A temática é complexa, pois há limites para o “legislar positivamente” de juízes e tribunais em sede de mandado de injunção, cujo objeto não é deixar a cargo do juiz a regulação faltante. Com rigor, o mandado de injunção viabiliza o ativismo judicial, que, como já amplamente debatido nos capítulos anteriores, não pode ser desproporcional, na medida em que a garantia do exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado por norma faltante não pode legitimar o surgimento de um “Estado judicial de Direito”, violador da separação de poderes. De outra banda, a falta parcial de lei regulamentadora não pode impedir a fruição dos direitos fundamentais, daí a relevância do ativismo judicial, no qual a sentença judicial substitui a normação faltante sem que haja usurpação de poderes.

O tema do ativismo na Suprema Corte brasileira torna-se mais claro quando se defrontam as questões atinentes à forma como a mais alta instância do país vem interpretando a Constituição de forma proativa, quer preenchendo lacunas resultantes da omissão legislativa, com normas jurídicas existentes, como na hipótese já analisada do mandado de injunção, quer com atividade criativa em que se extrai, da decisão judicial, uma normatividade, um comando que seria próprio da atividade legiferante.

Ramos<sup>324</sup> ressalta a construção jurisprudencial da Corte Constitucional, ao analisar dois momentos polêmicos em que as decisões judiciais, proferidas pelo STF, tiveram caráter inédito: a questão da filiação partidária e a da restrição ao Nepotismo.

No tema da fidelidade partidária, o aspecto ativista resulta da ausência de norma jurídica que autorize a perda do mandato por parlamentar que deixou sua legenda partidária original e rumou para outro partido, no curso do mandato. Trata-se, portanto, de típica construção pretoriana do Tribunal Superior Eleitoral, confirmada posteriormente pela Suprema Corte no julgamento dos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603, 26.604, todos do Distrito Federal.

Nos julgamentos em questão, o STF “revisou orientação quase vintenária da Corte, para acompanhar, por maioria de votos, o entendimento consubstanciado na

---

<sup>324</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-264.

resolução nº 22.526 do Tribunal Superior Eleitoral”, isso porque a orientação pretoriana anterior aos julgamentos acima não decretava a perda de mandato por parlamentar ou suplente que trocasse de partido no curso do mandato.<sup>325</sup>

Na análise da questão da vedação ao nepotismo, caracterizado como a nomeação de parentes para cargos em confiança, há outro grande exemplo de ativismo no Pretório Excelso. A limitação a esse tipo de ação por autoridades não é uma novidade no sistema.<sup>326</sup> Ocorre que, ao se manifestar acerca do tema em algumas situações, especialmente no RE n. 579.951-4/RN, o STF reconheceu a violação do artigo 37, *caput* do texto constitucional na nomeação de parentes para cargos públicos comissionados. Posteriormente o tema mereceu a edição de uma súmula vinculante, de nº 13, vinculando todos os Poderes Constituídos nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>327</sup>

A definição de ativismo, para Ramos, decorre do fato de que a decisão limitadora em questão decorreu de uma avaliação principiológica da Constituição. Nesse sentido, afirma o autor que

não se põe em dúvida que a prática do nepotismo, timidamente combatida pelo legislador brasileiro, estava a merecer um enfrentamento mais enérgico. O que se questiona é que pudesse ele ser feito mediante mera aplicação direta de princípios constitucionais.<sup>328</sup>

No mesmo sentido, Barroso salienta que a questão da perda de mandato causado por mudança de legenda e a extensão do conceito de nepotismo aos

---

<sup>325</sup> Mais adiante o autor salienta que “a construção empreendida pelo Supremo Tribunal Federal para, sob determinados pressupostos, impor ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional a perda de mandato em caso de desfiliação partidária configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte. O rigor científico exige que se aparte, no exame da atuação do STF, tanto aqui como em qualquer outro exercício supostamente ativista, a discussão sobre os fins que se pretendeu atingir, invariavelmente dignos de serem prestigiados, porém mediante a indispensável intermediação normativa.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

<sup>326</sup> O autor cita o artigo 10 da Lei n. 9.421/96 e o artigo 22 da Lei n. 9.953/2000. Ibid., p. 256.

<sup>327</sup> Dispõe a Súmula vinculante nº 13 que “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Sessão plenária de 21/08/2008. Publicado no DJe nº 162 de 29/08/2008, p.1. DJOU de 29/08/2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

<sup>328</sup> RAMOS, op. cit., p. 260.

demais Poderes, dentre outros, são amostras do aspecto claro da tendência ativista da Suprema Corte do país. Nas palavras do autor:

O judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinários: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase normativa. O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.<sup>329</sup>

Diante desse quadro, pode-se afirmar que a tendência da mais alta Corte do Judiciário brasileiro vem demonstrando, de forma inequívoca, um comportamento proativo típico da orientação do ativismo judicial. Essa postura, contudo, decorre de uma mudança na forma como o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando em temas polêmicos e de complexidade, que, muitas vezes, são relegados a segundo plano pelo Legislativo.

O movimento mais recente nesse sentido, e que corrobora os argumentos anteriores, foi o julgamento da ADI n. 4277 e da ADPF n. 178, no dia 05 de maio de 2011, em que se reconheceu a possibilidade de se estender aos casais que vivem em relações homoafetivas, os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais. Mais uma vez, buscou-se a utilização dos princípios como norte das decisões do Pretório Excelso, principalmente o princípio da dignidade de pessoa humana. No julgamento, a Corte entendeu que viola Constituição a discriminação em virtude do sexo e a decisão estendeu aos casais homossexuais as disposições previstas no

---

<sup>329</sup> Outros temas são citados pelo autor, como a verticalização, em que o STF declarou que as coligações eleitorais não poderiam ser feitas a menos de um ano das eleições, declarando a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional e “dando à regra da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea.” BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **REDE Revista Eletrônica de direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <[www.direitdo.estado.com.br](http://www.direitdo.estado.com.br)>. Acesso em: 10 ago. 2011.

artigo 1723 do Código Civil, isto é reconhecendo a possibilidade de uniões estáveis homoafetivas.<sup>330</sup>

Neste capítulo e no anterior, a análise empreendida buscou demonstrar a existência do ativismo e da judicialização da política no Judiciário brasileiro e no direito alienígena, inicialmente buscando a análise dos diversos países que propugnam pela democracia e passam aos antecedentes históricos no cenário brasileiro para depois percorrer a trajetória ativista por que a Corte Suprema do país vem passando.

No próximo capítulo, a pesquisa objetivará uma questão mais específica aos limites deste trabalho, isto é, tratar-se-á da judicialização e do ativismo no tema da saúde no país. Trata-se de uma análise com um vetor empírico maior, na medida em que busca pesquisar a jurisdição constitucional pela análise de decisões proferidas pelo Supremo.

## **5.6 Análise da Argumentação das Decisões do STF**

O presente item analisará o ativismo judicial praticado no Supremo Tribunal Federal, ao julgar ações que possuem como tema básico o direito à saúde. As decisões proferidas por Ministros dessa Corte, inclusive a decisão que recebeu Repercussão Geral e a Audiência Pública-Saúde serão analisadas do ponto de vista da argumentação das decisões judiciais.

O objetivo da análise em apreço será o de verificar se alguns temas debatidos na audiência pública foram de fato conclusivos para as decisões do Supremo, no tocante à saúde, ou se a Audiência Pública foi apenas um recurso de estratégia com objetivo de justificar aquilo que já vinha sendo decidido anteriormente. Esta etapa da pesquisa tem por objetivo, também, verificar se essas decisões representam uma tendência para a efetivação do direito à saúde no Brasil.

Conforme analisado nos capítulos anteriores deste trabalho, é possível reconhecer que o Supremo Tribunal Federal vem construindo, desde o advento da Constituição de 1988, uma postura ativista, intervindo em espaços outrora específicos dos Poderes Legislativo e Executivo.

No tocante ao direito fundamental à saúde, a postura ativista do Supremo possui uma visibilidade maior, na medida em que o tribunal é continuamente

---

<sup>330</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 11 ago. 2011.



provocado a se manifestar quanto à concessão de medida concernente à garantia do direito fundamental à saúde.

Cumprido demonstrar, à guisa de exemplificação, a extensão do conceito de “solidariedade”, empreendido pela Corte, no voto do Ministro Luiz Fux. O tema da solidariedade dos entes federados em matéria de saúde é recorrente nas decisões proferidas pelo Supremo, conforme será visto adiante.

Dessa forma, aduz o Ministro Fux que ante o tema da solidariedade dos entes públicos no tocante ao direito à saúde, a responsabilidade é de todos, razão por que não se mostra adequada a utilização de institutos processuais, tal como o chamamento ao processo, para, com isso, exigir dos demais devedores que participem do processo e sejam demandados. Vale dizer que o ente federativo que arcou com as despesas, cuja responsabilidade era atribuída também a outros codevedores, não faz jus ao de regresso. Defende o Ministro que

o objetivo do chamamento ao processo é garantir ao devedor solidário o direito de regresso caso seja perdedor da demanda; configura atalho processual para se exigir dos demais co-devedores o pagamento de suas respectivas cotas da dívida. Contudo, *in casu*, não há se falar em direito de regresso, pois, mesmo que a União integre o feito em comunhão com o Estado, caso saiam perdedores da demanda, o Estado de Santa Catarina arcará sozinho com o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois essa foi a escolha da autora da ação.<sup>331</sup>

Trata-se de construção pretoriana e exemplo de ativismo judicial, na medida em que a solidariedade pressupõe a possibilidade de se buscar o ressarcimento do valor integral pago por um devedor aos demais devedores. O próprio ministro Fux assevera, quanto ao chamamento ao processo, que

O chamamento ao processo é modalidade de intervenção forçada do terceiro, que só pode ser manejada pelo réu. [...], tem como *ratio essendi* o vínculo da solidariedade passiva. Consoante é sabido, na solidariedade passiva há uma relação interna entre os devedores que lhes impõe um rateio da cota de cada um na dívida comum. Observando esse aspecto, estabeleceu o legislador processual a possibilidade de o devedor demandado convocar ao processo os demais coobrigados, com o fim de estender-lhes os efeitos da

---

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 607381 AgR/SC RE 607381 - Recurso Extraordinário**. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3814685>>. Acesso em: 20 set. 2011.

sentença, e autorizar àquele que, por fim, satisfizer a dívida, recobrar, de cada um, a sua cota parte.<sup>332</sup>

Tem-se, portanto, um novo conceito de solidariedade entre os corresponsáveis federativos no tocante à garantia da saúde, em que o ente que arcar com as despesas relacionadas às prestações de saúde, não poderá reaver os valores devidos por seus coobrigados. Cuida-se, portanto, de uma construção ativista, uma vez que estabeleceu uma obrigação além dos limites definidos pela legislação processual.

O ativismo, portanto, no direito à saúde é uma realidade que pode ser traduzida em diversas medidas. A título de exemplo, além da impossibilidade de se valer da ação regressiva, traduz-se nas determinações quanto à entrega de medicamentos não constantes das listas oficiais e na realização de cirurgias e outros tratamentos médicos, o que pode desorganizar “a estrutura administrativa montada para atender a sociedade”<sup>333</sup>.

Após reconhecer e validar o ativismo na tutela do Supremo Tribunal Federal no tocante ao direito à saúde, *mister* se faz, neste tópico, tecer algumas considerações acerca do instituto da Repercussão Geral<sup>334</sup>, originalmente incluído pela Emenda Constitucional 45/2004 e que visa a “[...] restringir as vias recursais de acesso aos tribunais, mormente ao Supremo Tribunal Federal, [...]”<sup>335</sup>

A importância da repercussão geral para o presente trabalho repousa no fato de que, com esse instituto, o recurso extraordinário passou a ser submetido a um juízo de admissibilidade. Isso implica dizer que a parte que pretende levar a lide ao Supremo deve demonstrar a relevância constitucional<sup>336</sup> da questão em conflito.

<sup>332</sup> FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 304.

<sup>333</sup> MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113.

<sup>334</sup> Cumpre definir o que significa a repercussão geral. Conforme é possível analisar no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral tem a finalidade de “delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.” Bem como “Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.” A repercussão geral possui como fundamentação legal, o artigo 102§3º, acrescentado pela emenda constitucional 45/2004 e os artigos 543-A e 543-B, acrescentados pela lei nº 11.418/06.

<sup>335</sup> LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral**: novos institutos de direito processual constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

<sup>336</sup> Quanto à relevância, dispõe o §1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil, acrescentado pela lei nº 11.418/2006: “§1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da parte”.

Argumentando acerca do objetivo da Emenda Constitucional n. 45/2004 de tornar mais célere o processo e evitar um número excessivo de recursos, Coelho afirma que

[...] uma das faces da crise do Poder Judiciário, indubitavelmente, revela-se na crise dos tribunais superiores, que também é marcada por uma demora dos julgamentos ocasionada pela quantidade excessiva de recursos nessas Cortes. A Emenda nº 45 dedicou uma especial atenção para essa questão, tendo provocado alterações substanciais no âmbito do STF e do STJ.<sup>337</sup>

No dia 15 de novembro de 2007, a Corte, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral em recurso extraordinário, n. 566.471-6 do Rio Grande do Norte quanto à questão constitucional relacionada à prestação de saúde, notadamente no tema do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, relator, tem-se noção do alegado:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação Estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.<sup>338</sup>

Com o reconhecimento da repercussão geral no tema da saúde, o Supremo Tribunal Federal conheceu a relevância constitucional da questão e admitiu o julgamento dos pedidos formulados com esse conteúdo. A matéria das decisões acerca do tema “saúde” constitui conteúdo de interesse prático para este trabalho, na medida em que as decisões dessa Corte possuem um percurso metodológico próprio, cuja análise será o objeto do próximo capítulo.

---

<sup>337</sup> COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral**: da questão constitucional no processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78.

<sup>338</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso extraordinário, n. 566.471-6**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 set. 2011.

A pesquisa, neste ponto, terá um recorte empírico, isto é, um estudo voltado para a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante à saúde. Para que este estudo pudesse ser realizado, o material disponível poderia ser encontrado em dois locais distintos: a pesquisa no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Por questões práticas a opção foi a segunda forma de pesquisa.<sup>339</sup>

Diante da carga de demandas que chegam ao STF, foi necessária a utilização dos chamados “filtros de pesquisa” que procuram refinar a busca realizada. Após farta leitura das decisões da Corte Suprema, optou-se por fazer algumas escolhas que se mostraram mais eficientes para a escolha do *corpus* de análise.

Foram buscadas as decisões que possuem a palavra-chave “direito à saúde”; limitou-se o período pesquisado, conforme já mencionado; e foi dada preferência a decisões que explicitassem o artigo 196 da Constituição da República.

Com esse filtro, foi possível chegar a um *corpus* constituído por 374 decisões, das quais 24 acórdãos, 271 decisões monocráticas, 77 decisões da presidência e 02 de repercussão geral. Em um segundo momento, foi realizada a leitura das decisões selecionadas e, posteriormente, feita uma nova seleção, agora com base em decisões com fundamentos repetidos. Essa fase constituiu-se da exclusão das decisões que não estavam diretamente relacionadas ao objeto desta pesquisa.

Assim, a opção foi pela análise das decisões proferidas pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde. A opção se deu em virtude de essas decisões aduzirem à postura que a corte vem manifestando acerca do tema. Das 77 decisões analisadas, todas com teor muito aproximado e conclusão idêntica, optou-se por estudar com maior profundidade as 06 decisões cuja motivação primou pela exposição clara e metódica, do ponto de vista argumentativo, das razões que levam a compreender de que maneira o STF vem consolidando as questões que representam o objeto desta pesquisa.

Das seis decisões analisadas, cinco ocorreram antes da realização da Audiência Pública e 01 em momento posterior. Algumas decisões anteriores à Audiência Pública, embora com fundamentos semelhantes, foram reproduzidas para que se possa demonstrar como o STF já vinha se posicionando acerca do tema

---

<sup>339</sup> A pesquisa no Diário Oficial da União seria de difícil acesso e tornaria o trabalho muito extenso, o que não seria a proposta desta pesquisa.

“saúde”.<sup>340</sup> As decisões em questão foram proferidas por Ministros do STF no período de 01 de janeiro de 2001 a 01 de janeiro de 2010.

A decisão analisada que foi produzida após a realização da Audiência Pública manifesta-se acerca da suspensão da tutela antecipada n. 175. A motivação dessa decisão percorre todos os tópicos relevantes para aquilo que a pesquisa pretende analisar.

As demais decisões que não serão mencionadas no corpo desta pesquisa possuem fundamentos argumentativos idênticos, razão pela qual não se justifica sua menção neste trabalho.<sup>341</sup> Com isso, pode-se perceber se a Audiência Pública modificou aquilo que já vinha sendo decidido ou se foi apenas um recurso pautado no argumento de autoridade para validar, perante a sociedade, aquilo que já vinha sendo decidido pela Corte.

O enfrentamento dessas decisões é o que se fará de agora em diante, por meio da análise das ações e como os Ministros a motivaram, isto é, quais os elementos que utilizaram para a construção argumentativa e persuasiva do veredicto.

Em primeiro lugar, enfrentaremos a Suspensão de Segurança n. 3.158 do Rio Grande do Norte, julgada no dia 31 de maio de 2007 e que teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie. Vejamos o primeiro fragmento.

Cuida-se de ação interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte que objetivou a suspensão de acórdão do Tribunal de Justiça que condenou o Estado ao fornecimento dos medicamentos Pentoxifilina 400mg e Ticlopidina 250mg à paciente portadora de doença vascular encefálica isquêmica de forma contínua e ininterrupta enquanto necessitar. O Estado alegou que: o Mandado de Segurança não é inadequado para a hipótese em questão, tendo em vista a

---

<sup>340</sup> As decisões não mencionadas, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes são: Suspensão de Tutela Antecipada n. 277 de Alagoas, julgado no dia 01/12/2008; Suspensão de Tutela Antecipada n. 198 de Minas Gerais, julgado no dia 22/12/2008; Suspensão de Segurança n. 3751 de São Paulo, julgado no dia 20/04/2009; Suspensão de segurança n. 3690 do Ceará, julgado no dia 20/04/2009.

<sup>341</sup> As demais decisões, também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes são: Suspensão de segurança n. 3741 do Ceará, Julgado no dia 27/05/2009. Suspensão de Tutela Antecipada n. 244 do Paraná, Julgado no dia 18/09/2009; Suspensão de Liminar n. 319 da Bahia, julgado no dia 28/10/2009; Suspensão de Tutela Antecipada n. 361 da Bahia, Julgado no dia 20/11/2009; Suspensão de Tutela Antecipada n. 348 de Alagoas, julgado no dia 27/11/2009; Suspensão de Segurança n. 3854 de Minas Gerais, julgado no dia 10/12/2009; Suspensão de Segurança n. 3941 do Distrito Federal, julgado no dia 23/03/2010; Suspensão de Segurança nº 3852 do Piauí, julgado no dia 07/04/2010; Suspensão de segurança n. 4045 do Ceará, julgado no dia 07/04/2010; Suspensão de Segurança n. 3962 de Sergipe, julgado no dia 07/04/2010; Suspensão de Tutela Antecipada n. 434 da Bahia, julgado no dia 16/04/2010; Suspensão de Tutela Antecipada nº 334 de Santa Catarina, julgado no dia 16/04/2010.

necessidade de perícia médica; impossibilidade de o Estado arcar sozinho com os medicamentos pleiteados, sendo a promoção da saúde competência solidária dos entes federados, devendo as ações serem distribuídas de acordo com a complexidade, nos termos dos artigos 195 e 198 da Constituição e da lei 8080/90; ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, por violação do princípio da legalidade orçamentária (CR art.167), uma vez que o Estado não tem condições de arcar com as necessidades médicas de cada cidadão em seu território, bem como, que na hipótese em tela não se nega a fornecer os medicamentos, apenas propõe a indicação de similares, notadamente os que se encontrem na listagem oficial do Ministério da Saúde e, por fim, a possível ocorrência do denominado efeito multiplicador, em virtude do incremento de ações judiciais de mesma natureza.

Na decisão, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o Estado deveria arcar com o tratamento e indeferiu o pedido de suspensão de segurança formulado pelo Estado.

No mérito, a Ministra Ellen Gracie buscou fundamentos de ordem legal e jurisprudencial para chegar à sua decisão. O primeiro item da decisão diz respeito à necessidade do reconhecimento de controvérsia constitucional no Mandado de Segurança que habilite o requerente a solicitar a suspensão em apreço. Quanto a essa questão, reconheceu a Ministra Ellen Gracie que o pedido formulado possui controvérsia de natureza constitucional, por alegação de ofensa aos artigos 5º, caput; 6º, caput; e 196 a 200 da Constituição da República, apontando que a “Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional.”<sup>342</sup>

Superada essa questão da controvérsia constitucional, a Ministra Presidente adentrou os aspectos suscitados pelo Estado, notadamente na questão do perigo de grave lesão à saúde e à economia pública. Ocorre que a decisão fundamenta, com critérios legais, que o Tribunal possui condições de suspender decisão quando em perigo a própria estabilidade do Estado, mas se reporta somente a aspectos

---

<sup>342</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na suspensão de segurança nº 3158. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de segurança: SS 3158 RN**. Requerentes: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido; Sônia Maria Alencar Saldanha. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Presidente. Brasília, DF, julgamento: 31 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2504804>>. Acesso em: 29 set. 2011. Salienta, ainda, a Ministra Ellen Gracie, como fundamento da competência da presidência do Supremo para análise dos fatos aludidos o artigo 297 do Regimento Interno da Corte e o artigo 25 da lei 8.038/90 bem como a jurisprudência do Supremo com destaque para a Rcl 475/DF, rel. Ministro Octávio Gallotti, rcl 497-AgR/ RS, relator Ministro Carlos Velloso, SS 2187-AgR/SC, relator Ministro Maurício Corrêa e SS 2465/SC/ relator Ministro Nelson Jobim.

jurídicos, sem fundamentar se a decisão poderia ou não prejudicar o regular funcionamento do Estado, se causaria ou não a necessidade de realocação de recursos públicos ante a possibilidade de ocorrência de efeito multiplicador das decisões, conforme alegou o impetrante. Nas palavras da Ministra:

A Lei n. 4.348/64, em seu artigo 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Tenho sustentado que a suspensão da execução de ato judicial constitui, no universo jurídico de nosso sistema normativo, providência de caráter excepcional, impondo-se o máximo rigor na averiguação dos pressupostos autorizadores da medida de contracautela, de forma a aplicá-la, no exercício da atribuição monocrática prevista na lei, quando a manutenção da decisão hostilizada importe verdadeiro risco de lesão aos valores públicos nela homenageados. Logo, os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a concessão de segurança ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo aos seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. Nesse sentido foi a decisão proferida por esta presidência em 28/05/2007, na SS 3.231/RN.<sup>343</sup>

Quanto à alegação do Estado de que os medicamentos não constam da portaria n. 1318 do Ministério da Saúde, a Ministra reconheceu, através de consulta no sítio eletrônico da ANVISA, os fármacos pleiteados possuem o respectivo registro como medicamentos genéricos, aduzindo que

O próprio Ministério da Saúde reconhece que o ponto central da estratégia de uma política de Medicamentos Essenciais é a adoção de uma política de medicamentos Genéricos, proposta que se encontra inserida entre as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (portaria GM n 3.916/98) e que passou a nortear todas as ações daquele ministério na área de medicamentos para o setor público.<sup>344</sup>

A proposta inicial do Mandado de Segurança visava à concessão dos fármacos ante ao argumento de que o impetrante é pessoa hipossuficiente, sem

---

<sup>343</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de segurança: SS 3158 RN**. Requerentes: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido; Sônia Maria Alencar Saldanha. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Presidente. Brasília, DF, julgamento: 31 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2504804>>. Acesso em: 29 set. 2011.

<sup>344</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. Ibid.

condições, portanto de arcar com os custos, alegação essa reconhecida no voto em apreço, sem contudo mencionar que entende por hipossuficiência, bem como se seria ou não viável ao impetrante custear o tratamento, um vez que, de acordo com documentos presentes nos autos, a impetrante já vinha recebendo os medicamentos pleiteados a um custo de R\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis reais) relativos a seis caixas de cada fármaco, “já constante de nota de empenho”.<sup>345</sup>

No voto proferido não há qualquer menção à situação financeira do impetrante nem de sua família, o valor da renda familiar, etc., bem como, não existe sequer comentário acerca da possibilidade de se encontrar uma alternativa que possa equilibrar a necessidade do cidadão de possuir um tratamento adequado, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o equilíbrio orçamentário estatal, também necessário à adoção de políticas públicas essenciais ao respeito ao princípio em comento.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie reconheceu a competência solidária dos entes federados no tocante à saúde. Nesse sentido, afirma o seguinte:

Finalmente ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo artigo 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de governo a atuarem de forma solidária.<sup>346</sup>

Diante dos argumentos expostos, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido formulado pelo Estado do Rio Grande do Norte e reforçou a ideia de uma solidariedade dos entes públicos, sem o adequado enfrentamento acerca dos problemas advindos dos limites orçamentários, a necessidade de elaboração de políticas públicas e a necessidade cada vez maior da população de acesso a tratamentos de saúde.

---

<sup>345</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de segurança: SS 3158 RN**. Requerentes: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido; Sônia Maria Alencar Saldanha. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Min. Presidente. Brasília, DF, julgamento: 31 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2504804>>. Acesso em: 29 set. 2011.

<sup>346</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 166 - Suspensão de liminar (Processo físico)**. Requerente: União. Requerido: Relator do agravo de instrumento n 200702010004752 DO Tribunal Regional Federal da 2ª região. Intimado: José Teodoro Batista Magalhães. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2510223>>. Acesso em: 29 set. 2011.



Proceder-se-á, neste momento, à análise de outra relevante decisão, a Suspensão de Liminar n. 166 do Rio de Janeiro, julgada no dia 14 de junho de 2007, cuja relatora também foi a Ministra Ellen Gracie.

Cuida-se de ação proposta pela União em que requer suspensão da execução que determinava à requerente o fornecimento de 12 doses do medicamento AVASTIN (BEVACIZUMABE) a paciente portador de câncer de colón com metástase hepática, de acordo com prescrição médica, por intermédio do INCA, Instituto nacional do Câncer, tendo em vista a parceria de pesquisa entre o INCA e a ROCHE, laboratório que produz o fármaco.<sup>347</sup> Sustenta a União: ser parte ilegítima para a demanda, pois na estrutura do direito à saúde no Brasil, a União deve arcar com atribuições mais genéricas, sendo o Estado e o Município responsáveis pela implementação de ações concretas no tocante à saúde, argumento a neste ponto que: *“a efetivação do direito à saúde dá-se de maneira descentralizada, por meio da divisão de competências entre as unidades federadas que, em conjunto, formam o Sistema Único de Saúde”*<sup>348</sup>; possibilidade de grave lesão à ordem pública; a possibilidade de grave lesão administrativa, ante a ausência do medicamento na portaria do SUS, o que inviabiliza a programação do poder público; grave lesão à saúde pública, pois a concessão via INCA pode prejudicar a atuação desse centro de pesquisa, uma vez que o objetivo das pesquisas é a sociedade e não um indivíduo de forma isolada<sup>349</sup>; a possibilidade de grave lesão à ordem econômica em virtude do valor- não divulgado -

<sup>347</sup> Trata-se, na origem, de suspensão da execução de decisão proferida em Agravo de Instrumento, pelo desembargador relator que concedeu efeito suspensivo ao recurso, determinando à União o fornecimento do fármaco pleiteado e que a sétima turma do TRF 2ª Região, ao apreciar questão de ordem suscitada pelo relator do agravo de instrumento, determinou o fornecimento do medicamento via INCA, devendo o paciente quinzenalmente ao Instituto para o tratamento. Para não haver dúvidas quanto a determinação da Turma, o relator determinou que fosse: “ministrada ao agravante quinzenalmente, 01 (uma) dose da substância BEVACIZUMABE (princípio ativo do medicamento AVASTIN), pertencente ao grupo de pesquisa formalizada entre a farmacêutica ROCHE e o INCA, que se encontra em depósito do instituto”. Em ofício ao relator do Agravo de Instrumento, o Diretor-Geral do INCA afirmou que: “o fornecimento do AVASTIN fora do referido protocolo levou ao recolhimento pela empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. de todos os frascos depositados no INCA, ou seja, o Instituto Nacional do Câncer não é mais fiel depositário desta medicação, de propriedade da Roche”, mais adiante afirma que o fármaco em questão “não está à venda no comércio do Brasil, não podendo ser, neste momento, ser adquirido por qualquer órgão público ou privado, pelo Município, pelo Estado ou pela União”. Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na suspensão de liminar 166. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 166 - Suspensão de liminar (Processo físico)**. Requerente: União. Requerido: Relator do agravo de instrumento n 200702010004752 DO Tribunal Regional Federal da 2ª região. Intimado: José Teodoro Batista Magalhães. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2510223>>. Acesso em: 29 set. 2011.

<sup>348</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. Ibid.

<sup>349</sup> Quanto ao perigo de grave lesão à saúde pública, argumentou a União que: “[...] a manutenção da decisão impugnada prejudica as atividades do INCA, comprometendo acordos firmados para a realização de pesquisas, na medida em que determina a utilização do tratamento em pessoas fora do grupo de estudo. Nesse contexto, acrescenta que ‘quem acabará arcando com tais ônus será a própria sociedade, tendo em vista que todo trabalho desenvolvido por esta instituição não tem como destinatário um só indivíduo e sim a coletividade em geral’”. Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. Ibid.

do medicamento e, por fim, a possibilidade do chamado efeito multiplicador, que significa um número cada vez maior de ações com o objetivo de adquirir medicamentos.

No mérito, a Ministra Ellen Gracie sustenta, em síntese, que a suspensão de uma decisão judicial deve ser encarada como algo excepcional no direito brasileiro. Assevera que o autor não possui condições financeiras para custear o tratamento em questão, bem como demonstrou melhora com o uso do medicamento solicitado. Ressalta que o fármaco possui registro na ANVISA, sendo comercializado no país desde abril de 2007 e reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federados.

Cumprido ressaltar que os argumentos da decisão em apreço muito são semelhantes aos argumentos da decisão anterior, notadamente na questão da possibilidade de suspensão de decisão judicial, como ato excepcional, no tema do registro do fármaco na ANVISA, e na questão da solidariedade dos entes federados em matéria de saúde.

Ao contrário da decisão anterior – em que havia o custo do medicamento, mas não havia menção à renda do impetrante – esta decisão, ao cuidar da hipossuficiência, demonstrou tratar-se de paciente aposentado por invalidez pelo INSS, cuja renda mensal é de R\$ 1.105,27 (um mil, cento e cinco reais e vinte e sete centavos), todavia não houve demonstração do custo do medicamento em questão. Conforme se extrai do julgado em questão, “o autor, com recursos próprios, adquiriu três das quinze doses necessárias do medicamento AVASTIN, tendo apresentado melhora significativa na sua qualidade de vida, todavia, ‘devido ao alto custo, não consegue mais trazê-lo de volta’<sup>350</sup>. Não há, portanto, menção ao valor gasto pelo paciente.

Trata-se de outro indeferimento de pedido formulado por ente público em que se reconhece uma ampla solidariedade dos entes federativos sem levar em conta as objeções formuladas pelo Estado quanto aos problemas advindos da decisão, notadamente, no tocante à necessidade de programação do Poder Público para a realização de políticas públicas e as limitações orçamentárias, ou até da questão

---

<sup>350</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 166 - Suspensão de liminar (Processo físico)**. Requerente: União. Requerido: Relator do agravo de instrumento n 200702010004752 DO Tribunal Regional Federal da 2ª região. Intimado: José Teodoro Batista Magalhães. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2510223>>. Acesso em: 29 set. 2011.

relativa à suspensão das pesquisas entre o INCA e o laboratório responsável pela fabricação do medicamento.

1- Suspensão de Tutela Antecipada nº 162 do rio Grande do Norte. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 19/10/2007. Cuida-se de ação proposta pelo Estado do Rio Grande do Norte, com vistas à obtenção da suspensão da execução de medida determinada pelo juízo da 1ª vara de fazenda pública de Natal que antecipou os efeitos da tutela condenando o Estado ao fornecimento do medicamento MABTHERA (Rituximabe) a paciente portador de linfoma não-hodgkin (CID:C833). O estado também recorreu ao tribunal de justiça, tendo indeferida a suspensão pleiteada. Alega o requerente: possibilidade de grave lesão à ordem pública, uma vez que a concessão de medicamento a um cidadão pode dificultar a concessão à população, bem como a realização de serviços básicos de saúde; grave lesão à economia pública, pelo fato de violar o princípio da legalidade orçamentária e a cláusula da reserva do financeiramente possível, pois o estado não pode arcar com todos os medicamentos demandados; que o autor pode requerer o tratamento, não impor qual será realizado, afirmando que não há comprovação quanto à segurança do medicamento; a existência de jurisprudência do Supremo favoráveis ao deferimento do pedido e a possibilidade do chamado efeito multiplicador da decisão.

No mérito, reitera a Ministra Ellen Gracie, em síntese, seu entendimento de que a suspensão de decisão judicial é algo excepcional no direito pátrio; ademais, o autor da demanda é pessoa carente, portanto incapaz de prover o tratamento da doença. Aduz que o atestado médico afirma a necessidade do fármaco para o tratamento em questão e que a Secretaria de Saúde do Estado possui o referido medicamento, mas só o disponibiliza por meio de decisão judicial.

Além disso, faz menção ao fato de que, em pesquisa junto ao INCA, é possível atestar a eficiência do medicamento pedido; que o Estado não demonstrou a possibilidade de outros medicamentos com eficácia equânime e diante da hipossuficiência do autor e do devido registro do fármaco na ANVISA, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido formulado pelo Estado.

Quanto a essa demanda, cumpre demonstrar que o Estado não formulou argumentos acerca do tema da solidariedade dos entes públicos no tema da saúde. Nos demais argumentos, a Ministra Presidente repetiu alguns argumentos das decisões anteriores. No tema da hipossuficiência, cumpre demonstrar que a Ministra, ao analisar os fatos, reconheceu a carência do autor ao afirmar que se trata de “agricultor com idade avançada, não possuindo condições financeiras para

custear o tratamento da doença<sup>351</sup>, não demonstrando se houve alegação quanto à renda do autor nem quanto ao custo do tratamento, elementos importantes na aferição da hipossuficiência.

Há a alegação, formulada pelo paciente, na inicial, de que o Estado possui o medicamento em estoque na Secretaria de Saúde, somente disponibilizando para decisões judiciais.<sup>352</sup> Assim se manifestou a Ministra Ellen Gracie quando do indeferimento do pedido:

[...] atendo-me à hipossuficiência econômica do autor, à natureza da enfermidade que o acomete e à urgência da utilização do medicamento Mabthera (Rituximabe), devidamente registrado junto à ANVISA, entendo que, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 8.437/92, a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que demonstra, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida na ação sob o procedimento ordinário em apreço.<sup>353</sup>

A próxima decisão a ser estudada é a Suspensão de Segurança n. 3.382, do Rio Grande do Norte, julgada no dia 22 de novembro de 2007. A relatoria também é da Ministra Ellen Gracie.

Nesta ação o Estado do Rio Grande do Norte busca a suspensão de liminar que o obrigou ao fornecimento de medicamento REVATIO (Citrato de Sildenafil) a pessoa portadora de cardiopatia congênita (comunicação interventricular e estenose de ramos pulmonares), doença esta que está evoluindo com hipertensão pulmonar e sobrecarga ventricular direita. Aduz o Estado requerente: possibilidade de grave lesão à ordem e à economia públicas, por desrespeito ao princípio da legalidade orçamentária e a cláusula da reserva do financeiramente possível, realçando que o princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da eficiência devem ser compatibilizados com o princípio da legalidade orçamentária, pois não é possível ignorar as exigências constitucionais para a realização das despesas públicas; afronta ao

---

<sup>351</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 162 - Suspensão de tutela antecipada (Processo físico)**. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Agravo Regimental em pedido de suspensão de liminar nº 2007.003367-7/0001-00). Intimado: Sinval Dantas de Melo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/erProcessoAndamento.asp?incidente=2558932>>. Acesso em: 29 set. 2011.

<sup>352</sup> “Conforme notícia o autor na petição inicial, ‘a Secretaria de Saúde Pública do Estado – SESAP – dispõe do referido medicamento, mas só disponibiliza para os pacientes que necessitam, através de ação judicial’”. Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. Ibid.

<sup>353</sup> Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. Ibid.

artigo 2º da Constituição da República<sup>354</sup> por destinar verba do orçamento para compra de medicamento, interferindo na escolha feita pelo Executivo estadual; ofensa ao artigo 196 da Constituição, uma vez que a concessão individual de medicamentos prejudica o oferecimento a toda a população em geral; grave lesão à ordem administrativa e que não se nega à concessão de fármacos, apenas propõe a substituição por outros medicamentos, listados pelo Ministério da saúde; a possibilidade de ocorrência de efeito multiplicador, pois o Ministério da Saúde já gastou cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) com medicamentos de caráter excepcional e, por fim, a faculdade do Estado de promover sua política básica de saúde, isto é, que o impetrante tem o direito de ser tratado da mazela que o aflige, mas não de ditar o tratamento adequado, aduzindo que o medicamento não faz parte do rol estabelecido pela portaria nº 1318/GM.

No mérito, a Relatora sustenta que a suspensão de decisão judicial é providência de caráter excepcional; que os pais do autor não possuem condições de arcar com as despesas do medicamento requerido, pois já gastam e suportam a despesa de quatro outros fármacos; a necessidade de uso pelo paciente do medicamento em questão e mesmo não constando da portaria de medicamentos excepcionais do Ministério da saúde, encontra-se devidamente registrado na ANVISA, o Estado, por fim, não demonstrou a eficácia de outros fármacos para o tratamento do autor. Assim, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido formulado pelo Estado.

Em repetição ao que ocorreu na decisão anterior, o tema da solidariedade não foi questionado pelo Estado, razão pela qual a decisão não contempla o tema. Quanto ao fato da hipossuficiência dos pais do autor, a Ministra se reporta à petição inicial para afirmar que os progenitores não podem arcar com os gastos necessários ao tratamento, mas não demonstra a renda familiar do autor, bem como o custo do tratamento em questão.

1- Suspensão de Tutela Antecipada nº 245 do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado no dia 22/10/2008. Cuida-se de ação proposta pelo Município de Pelotas, com pedido de suspensão de tutela antecipada, contra o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que obrigou o requerente a fornecer, em conjunto com a União e com o Estado, o medicamento MABTHERA 500mg (Rituximabe) para tratamento de linfoma não-hodgkin folicular, tendo o pedido indeferido pela 2ª Vara federal de Pelotas e concedido pelo

---

<sup>354</sup> Dispõe o artigo 2º da Constituição da República: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Alega o Município que o fornecimento de fármaco de alto custo a um paciente poderá ocasionar lesão ao direito à saúde dos demais usuários do SUS; que o Município não está obrigado a fornecer medicamentos não protocolados pelo INCA; que o medicamento consta da lista de medicamentos especiais fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado, devendo ser fornecida por este ente federado e que a decisão pode acarretar lesão à economia pública.

No mérito entendeu o Ministro Gilmar Mendes que os entes federados possuem responsabilidade solidária em questões de saúde, podendo figurar como legitimados passivos na demanda; que o medicamento demandado possui registro na ANVISA o que atesta a sua segurança; que a paciente necessita com urgência do medicamento em questão; que o alto custo do medicamento não afasta a possibilidade de o Município arcar com o tratamento tendo em vista que “a política de dispensação de Medicamentos excepcionais e a Política Nacional de Atenção Oncológica visam contemplar justamente o acesso da população acometida por neoplasias aos tratamentos disponíveis”<sup>355</sup>.

Afirma, ainda, que o Município não demonstra a suposta lesão à economia pública; que a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes não afasta a obrigatoriedade do Executivo em cumprir as obrigações relativas ao direito à saúde e que a ausência do medicamento configura grave risco à saúde da autora, razão pela qual indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada.

Fazendo um panorama geral das decisões da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Gilmar Mendes, é possível perceber que a ideia de que o Estado é responsável solidário pelo fornecimento de medicamentos para tratamento das mais diversas doenças. A alegação de graves danos à ordem e à economia públicas não afeta as decisões, que por vezes se repetem em argumentos jurídicos, em um juízo maior de delibação quanto aos problemas financeiros do Estado, que possui recursos limitados.

Nas decisões já estudadas nesta pesquisa, apenas a última se reportou ao princípio da legalidade orçamentária e à cláusula da reserva do financeiramente

---

<sup>355</sup> Excerto da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 245 - Suspensão de tutela antecipada (Processo físico)**. Requerente: Município de Pelotas. Requerido: Relator do agravo de instrumento nº 2008.04.00.006886-9 na ação ordinária nº 2008.71.10.000612-0 do Tribunal Regional Federal da 4ª região. Intimados: Irai Castro da Rosa; União; Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2623359>>. Acesso em: 29 set. 2011.

possível, sem, contudo, analisar de fato os pormenores das alegações formuladas pelo Estado.

Passa-se agora à análise da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175<sup>356</sup>, do Ceará, julgada em 18 de setembro de 2009, pelo Relator Ministro Gilmar Mendes.

Cuida-se de ação proposta pela União e pelo Município de Fortaleza (STA 175 e 178 respectivamente apensados por ordem da Ministra Ellen Gracie, por importarem em decisões idênticas) em que os entes federados objetivam a Suspensão de Tutela Antecipada anteriormente proferida pelo Tribunal regional Federal da 5ª região que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento ZAVESCA (miglustat) a pessoa portadora de doença neurodegenerativa grave (NIEMANN-PICK TIPO C). Inicialmente a ação foi proposta pelo Ministério Público Federal que teve indeferido, sem resolução de mérito, o pedido em primeira instância, tendo em vista que o Juízo de Direito da 7ª vara da seção judiciária do Estado do Ceará entendeu que o Ministério Público não teria legitimidade para a ação, por se tratar de pessoa maior, não podendo o MP substituir a Defensoria Pública. O *parquet* recorreu ao tribunal. A primeira turma reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a demanda, antecipando os efeitos da tutela.

O requerente sustentou a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação; a ilegitimidade passiva da União, a ocorrência de grave lesão à ordem pública, pelo fato de o medicamento não possuir registro na ANVISA e, tampouco, estar amparado pela portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde; grave lesão à economia pública, em razão do custo elevado do medicamento, orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês e a possibilidade de ocorrência do denominado efeito multiplicador. O Município de Fortaleza, na Suspensão de Tutela Antecipada formulou as mesmas considerações.

No parecer da Procuradoria-Geral da República foi proferido entendimento de que a demora na prestação do fármaco pode gerar prejuízo; que a paciente já faz uso do medicamento em questão e que a agência de Medicina Europeia confirmou, em 18 de dezembro de 2008, a indicação do medicamento para tratamento da doença em questão.

---

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 - Suspensão de tutela antecipada (Processo físico)**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª região (Apelação cível nº 408729-CE - 2006.81.00.003148-1). Intimados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 29 set. 2011.

Com base nesses argumentos, o Ministro Gilmar Mendes decidiu a questão. Inicialmente cumpre estabelecer o percurso metodológico desenvolvido pelo Ministro em sua decisão.

O julgado proferido nessa suspensão de tutela antecipada percorreu o mesmo caminho das decisões do Ministro analisada anteriormente, isto é, inicia seu voto com a análise do tema da possibilidade de suspensão de medida judicial por perigo de lesão à ordem, à economia e à segurança públicas; analisa, de forma meticulosa, o artigo 196 da Constituição da República, fazendo menção ao tema dos direitos sociais e a problemática quanto à sua prestação; analisa a necessidade de registro de fármacos pela ANVISA; passa a perflustrar as características do sistema único de saúde SUS; agrega ao seu voto fundamentos de ordem jurisprudencial e doutrinária, decidindo, por fim pela improcedência do pedido formulado pelos entes públicos e determinando a concessão do fármaco pleiteado à pessoa portadora de patologia grave e rara.

O que importa mencionar nesta decisão é a recorrente menção à Audiência Pública de Saúde, como argumento de autoridade para fundamentar a decisão. Ao se referir à Audiência Pública, o Ministro Gilmar Mendes relata o que segue:

Em 05 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Ocorre que, conforme já analisado anteriormente, a Audiência Pública de Saúde, embora tenha reunido especialistas de várias áreas, não teve um resultado consensual. Em alguns temas, os palestrantes demonstraram posturas diametralmente opostas, como no caso da solidariedade dos entes públicos. Assim, cumpre estabelecer uma análise mais apurada da Audiência Pública – Saúde, fazendo uma comparação daquilo que pôde ser observado nos depoimentos dos especialistas e a utilização (ou não) dessas opiniões na formulação das decisões do Ministro Gilmar Mendes.



Tendo em vista os problemas alcançados pelas diversas ações que buscam a satisfação individual do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal convocou Audiência Pública para promover debates com juristas e especialistas em saúde acerca dos temas que mais provocam ações judiciais.

A Audiência Pública da Saúde foi realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28, 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009. O objetivo da Audiência Pública foi verificar os limites da atuação do judiciário nas decisões concernentes à saúde, bem como analisar o possível impacto dessas decisões na Administração Pública.

O argumento de que o judiciário apenas determina a execução de políticas públicas já existentes foi analisado durante a audiência pública. Ocorre, no entanto, que outros temas foram analisados e que estão fora deste posicionamento, como a concessão de medicamentos não registrados na ANVISA, de tratamentos não presentes nos protocolos do SUS, e até a concessão de produtos como leite em pó e fraldas.

Ao se analisar os depoimentos dos especialistas, colhidos no quarto dia da audiência pública de saúde, o que se percebe é que o tema da necessidade de registro dos fármacos na ANVISA não foi amplamente enfrentado. Alguns palestrantes teceram considerações acerca de temas como procedimentos para a aprovação de medicamentos, sobre experiências pessoais, etc. pouco se falou do tema que se deveria enfrentar.

Dos que falaram, houve posturas divergentes em alguns aspectos. O diretor da ANVISA, Dirceu Raposo de Mello, focou-se mais no aspecto técnico acerca dos procedimentos que a Agência utiliza para a certificação dos medicamentos e porque não se admite a comercialização de fármacos sem o registro.

O representante do Conselho Federal de Medicina (CFM), Geraldo Guedes, por sua vez, entendeu que a atuação do médico tem que levar em conta a necessidade de “defender o cidadão / paciente em suas demandas por saúde”. No mais, tratou de aspectos concernentes à atuação do CFM, no que tange aos medicamentos especiais, definição do que é experiência médica ou não, etc., tratando sem aprofundamentos do tema central do uso de medicamentos não certificados pela ANVISA.

Em uma posição diversa, Luiz Alberto Simões Volpe, portador do HIV e fundador da Associação Hipupiara Integração e Vida, defendeu que medicamentos

certificados pela FDA, nos EUA e pela EMEA, na Europa, cuja necessidade seja comprovada com receitas e laudos, possa ser fornecida por via administrativa, sem a necessidade de intervenção judicial.

Para o representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, Paulo Marcelo Gehm Hoff, a questão da utilização de medicamentos sem registro é analisada de forma a permitir a importação de medicamentos sem registro quando “a droga não for apresentada à ANVISA, por se tratar de doenças raras ou não possuir interesse econômico das empresas, estaria justificada a sua importação”. Trata-se de uma proposta de flexibilização no tocante à necessidade de registro na ANVISA, não contemplada pela Lei n. 9.782/99 que criou a Agência.

Os demais palestrantes defenderam a necessidade de registro na ANVISA, ressaltando apenas a postura da Dra. Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, que reconhece a possibilidade de fornecer fármacos sem registro, de forma excepcional, mas *“nunca em sede de antecipação de tutela, posto que demandam uma maior dilação probatória.”*

Durante o voto na suspensão de tutela antecipada analisada, o Ministro Gilmar Mendes foi categórico ao afirmar que “como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA”.

Mais adiante o Ministro Gilmar Mendes afirma:

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A lei nº 9782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) permite que a Agência dispense de registro medicamentos adquiridos por organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pelo Ministério da Saúde.

Não há, no voto do ministro Gilmar Mendes, qualquer menção às controvérsias surgidas na Audiência Pública. Há, no entanto, a colocação do tema como algo certo e definido.

Inconformada com a decisão proferida pelo então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, na suspensão de tutela antecipada nº 175, a União interpôs agravo regimental, com fundamentos semelhantes, notadamente quanto à alegação de ilegitimidade passiva da União para figurar na ação.

No julgamento do agravo regimental, o Ministro Gilmar Mendes reforçou a ausência do chamado grave perigo de lesão à ordem, à economia e à segurança públicas, alegada pela União, reafirmando a necessidade do uso do medicamento pela paciente. A decisão do agravo regimental repete o percurso metodológico feito pelo Ministro no julgamento da suspensão de tutela antecipada.

O que se mostrou mais relevante para esta pesquisa foi o enfrentamento, na decisão do agravo regimental, do tema da solidariedade dos entes públicos quanto às obrigações acerca da efetivação da saúde pública no país, tema não enfrentado na suspensão de tutela antecipada. Salaria o Ministro Gilmar Mendes que “após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública-Saúde e sobre a jurisprudência recente deste tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária”<sup>357</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado favorável à ideia de ampla solidariedade dos entes da Federação no tema da saúde. A pesquisa, no entanto, passará a analisar se a Audiência Pública também teve como resultado da afirmação categórica, feita na decisão, de que a responsabilidade dos entes federados deva ser efetivamente solidária.

A abertura dos trabalhos neste dia se deu com a manifestação do Ministro Gilmar Mendes que defendeu a solidariedade entre os entes federados, aduzindo ser esse o posicionamento da jurisprudência dominante bem como o fez com fulcro nos artigos 23 II e 30VII da Constituição da República. Essa posição, conforme analisado nas decisões anteriores, já eram defendidas pela Corte, quando da análise do argumento de ilegitimidade passiva do Estado.

A primeira exposição a ser analisada é a do Sub-Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, acerca dos problemas advindos da judicialização excessiva.

Para o Sub-Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, os entes federados deveriam ter uma ação conjunta no sentido de alcançar “a totalidade das vertentes de ações em matéria de saúde” não entendendo ser correta a interpretação em que todas as ações de saúde

---

<sup>357</sup> Excerto da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no agravo regimental interposto contra decisão proferida na suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

representam “a potencial obtenção de todo e qualquer insumo ou medicamento por todos os usuários em face de todos os entes públicos”.

Nesse sentido, o Sub-Procurador do Estado do Rio de Janeiro não endossa a opinião de ampla solidariedade dos entes federados em matéria de saúde. Afirma ele que o que se vê hoje em dia são as determinações de qualquer tipo de medicamento a qualquer custo e em face de todos os entes federados, bem como problemas relacionados ao eventual descumprimento de ordem judicial como o sequestro de verbas públicas, bloqueio de contas do secretário, ordem de prisão dos agentes operadores do SUS; abuso do argumento de proteção à vida, que, segundo ele, menos de um terço dos casos representa risco à vida; onda de pedidos genéricos, que criam títulos de execução perpétua e inesgotável.

Por fim, alerta o Sub-Procurador do Estado do Rio de Janeiro para o que chama de “expansão das fronteiras postulatórias”, com pedidos de suplementos alimentares, fraldas, instrumentos de medição e alimentos, que, segundo alega, são pedidos com frequência aos entes públicos.

Ao tratar especificamente do tema da solidariedade dos entes públicos, o sub-Procurador chama atenção para a estrutura do sistema instituído pelo SUS, isto é, argumenta acerca da necessidade de se estabelecer uma ordem na atuação dos entes federados ao dizer que:

o SUS é um sistema, [...] não apenas porque o dispositivo que fala do SUS na Constituição assim o classifica. O SUS também é um sistema pela imposição do princípio constitucional da eficiência. Num país de recursos escassos, num país com tanta carência de atendimento à população, é impossível cumprir os objetivos constitucionais da República dispostos no artigo 3º sem que haja alguma ordem na atuação dos três entes federativos. A atuação com sobreposições, com falhas, as determinações para que três entes forneçam ao mesmo tempo o mesmo tratamento, pois assim tem sido a maioria dos dispositivos das decisões judiciais, é inviável, do ponto de vista sistemático. Não existe sistema que tenha uma vida futura assim.<sup>358</sup>

Analisando os termos apresentados pelo Sub-Procurador, pode-se perceber que este defende uma organização entre os entes da Federação para a dispensação de medicamentos pela via judicial. Há, na verdade, uma ideia de divisão de tarefas,

---

<sup>358</sup> Excerto extraído do 2º dia de Audiência Pública-Saúde. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**. Brasília, DF, 27- 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciapublicaSaude>>. Acesso em: 17 out. 2011.

de uma definição de quem é responsável pela determinação concernente à saúde sugerindo, como estruturação do sistema, ao Município, a obrigação quanto a farmácia básica; ao Estado, as obrigações quanto aos medicamentos ditos excepcionais e à União, os medicamentos e os tratamentos estratégicos.

Outra exposição acerca do assunto foi a do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>359</sup>, que assim definiu o atual sistema de solidariedade:

Há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos. Embora esta possa parecer uma decisão libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isto cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda Pública.

Sobre a questão, conclui o autor que:

[...] quando na distribuição do sistema, seja clara a responsabilidade de um ente, seja por ser um medicamento relacionado ao atendimento básico, estratégico ou excepcional, quando o sistema for claro, a jurisprudência precisaria, em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação e ponto. Com isso se evitam as multiplicações de atuações administrativas. As Procuradorias dos Estados vivem assoberbadas em muitas situações que não precisariam atuar. Penso que, quando haja dúvida razoável sobre quem é responsável, aí sim, me parece natural que a jurisprudência se incline pela solidariedade.<sup>360</sup>

A análise da explanação proferida pelo professor Luís Roberto Barroso deixa claro que a solidariedade deve existir, mas de forma excepcional e não como vem sendo defendida pelo judiciário, notadamente pelo Ministro Gilmar Mendes, isto é, que todos os entes são responsáveis em quaisquer situações, para fornecerem todos os insumos, independentemente de uma divisão de atribuições.

Ocorre que o tema propriamente da solidariedade não foi amplamente debatido como se esperava. Alguns participantes sequer manifestaram opinião acerca da questão. Dos poucos que citaram a solidariedade, essa não foi vista como algo pacífico.

---

<sup>359</sup> Excerto extraído do 2º dia de Audiência Pública-Saúde. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**. Brasília, DF, 27- 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciapublicaSaude>>. Acesso em: 17 out. 2011.

<sup>360</sup> Excerto extraído do 2º dia de Audiência Pública-Saúde. Ibid.

Para exemplificar a discordância acerca do tema, deve-se observar o posicionamento do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde Edelberto Luiz da Silva. Segundo este posicionamento, a ideia de solidariedade dos entes federados vem sendo distorcida ao afirmar que “sua adequada interpretação deveria incidir sobre a totalidade, o conjunto das ações, e não sobre cada espécie de ação ou serviço individualmente considerado”.

No posicionamento do Secretário de Estado da Saúde do Estado do Amazonas, Agnaldo Gomes da Silva, embora favorável à solidariedade, defende-se que ela deva ocorrer com a definição dos papéis de cada ente, bem como deve levar em conta as desigualdades e especificidades de cada Estado e Município.

A única defesa contundente da solidariedade foi feita por André da Silva Ordacy, da Defensoria Pública Geral da União. Segundo sustenta, os efeitos da solidariedade poderiam ser reduzidos por meio de compensações financeiras entre os entes, na forma do artigo 33 da Lei n. 8.080/90 intitulada Fundo Nacional de Saúde.

Os demais membros não se manifestaram acerca da solidariedade dos entes federados no tocante ao direito à saúde. Muitos se limitaram ao relatório de casos ou a discussão sobre problemas da saúde no país.

Conforme se pôde observar, a audiência Pública, em termos gerais, não produziu um resultado satisfatório quanto à solução dos problemas demonstrados pelos palestrantes. Ao contrário, em algumas ocasiões houve profundas discordâncias acerca dos temas, como demonstrado acima. Resta indagar, então, qual a importância da audiência Pública para o tema da saúde? Houve de fato alteração nos postulados defendidos pelo STF ou tratou-se apenas de um reforço, de um argumento de autoridade a mais para justificar as decisões do Pretório Excelso?

O que se pode perceber é que não houve qualquer alteração, no tocante ao que vinha sendo decidido pelo Supremo, na questão da solidariedade, isto é, tanto antes, quanto após a realização da Audiência Pública-Saúde, o posicionamento é o mesmo. A Audiência Pública, no entanto, demonstra ser um instrumento de reforço argumentativo do Tribunal, uma vez que, conforme visto, o Ministro Gilmar Mendes passou a mencionar que os posicionamentos anteriormente defendidos foram reforçados pela Audiência Pública, sem, contudo, explicitar as diferenças de opinião, principalmente dos representantes do Estado.

## 5.7 A Apropriação Individual de Direitos Fundamentais Sociais

A análise da apropriação individual dos direitos sociais deve ser analisada em virtude do que se apurou no tópico anterior quanto à recorrente prestação de saúde, por parte do judiciário a pessoa certa e determinada, criando entraves, por vezes, na adoção e implementação de uma política pública de saúde que atenda à coletividade. Trata-se de tema relacionado à judicialização, na medida em que determina, por vezes, a adoção de prática já definidas e de ativismo judicial, uma vez que determina ações não previstos nos protocolos do SUS.

Assim, cumpre, inicialmente, analisar o posicionamento do professor Luís Roberto Barroso durante a realização da Audiência Pública-Saúde e que ilustra bem o problema. Salienta o professor que

[...] Penso – e essa é a minha sugestão principal – que [...] o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade.

Por que é importante transformar essa disputa individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm privilégio – o que é extremamente negativo.<sup>361</sup>

O autor demonstra como consequência desse sistema que

[...], esta fórmula –[...] – da judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja a advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve ter uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a idéia de universalização e a idéia de igualdade. Vai-se realizar e atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado

---

<sup>361</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, ano 3, n. 19, p. 1-50, ago. 2011. Disponível em <www.jfdf.jus.br>. Acesso em: 01 set. 2011.

juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.<sup>362</sup>

A efetivação dos direitos de natureza social é feita pelo Estado na definição das chamadas políticas públicas que são, em última análise, as formas de identificação, planejamento e escolha da melhor forma de cumprir o comando constitucional atinente aos direitos de cunho prestacional,<sup>363</sup> sendo o “instrumento por excelência”<sup>364</sup> dessa realização prática. De acordo com Fabíola Vieira,

[...] cabe lembrar que como está expresso no Art. 196 da Constituição Federal, o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, a própria Constituição reconhece que para garantir a saúde é preciso muito mais que acesso a serviços. Faz-se necessário dispor de políticas que possibilitem aos indivíduos a moradia adequada, saneamento básico, emprego, renda, lazer e educação. Considerando que a escassez de recursos é fato, verifica-se que não é possível prescindir das políticas quando o objetivo é garantir a observância aos princípios da universalidade, integralidade, igualdade e equidade no acesso aos serviços de saúde.<sup>365</sup>

O ponto relevante neste estudo diz respeito ao dilema enfrentado quando se pretende estabelecer uma dimensão subjetiva dos direitos sociais, especificamente, na possibilidade de se exigir do Estado uma prestação positiva, levando a garantia coletiva a ser apropriada por uma pessoa, em detrimento das políticas públicas e dos interesses sociais relevantes.

A ausência de política pública destinada à tarefa de promoção da saúde – ou sua ineficiência- tem sido afastada por juízes ao argumento de proteção à vida e de que, por força do parágrafo primeiro, do artigo 5º da Constituição, os direitos fundamentais, neles incluídos os sociais, possuem aplicação imediata.

---

<sup>362</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, ano 3, n. 19, p. 1-50, ago. 2011. Disponível em <www.jfdf.jus.br>. Acesso em: 01 set. 2011.

<sup>363</sup> O autor classifica políticas públicas como “um conjunto de regras elaboradas por alguma autoridade governamental, em ordem a influenciar, modificar, regular o comportamento individual ou coletivo por meio de sanções negativas ou positivas.” MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18.

<sup>364</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 326.

<sup>365</sup> VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista de Saúde Pública**, Brasília, DF, n. 42, p. 365-369, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2011.



Para Sarlet, o texto constitucional pátrio, ao determinar a aplicação imediata das garantias fundamentais, não estabeleceu distinção entre normas relativas à liberdade e aos direitos sociais, “encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.”<sup>366</sup> no entanto, a controvérsia se instala quando se está diante do alcance e do significado das categorias jurídicas em apreço “especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e aplicabilidade”<sup>367</sup>, sendo, nesse ponto, extensa a controvérsia entre os que aceitam a aplicação imediata – mesmo na hipótese de normas programáticas – daqueles que advogam a tese de que a eficácia de alguns direitos fundamentais estaria sujeita à atuação legislativa.

Olsen<sup>368</sup> demonstra que as normas fundamentais sociais são também de natureza subjetiva, isto é, podem ser exigidas do Estado. Para a autora,

a efetivação da pauta social constitucional somente será viável se os direitos fundamentais sociais forem observados enquanto verdadeiros direitos subjetivos, capazes de vincular os poderes públicos à realização das prestações positivas correspondentes ao seu objeto.

Não se está a questionar o inegável. O legislador constituinte originário não pretendeu dar aos direitos fundamentais, incluídos os sociais, a natureza de mera carta de intenções nem tampouco deixar, ao alvedrio do Estado a implementação fática desse conjunto normativo que possui íntima relação com a dignidade humana.

O problema se afigura quando um número considerável de pessoas consegue se apropriar de uma medida que deveria ser de natureza coletiva. Esse tipo de conduta não se coaduna com os requisitos de universalidade e indivisibilidade dos direitos sociais. Para Valle, a mesma lógica utilizada para a proteção das garantias individuais não pode ser empregada na aferição do descumprimento ou não de um direito social.

Se a marca dos direitos sociais é a busca de um conceito de igualdade, a concessão exclusiva, feita em uma ação judicial, de uma medida como a prestação

---

<sup>366</sup> Cumpre salientar que, segundo o autor, não foi opção do constituinte brasileiro o tratamento diferenciado dos direitos de liberdade e os direitos sociais, como fez o constitucionalismo lusitano. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 263.

<sup>367</sup> Ibid., p. 263-264.

<sup>368</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2011. p. 97.

de saúde, por exemplo, não caracteriza a realização prática das garantias sociais, pois “a preservação, em favor exclusivamente do autor da demanda, de um direito social expresso na forma que ele aponte, implica em instauração estatal da desigualdade, e em redefinição ilegítima das prioridades do Poder Público.”<sup>369</sup>

Cumpra ressaltar que a destinação específica a um indivíduo de medida inicialmente coletiva, coloca em risco o sistema de prioridades estatais estabelecidas pelo Poder Público. Isso porque os recursos são escassos. Não há como prover tudo a todos indistintamente. A otimização e o uso racional dos recursos públicos são essenciais para a concretização dos interesses da Constituição.

Dessa forma, é possível deduzir que a existência dos direitos fundamentais sociais é resultado de um trabalho organizado de planejamento e ordenação das atividades do Estado e não uma sucessão de medidas judiciais que, ao argumento de cumprirem a Constituição e de tornarem concretos seus comandos, acabam por transformar normas de natureza coletiva em regras apropriados *in casu* por aquele que primeiro demandou, isto é, o cidadão que tem acesso à justiça ou possibilidade de demandar pode ter satisfeito sua garantia fundamental, ao contrário daquele desprovido de oportunidades, principalmente no tocante ao acesso à justiça, devendo esperar por uma providência que possivelmente não virá.

O papel do Judiciário na afirmação do Estado Democrático é indispensável, mas não deve ser o local de definição e realização de políticas públicas por não estar devidamente aparelhado para esse *mister* e por não ser esta sua função Constitucional.

Nesse sentido, a questão que se impõe é identificar até que ponto pode o poder judiciário impor sua vontade política sobre a do legislador democrático? Ou seja, até que ponto é legítima a criação jurisprudencial do direito (ativismo judicial) diante de um legislador inconstitucionalmente omissivo? Ou ainda: quais são os limites epistêmico-hermeneuticos que demarcam a fronteira de atuação do juiz legislador sem que se viole o princípio da separação de poderes?

---

<sup>369</sup> Cumpra destacar o exemplo formulado pela autora do que se entende pela efetiva prestação dos direitos sociais ao dizer que “não se tutela o direito social à saúde – ao menos, não no máximo potencial cogitado pela Carta de Outubro – quando se determina a entrega de coquetel de combate à AIDS em favor do autor – paciente ‘A’, mas sim quando se desenvolve e mantém um programa de distribuição desse mesmo remédio, à coletividade que dele necessite. Têm-se no exemplo, a visível transição de uma concepção individualista, para a social – universalista, como pretendem ser os direitos fundamentais.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 321.

Como exaustivamente visto neste trabalho académico, a nova dogmática constitucional já incorporou no processo de tomada de decisões judiciais os valores insculpidos no texto constitucional, especialmente o direito de vida digna para todos, aí incluído logicamente o direito à saúde.

Como visto, é preciso afastar a postura positivista e conservadora, que, na verdade, não garante a segurança do direito, mas, sim, a segurança do juiz. É muito conveniente ao juiz positivista não ter que identificar os elementos axiológicos que incidem sobre o caso decidendo, optando por uma aplicação mecânica da lei. Nesse sentido, a dogmática pós-positivista deve servir de supedâneo no processo de tomada da decisão judicial dentro de uma leitura moral da Constituição. Cabe ao decisor judicial fazer o diagnóstico daqueles elementos que efetivamente conformam o conteúdo jurídico mínimo da norma constitucional, isto é, conteúdo jurídico sem o qual o direito constitucional deixa de existir por absoluta falta de efetividade ou eficácia social.

É imperioso a aplicação científica de avançados instrumentos hermenêuticos ligados à dogmática pós-positivista, cujos limites não poderão ser ultrapassados por atos jurisdicionais desproporcionais violadores do Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer que o magistrado do século XXI não pode deixar de reconhecer a revolução epistemológica que lhe impõe teorias pós-positivistas superadoras do paradigma axiomático-dedutivo.

Questões anteriormente desconsideradas, como por exemplo, o conceito de dificuldade contramajoritária, os empecilhos da reserva do possível, a consciência epistemológica da comunidade aberta de intérpretes da Constituição, a questão da legitimidade democrática do juiz legislador, etc., passam agora a compor a equação dogmática do poder judiciário contemporâneo.

Um juiz ou jurista que não se ocupe da fundamentação da sua decisão com instrumentos hermenêuticos do movimento pós-positivista, receberá forte oposição do círculo de intérpretes da Constituição. Há que se reconhecer que a legitimidade democrática de juízes e tribunais dimana diretamente do grau de aceitação por tal comunidade aberta.

Portanto, a criação jurisprudencial do direito deve respeitar limites epistêmicos do próprio poder judiciário. Ir além desses limites é violar o Estado Democrático de Direito, é fortalecer um “Estado Judicial de Direito” incompatível com a leitura moral da Constituição.

Diante dos dados colhidos neste capítulo e em retrospectiva com os capítulos anteriores, é possível concluir que a judicialização e o ativismo alcançaram um ponto de destaque relevante no cenário político mundial e nacional. Pode-se perceber, também, que os institutos são parte integrante da realidade nacional, notadamente quanto ao direito à saúde, que se constitui como um direito fundamental social que se relaciona à dignidade da pessoa humana.

Na sua realização prática, entretanto, depende do planejamento e alocação de recursos públicos e que o Supremo Tribunal Federal, na análise dos casos apresentados, relativos à concessão de medicamentos, atua de forma a garantir o fornecimento dos fármacos por meio do Estado (sentido lato), reconhecendo a solidariedade dos entes da federação e transformando um direito inicialmente coletivo em um direito apropriado individualmente.

Esse comportamento da Corte já vinha se manifestando de forma clara, antes da convocação da audiência pública de saúde, pelo Ministro Gilmar Mendes – realizada no ano de 2009. A ocorrência, no entanto, da audiência pública não modificou em nada a postura da Corte. As divergências constatadas nos depoimentos apresentados na audiência pública sequer são citadas nas decisões da Corte, demonstrando que a citação a audiência caracteriza-se como mero recurso de autoridade, uma forma de chancela, de especialistas e integrantes da sociedade, àquilo que a Corte já vinha se manifestando.

## 6 CONCLUSÃO

Defendendo em um primeiro momento que a dogmática pós-positivista tem que fazer um ativismo judicial para garantir a efetividade do direito subjetivo sem dependência do legislador democrático, o presente trabalho procurou demonstrar que a Presidência do Supremo Tribunal Federal se utiliza da leitura axiológico-indutiva para encobrir um discurso voluntarista, usando os paradigmas da racionalidade dianoética (discursiva), a retórica.

De modo sistemático, procurou-se segmentar o estudo em quatro grandes sendas epistemológicas, a saber, análise da nova leitura axiológico-indutiva do direito, exame do papel das teorias da argumentação jurídica no âmbito do neoconstitucionalismo, a investigação sobre a jusfundamentalidade material dos direitos sociais e, finalmente, a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o Direito Fundamental à Saúde.

Como se viu, é inelutável a visão de que, na era jurídica pós-moderna, a posição do poder judiciário no Estado neoconstitucional de Direito é proativa na garantia dos direitos de segunda dimensão, notadamente o direito à saúde. Não há outro caminho a trilhar, mormente quando se tem em conta o projeto neoliberal de *pax americana*, cuja arquitetura desregulamentadora é tão bem esgrimida pelo discurso da livre concorrência e da busca de competitividade.

Pela sistematização realizada, foi possível perceber que o fim do socialismo utópico (fim da Guerra Fria seguido do fim da História) suscitou o ressurgimento do modelo constitucional liberal, que traz no seu âmago o enfraquecimento da soberania do Estado em prol de um sistema financeiro-comercial internacional livre e aberto, sem regulamentações jurídico-constitucionais.

Assim vista a questão, a desregulamentação constitucional, no sentido de uma iniciativa hermenêutico-política de encurtamento da intervenção estatal nas relações jurídicas privadas, cria um cenário em que são convocadas as teses jurídicas de mitigação dos direitos sociais, tais como a reserva do possível e a falta de jusfundamentalidade material a tais direitos, aí incluído o direito à saúde. Eis aqui a pedra angular da dogmática pós-positivista: garantir a efetividade dos direitos sociais sem a dependência do legislador democrático.

Portanto, restou patente a dicotomia entre o discurso e a prática da Suprema Corte, que busca ganhar cientificidade a partir da proposta hermenêutica

da força normativa dos princípios constitucionais, com sede teórica nos paradigmas de racionalidade discursiva. Se se quiser, poder-se-á dizer que a leitura axiológico-indutiva é usada como instrumento de uma possível superação do paradigma positivista do modelo fechado de regras jurídicas.

No entanto, a Presidência do STF faz uso da dogmática pós-positivista focada nas teorias da argumentação jurídica para reprimir a concepção meramente formal do direito. Em outros termos, na dogmática pós-positivista não há espaço para o mero decisionismo positivista e nem tampouco para a mitigação dos direitos sociais.

Outro ponto importante a ser destacado, é a ideia-força de que a dogmática pós-positivista faz a junção entre direito e facticidade, daí a relevância do indutivismo jurídico. Realmente, a Presidência do STF não consegue superar o voluntarismo judicial do velho exegetismo positivista muito embora adote a perspectiva neoconstitucionalista pós-positivista na sua retórica decisional. Ou seja, nem sempre os Ministros analisados constroem suas normas-resultado baseados na incidência dos fatos do mundo real sobre a ordem constitucional como um todo, levando em consideração que a legitimidade democrática de suas decisões deve ser fruto do grau de aceitabilidade pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Portanto, é importante compreender que a leitura axiológico-indutiva do direito faz a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, na medida em que esta última estará sempre associada ao mero decisionismo judicial, enquanto que a primeira estará atrelada ao princípio *extra legem et intra jus*, vale dizer, o direito pode até superar a lei, mas, deve permanecer fiel e submetido aos princípios jurídicos da ordem constitucional como um todo.

Assim não se pode perder de vista que a Presidência do STF busca superar a arbitrariedade jurídica do velho exegetismo positivista com o novo paradigma de racionalidade dianoética das teorias da argumentação jurídica, que, em última instância, desloca para a centralidade da teoria da normatividade do direito o convencimento do auditório, aqui compreendido como a comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

É nesse sentido que, no segundo grande bloco temático deste trabalho acadêmico, destacou-se a relevância das teorias argumentativas do direito. Com efeito, como amplamente visto, estas teorias permitiram estabelecer tanto a base epistemológico-reflexiva do papel do direito nas sociedades contemporâneas, como

também o fundamento e o caminho metodológico para a análise dos discursos presentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do Direito Fundamental à Saúde presentes na tese.

Além disso, na terceira segmentação temática deste trabalho, examinou-se a complexa questão da jusfundamentalidade dos direitos sociais. Tal questão é estreitamente ligada aos conceitos de Estado Democrático de Direito e separação de poderes, uma vez que envolve o reconhecimento do ativismo judicial na proteção dos direitos fundamentais do cidadão comum.

A base das Constituições democráticas do mundo ocidental é a dignidade da pessoa humana. É o pressuposto necessário para o reconhecimento da efetiva proteção internacional dos direitos humano. O regime jurídico de proteção metaconstitucional dos direitos humanos é a busca do ideal da "paz perpétua".

Sob a égide do metaconstitucionalismo, ocorre a ampliação do reconhecimento e da proteção jurídica dos direitos do homem para além das fronteiras de cada Estado, isto é, surge a ideia-força de cidadão cosmopolita, vale dizer, não mais apenas cidadão de um determinado Estado nacional, mas, sim, cidadão do mundo. De fato, hoje em dia, o metaconstitucionalismo ainda não é facilmente perceptível no campo jurídico nacional, porém, a toda evidência, não se pode negar sua rápida evolução na direção de um voo mais elevado para atingir a dimensão planetária.

Assim sendo, o projeto epistemológico metaconstitucional tem por base o direito cosmopolita, fenômeno bem mais complexo do que o próprio direito constitucional, na medida em que tem linhagem epistêmico-conceitual focada na consolidação de um regime jurídico universal de proteção dos direitos humanos, que em verdade, destinam-se a imunizar o cidadão comum contra ingerências do seu próprio Estado nacional. Trata-se, pois, da construção de uma cidadania cosmopolita, na qual o vínculo jurídico do indivíduo não mais se reduz à uma ordem jurídico-constitucional nacional, mas, sim, a uma nova ordem jurídica, ainda em gestação, que não se identifica com a legislação do Estado-Nação, corrente essa defendida no trabalho.

Com rigor, o projeto metaconstitucional é o último estágio de um lento processo, cuja gênese é a afirmação dos direitos naturais das correntes contratualistas, perpassando pelos ciclos democráticos da modernidade (Estado liberal de Direito e Estado Democrático Social de Direito).

Portanto, de forma analítica, consolidou-se as fases democráticas da modernidade, que abarca a democracia liberal e a social democracia. Em decorrência, foi de capital importância o exame, tanto da elaboração teórica do modelo liberal burguês garantidor dos direitos civis e políticos de primeira dimensão, quanto do projeto democrático social dos direitos estatais prestacionais de segunda dimensão.

No entanto, como amplamente visto, tanto a democracia liberal, quanto a social democracia entram em crise. A primeira em função da sua incapacidade de distribuir justiça social e a segunda a partir de uma série de fatores, dentre eles, o conceito de reserva do possível. Realmente, muito embora seja um dos principais elementos infirmadores da efetividade dos direitos sociais, convém salientar que, além da reserva do possível, existem muitos outros fatores que fomentam a pouca efetividade dos direitos sociais, como por exemplo: uma crescente inflação de direitos fundamentais insuscetíveis de realização pelo Estado e a baixa densidade normativa dos direitos sociais submetidos e dependentes da interposição superveniente do legislador ordinário. Tais fatores vêm invariavelmente reduzindo a eficácia jurídica dos direitos sociais.

É nesse contexto que surge a questão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, aí incluído, logicamente, o direito à saúde. Ou seja, tendo em vista sua própria natureza de direitos prestacionais estatais, a efetividade dos direitos sociais fica à mercê dos recursos financeiros do Estado.

É por isso que o presente trabalho destacou a controvérsia doutrinária envolvendo a ideia de que os direitos sociais não são propriamente direitos fundamentais, na medida em que sua concretização fica subordinada ao talante do legislador democrático, devidamente legitimado na formulação de políticas públicas.

Restou patente que a reserva do possível restringe a efetividade dos direitos sociais em sua plenitude, daí a retórica decisional do STF calcada no novo constitucionalismo que engendrou fórmulas pós-positivistas garantidoras das condições mínimas de vida digna dos hipossuficientes, aí incluído o direito à saúde para todos. Em consequência, os discursos do STF constroem-se na defesa da cidadania, buscando evitar a crise de legitimidade constitucional entre as funções executivas, legislativas e judiciárias dentro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Em termos simples, a tese fez a análise empírica das decisões judiciais da



Presidência do Supremo Tribunal Federal e verificou a inconsistência entre seu papel de guardião das cidadanias e seus próprios discursos jurídico-políticos.

Em determinados casos, ficou comprovada a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal adota um espírito de corpo, como parte do Estado, na disputa por legitimidade democrática e poder com o Executivo e o Legislativo em relação aos cidadãos para a formulação de políticas públicas, notadamente no campo do Direito à Saúde. Tal perspectiva nasce a partir de um ativismo judicial desproporcional e violador da separação de poderes dentro do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, também ficou evidenciado que, mesmo sob um cenário de escassez de recursos financeiros, o STF deve garantir os direitos subjetivos relativos ao conteúdo jurídico mínimo do direito à saúde. Em essência, o Estado Democrático de Direito entroniza a dignidade da pessoa humana em detrimento da própria autonomia privada.

Por fim, no capítulo V, conclui-se que a natureza das decisões do STF, em matéria de direitos sociais, tende mais para o aspecto político do que jurídico, na medida em que a atuação jurisprudencial, como ato estatal soberano do Estado-juiz, torna-se cada vez mais ativista. As principais consequências deste ativismo judicial são seus efeitos extrajudiciais, que avançam, diretamente, sobre o terreno do orçamento público, espaço destinado constitucionalmente aos representantes eleitos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AMARAL JR, José Levi Mello do (Org.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo(Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.
- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. **Mandado de injunção**: em busca da efetividade da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- APPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARENDT, Hannah. **On revolution**. Londres: Penguin Books, 1987.
- ARISTÓTELES. "Nicomachean ethics/rhetoric". In: ARISTÓTELES. **The works of Aristotle**. Tradução Benjamin Jowett. Chicago: University of Chicago, 1952. v. 2.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, ano 3, n. 19, p. 1-50, ago. 2011. Disponível em <www.jfdf.jus.br>. Acesso em: 01 set. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica Unijus**, Uberaba, v.11, n.15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <[www.unibe.br](http://www.unibe.br)>. Acesso em: 18 out. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, DF, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. t. 3.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **REDE Revista Eletrônica de direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Videoconferência: 1ª parte. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villarverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro, n.1, 1983.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.

BOURDIEU, Pierre. Campo intelectual e projeto criador. In: POUILLON, Jean (Org.). **Problemas do estruturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Requerentes: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR 550530 - Agravo de instrumento**. Agravante: Autarquia Municipal de Saúde – MAS. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2305897>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 158161 - Recurso extraordinário**. Recorridos: Banco Central do Brasil e Sorabo Industria e Comercio de Helices Ltda. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1551760>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 607381- Recurso extraordinário**. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3814685>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 166 - Suspensão de liminar (Processo físico)**. Requerente: União. Requerido: Relator do agravo de instrumento n 200702010004752 DO Tribunal Regional Federal da 2ª região. Intimado: José Teodoro Batista Magalhães. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2510223>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 162 - Suspensão de tutela antecipada (Processo físico)**. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Agravo Regimental em pedido de suspensão de liminar nº 2007.003367-7/0001-00). Intimado: Sinval Dantas de Melo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2558932>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 - Suspensão de tutela antecipada (Processo físico)**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª região (Apelação cível nº 408729-CE - 2006.81.00.003148-1). Intimados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 245 - Suspensão de tutela antecipada (Processo físico)**. Requerente: Município de Pelotas. Requerido: Relator do agravo de instrumento nº 2008.04.00.006886-9 na ação ordinária nº 2008.71.10.000612-0 do Tribunal Regional Federal da 4ª região. Intimados: Irai Castro da Rosa; União; Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2623359>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de segurança: SS 3158 RN**. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Sônia Maria Alencar Saldanha; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 31 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2504804>>. Acesso em: 29 set. 2011.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso político**. São Paulo: Contexto, 2006.

CHARAUDEAU, Patrick. Uma teoria dos sujeitos da linguagem. In: MARI, H.; MACHADO, I. L.; MELLO, R. **Análise do discurso: fundamentos e práticas**. Belo Horizonte: NAD/FALE/UFMG, 2001. p. 23-38.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1989.

COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

COSTA, Maria Viottida. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: UNIFESP, 2006.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. São Paulo: Madras, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Hermus, 1978.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Hermus, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Prólogo a tópica y jurisprudencia, de T. Viehweg**. Madrid: Taurus, 1987.

ENTRIKIN, J. Nicholas. Era de reconstrução. In: BOYER, Paul S. (Org.). **The Oxford companion to United States history**. New York: Oxford University Press, 2012.

FARBER, Daniel A. Judicial review and its alternatives: an American tale. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 38, n. 2, p. 415-444, 2003.

FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-54.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, DF, Imprensa Nacional, 1979. p. 1-7. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/95>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60-61.

GINSBURG, Tom. Confucian constitutionalism: globalization and judicial review in Korea and Taiwan. **Illinois Public Law Research Paper**, Chicago, IL, n. 00-03, Out. 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=289255](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=289255)>. Acesso em: 28 out. 2011.

GINSBURG, Tom. The warrencourt in East Asia: an essay in comparative law. **Illinois Public Law Research Paper**, Chicago, IL, n. 04-12, Febr, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=538984](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=538984)>. Acesso em: 28 out. 2011.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007a. p. 113-150.

GÓES, Guilherme Sandoval. Geopolítica e pós-modernidade. **Revista da Escola Superior de Guerra**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 48, p. 95-126, jul./dez. 2007b.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmática delle fonti**. Milano: Giuffrè, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil**. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York; London: Norton, 1999.

IORIO FILHO, Rafael Mario. **A temporalidade na argumentação e seu reflexo na fundamentação dos direitos humanos**. 2005. Dissertação (Mestrado) -- Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005.

IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão da cidadania**: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008). 2009. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Gama Filho Rio de Janeiro, 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos fundamentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n.1 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp/scielo> acesso em 15/01/2011>. Acesso em: 29 out. 2012.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOUGHLIN, Martin. **Sword & scales: an examination of the relationship between law & politics**. Oxford; Portland Oregon: Hart publishing, 2000.

MADEU, Diógenes; MACIEL, José Fábio Rodrigues. Poder. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Org.). **Curso de teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 141-142.

MAIA, Antonio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Direitos fundamentais. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 168, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARBURY v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). In: SUPREME Court Collection. Ithaca, Universidade de Cornell. Disponível em: <<http://supct.law.cornell.edu/supct/cases/historic.htm>>. Acesso em: 26 out. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Lição do Conselho Constitucional da França. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 17 maio 2011. Espaço aberto, p. A2. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/355579>>. Acesso em: 22 ago. 2013.



- McCONNELL, Michael W. The story of Marbury v. Madison: making defeat look like victory. In: DORF, Michael. **Constitutional law stories**. New York: Foundation Press, 2004. p. 13-31.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEYER, Michel. **Histoire de la rhétoriques grecs à nos jours**. Paris: Le Livre de Poche, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Guilherme Peña de. Súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-27.
- MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NASCIMENTO, José Rogério Bento do. A efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 11, jan./dez. 2008.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PECZENIK, Aleksander. **On law and reasons**. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- PERELMAN, Chaïm. **The realm of rhetoric**. Tradução William Kluback. Introdução: Carrol C. Arnold. Indiana, USA: University of Notre Dame Press, 1982.
- PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, DF, ano 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. 2000. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15\\_07.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XVIII.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1971.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisprudência constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SANTOS, Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos. Jurisdição e direitos fundamentais: controle da omissão do Estado na concretização do direito à saúde. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 10, n. 10, p. 374-384, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, p. 02-03, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 maio 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 63, jan./mar. 2006.

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

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, line; ANGELL, Alan. **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

SIKKINK, kathryn. **Human rights, principle issue-networks, and sovereignty in Latin America**, In: INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, Massachusetts: IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- SOUZA NETO, Claudia Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed.rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.
- STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 285-315.
- STRECK, Lenio. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.
- SUNSTEIN, Cass. **The second Bill of Rights**: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. Nova York: Basic Books, 2004.
- TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 22, jun./ago. 2010. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-junho-2010-ANDRE-RAMOS-TAVARES.PDF](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-junho-2010-ANDRE-RAMOS-TAVARES.PDF)>. Acesso em: 06 jun. 2011.
- TAYLOR, Mathew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 831, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TUCK, Richard (Org.). **Thomas Hobbes: Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois. Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social, Revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-40, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 23 out. 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista de Saúde Pública**, Brasília, DF, n. 42, p. 365-369, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Regina Lírio do. A teoria da mudança no constitucionalismo americano: limites e possibilidades. In: DUARTE, Fernanda. VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.