

**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**

**O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e  
procedimentais da Constituição**

Para uma compreensão agonística dos direitos  
fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre  
autonomia e bem-estar

Alvaro Luis de Araujo Ciarlini

Brasília-DF

2008

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília, como requisito para a  
obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Dr. Miroslav Milovic

#### Composição da Banca

Professor Dr. Alexandre Bernardino Costa  
Professor Dr. Germano André Doederlein Schwartz  
Professor Dr. Jairo Bisol  
Professor Dr. Menelick de Carvalho Netto  
Professor Dr. Miroslav Milovic (orientador)  
Professor Dr. Cristiano Paixão de Araújo Pinto  
(Suplente)

## Agradecimentos

Nada mais justo do que compartilhar o resultado da pesquisa com aqueles que efetivamente participaram, direta ou indiretamente, dos esforços na elaboração deste trabalho ou com quem, de alguma forma, nos influenciou para que chegássemos neste lugar, neste momento.

Agradeço, primeiramente, à Elina Magnan Barbosa, pela revisão integral das primeiras versões do texto, trazendo sugestões sobre sua estrutura e estilo.

Agradeço ainda ao Ramiro Nóbrega Sant'Ana, pelos constantes debates sobre o tema do direito à saúde e à Mara Saad, pela eficiente revisão final do texto.

Agradeço também aos Professores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em especial ao meu dileto orientador, Professor Doutor Miroslav Milovic, pela acolhida e pela honra do convívio acadêmico nestes últimos anos.

Finalmente, neste momento de minha caminhada, registro minha especial gratidão ao saudoso Mestre Manoel Nogueira da Silva, pelo seu exemplo de vida, e o reconhecimento ao amigo e Médico Edison Saraiva Neves, pela ousadia em acreditar em alternativas para a Medicina.

## Resumo

O direito à saúde, no Brasil, tem sido afirmado como algo referido a uma ordem suprapositiva de valores, à vista de seu caráter fundamental. Por outro lado, convive com essa postura, uma outra que lhe é diametralmente oposta, fundamentada na escassez de recursos orçamentários que permitam levar adiante os direitos fundamentais sociais.

Ao largo da oposição entre o tudo e o nada quanto ao atendimento aos direitos prestacionais, surge ainda a constatação de que o substancialismo, hoje adotado como o principal marco decisório em nossos Tribunais Superiores, reforça a posição de um indesejável protagonismo do Poder Judiciário na esfera social, subtraindo desta sua indispensável autonomia e pondo em risco, por conseguinte, a possibilidade de realização de um ambiente democrático e plural.

O antagonismo entre essas posturas, assim, deve ser vertido em agonismo, a fim de mirar a possibilidade de encontrar um equilíbrio entre a autonomia e o bem-estar, a fim de que a afirmação deste não importe no sacrifício daquela.

**Palavras-Chave:** Direitos fundamentais, saúde, procedimentalismo, substancialismo, agonismo, autonomia, bem-estar.

## Abstract

The social right to health in Brazil has been presented as something referred to a suprapositive order of values, taking into consideration its fundamental character. On the other hand, it must be confronted with a different approach, based on the scarcity of budget resources to enforce social rights in general.

Apart from the need to concretize these rights, there is the evidence that substantialism, adopted in most cases by our courts, strengthens an undesirable judicial protagonism imposed on social spheres, whose autonomy is then subtracted, preventing the achievement of a plural and democratic environment.

The antagonism exposed by these two positions must, therefore, become agonism in order to attain a balance between autonomy and well-being.

**Keywords:** Fundamental rights, health, proceduralism, substantialism, agonism, autonomy, well-being.

## Zusammenfassung

Das Recht auf Gesundheit in Brasilien wird als eine Wertordnung präsentiert, wenn sein grundsätzlicher Charakter in Betracht gezogen ist. Auf der anderen Seite, es muss mit einem verschiedenen Ansatz konfrontiert werden: es gibt nur begrenzte Budgetressourcen um soziale Rechte im allgemeinen zu verwirklichen.

Ausser der Notwendigkeit diese Rechte zu realisieren, es wurde schon klargestellt dass die von unseren Gerichte angenommene Substanzialität bestärkt den unerwünschten Gerichtsprotagonismus und gleichzeitig verhindert das Entstehen von einem plural und demokratischen Ambiente.

Der von dieser zwei Stellungen ausgestellter Antagonismus muss folglich Agonismus werden, um ein Gleichgewicht zwischen Selbständigkeit und Wohlstand zu erreichen.

## Sumário

Introdução.....	1
-----------------	---

### Capítulo I

#### Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática

1.1 A universalização dos direitos sociais.....	15
1.2 Os direitos sociais e os custos dos direitos .....	24
1.3 O direito fundamental à saúde como direito prestacional.....	27
1.4 As margens do direito social à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	34
1.5 Balizas substanciais e procedimentais da Constituição Federal no tema dos direitos fundamentais prestacionais.....	55
1.6 Breve apreciação histórica da gênese dos direitos subjetivos fundamentais e sua correlação com o procedimentalismo e o substancialismo.....	60
1.7 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sob a eficácia de uma “ordem suprapositiva de valores”.....	71
1.8 A autonomia como dogma e como escopo.....	78
1.9 Igualdade e equilíbrio compensatório: a face paradoxal da realização dos direitos sociais <sup>88</sup>	
1.10 Aspectos substanciais do ponto de vista procedimentalista.....	96

### Capítulo II

#### A questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais

2.1 Judicialização da política e protagonismo judicial.....	106
2.2 Os lindes do ativismo judicial .....	112
2.3 Discrição e ativismo.....	129
2.4 Ativismo, passivismo e historicismo .....	138
2.5 A discrição judicial entre regras e princípios.....	154
2.6 Discrição e moldura constitucional.....	164

### Capítulo III

#### Linguagem dos direitos e desencantos democráticos

3.1 Desilusões procedimentais e substanciais .....	178
3.2 Os lindes do desencanto.....	179

3.3 Aceitabilidade de uma feição dirigente do Texto Constitucional.....	212
3.4 Os direitos subjetivos constitucionais reencantados, no marco da racionalidade destranscendentalizada .....	214
3.5 Aspectos pragmáticos da destranscendentalização dos direitos fundamentais sociais à saúde.....	232

#### Capítulo IV

##### Dialética e agonismo: em busca de um modelo alternativo ao embate entre substancialismo e procedimentalismo

4.1 Dialética e agonismo .....	240
4.2 Democracia plural?.....	243
4.3 Dialética do consenso .....	257
4.4 Consenso racional, pluralismo e agonismo .....	259
4.5 Democracia, autonomia e bem-estar .....	279
4.6 Consenso conflituoso e <i>praxis</i> judicial .....	285

#### Capítulo V

##### Autonomia e bem-estar: um novo escopo para a jurisdição?

5.1 Diretrizes para uma nova conduta judicial .....	305
5.2 Mudança de paradigma: a necessária mudança do palco jurisdicional de discussão sobre o direito à saúde.....	311

Conclusão.....	320
----------------	-----

Referências .....	327
-------------------	-----

## Introdução

As hipóteses são como redes: só quem as lança colhe alguma coisa.

Novalis

A análise da possibilidade de realização de direitos fundamentais sociais, em uma sociedade democrática, demanda a formulação de alguns questionamentos que têm uma séria repercussão na atividade jurisdicional.

Além de discernir os elementos de conteúdo e de forma que explicam as abordagens desenvolvidas nesta tese, é fundamental identificar o autor deste trabalho como professor e magistrado, titular de uma Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. O convívio diário com o tema do direito à saúde revela uma situação estarrecedora, que é justamente o desequilíbrio que existe, sobre a questão, na retórica decisória adotada pelo Judiciário no trato do Direito à Saúde, entre a autonomia e o bem-estar.

De tal situação decorre o dilema entre preservar os meios sociais de busca de soluções para o atendimento às demandas por saúde, sem o aprofundamento dos liames paternalistas existentes entre a autoridade pública e a sociedade e, mesmo assim, manter uma indispensável postura assertiva no sentido de afirmar os direitos subjetivos constitucionais como autênticas conquistas históricas da cidadania.

Por outro lado, os posicionamentos hoje reinantes no Judiciário apostam no jogo de "tudo ou nada", como marcos decisórios dessa matéria, mostrando-se desastrosos na prática, pois, se por um lado estão nossas cortes superiores a asseverar que o direito à saúde tem "primazia sobre

tudo o mais, inclusive sobre questões financeiras do Estado", por outro, é incrível como ganhou assentimento nos tribunais a tese da "reserva do possível".

Assim, tais posições variam entre a irracionalidade do *tudo*, contra a possibilidade de planejamento financeiro e orçamentário procedido de acordo com os recursos públicos, ou do *nada*, como mera negação dos direitos fundamentais sociais.

Com efeito, no intuito de vislumbrar uma saída minimamente plausível para o problema, que seja igualmente uma resposta à visão substancialista adotada pelas cortes superiores brasileiras, a visão substancial da Constituição, adotada por estas, deve ser agonisticamente mediada pelo procedimentalismo, pois a realização dos direitos prestacionais, pelo Estado-Juiz, tende a dar primazia ao princípio da igualdade, em detrimento das liberdades e da autonomia social.

Desta feita, a visão antagônica entre procedimentalismo e substancialismo deve ser vertida em "agonismo" (MOUFFE), pois a questão de fundo ora em análise passa pela constante tensão social entre liberdade e igualdade, sob o prisma da democracia liberal (MOUFFE *versus* SCHMITT).

O que resta de ponderável, diante dessas questões, convém insistir, é a dialeticidade entre o substancialismo (CAPPELLETTI e DWORKIN) e o procedimentalismo (HABERMAS, ELY e WALDRON).

A visualização de demandas que envolvem direitos prestacionais leva o jurista ao enfrentamento do problema de saber quais são as possibilidades e os limites da atuação judicial, considerando a existência de situações que permitem uma tomada de posição lastreada em critérios de apreciação dos direitos fundamentais, marcados pelo dissenso entre duas posturas historicamente antagônicas.

A posição que defende a supremacia da lei em face da Administração Pública, na linha de afirmação do liberalismo político,

propugna a preservação de direitos subjetivos individuais, previstos no Texto Maior, contra os excessos de poder do Estado, adotando uma visão substancial da Constituição. Ao lado dessa perspectiva substancialista, surge outro modelo que se respalda na idéia de que as normas jurídicas constituem os marcos e os limites da atuação do Poder Executivo, mas não seu fundamento. Nesse sentido, o Estado de Direito respalda-se em um modelo formal, sustentado na divisão de poderes, vinculação à lei e controle jurídico da atividade administrativa, propugnando a liberdade política.

O critério de organização da sociedade, consentâneo com o Estado Social, evidenciou a tensão entre as liberdades individuais e sociais, pois trouxe à baila importantes indagações sobre o princípio da igualdade.

Por certo, o Estado de Bem-Estar tentou promover uma síntese entre os marcos: a) orientadores do Estado Liberal, notadamente os referentes à preservação das esferas jurídicas individuais e liberdade de aquisição e b) as diretrizes do Estado Social, que propugnam a justiça e o equilíbrio de forças na sociedade.

No mesmo momento, levantaram-se as vozes do procedimentalismo, promovendo a denúncia no sentido de que, em nome da concretização da justiça social e seus correlatos direitos de igualdade, o Estado potencializou as condições de afirmação arbitrária do poder público, ao afirmar tais igualdades mediante o notório cerceamento das liberdades.

Nesse sentido, revelam que as posturas que propugnam o caráter substancial da Constituição respaldam-se em uma ordem objetiva de valores, alicerçada em critérios supra constitucionais, que se fundamentam na validade incondicional de princípios e valores superiores do direito.

É em tal cenário que vemos, hoje, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o direito à saúde como algo dotado de um grau de *fundamentalidade* que o colocaria acima de qualquer outra regra ou princípio constitucional. Esse direito é percebido como algo absoluto, que pode ser afirmado em detrimento de quaisquer outros interesses do Estado. Por outro lado, pulula, aqui e ali, uma persistente tese que aceita a relativização do direito à saúde em razão da escassez dos recursos públicos necessários para a implementação das políticas públicas aptas a realizá-los.

Temos, portanto, a coexistência de posturas diametralmente opostas, e que, pelo abissal antagonismo que as separa, não permitem que se vejam, no horizonte, as luzes de uma possível conciliação que nos leve à defesa do bem-estar, sem que isto importe em minar a autonomia de cidadãos em uma sociedade democrática.

O antagonismo presente na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, quanto a esse tema, denota o problema central desta pesquisa, que tem como ponto de partida a crítica à posição dominante adotada pelo Poder Judiciário no trato do direito à saúde, ao afirmar o substancialismo contra a “teoria da reserva do possível”. Nesse ponto, enquanto caminha para a adoção de uma postura substancialista, no sentido de concretizar direitos fundamentais sociais, expõe as entranhas da discrepância entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição.

A indagação, portanto, consiste em determinar se é possível estabelecer um ponto de equilíbrio entre o afirmado bem-estar desses cidadãos e sua autonomia, anunciando uma tensão entre os critérios de igualdade e liberdade e, bem assim, entre o pluralismo e a democracia.

Para dar conta dessa problematização, elencamos basicamente seis hipóteses explicativas.

A primeira delas, dimensionada no Capítulo I deste trabalho, consiste na afirmação de que o Estado de Bem-Estar, porque tende a promover uma simetria entre a igualdade de fato e de direito, como proposta do substancialismo, reduz a possibilidade de realização da vida pública autônoma.

Não há dúvidas de que o Estado de Bem-Estar herdou do Estado Social uma inclinação paternalista quanto ao trato dos temas políticos e sociais. Disto decorre a necessidade de superação desse paternalismo por meio de um agir que não se filie ao conceito de direito subjetivo construído segundo os moldes do liberalismo político. Ao contrário, esse agir deve ponderar o grau de irradiação da eficácia desses direitos na justa medida da capacidade de mobilização dos partícipes do mundo vivido.

Assim, a referida hipótese foi constituída sobre uma tensão paradoxal persistente no tema dos direitos sociais, ou seja, a constatação de que a aquisição de direitos revelada pela equação entre igualdade de fato e de direito revela também a perda da própria liberdade.

A segunda hipótese, descrita no Capítulo II, parte da constatação da judicialização da política e avalia a repercussão, na vida da sociedade, de um trabalho louvado em critérios tipicamente jurídicos na solução de demandas de cunho político.

A par da afirmação de que “todos têm direito à saúde e à vida”, pretende-se, em verdade, abordar a possibilidade de imposição desses direitos pelo Poder Judiciário, sem que isto importe na vulneração do equilíbrio de forças em uma sociedade democrática. Também assim, estimam-se os efeitos da constante tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas pelo Estado, por meio da potencialização de um protagonismo social e político a ser exercido pelo Poder Judiciário.

Em síntese, coloca-se ainda, como objetivo, aquilatar a repercussão desse protagonismo nos critérios democráticos de obtenção

de um consenso acerca de questões políticas, a partir da constatação de que, nesse particular, não foram precedidos da necessária e plural participação da sociedade democrática na deliberação desses temas e na elaboração das estratégias que possam direcionar as respectivas tomadas de decisão e fundamentá-las em critérios democráticos.

No âmbito desse protagonismo e da subsequente politização da justiça, pretende-se visualizar a relação existente entre o ativismo judicial e a promoção de mudanças sociais, examinando, para tanto, o problema da discricção judicial.

A partir da visão de Mauro CAPPELLETI, o ativismo é tratado como o *animus* do juiz em promover mudanças sociais, denotando assim a assertividade no sentido de impor a execução das políticas públicas determinadas pelo direito.

O tema da discricção judicial, por sua vez, mereceu o enfoque de Ronald DWORKIN, em sua conhecida querela com Herbert HART, para denotar que a concretização dos direitos fundamentais pelo juiz deve ser procedida dentro dos critérios da integridade do direito, que, por não afrontar o giro lingüístico e o giro hermenêutico, elabora um molde de atividade judicial compatível com as conquistas afirmadas pelo liberalismo político, sem cair nas armadilhas do arbítrio de um “positivismo tosco”.

Aposta-se, por esse viés, na possibilidade de desenvolvimento de um modelo que diminua a vulnerabilidade dos tribunais, bem como na possibilidade de encontrar uma resposta correta para problemas jurídicos, com o desenho de um sentido deontológico coerentemente afirmado na justiça e na eqüidade.

Com base nesses parâmetros, avalia-se, a respeito do direito à saúde, a jurisprudência reinante no Supremo Tribunal Federal-STF e no Superior Tribunal de Justiça-STJ, para destacar que os posicionamentos hoje em voga sobre o assunto estão dimensionados em entendimentos diametralmente opostos e inconciliáveis, louvando-se o primeiro deles nos

argumentos típicos do substancialismo, ao afirmar o caráter absoluto desses direitos e, portanto, sua primazia sobre outros princípios e regras da Constituição. O segundo ponto de vista, adotado pelo STF, fundamenta-se na afirmação de que tais direitos fundamentais podem ser contingenciados em virtude da ausência de recursos públicos aptos a custeá-los, sustentando, assim, a base ontológica de um argumento respaldado no critério da escassez.

A terceira hipótese, desenhada no Capítulo III, afirma que, diante da judicialização da política, a dinâmica fundamentada no ativismo e na discricção judicial revela, por um lado, o desvanecimento da crença da neutralidade do juiz, podendo assim infirmar a fé na linguagem dos direitos como um projeto jurídico, abalando, portanto, a crença na possibilidade de elaboração de uma linguagem estritamente jurídica que viabilize a manutenção das liberdades constitucionais. Isto se explica em virtude da colonização da linguagem judicial pela retórica política, que tem em sua conformação certos aspectos finalísticos da vida política e social do Estado, não necessariamente articulados com a preservação dessas liberdades.

Tal ceticismo, por outro lado, fundamenta-se nas dúvidas sobre a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais somente a partir de sua positivação, à vista das gritantes diferenças de forças entre os sujeitos de direito no âmbito sócio-político.

Substancial ou procedimental, tal desencanto será superado com a visualização, corretamente apontada por Castanheira NEVES, da possibilidade do juiz fazer políticas públicas ou nelas interferir, com a utilização do processo judicial, permanecendo, ao mesmo tempo, jurista. Esse desalento será também mitigado com a determinação, às claras e em um ambiente plural, sobre como as políticas podem, efetivamente, ser concretizadas com os instrumentos do direito.

O caminho a ser trilhado, portanto, consiste no desempenho de uma função política sem a intencionalidade imanente a esta, possibilitando um proceder judicial que reforce o direito contra os meios do poder e preservando, assim, a axiologia e a normatividade estritamente jurídicas que garantam ao direito sua autonomia funcional, no constante dimensionamento das balizas existentes entre a política e o político.

A quarta hipótese, desenvolvida no Capítulo IV, afirma que o reencantamento da linguagem dos direitos deve partir da realização de horizontes mais voltados para a realidade do mundo vivido e que, por isso mesmo, possibilitem a compreensão dos problemas sociais, permitindo a elaboração de planos de solução norteados por um consenso democrático acerca de seus critérios de solução.

Esse reencantamento, portanto, deve ser fruto de um equilíbrio que se encontra devidamente referido às assertivas de DWORKIN sobre o seguro hipotético, visando à promoção da garantia de que as políticas públicas na área de saúde não sejam inviabilizadas em virtude do esgotamento dos recursos disponíveis, com a adoção do princípio do resgate.

As afirmações substancialistas de DWORKIN, que orientam a atuação social no sentido de levar a sério os referidos direitos, não chegam a se antagonizar com suas proposições pragmáticas acerca do princípio do seguro hipotético, mas permanecem em uma constante tensão agonística que pode ser vista como um critério de equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

Como quinta hipótese, a dialética e o agonismo são afirmados como algo que delinea o caminho que pode nos levar a um modelo alternativo ao embate entre o substancialismo e o procedimentalismo. Tal compreensão é fundamentada na percepção dialética de Chantal MOUFFE, envolvendo o pluralismo e a democracia. Nesse ponto, o exercício, ou a defesa, dos direitos fundamentais prestacionais repercute na órbita das

liberdades individuais e da contínua reconstrução de uma imagem de soberania fundamentada na autonomia, questão que tangencia a possibilidade de obtenção de um consenso racional sem exclusão, ou da própria possibilidade de obtenção de consenso em um ambiente democrático e plural.

A manutenção da frágil equação do equilíbrio entre autonomia e bem-estar deverá, portanto, apostar em uma fundamentação agonisticamente respaldada em posturas *prima facie* contraditórias, permitindo que a tensão entre opostos seja valorizada e não dissolvida, pois a democracia, como fruto do pluralismo, deve ser o palco onde as incertezas e indeterminações não nos conduzam a um único e absoluto resultado final.

Ao se valorizar a tensão entre posturas essencialmente divergentes, ao invés de dissolvê-la, enfatiza-se a possibilidade de uma contínua reconstrução de um modelo para a democracia, sob o ponto de vista da preservação das liberdades públicas e, por isso, da afirmação do pluralismo, propiciando, mesmo assim, uma abertura para o gozo dos direitos prestacionais, ao elencar, como escopo da jurisdição, o estabelecimento do equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

Tal resposta, respaldada no agonismo, quando voltada para a pacificação dos conflitos sociais, não perderá de vista a realização dos direitos individuais, como substrato do próprio substancialismo. No entanto, essa possibilidade deve realizar-se simultaneamente, ao lado de outros interesses coletivos, mantendo os sujeitos constitucionais como atores em um procedimento democrático contínuo de tomada de decisões.

Sem se fundamentar em um consenso prévio, tampouco na imposição hegemônica de certos entendimentos consensuais sobre a *polis*, os partícipes do mundo da vida devem preservar o compromisso de levar adiante um agir comprometido com a solução de seus problemas sem o apelo ao Judiciário como superego da sociedade. Essa postura propiciará,

ao contrário, constante alerta contra as manifestações de onipotência ou impotência do Estado.

A tensão entre 1) a realização de pretensões individuais por saúde, que está associada à diretriz substancialista e 2) a preservação do equilíbrio de forças entre as diversas formas de manifestação do poder estatal, próprio às construções procedimentalistas, lastreadas que estão no conceito de democracia, associa-se, necessariamente, ao liame existente entre a democracia e o pluralismo, pedindo, portanto, atenção ao problema da coexistência do pluralismo com o consenso.

A dinâmica dessa linha de pensamento poderá, portanto, auxiliar na descoberta de um ponto de equilíbrio para a atuação judicial que vise à garantia de atendimento individual de demandas por saúde, sem se afastar do interesse geral de realização de políticas públicas que tenham por objetivo o atendimento da coletividade, com o emprego dos recursos financeiros disponíveis.

Finalmente, a sexta hipótese desta pesquisa consiste na afirmação de que a equação entre autonomia e bem-estar deve ser vista como um autêntico escopo político da jurisdição, demandando que a magistratura, ao tratar deste tema, não se filie a uma ordem suprapositiva de valores, tampouco deixe de perceber que seu esforço em afirmar o direito fundamental à saúde, como consectário do bem-estar dos sujeitos de direito, em decorrência da autonomia privada, não importe no sacrifício de sua autonomia pública.

Para atingir esse fim, mostra-se imperioso reavaliar a função da Ação Civil Pública para o fim de formular normas gerais, e, portanto, com eficácia *erga omnes*, acerca dos critérios de precedência que possam orientar determinadas situações correntes no trato do direito à saúde, tais como: internações em Unidades de Terapia Intensiva, dispensação de medicamentos nacionais e importados, de alto custo, a pessoas portadoras de doenças crônicas, tratamento fora do domicílio e tratamento com

órteses e próteses. Deve-se, portanto, deixar a via judicial individual para a análise dos casos omissos, sem, contudo, perder de vista que, também nesse particular, o olhar do magistrado estará sempre voltado para a realização do escopo jurisdicional que propugna o equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

O tema proposto neste trabalho não tem como objetivo principal desenvolver argumentos relativos à estrutura e fundamentos do direito sanitário, mas pretende, isto sim, refletir as conseqüências do trabalho jurisdicional de cominação de obrigações ao Estado, na esfera do direito à saúde, em um ambiente social que pretende ser democrático e plural.

## **Capítulo I**

### **Os direitos fundamentais sociais no contexto de uma sociedade democrática**

Para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo.

Jürgen Habermas

#### **1.1. A universalização dos direitos sociais**

Encontra-se sedimentada no senso comum dos juristas a idéia de que os direitos fundamentais, em uma órbita subjetiva, consistem na tutela da liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos, não só perante o Estado, mas também em face de outros cidadãos<sup>1</sup>. Por outro lado, tais direitos consubstanciam elementos essenciais de um ordenamento objetivo<sup>2</sup>, o qual delimita os marcos para “uma convivência humana justa e pacífica”<sup>3</sup>.

Os direitos fundamentais são basicamente classificados em dois grandes grupos, sendo o primeiro formado pelos “direitos de defesa”, e o segundo, pelos “direitos a prestações”. Estão incluídos nos direitos de defesa, sob essa ótica, os clássicos direitos de liberdade e igualdade, bem como as garantias individuais, as liberdades sociais e os direitos políticos<sup>4</sup>. Já os direitos a prestações consistem em: direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestação em sentido estrito. Aqueles, são formados pelos “direitos à proteção e à participação na organização e procedimento”; estes, pelos “direitos sociais de natureza prestacional”<sup>5</sup>.

Nesse passo, ao lado dos direitos a prestações, que têm natureza positiva, demandando um comportamento ativo dos respectivos destinatários, exurgem os direitos de defesa, sabidamente negativos<sup>6</sup>.

Não há grandes dissensos a considerar quando falamos nos direitos à liberdade e à igualdade, por exemplo, à vista das balizas históricas, muito bem definidas, no sentido de afirmá-los. A abstenção imposta ao Estado, em face dessas conquistas individuais ou coletivas, é um sinal claro da própria consolidação dos ideais propugnados pelo

---

<sup>1</sup> LUÑO, Antonio-Henrique Perez. Los Derechos Fundamentales. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 22.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67, *passim*.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*, p. 26.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, p. 238.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 238.

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*, p. 238.

liberalismo político, que defende a “aplicabilidade imediata e justiciabilidade”<sup>7</sup> dos preceitos normativos informadores dos direitos sociais de liberdade.

Coisa diversa, todavia, é a pretensão de obter do Estado prestação, comportamento comissivo, em uma relação ou situação jurídica geradora de obrigações determinadas, em face de sujeitos igualmente certos. Neste caso, convém ressaltar a peculiar eficácia dos preceitos constitucionais que os disciplinam, pois estes, invariavelmente, são positivados “sob a forma de normas programáticas, normas-objeto, imposições legiferantes mais ou menos concretas, enfim, de tal forma a exigir – ao menos em princípio – uma interposição do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade”<sup>8</sup>.

Decorre de tais circunstâncias outra peculiaridade que merece registro: a Constituição Federal, ao situar os direitos sociais em seu art. 5º, § 1º, acabou por denotar o claro intento de realização, em nosso país, de uma diretriz própria ao Estado de Bem-Estar Social.

Nesse particular, é importante ressaltar que a ideologia que descansa à sombra do Estado Social está embasada no critério do universalismo. Este, a seu turno, reveste-se de uma forma de política social que tem seu nascedouro e desenvolvimento em momentos historicamente compatíveis com a própria ampliação do conceito de cidadania. Não há dúvidas de que o fim dos modelos de governo totalitários da Europa Ocidental, como o nazismo e o fascismo, bem como a hegemonia política, em uma esfera global, dos Estados social-democratas, permeada pelos influxos críticos das correntes ideológicas socialistas sedimentadas na cultura européia, acabaram por concretizar um ideário fundamentado na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.

---

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p. 238.

<sup>8</sup> Idem, ibidem, p. 238.

Convém salientar que o surgimento do conceito de *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, representa uma síntese entre as expectativas sedimentadas nas estruturas sócio-políticas do Estado Social e os princípios políticos liberais que se afirmaram no ocidente a partir do término da Segunda Grande Guerra. A ênfase desse sistema é justamente a de que todos os indivíduos teriam o direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo Estado, em virtude do poder regulamentar exercido por este sobre a sociedade civil. Tais direitos, nessa perspectiva, englobariam itens como a cobertura de saúde, a educação integral do cidadão, auxílio financeiro aos desempregados, garantia de renda mínima etc.

Muito embora o Estado do Bem-Estar Social não tenha sido implementado no Brasil com a ênfase presente em algumas sociedades ocidentais industrializadas, é inegável que seu modelo influenciou a criação de estruturas no sentido de atender a algumas demandas de parcelas da população socialmente menos prestigiadas.

Alguns exemplos em nosso país são paradigmáticos nesse sentido, valendo salientar a criação do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN)<sup>9</sup>, do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL) e seu Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL)<sup>10</sup>.

Digna de nota ainda é a criação de uma estrutura voltada à prestação de serviços públicos de saúde e previdência social, merecendo destaque, no particular, a instituição do Conselho Consultivo da

---

<sup>9</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 5829 de 30 de novembro de 1972.

<sup>10</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.

Administração de Saúde Previdenciária - CONASP<sup>11</sup>, a proposição das Ações Integradas de Saúde (AIS)<sup>12</sup> e, finalmente, a promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde - SUS<sup>13</sup>, com o estabelecimento dos Conselhos de Saúde<sup>14</sup>. Todas essas iniciativas revelaram a franca adoção, no Brasil, dos critérios de universalização dos direitos sociais, no que se reporta especificamente ao direito à saúde<sup>15</sup>.

Em que pese a importância do estabelecimento de critérios de acesso universal à saúde, no marco do Estado de Bem-Estar Social, tais diretrizes jurídicas e políticas, quando transpostas para o mundo vivido e arrostadas por suas contingências econômicas, financeiras, políticas e sociais, bem como pelas peculiaridades burocráticas próprias à organização de tais processos de inclusão, acabam gerando, não raras vezes, justamente o efeito contrário, potencializando e levando ao extremo essas mesmas políticas como forma de exclusão social.

A par de não possibilitar a inclusão, em um sistema de prestação de serviços de saúde, a todos os indivíduos economicamente menos favorecidos, as diretrizes propugnadas no sentido de favorecer essa

---

<sup>11</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Decreto nº 86329, de 02 de setembro de 1981.

<sup>12</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Resoluções 06/84 e 07/84, MS/MPAS/MEC/CIPLAN; Ações Integradas de Saúde. Anexo: normas gerais aplicáveis às AIS. Brasília, 03 de maio de 1984.

<sup>13</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 (SUS), NOB/SUS 1996, aprovada pela Portaria GM/MS nº 2203, de 05 de novembro de 1996 e NOAS/SUS 1/2002, aprovada pela Portaria GM nº 373, de 27 de fevereiro de 2002.

<sup>14</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 8142 de 28 de dezembro de 1990 (CONASS e CONASEMS).

<sup>15</sup> O tema da universalização dos serviços de saúde mereceu expressa previsão nos artigos 196 a 198 da Constituição Federal, contando ainda com os seguintes textos normativos: Lei nº 9782/99 (ANVISA), Lei nº 9961/00 (ANS), Lei nº 6259/75, Lei nº 6437/77, Lei nº 5991/73, dentre outros.

inclusão acabam por excluir ainda aqueles que pertencem a outros segmentos econômicos da sociedade.

Não fosse isto o bastante, a objetivação desses direitos sociais, na Constituição de 1988, teve por escopo levar adiante um projeto de universalização de políticas de implementação de direitos sociais no Brasil, em um momento permeado por dúvidas e incertezas de todas as ordens, na seara econômica e financeira, no âmbito interno e externo, sem falar nas crônicas crises políticas que há muito se sucedem em nosso país.

Isto, por certo, retrata que o projeto de universalização em destaque tem sido contingenciado pelos acontecimentos recorrentes em nossa República e pelas limitadas possibilidades de levar adiante as promessas do *Welfare State*, apesar das gritantes desigualdades sociais aqui reinantes, em face dos recursos financeiros disponíveis para tanto.

Não se pode negar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como garantir à população “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde”<sup>16</sup>.

Para levar adiante esse desiderato, foi previsto, na Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde (SUS), que é, certamente, a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, pois a ele incumbe a integração e organização de várias entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde.

---

<sup>16</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 55.

Por ter a matéria relevância pública, sua implementação, fiscalização e controle competem ao poder público, sendo que a execução direta das ações e serviços a ela inerentes, pelo Estado, é procedida por determinadas instituições jurídicas, a quem incumbe a promoção, proteção e recuperação da saúde<sup>17</sup>. Para tanto, o sistema adota como diretrizes, com respaldo no art. 198 da Constituição Federal, a descentralização, “com direção única em cada esfera de governo”, o atendimento integral, “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais”, a participação da comunidade e, finalmente, o financiamento permanente, “com vinculação de recursos orçamentários”.

O atendimento integral, propugnado no Texto Constitucional como diretriz do sistema, abarca, prioritariamente, a adoção de atividades preventivas de proteção da saúde<sup>18</sup>, sem, no entanto, descurar-se da necessária intervenção curativa, sempre que esta se mostre necessária. Por isso, objetivando a realização dos escopos de “redução do risco de doenças e outros agravos” e do “acesso universal igualitário às ações e serviços”, visam à promoção, proteção e recuperação da saúde<sup>19</sup>. Nesse sentido, o atendimento integral, propugnado nos respectivos textos normativos, refere-se a “todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes”<sup>20</sup>, os quais devem ser “disponibilizados para a proteção da saúde da população”<sup>21</sup>, independentemente do nível de complexidade envolvido, pois

---

<sup>17</sup> Idem, ibidem, p. 57.

<sup>18</sup> Art. 7º, incisos I e II, da Lei nº 8080/90.

<sup>19</sup> SCHWARTZ, Germano. O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 101-102.

<sup>20</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 75.

<sup>21</sup> Idem, ibidem, p. 75.

abarca os procedimentos ambulatoriais mais singelos, até “os transplantes mais complexos”<sup>22</sup>.

A outra diretriz que merece registro é a participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e dos serviços públicos de saúde<sup>23</sup>, o que se dará por intermédio das conferências e dos conselhos de saúde<sup>24</sup>, sem prejuízo da criação de outros mecanismos de participação da sociedade civil na gestão do sistema.

A participação social, nesse contexto, é de primordial importância, pois fundamenta a idéia de pluralismo, em um ambiente democrático participativo<sup>25</sup>. Tal modalidade de gestão adota, para tanto, um procedimento instituidor de “debates, pressões e propostas, numa convivência democrática de atores da sociedade com atores Governamentais”<sup>26</sup>.

## **1.2. Os direitos sociais e os custos dos direitos**

Ao lado dos critérios de universalização dos direitos fundamentais sociais, emerge o tema dos custos dos direitos e sua relação

---

<sup>22</sup> Idem, ibidem, p. 75.

<sup>23</sup> Art. 7º da Lei nº 8080/90 e Lei nº 8142/90.

<sup>24</sup> Lei nº 8142/90.

<sup>25</sup> SCHWARTZ, Germano. Gestão Compartida Sanitária no Brasil – Possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (org.). A Saúde sob os Cuidados do Direito. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 108-162 (p. 144).

<sup>26</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do processo participativo. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 209.

com o processo de exclusão social gerado pela falta das efetivas condições econômicas e fiscais aptas a concretizá-los.

Em verdade, segundo a tese de Stephen HOLMES e Cass SUNSTEIN, o tratamento da questão dos direitos constitucionais não pode prescindir de uma reflexão que tenha em conta a peculiaridade de que os direitos têm custos<sup>27</sup>. A proposta desses autores é justamente indagar quanto custa um direito, certamente com o propósito de demonstrar que a realização e observância de direitos constitucionais dependem da alocação estratégica dos recursos públicos aptos para tanto.

Assim, fica denotado aspecto decisivo da crua realidade de uma sociedade liberal, qual seja, a constatação de que a realização de direitos subjetivos constitucionais caminhará para a efetividade na mesma medida em que for devidamente implementada a organização política dessa sociedade<sup>28</sup>.

Diante desta diretriz, ao ostentar posição diametralmente oposta à que orienta a clássica distinção entre direitos positivos e negativos, a tese de HOLMES e SUNSTEIN sustenta-se na consideração de que não pode subsistir uma diferenciação razoável entre os direitos a prestações positivas e os direitos a prestações negativas. Com efeito, a constatação possível, diante dessas premissas, é no sentido de que todos os direitos são positivos, pois, para a realização destes, é imprescindível, além da alocação de recursos, a efetiva concretização de ações estatais aptas à observância de sua eficácia. Por esse enfoque, há uma correlação entre a possibilidade de atendimento aos direitos fundamentais, no sentido de afirmar sua efetividade, e a própria capacidade do Estado, diante de sua

---

<sup>27</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 128.

<sup>28</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 231.

disponibilidade financeira de alocar, insista-se, os recursos financeiros aptos ao seu adequado atendimento.

Tal proposição leva-nos também a considerar a existência de uma tensão entre a ocorrência de um *deficit* na efetividade dos direitos fundamentais<sup>29</sup>, tendo em conta a *lei da escassez* e as expectativas nutridas pelos sujeitos de direito, na seara constitucional, pela observância de suas conquistas históricas.

Daí porque seria intuitivo pensar, com DWORKIN<sup>30</sup>, na possibilidade de levar a sério não só os direitos, mas também a escassez que os contingenciam. Disto se infere ainda que, ao considerarmos os direitos como trunfos, deve ser assumida a presunção de que estes possam colidir com outros direitos ou mesmo com certos interesses públicos<sup>31</sup>. Esta questão, que supõe o imperativo de se levar a cabo uma necessária ponderação por parte do juiz, nos induziria à afirmação de que os direitos sociais, estando contingenciados pela realidade financeira do Estado, não podem ser considerados absolutos<sup>32</sup> e que, embora prescritos na Constituição, não poderiam ser atendidos, todos, ao mesmo tempo.

Nessa medida, considera-se que os direitos têm custos e que esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado. Assim, as considerações de HOLMES e SUNSTEIN pretendem, em verdade,

---

<sup>29</sup> Idem *ibidem*, p. 121. A questão da escassez é tratada com mais profundidade em: SUNSTEIN, Cass. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais. Vol. I, Tomo II. Porto Alegre, 2006, p. 15-28.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>31</sup> HOLMES & SUNSTEIN, *ibidem*, p. 101.

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*, p. 101.

chamar a atenção dos juristas justamente para esse viés da efetiva possibilidade de atendimento aos direitos constitucionais, inclusive mediante a ponderação acerca de seu alcance para a sociedade como um todo, ou, pelo menos, para a maioria de seus integrantes<sup>33</sup>.

### **1.3. O direito fundamental à saúde como direito prestacional**

É inegável que, ao preconizar a Constituição Federal, em seu art. 6º, o “direito à saúde” como direito social, tratou de afirmá-lo como um “direito fundamental” do ser humano, o qual, ao se manifestar, na linguagem constitucional corrente – na esteira da Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada aos 10 de dezembro de 1948 e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 3 de janeiro de 1976<sup>34</sup> – dispõe sobre tais direitos como autênticas liberdades positivas<sup>35</sup>, as quais, ao merecerem a aplicação do disposto no art. 5º, § 1º,

---

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*, p. 226-227.

<sup>34</sup> “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental. 2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para: a. A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento saudável das crianças; b. A melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c. A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas; d. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” (art.12)

<sup>35</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 285-286.

da Constituição Federal, ou seja, enquanto norma definidora de direitos fundamentais de “segunda dimensão”<sup>36</sup>, teriam aplicabilidade imediata.

Por certo, o intento desses preceitos normativos que tratam de direitos fundamentais é o de dar certa efetividade e eficácia vinculante a determinados princípios e regras constitucionais.

Do ponto de vista da execução de políticas públicas para o fim de tornar efetivos tais direitos subjetivos constitucionais, foram previstas as regras dos artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal, no que se reporta ao dever de regulamentação, fiscalização e controle do Sistema Único de Saúde, com a criação das diretrizes da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade em uma rede regionalizada e hierarquizada.

As diretrizes normativas constitucionais, portanto, afirmam prerrogativas dos cidadãos, e, nessa medida, convém indagar se os dados fáticos concernentes ao mundo da vida, que contingenciam a efetiva observância dos direitos subjetivos constitucionais, poderiam ser vistos como referências deontológicas limitativas a essas prerrogativas dos cidadãos.

Ora, a resposta deve ser negativa, pois considerar tais limitações, que concernem ao plano fático, portanto, ao mundo do *ser*, como autênticas restrições à eficácia normativa, sabidamente pertencentes ao mundo do *dever ser*, consistiria em um duro golpe contra a pretensão de normatividade da Constituição, reacendendo antigas e já superadas discussões acerca dessa normatividade em frente aos fatores reais de poder, ou seja, resultaria no sucumbimento da Constituição jurídica diante da imagem de uma Constituição política.

---

<sup>36</sup> SARLET, *ibidem*, p. 189.

Em verdade, uma visão adequada do fenômeno constitucional tem que levar em conta a intercorrência de situações fáticas, as quais determinam a possibilidade efetiva desses preceitos virem a ter eficácia nas situações reais da vida. Nem por isso admitir-se-ia falar em condicionar a referida normatividade a essas circunstâncias fáticas, ou confundir a eficácia normativa com aquelas situações reais<sup>37</sup>.

Por outro lado, uma vez que o Direito se realiza segundo o molde de um sistema próprio, que se distingue, dentre outros, do sistema da política, o código de cada qual deve ser compatível com suas respectivas estruturas materiais e formais, o que implica a possibilidade de justificar juridicamente as pretensões dos sujeitos constitucionais acerca da tutela das situações da vida pré-determinadas pelo texto constitucional, sem que a resposta a tais direitos subjetivos possa embasar-se em puros fundamentos de natureza política, com seu foco finalístico direcionado ao bem comum, ou mesmo com argumentos de ordem financeira ou econômica.

Tais peculiaridades são suficientes para justificar a manutenção de uma necessária distinção entre os direitos negativos e positivos, mesmo porque o tratamento dispensado a essas dimensões dos direitos fundamentais tem merecido apreciações doutrinárias diferenciadas em relação às hipóteses, respectivamente, de afirmação dos direitos de liberdade e de igualdade, à vista das questões estruturais envolvidas em cada qual.

Ao lado dos direitos de liberdade, afirmados como negativos, os quais decorrem de uma longa sedimentação da cultura jurídica constitucional e são concebidos como preceitos de aplicabilidade imediata contra a intervenção do Estado na esfera jurídica individual, os direitos de

---

<sup>37</sup> Como se vê na tese central do livro de HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

igualdade consubstanciam-se em pretensões de natureza prestacional positiva. Estas, a seu turno, estão associadas à idéia de omissão estatal e, por isso mesmo, pedem a determinação de provimentos jurisdicionais com carga eficaz predominantemente condenatória, constitutiva e mandamental, no sentido de dar efetividade às obrigações previstas no texto constitucional.

A admoestação de J. J. Gomes CANOTILHO a esse respeito é justamente no sentido de que...

Os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva proteção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por *pressupostos de direitos fundamentais*. Considera-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos económicos, sociais e culturais. Esses pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento económico e o nível de ensino, tem aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios, os *Realien* (os dados reais) condicionam decisivamente o regime jurídico constitucional do estatuto positivo dos cidadãos.<sup>38</sup>

É inegável que a tensão existente entre a pretensão à realização dos direitos sociais e a escassez dos meios materiais aptos a provê-los é seguida de uma variada e complexa pletora de argumentos doutrinários que

---

<sup>38</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 431.

tendem a justificar o maior ou menor caráter impositivo ou de aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que prescrevem sua defesa.

A linha de frente do caráter programático – mas com a feição de “autênticas imposições legiferantes”<sup>39</sup> – desses preceitos constitucionais, consentânea com a doutrina alemã contemporânea à Constituição de Bonn, tem em conta a necessidade de uma atividade legislativa que concretize ditos direitos, que não poderão legitimar “pretensões jurídicas originárias”, diretamente da pretensa incidência dessas normas constitucionais. Tal posição mostra-se cristalina nas lições de Gomes CANOTILHO, senão vejamos:

Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão os consagrados em *normas das regulações legais*. Não existirá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde. Não existirá um direito fundamental à segurança social mas apenas um conjunto de direitos legais sociais.<sup>40</sup>

Assim, compete à Constituição a função de estabelecer esses direitos fundamentais sociais, os quais terão uma “vinculatividade normativo-constitucional”<sup>41</sup>, não podendo, ainda assim, ser considerados meros “programas” ou “linhas de direção política”<sup>42</sup>.

A par dessas considerações, verbera CANOTILHO que tais preceitos, enquanto normas de legislar e normas garantidoras de direitos sociais, funcionarão como verdadeiras imposições ao legislador<sup>43</sup>, a

---

<sup>39</sup> Idem, ibidem, p. 434.

<sup>40</sup> Idem, ibidem, p. 434.

<sup>41</sup> Idem, ibidem, p. 435.

<sup>42</sup> Idem, ibidem, p. 436.

<sup>43</sup> Idem, ibidem, p. 440.

justificar, inclusive, no caso de seu descumprimento, a declaração de inconstitucionalidade por omissão ou mesmo a sujeição das normas infraconstitucionais que eventualmente restrinjam a observância desses comandos ao controle de constitucionalidade.

A fim de afastar uma concepção *meramente programática* dos direitos sociais, mas sem se filiar a uma orientação que preconiza a eficácia imediata e direta desses preceitos, o ilustre constitucionalista lusitano afirma que as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos “devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas”, e que, muito embora o legislador ordinário tenha uma considerável “liberdade de conformação”<sup>44</sup> no que concerne ao conteúdo das elaborações normativas ou quanto ao modo de organizar dita concretização<sup>45</sup>, é inegável que os direitos fundamentais sociais, quando consagrados no texto constitucional, dispõem de “vinculatividade normativo-constitucional”<sup>46</sup>.

O alerta de CANOTILHO dirige-se, igualmente, ao fato de que o intento de submeter a realização de direitos sociais à “reserva do possível”, ou seja, de vincular sua realização à disponibilidade financeira dos cofres públicos, corroiria o contorno deontológico desses preceitos normativos constitucionais.

Da mesma forma, o Mestre de Coimbra deixa claro que o delineamento de uma “garantia do mínimo social”<sup>47</sup>, a qual se deduz de um dever do Estado em garantir a dignidade da pessoa humana, não se afirma, em verdade, como uma autêntica concretização de direitos sociais<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Idem, ibidem, p. 440.

<sup>45</sup> Idem, ibidem, p. 440.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 440 (o grifo está no original).

<sup>47</sup> Idem, ibidem, p. 439.

<sup>48</sup> Idem, ibidem, p. 439.

#### **1.4. As margens do direito social à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**

Em nosso país, a ênfase presente na grande maioria das decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm, sim, aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e a fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse particular, merecem destaque quatro situações diferenciadas, representativas das principais linhas argumentativas sustentadas nos respectivos votos que tratam do tema.

A primeira delas denota a regra geral que hoje tem sido adotada pelos tribunais brasileiros, no sentido de que o direito à saúde, à vista de seu caráter fundamental e indisponível, consoante o preceito constante nos artigos 5º, *caput* e 196, ambos da Constituição Federal, deve ter primazia sobre outros interesses do Estado, inclusive no que se reporta ao implemento de suas diretrizes financeiras e fiscais. As diversas ementas ilustrativas desse entendimento estão assim configuradas:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA

E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENO STF.

1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica).

2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido merital. Não há razão lógica ou jurídica para negar à esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância.

3. "Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do § 3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal" (REsp nº 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, não de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico.
8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.
9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.
10. Recurso provido.<sup>49</sup> (Ressalvam-se os grifos)

A pretensão que sustenta a ação, no caso, refere-se à obrigação do Estado em custear o tratamento de pessoa acometida por doença grave. Os casos considerados referem-se a doenças como a SIDA (ou AIDS), tuberculose, hepatites B e C, diversas manifestações de tumores cancerosos etc.

No caso especificamente retratado na ementa acima transcrita, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul impetrou Mandado de Segurança contra decisão administrativa que negou aos beneficiários da medida, portadores do vírus HIV, os medicamentos indispensáveis ao tratamento da doença.

A sentença de primeiro grau fundamentou-se, basicamente, no direito à vida e seu corolário direito à saúde, preconizados nos artigos 5º e 196 da Constituição Federal, reprisando a fórmula, já referida no texto constitucional, segundo a qual a saúde é dever do Estado, devendo, por isso, ser garantida mediante a instituição de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

---

<sup>49</sup>RMS 23184/RS, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2006/0259093-6, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO (Primeira Turma), Julgado em 27/02/2007, publ. DJ 19.03.2007, p. 285.

Diante desse pressuposto, concluiu a sentença que tal dever consiste em garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. A própria norma infraconstitucional, reguladora da espécie, no caso, a Lei nº 9313/96, prevê, em seu artigo 3º, a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas portadoras daquele insidioso vírus, por meio do Sistema Único de Saúde.

Como reforço à linha de argumentação utilizada na referida decisão, mencionou-se que a falta de previsão orçamentária, retratada nesse âmbito como “interesse financeiro secundário do Estado”, representa “valor constitucional de somenos densidade em comparação com o direito à saúde”, e que, longe de consubstanciar uma indevida ingerência do poder judiciário no poder executivo<sup>50</sup>, a atividade judicial necessária à preservação desses direitos tem em conta, em verdade, “o único meio de salvar uma vida, bem fundamental para onde deve ser direcionada a ação do poder público”.

A decisão em sede de Recurso Especial utilizou-se desses mesmos argumentos no sentido de afirmar a primazia do direito à vida e à saúde previsto na Constituição Federal, respaldando-se em outros precedentes em sentido idêntico, inclusive do Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> As decisões examinadas, que negam a ingerência do Judiciário no Executivo, não contêm fundamentação a esse respeito. Limitam-se apenas a afirmar, como argumento da não ingerência, que tal atitude judicial tem por escopo o atendimento a valores mais nobres contidos no Texto Constitucional.

<sup>51</sup> Do STJ, exemplificativamente: AgReg. no AG nº 246642/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, Publ. DJ de 16.11.99; AgReg. no AG nº 253938/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Publ. DJ de 28.02.00; RESP nº 325337/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Publ. DJ de 03.09.2001. Do STF, exemplificativamente: AgReg no RE nº 255627/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, Publ. DJ de 23.02.01; RE nº 195192/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Publ. no DJ de 31.03.00.

O segundo caso envolve certa sofisticação quanto aos limites da atividade jurisdicional no sentido de dar efetividade aos comandos constitucionais garantidores do direito à vida e à saúde. A ementa do acórdão paradigma, no presente caso, tem o seguinte texto:

Ementa

FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO CPC - PRECEDENTES.

1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC).

2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, *per se*, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

5. Precedentes da Primeira Seção: (REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006).

Recurso especial improvido. (Ressalvam-se os grifos)<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> REsp 857502/RS, Recurso Especial 2006/0138024-6, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 17/10/2006, publ. DJ 30.10.2006, p. 284

O caso vertente diz respeito à possibilidade de haver bloqueio de valores em contas públicas, no sentido de assegurar o atendimento aos interesses jurídicos em jogo.

O RESP acima identificado foi interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento a agravo interposto em face de uma decisão judicial interlocutória que havia determinado o bloqueio de valores existentes em conta bancária da Fazenda Pública Estadual, no sentido de dar efetividade à ordem judicial, para que fossem fornecidos os medicamentos necessários ao tratamento de paciente acometido por doença respiratória.

A decisão de primeira instância havia imposto ao Estado do Rio Grande do Sul, em sede de antecipação de tutela jurisdicional, o custeio do referido tratamento. Ante a recalcitrância do Estado em atender à ordem judicial, a decisão interlocutória, objeto do agravo conhecido e desprovido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, determinou, com respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio dos valores suficientes para financiar os meios terapêuticos necessários, pelo prazo de um mês.

Depreende-se do inteiro teor do acórdão que o Recurso Especial interposto foi fundamentado na assertiva segundo a qual o seqüestro de valores, depositados em contas da fazenda estadual gaúcha, fere o princípio da legalidade. Sustentou-se, no apelo especial, que as normas jurídicas que orientam a gestão dos bens públicos não permitem que sejam estes alienados, alcançados pela prescrição, ou penhorados, não sendo igualmente passíveis de oneração.

Nessa linha argumentativa, o recurso encontra-se ainda embasado na inaplicabilidade das tutelas antecipada e inibitória previstas, respectivamente, nos artigos 273 e 461, ambos do CPC. Tal restrição justifica-se pelo caráter aberto e, portanto, passível de certa discricão

judicial, da previsão contida no comando do § 5º quinto do mencionado art. 461.

A fundamentação do acórdão que julgou o RESP, no entanto, levou em conta a primazia dos direitos fundamentais em face de outros interesses do Estado, firmando o entendimento também adotado no julgamento do RESP 832935<sup>53</sup> e RESP 796509<sup>54</sup>, no seguinte sentido:

“Em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.”

O ponto essencial, descrito em tais acórdãos, consiste, portanto, em afirmar o caráter de legitimidade de um agir judicial respaldado em um poder de discricção conferido pelo Código de Processo Civil, no sentido de tornar efetivo o direito à saúde.

O terceiro caso examinado diz respeito à tensão existente entre o proclamado direito à saúde e à vida e a disponibilidade de recursos públicos aptos ao atendimento dessas demandas. A decisão, ora adotada como paradigma representativo do posicionamento pacífico do Supremo Tribunal Federal sobre o caso, é a seguinte:

RE 393175/RS - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

Ementa

---

<sup>53</sup> Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. DJ 30.06.2006.

<sup>54</sup> Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, publ. DJ 24.03.2006.

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RECONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO: O presente recurso extraordinário busca reformar decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 94): "CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA." (*grifei*) Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio.

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), **entre proteger a**

inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumprir não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples posituação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprе assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE

342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

*"PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

*O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.*

*- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.*

*- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.*

*A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.*

*- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.*

*DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.*

*- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá*

*efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF."*

(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 131/132), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, restabelecendo, desse modo, por inteiro, a r. sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância (fls. 64/69).

Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO - Relator

(Informativo STF, nº 414, de fevereiro de 2006)

A decisão acima transcrita, da lavra do Ministro Celso de Mello, segue a mesma orientação já descrita precedentemente, no sentido de afirmar a primazia do direito social à saúde, à vista de sua fundamentalidade, em relação aos demais princípios constitucionais incidentes. Segundo o texto do acórdão, isto implica a exclusão destes últimos, notadamente no que se reporta ao que ele considera outros interesses do Estado, chamados "secundários"; ou seja, a inteligência dos dispositivos constitucionais, pela Suprema Corte Brasileira, de acordo com a adoção de referências valorativas ético-políticas, leva à afirmação de que...

...entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de

ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

A abordagem suscitada em tal decisão traz ainda outro elemento digno de nota, qual seja a afirmação de que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”, e que, por determinar a garantia, aos cidadãos, ao “acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”, o caráter programático dessas normas “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional”, pois, ao contrário, o Poder Público, fraudaria “justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Finalmente, a decisão registra, sob o ponto de vista do Estado de Bem-Estar, a obrigação da entidade de direito público respectiva de dar efetividade às “prerrogativas básicas” dos cidadãos, para que permita o seu efetivo acesso aos serviços de saúde. Não basta, portanto, que o ente estatal limite-se a proclamar “o reconhecimento formal de um direito”, devendo também providenciar que tal direito seja “integralmente respeitado e plenamente garantido”. Disto se infere que, nesta seara, o cidadão exercerá seu poder em face do respectivo ente estatal a fim de exigir a “implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional”.

Em posição diametralmente oposta à orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi proferida a decisão no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/2007.

A decisão monocrática, subscrita pela Ministra Ellen Gracie<sup>55</sup>, foi assim fundamentada, *in verbis*:

(...)

4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de

---

<sup>55</sup> STF - Suspensão de Tutela Antecipada nº. 91, Origem: AL - Relatora: Min. Ellen Gracie – DJU nº. 43, de 05/03/2007.

saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "*(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)*" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.

Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "*(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)*" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "*(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)*" (fl. 11).

6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde.

No presente caso, a Procuradoria-Geral do Estado de Alagoas sustentou a ocorrência de grave lesão à economia pública, pois a liminar concedida em sede de ação civil pública generalizou a obrigação do referido Estado em fornecer “todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de medicamentos, cujo fornecimento não compete ao estado dentro do sistema que regulamenta o serviço”.

O fundamento do pedido de suspensão de tutela consiste na afirmação de que, consoante o teor da Lei nº 8080/90 e da Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde, é atribuição da respectiva unidade da federação o fornecimento dos medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de Alto Custo.

Nesse sentido, o estado de Alagoas afirmou a existência de grave lesão à ordem pública, uma vez que o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na mencionada portaria e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação orçamentária do estado e o cumprimento do programa de fornecimento de medicamentos excepcionais.

Em sua decisão, a relatora do pedido de suspensão reconheceu estar configurada a lesão à ordem pública, uma vez que a execução da decisão impugnada afetaria “o já abalado sistema público de saúde”. Por conseguinte, reconheceu que a gestão da política nacional de saúde é feita de forma regionalizada, buscando “maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”.

A referida decisão, portanto, levou em conta uma peculiar interpretação do artigo 196 da Constituição Federal que, no seu entendimento, ao assegurar o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas com alcance à população como um todo, “assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. O estado de Alagoas, por sua responsabilidade em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde dos cidadãos, não poderia inviabilizar o sistema público de saúde, para dar atendimento a pretensões individualizadas, o que aconteceria no caso de atendimento à antecipação de tutela em referência.

É importante ressaltar, no caso, o argumento adotado na decisão do STF no sentido de que a atendimento a uma pretensão individual por saúde importaria na impossibilidade “de de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”<sup>56</sup>.

Essa decisão deferiu parcialmente o pedido, diante da constatação de que o poder público não se recusou a fornecer tratamento aos seus pacientes daquela unidade da federação, e que, em verdade, deve ser “limitada a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1318, do Ministério da Saúde”.

Com isso, o novo posicionamento tomado pelo STF tem em mira a possibilidade de imposição de limites à obrigação do Estado em fornecer medicamentos diante de uma demanda individual por saúde, uma vez que isto poderia inviabilizar as ações estatais, orientadas por políticas públicas, aptas a dar atendimento à população por intermédio do “sistema público de saúde”.

---

<sup>56</sup> Idem, ibidem.

### **1.5. Balizas substanciais e procedimentais da Constituição Federal no tema dos direitos fundamentais prestacionais**

A leitura do Texto Constitucional feita pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Corte Constitucional brasileira, acerca do direito fundamental à saúde, deixa transparecer a existência de alguns problemas que merecem soluções lastreadas em contextos diferenciados. É inegável, por um lado, que ênfase no aspecto normativo dos direitos fundamentais prestacionais, usual no tratamento dispensado ao tema por esses mesmos tribunais, embasa-se em uma estrutura herdada da concepção típica da modernidade.

O conceito de lei, nesse contexto, como pressuposto normativo e abstrato, tem em conta que a norma jurídica, por ser algo decorrente do assentimento geral, obtido a partir das deliberações públicas e dos consensos democráticos destas decorrentes, permite asserir a criação de obrigações à Administração. Não se indaga, todavia, se essa mesma norma cria, efetivamente, tais obrigações ou, ao contrário, limita-se a prefigurar as balizas que orientam a atuação do Estado.

Com efeito, diante dessas premissas, sobressai nitidamente a principiologia que afirma a inviolabilidade e a supremacia da lei em face da Administração Pública, surgindo como proteção jurídica em face do Estado. O Estado de Direito, assim dimensionado, na esteira das considerações de Otto MAYER, permite que o cidadão possa fazer valer os direitos que tenha adquirido em face da Administração, em virtude da aplicação da lei<sup>57</sup>. Essa eficácia vinculadora da lei, de forma efetiva e imediata, denota a feição substancial de Estado de Direito, pois resguarda

---

<sup>57</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre El Estado de Derecho y la democracia. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 26.

o caráter individualista da observação dos direitos subjetivos constitucionais.

No sentido oposto a essa orientação doutrinária, na linha da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/2007, encontra-se a tentativa de afastar a concepção meramente individualista dos direitos subjetivos constitucionais.

É importante ressaltar que a Suprema Corte Brasileira, assim como o Superior Tribunal de Justiça, em momento algum utilizou argumentos típicos da retórica procedimentalista para fundamentar suas decisões.

As linhas de argumentação adotadas nas decisões acima em destaque variam, portanto, entre duas posturas. A primeira delas é essencialmente substancialista, no sentido da realização do Estado de Bem-Estar, inclusive com a imposição, pelo Poder Judiciário, de obrigações de atendimento ao direito social à saúde, em uma perspectiva individual. A outra, assume a conotação típica de Estado Social, pois, ao dar ênfase à realização de políticas públicas, pelo Poder Executivo, em virtude de seu maior alcance quanto aos destinatários, o faz em detrimento da possibilidade de concretização de direitos subjetivos individuais prestacionais.

É importante ressaltar, nesse contexto, que, ao lado da afirmação das liberdades individuais, elaborou-se, no seio do Liberalismo Político, uma visão de ordenação do Estado por um prisma não individualista. Dignas de nota, nesse particular, são as teorias de F. J. STAHL<sup>58</sup> e Rudolf von GNEIST<sup>59</sup>, que enfatizam o aspecto institucional de um ente estatal, como referência transpessoal, afirmando a própria

---

<sup>58</sup> STAHL, F. J. Die Philosophie des Rechts II, 1856, *apud* BÖCKENFÖRDE, *ibidem*, p. 24-26.

<sup>59</sup> GNEIST, Rudolf von. Der rechte Staat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1879, *apud* BÖCKENFÖRDE, *ibidem*, p. 26-34.

“ordenação estatal da sociedade”, em contraposição à imagem liberal-democrática de uma “ordenação social do Estado”.

Decorre dos contributos teóricos de GNEIST a conclusão de que “as leis não constituem o fundamento, mas o marco e os limites do poder executivo, que pode atuar a partir de sua própria autoridade”<sup>60</sup>. A mencionada feição institucional, no entanto, respalda-se em um critério de legitimação interna do próprio sistema de leis, que é a razão. É essa racionalidade imanente ao sistema que afasta, dentro dessas próprias balizas, a possibilidade de afirmação onipresente do legislador. Por esse prisma, o direito é operado em moldes racionais, pois é sempre regulado pelos homens<sup>61</sup>.

Desta forma, o conceito de Estado de Direito, sob a ótica do Liberalismo Político, firmou-se também com uma conotação genuinamente formal, no que diz respeito à divisão de poderes, vinculação à lei e também com o controle jurídico da atividade administrativa. Ao lado desse delineamento formal, a concepção liberal de Estado convive com a possibilidade de afirmação de seus conteúdos materiais, representados pela histórica afirmação dos direitos individuais de liberdade, pois estes, porque previstos no Texto Constitucional, vinculariam imediatamente todos os órgãos estatais.

Afirma-se, desta feita, uma tensão entre essas duas feições, as quais, sem perder de vista seu “conteúdo básico liberal”<sup>62</sup>, passaram a coexistir no modelo de Estado de Direito adotado na Europa no início do Século XX.

Esta caracterização deriva, em boa medida, de uma visão do Direito segundo um molde racional e também de uma conotação política de “Estado livre”<sup>63</sup>, fundindo, de forma complementar, a liberdade jurídica e a

---

<sup>60</sup> BÖCKENFÖRDE, *ibidem*, p. 27.

<sup>61</sup> BÖCKENFÖRDE, *ibidem*, p. 30.

<sup>62</sup> BÖCKENFÖRDE, *ibidem*, p. 33.

<sup>63</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 33.

liberdade política. Essa fusão proporcionaria, então, um fundamento para a afirmação do Estado Democrático de Direito, da mesma forma que os direitos de liberdade propiciariam uma vinculação entre o Direito e a democracia.

Com a eclosão do regime nacional-socialista na Alemanha, o antagonismo entre os elementos liberais, constitutivos do Estado de Direito burguês, e os referenciais próprios ao modelo do Estado Social, tornaram-se evidentes. A concepção usual de Estado de Direito liberal, elaborada a partir de uma ideologia tipicamente burguesa, levantou questões cruciais, que se incorporaram ao rol de expectativas dos cidadãos.

Por outro lado, a idéia de democracia, adotada segundo uma concepção de atribuição de poder ao povo ou às massas, em virtude, sobretudo, das construções teóricas dos pensadores contratualistas da modernidade, em especial nas obras de ROUSSEAU e SIEYÈS, serviram de pano de fundo para a formação de uma idéia de soberania como poder do povo, com o intuito de afirmar a autonomia e, com ela, a autodeterminação de toda a sociedade<sup>64</sup>.

Assim, a liberdade democrática resultante desses referenciais é também uma afirmação de poder quanto à própria instituição do Estado de Direito, o que se dá por meio da elaboração de suas normas, mas representa, igualmente, por isso mesmo, a criação de um feixe de direitos subjetivos liberais e garantias cidadãs, principalmente na órbita dos ideais burgueses afirmados após o advento da Revolução de 1789. As proposições reivindicadoras de liberdade, igualdade e fraternidade foram,

---

<sup>64</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.142-193.

deste modo, essenciais para o delineamento dos direitos subjetivos constitucionais em três dimensões distintas<sup>65</sup>.

#### **1.6. Breve apreciação histórica da gênese dos direitos fundamentais e sua correlação com o procedimentalismo e o substancialismo**

A idéia de direito subjetivo fundamental, mencionada anteriormente, tem seu nascedouro em momentos históricos peculiares. O desenvolvimento da estrutura judiciária na Inglaterra, a partir dos Séculos XII e XIII, baseada no sistema do *Common Law*, foi essencial para maturação de alguns conceitos que, mais tarde, propiciaram a elaboração da constituição moderna e, por intermédio dela, contribuíram com a formação da imagem dos direitos subjetivos constitucionais. É importante ressaltar que em tal época os juízes portavam-se como autênticos oráculos vivos do direito, que era afirmado principiologicamente sobre o costume geral imemorial do reino (*general immemorial custom of the Realm*)<sup>66</sup>.

Além dos costumes imemoriais, vigoravam ainda os *Estatutes*, que eram leis editadas em grande número entre os séculos XIII e XIV. Nesse mesmo momento, também surgiram as grandes compilações de direito, dentre as quais o *De Legibus*, de Bracton (+ - 1256), Fleta (*Comentarius Juri Anglicani* - final do Séc. XIII) e, mais tarde, as de Sir Thomas Littleton (*Of Tenures* - 1470), Sir John Fortescue (*De laudibus*

---

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 48 – 55.

<sup>66</sup> McILWAIN, Charles Howard. Magna Carta and Common Law. *In*: Constitutionalism and the changing world. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, p. 136-140.

*legum Angliae* - 1470), Sir Edward Coke (Reports – 1628-1644) e Willian Blakstone (Commentaries of Laws of England – 1765-1768), dentre outros<sup>67</sup>.

Com efeito, o costume representava uma autêntica regra de direito não escrita, que era obrigatória tanto quanto a *lex* no Império Romano<sup>68</sup>. Tais preceitos costumeiros eram tidos por promulgados (*vel antiquas regni consuetudines approbata*) e não poderiam ser derogados por força de outros documentos legais, em virtude do princípio segundo o qual “*no special ordinance ought exceed common law*”<sup>69</sup>.

Em tal principiologia firmou-se a supremacia do sistema da *common law* sobre outras normas legais, em virtude de ser considerado uma autêntica lei fundamental (*fundamental law*)<sup>70</sup>. O dado característico essencial do direito comum consistia no fato de que tinha aplicação *erga omnes*, enquanto que as leis especiais eram destinadas a certas e peculiares situações. Nessa época, a jurisprudência tinha primazia em relação aos *acts* ou *statutes*, situação que só foi alterada após a intensificação da representação popular exercida pelo Parlamento, entre os anos 1322 e 1415<sup>71</sup>.

A par desse peculiar acontecimento, outros eventos concorreram, ainda que embrionariamente, para a formação da idéia dos direitos fundamentais na Europa. A Reforma Protestante, por exemplo, viabilizou o gradual reconhecimento da liberdade de religião e de culto em diferentes

---

<sup>67</sup> GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 212.

<sup>68</sup> No intuito de melhor esclarecer a relação existente entre o direito comum imemorial inglês e a Magna Carta, Charles Howard McILWAIN explica que na formação do direito comum inglês havia, entre os doutrinadores do direito, certa tensão entre a idéia romana de *lex* e o conceito medieval de lei imemorial.

<sup>69</sup> Idem, *ibidem*, p. 132.

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*, p. 135.

<sup>71</sup> GILISSEN, *ibidem*, p. 215.

países do continente Europeu. Outro marco foi o *Édito de Nantes*<sup>72</sup>, promulgado em 1598 por Henrique IV, da França, tendo sido revogado por Luís XIV em 1685<sup>73</sup>. Também devem ser lembrados os documentos assinados em virtude da declaração de paz em Augsburg, em 1555, e em Westfália, em 1648, marco final da Guerra dos Trinta Anos, o *Toleration Act* da colônia americana de Maryland, em 1649, ou mesmo de seu similar firmado na colônia de Rhode Island, em 1663<sup>74</sup>.

Os demais acontecimentos marcantes, já no Século XVII, foram a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, bem como o *Bill of Rights*<sup>75</sup>, de 1689, promulgado pelo Parlamento Inglês, resultante da denominada *Revolução Gloriosa*<sup>76</sup>.

Os marcos históricos acima enunciados, embora decisivos para a afirmação de limitações do poder estatal em favor das liberdades individuais<sup>77</sup>, não podem, contudo, ser considerados propriamente a constitucionalização dos direitos e liberdades dos indivíduos<sup>78</sup>, pois não tinham o condão de vincular o Parlamento.

Ao lado da evolução e especialização do direito comum inglês como norma fundamental, o significado do vocábulo *constitutio* alterou-se, com o advento da Revolução Americana (1776)<sup>79</sup>, para adquirir denotação

---

<sup>72</sup> SARLET, ibidem, p. 42.

<sup>73</sup> Idem, ibidem, p. 42.

<sup>74</sup> WOOD, Gordon. *The creation of the American Republic – 1779-1787*. Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1998, p 273, passim.

<sup>75</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 90.

<sup>76</sup> GORDON, Scott. *Controlling the state – constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002, p. 258.

<sup>77</sup> Idem, ibidem, p. 258.

<sup>78</sup> Idem, ibidem, p. 258.

<sup>79</sup> MADDOX, Graham. *Constitution*. In: FARR, James. BALL, Terence. HANSON, Russell L. (ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 23.

semântica compatível com a modernidade. O moderno constitucionalismo norte-americano trouxe consigo, em definitivo e como norma constitucional, a imposição de limites ao poder estatal, cristalizando o conceito de *rule of law*<sup>80</sup> e, assim, preconizando a proteção aos direitos fundamentais<sup>81</sup>.

O art. I da Declaração do “Bom Povo da Virgínia” (1776), seguido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>82</sup>, marcam a origem histórica do reconhecimento dos direitos que decorrem da própria condição humana<sup>83</sup>, tendência que foi observada na Declaração de Independência (1776), na Constituição norte-americana (1787) e também em suas dez primeiras emendas, assim como nas Constituições francesas de 1791 e 1793<sup>84</sup>.

As Constituições modernas estão fundamentadas, portanto, em uma estrutura genética que tem, em seu âmago, uma forte dimensão liberal. Por esse motivo, se respaldam na naturalização de certos direitos como inatos, preconizando a liberdade e a independência individual em face dos possíveis excessos de poder do Estado.

---

<sup>80</sup> ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for advanced Legal Studies. Working paper series nº 36- - March, 27, 2001, p. 3.

<sup>81</sup> ROSENFELD, *ibidem*, p. 3-4.

<sup>82</sup> No sentido de que “todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos (...)”

<sup>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49.

<sup>84</sup> “The history of constitutionalism is the history of this progressive expansion of the public sphere of rights. It is not theoretical, but social and political history, considering that none of these rights has ever fallen from the sky but they have all been won by means of breaks with the institutions: the great American and French revolutions, the nineteenth-century risings that clamoured for constitutions and more lately the working class, feminist, pacifist and environmentalist struggles of the twentieth century.” FERRAJOLLI, Luigi. Fundamental Rights. International Journal for the Semiotics of Law – n. 14. Norwell: Kluwer Academic Publisher, 2001, p. 19.

Esse traço evolutivo de afirmação histórica de direitos constitucionais subjetivos inatos, inderrogáveis pelo legislador, mas que devem ser resguardados pelos juízes, pede, seguramente, uma reflexão acerca dos limites dessa liberdade.

A concepção individualista presente nos textos constitucionais modernos, fundamentada em uma visão libertária de mundo, que pressupõe a criação de expectativas de inclusão dos sujeitos de direito em uma sociedade não estamental e, portanto, aberta, democrática e pluralista, depara-se com a realidade da própria definição moderna de liberdade.

A marcante influência de John LOCKE<sup>85</sup> no delineamento do direito de liberdade, fundamentado na idéia de propriedade, ao propugnar a passagem de um estado de natureza para a vida em sociedade, deixa suas marcas indeléveis na configuração da liberdade civil de aquisição<sup>86</sup> que, somada à visão de uma atividade social que garante a finalidade do lucro, enquanto “personalidade juridicamente livre, igual e formadora de capital”<sup>87</sup>, acaba por extremar a desigualação entre os indivíduos.

O crescimento dessas desigualdades sociais pôs em marcha a inafastável potencialização de um antagonismo entre classes<sup>88</sup>, bem diagnosticado por Karl MARX<sup>89</sup>, estabelecendo, paradoxalmente, uma relação inversa entre o aumento das liberdades individuais e a diminuição das liberdades sociais.

---

<sup>85</sup> LOCKE, Jonh. Segundo Tratado Sobre o Governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>86</sup> BÖCKENFÖRDE, ibidem, p. 34.

<sup>87</sup> Idem, ibidem, p. 34.

<sup>88</sup> Idem, ibidem, p. 34-35.

<sup>89</sup> MARX, Karl; Engels, Friedrich. A ideologia alemã – Teses sobre Feuerbach. São Paulo: Moraes, 1984, p. 56-60. MARX, Karl. Manuscritos Econômicos Filosóficos. Trad. Artur Morão. Lisboa: 1993, p. 101-110.

Essa tensão entre dois prismas distintos de afirmação das liberdades teria conseqüências marcantes na redefinição do papel do Estado Moderno, que passaria a se ocupar da manutenção de um equilíbrio entre as liberdades individuais e sociais. Evidentemente, o Estado de Direito liberal não pôde levar adiante tal projeto de afirmação dos fundamentos dos direitos sociais dos cidadãos, possível tão-somente à medida que passasse a intervir na vida da sociedade, restringindo certas liberdades individuais. A consolidação dessas igualdades sociais demandaria, por certo, um esforço em dar efetividade à proposta de redução das desigualdades geradas pela potencialização de um programa de valorização dessas modernas liberdades individuais.

É nesse contexto que surge o Estado Social de Direito e, com ele, o intento de balizar um sistema coerente de sobrevivência entre dois valores aparentemente contraditórios: a igualdade jurídica e a liberdade individual. Somente com a conciliação dessas posições, *prima facie* inconciliáveis, as garantias estatuídas em um Estado de Direito poderiam ser levadas a sério, não se convertendo em uma fórmula vazia<sup>90</sup>.

Tal conciliação pediria, no entanto, a indagação acerca da possibilidade de incorporação de elementos sociais na estrutura do “edifício constitucional”<sup>91</sup> do Estado de Direito, gerando outras repercussões. A mais importante delas consistiria justamente em indagar se a Constituição, elaborada historicamente a partir de um contexto político liberal, pode conter uma estrutura normativa compatível com a afirmação dos valores do Estado Social.

Esses problemas nos levam à conhecida afirmação de Ernst FORSTHOFF<sup>92</sup>, no sentido de que “um mezzo stato di diritto ed um mezzo stato sociale non fanno um stato sociale di diritto”. Com efeito, a doutrina

---

<sup>90</sup> MARX, Karl; Engels, Friedrich. *Ibidem*, p. 35.

<sup>91</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 35.

<sup>92</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1973, p. 40.

de FORSTHOFF não admite a compatibilidade, no âmbito constitucional, entre os fundamentos do Estado de Direito Liberal e do Estado Social, pois ressalta que as feições sociais do Estado devem estar devidamente referidas no conceito de Estado de Direito, o qual se afirma por meio da legislação infraconstitucional e das ações do administrador público.

Para tanto...

...Una costituzione non può essere legge sociale. Essa si rivolge al complesso. Non é su compito regolare materie differenziate e non può neanche esserlo, perchè essa deve mirare ad una brevità lapidaria. Perciò nen sempre raggiunge quel grado di determinatezza contenutistica, che rende possibile la esecuzione immediata delle su norme. In questi casi é compito del legislatore concretizzare la norma costituzionale della legge emanata. La citata questione della idoneità all'esecuzione, dunque della imediata applicabilità delle norme costituzionale si presenta proprio per le norme sociale. Scienza giuridica e giurisprudenza, coll'entrata in vigore della costituzione dei *Reich* di Weimar, dovettero affrontare tale problema su vasta scala.<sup>93</sup>

O fundamento das asserções de FORSTHOFF consiste na defesa do caráter estrutural da constituição liberal, que se fundamenta nas garantias jurídico-constitucionais, como a igualdade jurídica, a liberdade de aquisição e a propriedade<sup>94</sup>.

Nessa mesma linha, acompanhando as ponderações de STEIN<sup>95</sup>, BÖCKENFÖRDE explicita que, no âmbito da Lei Fundamental Alemã, o reconhecimento do Estado Social se dá no sentido de outorgar ao

---

<sup>93</sup> Idem, ibidem, p. 48.

<sup>94</sup> BÖCKENFÖRDE, ibidem, p. 36.

<sup>95</sup> STEIN, Lorenz von. Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage III. Darmstadt: Salomon, 1961, *apud* BÖCKENFÖRDE, ibidem, p. 37.

legislador um mandato constitucional para que este resolva, na esfera das normas infraconstitucionais, as questões sociais relativas à justiça e ao equilíbrio de forças na sociedade, tudo dentro do marco da constituição liberal<sup>96</sup>.

Em virtude dessas peculiaridades, as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais não podem ter efeito vinculante direto, sem a necessária *interpositio legislatoris*<sup>97</sup>. Com efeito, o sentido mesmo do Estado Social não pode prescindir da compreensão, por parte do legislador, dos valores que, concretizados, lhe servirão de conteúdo. Essa operação de concreção, feita pelo Poder Legislativo, parece estabelecer, desta forma, um certo equilíbrio entre as afirmações do Estado Social e as normas instituidoras das liberdades e das garantias próprias ao Estado de Direito.

Assim, BÖCKENFÖRDE apregoa que o princípio do Estado Social deve se sujeitar ao molde do Estado de Direito, sem que com isto sejam perdidas as referências próprias a cada qual. A experiência alemã, após a promulgação da Constituição de Bonn, em 23 de maio de 1949, denota perfeitamente a possibilidade de harmonização de ambas as tendências, à medida que as conquistas sociais de igualdade, consubstanciadoras dos direitos de segunda geração, foram devidamente prestigiadas pelo legislador infraconstitucional, sem que, com isto, tenham sido infringidas as diretrizes liberais informadoras das garantias de liberdade<sup>98</sup>.

Em síntese...

...esta actividad social del Estado manifiesta la tendencia a convertirse en un proceso autónomo y a condensarse en un sistema de prestaciones sociales y de obligaciones jurídicas que ciertamente no cancelan

---

<sup>96</sup> BÖCKENFÖRDE, *ibidem*, p. 38.

<sup>97</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 38.

<sup>98</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 38.

formalmente las garantías de libertad del Estado de Derecho, pero que se imponen sobre su contenido.<sup>99</sup>

Tais garantias de liberdade individual e social, em que se afirma o Estado de Direito, segundo o molde do liberalismo político, estão embasadas em um critério de defesa que se sustenta em procedimentos formais. A base para a afirmação desses direitos, portanto, é o procedimentalismo jurídico, produto de uma concepção liberal de Estado que, ao se posicionar contra o cerceamento das liberdades individuais, denuncia a potencialização das condições de afirmação arbitrária do poder público, mesmo sob o pretexto de realizar, contra essas liberdades, os conteúdos substanciais da Constituição ou de outros valores sociais absolutos<sup>100</sup>.

O procedimentalismo situa-se, então, como alerta ao intento absolutista de afirmação desses direitos materiais, concebidos mediante a “positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum”<sup>101</sup>, em detrimento da fixação dos limites do poder do Estado diante do primado da manutenção das liberdades civis. A denúncia sobre o perigo de um totalitarismo afirmado com base nessa concepção substancial do Texto Constitucional passa, ainda, por conseguinte, pela constatação de que essas prescrições substanciais exteriorizam-se como uma autêntica ordem objetiva de valores, espraiando-se, como critério de validade, a todas as esferas do direito.

### **1.7. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sob a eficácia de uma “ordem suprapositiva de valores”**

---

<sup>99</sup> Idem, ibidem, p. 38.

<sup>100</sup> Idem, ibidem, p. 40.

<sup>101</sup> Idem, ibidem, p. 40.

Na verdade, para que possa fundamentar sua primazia sobre uma tendência procedimentalista, o conceito de Estado material de direito não pode prescindir da justificação de suas proposições segundo um molde que afirma o poder do Estado como o resultado da articulação de certos “princípios e valores superiores do direito”<sup>102</sup>, não referidos, necessariamente, na afirmação das “garantias formais de liberdade”<sup>103</sup>, mas que têm por escopo, em sentido pragmático, a realização da justiça material.

Percebe-se claramente que a garantia à liberdade é pressuposto lógico essencial à afirmação da necessidade de concretização da igualdade material. Todavia, para que a isonomia se afirme, a liberdade deve ser limitada. A função da Constituição, como consequência, não mais seria a afirmação das garantias de liberdade, pois não se reduziria à fixação dos lindes do poder estatal diante de certas prerrogativas cidadãs. Não se reportaria, outrossim, tão-somente aos parâmetros da articulação e aos limites da formação política da vontade geral e do exercício do poder civil.<sup>104</sup>

Ao contrário, a ênfase presente no discurso delineador de uma idéia de Estado substancial, com foco na realização da justiça social, mostra-se também fundamentada em uma ordem objetiva de valores positivados como requisitos de manutenção de uma necessária ordem da vida em comum. Cuida-se, enfim, de uma ordem fundada em princípios suprapositivos de justiça, com eficácia em todas as esferas do direito.

Com suporte em tais pressupostos, a lógica da vinculação da Constituição a essa gama de valores confere aos preceitos constitucionais

---

<sup>102</sup> Idem, ibidem, p. 40.

<sup>103</sup> Idem, ibidem, p. 40.

<sup>104</sup> Idem, ibidem, p. 40.

a marca da “validade incondicional”<sup>105</sup>, que se alastra a todos os âmbitos da vida social<sup>106</sup>.

Essa dinâmica relativa a valores e princípios representa, portanto, um considerável risco às liberdades que, diante dessas premissas, não mais serão garantidas incondicionalmente, mas poderão, quando muito, consubstanciar-se em pleitos comportáveis na ordem dos valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico. O que decorre disto é o desbotamento da imagem do Estado de Direito, pois esta pressupõe certas garantias de liberdade e procedimentos formais no sentido de afirmá-las.

O propalado desvanecimento no brilho das liberdades sociais e políticas passa a ser observado justamente no momento em que se afirma o prevalecimento de um “direito material e pré-positivo superior”<sup>107</sup>. Com efeito, válida é a admoestação de BÖCKENFÖRDE no sentido de que...

La supresión de la libertad en los regímenes totalitarios non comienza nunca con un respecto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pré-positivo superior, ya sea este el de la “religión verdadera”, el de la “comunidad popular de miembros de la misma especie” o el del “proletariado”. Solo en una segunda fase, cuando el nuevo derecho se ha convertido en un sistema de dominio como instrumento de la transformación revolucionaria, se llega al positivismo y al legalismo de los regímenes totalitarios.”<sup>108</sup>

O resultado de uma vinculação social a valores que pretendem estar além dessa garantia de liberdade pode muito bem ser o de uma

---

<sup>105</sup> Idem, ibidem, p. 41.

<sup>106</sup> Idem, ibidem, p. 41.

<sup>107</sup> Idem, ibidem, p. 42.

<sup>108</sup> Idem, ibidem, p. 42.

“socialização da liberdade e das autonomias individuais”<sup>109</sup>. O risco assumido em tal dinâmica é a submissão desses valores ao domínio de seus intérpretes, sem que se tenha a possibilidade de operar-se, sobre estes, uma fundamentação racional subjetivamente mediada. Ou seja, tais postulados não ganhariam o foro das deliberações públicas<sup>110</sup>, não entrariam, enfim, nos fluxos comunicacionais da sociedade no sentido de possibilitar o arranjo deliberativo fundamentado em um mínimo de consenso acerca de suas diretrizes. O resultado, diante de tais balizas, seria evidente: o totalitarismo constitucional.

As primeiras ementas de julgados colacionadas anteriormente têm, todas, essas características tão inquietantes. Nelas, o direito à saúde, na sua feição de direito social, a par de contar com sólida previsão normativa constitucional e infraconstitucional, aparece como algo auto-aplicável e fundamentado em uma ordem supra legal de valores. Por se basear nela, tal direito pode ser afirmado em detrimento de qualquer outra regra ou princípio constitucional.

A orientação jurisprudencial evidenciada, desta maneira, afirma a primazia de tais direitos sobre todos os demais interesses do Estado, referindo-se, inclusive, aos financeiros, tidos por secundários.

Por outro lado, a última decisão mencionada, recentemente editada pelo Supremo Tribunal Federal, textualmente desconsidera o aspecto da realização dos direitos subjetivos constitucionais prestacionais, ao afirmar a possibilidade da maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos médicos que, como mencionado acima, devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Ambas as diretrizes firmadas na jurisprudência do STJ e STF acabam por ganhar a adesão imediata de tribunais e juízes de primeira

---

<sup>109</sup> Idem, ibidem, p. 42.

<sup>110</sup> Idem, ibidem, p. 43.

instância. O direito à saúde, a partir de sua positivação no rol dos direitos fundamentais sociais, passa a ser afirmado, em um primeiro plano, com um caráter auto-aplicável e absoluto, o que se deduz de uma retórica sedutora, pois seus elementos de convencimento são indenes de questionamento.

Sim, não se questiona que “todos têm direito à saúde e à vida”, mas seria esta exatamente a questão ora em análise? Não estaria o problema, de fato, na possibilidade de afirmação desses direitos sociais sem que isto importe no desequilíbrio da frágil estrutura de uma sociedade democrática?

A questão consiste, por assim dizer, em saber qual o preço a pagar pela tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas pelo Estado, por meio da expansão do poder judicial. Em contrapartida, consiste ainda em aquilatar a repercussão desse protagonismo nos critérios democráticos de obtenção de um consenso acerca de questões políticas, a partir da constatação de que, nesse particular, não foram precedidos da necessária e plural participação da sociedade democrática na deliberação desses temas e na elaboração das estratégias que possam direcionar as tomadas de decisão e fundamentá-las em critérios democráticos.

O que significa, afinal, a afirmação de que o direito social à saúde tem primazia sobre tudo o mais, inclusive sobre as questões de organização e previsão orçamentária para a realização das políticas públicas aptas a sua concretização? Por outro lado, qual a repercussão que se colhe na assertiva segundo a qual direitos prestacionais individuais não podem ser deferidos pelo Judiciário, sob pena de vulnerar políticas públicas que têm, certamente, um maior alcance quanto ao número de destinatários?

Como devemos avaliar então, doravante, a função da jurisdição e que tipo de aberturas constitucionais se colhem nas escolhas, ou na

negação dos paradigmas substanciais delineados pelos tribunais superiores? É possível justificar esses mesmos paradigmas diante dos critérios de legitimidade do exercício do poder, em uma sociedade democrática?

Para se obter uma resposta satisfatória, deve ser investigado, primeiramente, o protagonismo judicial ora em foco diante do problema da judicialização da política, a fim de melhor evidenciar o papel do ativismo dos juízes e a correlata idéia de sua discricção, em face dos mencionados paradigmas substanciais e procedimentais. Permitir-se-á, com efeito, o balanceamento dos critérios de legitimação do agir judicial em face do problema da efetividade dos preceitos constitucionais, asseguradores de direitos sociais, em uma sociedade como a brasileira.

Finalmente, a questão que subjaz a essas tematizações diz respeito à possibilidade de garantir, ou não, de forma efetiva, os direitos fundamentais sociais.

Em suma, as indagações que cercam o tema da harmonização de expectativas de liberdade e igualdade, em um ambiente democrático liberal, terão, decerto, uma forte conexão com o problema de justificação da possível compatibilidade da democracia com o liberalismo político. É inegável, pois, que a linha tensional existente entre o procedimentalismo e o substancialismo, com foco na imagem do Estado de Direito, revela justamente a intensidade da divergência entre o pluralismo e o consenso.

Nesse viés, com a devida vênia do respeitável entendimento manifestado pelo Ilustre Professor Lênio Luiz STRECK, uma teoria constitucional para países periféricos<sup>111</sup> não poderá se filiar integralmente a uma postura substancialista que, por estar embasada no critério da igualdade, se afirmará não sem riscos às liberdades constitucionais. De modo inverso, não poderá ainda se fundamentar em critérios puramente

---

<sup>111</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 13-25.

procedimentais, sob pena de, em nome da liberdade, fazer ruir a crença na possível efetividade dos direitos sociais.

A manutenção da frágil equação do equilíbrio entre autonomia e bem-estar deverá, assim, apostar em uma fundamentação agonisticamente respaldada nessas duas vertentes, sem necessariamente se perfilhar a qualquer uma delas.

### **1.8. A autonomia como dogma e como escopo**

Para Jürgen HABERMAS, a tensão existente entre os paradigmas do Estado Social e do Estado de Direito Burguês consiste justamente na medida da dialeticidade entre a “liberdade de direito e a liberdade de fato dos destinatários do direito”<sup>112</sup>. Essa tensão decorre do uso das liberdades de direito, que acaba por potencializar as desigualdades fáticas, em virtude da utilização das mesmas prerrogativas de direito por parte de diferentes sujeitos. Nessa medida, a crítica do Estado social ao Estado de Direito consiste na afirmação de assimetria entre as igualdades de fato e direito.

A função do Estado do Bem-Estar, portanto, consistiria em criar igualdades de condições que importassem em uma simetrização das ações asseguradas pelas respectivas esferas de liberdade, com a adoção de um sistema de compensações que tem em conta as circunstâncias verificadas na órbita das situações concretas da vida. Tal ordenação e equiparação de situações assimétricas decorreria, nessa ordem de idéias, de um processo de igualação, possível com a intermediação do direito. Nessa perspectiva, a função do direito não mais se identifica somente com o postulado das garantias de liberdade na esfera pública e particular, mas

---

<sup>112</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 154.

refere-se imediatamente à consecução de um projeto de realização de igualdades.<sup>113</sup>

O dilema que exsurge dessa dialetização consiste na incompatibilidade entre as órbitas de liberdade e igualdade, sendo que, no momento em que o Estado de Bem-Estar passa a regulamentar a vida social no sentido de garantir uma simetria entre as igualdades de direito e de fato, impondo uma igualação às situações da vida, reduz “significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários”.<sup>114</sup> A lógica da realização do Estado de Bem-Estar, portanto, dar-se-ia de forma ambivalente e, a par de abrir novas frentes de realização da igualdade, acaba suprimindo a liberdade da vida social.

Ora, a visão de que os direitos são bens a serem adquiridos pelos indivíduos deixa para trás e projeta para frente uma configuração social em que os sujeitos de direito alienam-se, à medida que perdem a referência do que é mais caro à configuração das liberdades e para a concretização da igualdade: o fato de que tais direitos só podem afirmar-se enquanto forem exercidos; dizendo melhor, não podem ser adquiridos enquanto tal, mas *gozados*.<sup>115</sup>

Aqui é necessário, então, rememorar que a tese de HABERMAS acerca da definição de um paradigma viável para o procedimentalismo funda-se na afirmação de um aspecto formal do direito que se afirma...

...no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Idem, ibidem, p. 155.

<sup>114</sup> Idem, ibidem, p. 155.

<sup>115</sup> Idem, ibidem, p. 159.

<sup>116</sup> Idem, ibidem, p. 190.

O paradigma procedimentalista, a par de ser formal e, portanto, “vazio ou pobre de conteúdo”<sup>117</sup>, tem como sustentação pontos de referência fulcrados na sociedade civil e na esfera pública política, que evidenciam o mérito da sociedade democrática e do sistema de direitos. Seu escopo é o de preservar a “solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento”.<sup>118</sup>

A proposta habermasiana para a fixação de um paradigma para o procedimentalismo não está referida, portanto, nos critérios de um liberalismo político individualista, ou, tampouco, se estriba no dirigismo do Estado Social. A premissa essencial em jogo diz respeito à orientação de um agir social consubstanciado na idéia de regeneração<sup>119</sup> da solidariedade social, possível na justa medida da viabilidade de implementação de práticas de autodeterminação comunicativa.

Esse modelo não perde, ainda assim, o foco na realização dos direitos fundamentais, que se respaldam na autêntica condição de um procedimento democrático que, ao funcionar como garantia de participação discursiva<sup>120</sup>, propicia a elaboração de um “projeto de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma”<sup>121</sup>.

No lugar da heteronomia fundamentada em uma visão meramente formal do Estado, na esteira de uma construção moderna de soberania estatal liberal, a percepção de HABERMAS dirige-se para a elaboração de um conceito que, embora formal, está ancorado na idéia de autonomia<sup>122</sup> e,

---

<sup>117</sup> Idem, ibidem, p. 189.

<sup>118</sup> Idem, ibidem, p. 189.

<sup>119</sup> Idem, ibidem, p. 189.

<sup>120</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 264.

<sup>121</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol. II, p. 188.

<sup>122</sup> Muito embora este trabalho centre seu foco no critério da autonomia segundo a perspectiva das relações de poder em uma sociedade democrática, parece-nos que a difusão do conceito de autonomia, mesmo

assim, “é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir seus problemas e o modo de solucioná-los”<sup>123</sup>.

Com efeito, essa autonomia, que é o elemento estruturante fundamental para a formação dos fluxos de comunicação elaborados em um Estado de Direito, e que constitui seu núcleo dogmático<sup>124</sup>, será a consequência da afirmação do próprio paradigma procedimental. Esse baliza terá o condão de influenciar “não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos”<sup>125</sup>.

O escopo do trabalho de HABERMAS, apartando-se da construção de uma visão doutrinária para o Direito, ou na fundamentação de uma postura arbitrária na sua realização, tem em conta justamente a possibilidade de levar adiante um processo discursivo contínuo para a compreensão da Constituição. Essa visão pretende “cunhar o horizonte da

---

sob o aspecto político, trará a repercussão bem diagnosticada por Roberto Passos NOGUEIRA, tendo como ponto de partida a análise de dois momentos do pensamento de Ivan ILLICH (A Expropriação da Saúde. Nêmesis da Medicina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975 e In the Mirror of the Past, Lectures and Adresses, 1978-1990. New York: Marion Boyars, 1992) no sentido da obtenção “de um controle social mais equitativo dos riscos (aliviando, de certo modo, as costas dos profissionais), mas [que], por sua vez, prende os indivíduos em uma malha que vai tecendo *ad infinitum* novos riscos que os especialistas identificam, diante dos quais é suposto que cada indivíduo tenha que se precaver e se responsabilizar por medidas proativas em seu estilo de vida.” (NOGUEIRA, Roberto Passos. A saúde pelo avesso. Natal: Seminare, 2003, p. 205). A abordagem acerca do risco e sua correlação com o tratamento judicial do direito à saúde, sob a perspectiva do funcionalismo sistêmico foi, a seu turno, devidamente elaborada por SCHWARTZ, Germano. O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>123</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Vol. II, p. 190.

<sup>124</sup> Idem, ibidem, p. 190.

<sup>125</sup> Idem, ibidem, p. 190.

pré-compreensão”<sup>126</sup> dos partícipes de seu processo de interpretação, mantendo latente o desafio de rediscussão dos temas constitucionais a partir de seu constante redimensionamento histórico.

O único sentido dogmático desse saber constitucional, para HABERMAS, convém insistir, consiste em afirmar a autonomia como uma autodeterminação democrática. Nesse contexto, todos os sujeitos sociais inserem-se em um processo intersubjetivo de aprendizagem contínua, que é o aprendizado da liberdade, a qual se afirmará como uma conquista constantemente referida na tensão entre a facticidade e a validade do direito<sup>127</sup>.

O paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito tende a superar a concepção de liberdade pública positiva, como autodeterminação ética, própria do Republicanismo e uma visão de liberdade privada negativa, “que se impõe como autodeterminação moral ou como escolha racional”<sup>128</sup>, consentânea com as proposições do Liberalismo.

A Constituição perfaz, dentro de tais balizas, o pressuposto jurídico necessário de afirmação da soberania popular, o que se dá por intermédio do processo legislativo democrático, denotando assim o nexo entre a autonomia pública e privada dos cidadãos.<sup>129</sup>

O paradigma procedimentalista, portanto, permite visualizar a prática da autonomia jurídica como algo referido ao uso público das liberdades comunicativas (liberdades públicas), em conexão com o uso privado das liberdades individuais (liberdades subjetivas), sem que com isto a soberania se traduza somente na autonomia moral ou na deliberação sobre critérios racionais, como propugna o pensamento liberal, ou se

---

<sup>126</sup> Idem, ibidem, p. 190.

<sup>127</sup> Idem, ibidem, p. 190.

<sup>128</sup> CATTONI, Marcelo. Devido Processo Legislativo. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 114.

<sup>129</sup> Idem, ibidem, p. 114-115.

reduza à efetivação do direito “como auto-realização ética, como advogam os republicanos”<sup>130</sup>.

Tal construção procedimentalista, portanto, vê os direitos fundamentais, inicialmente, como um “desligar, de um modo bem circunscrito, os sujeitos de direito de mandamentos morais, abrindo aos atores espaços de arbítrio legítimos”<sup>131</sup>.

Nesse sentido, a autonomia privada, além de significar “liberdade de arbítrio em limites garantidos juridicamente”<sup>132</sup>, denota igualmente um espaço de atuação para a liberdade ética do indivíduo, que será o próprio autor de seu projeto de vida, e, com isso, almejará o “gozo simétrico de liberdades subjetivas”<sup>133</sup>, o que tornar-se-á possível diante da realização de três componentes distintos que são “a autonomia dos cidadãos, exercitada em comum, a capacidade para uma escolha racional e a auto-realização ética”<sup>134</sup>.

Tal modelação do conceito de soberania, forjada sob o paradigma procedimentalista, portanto, mostra-se fundamental para o delineamento da “relação existente entre a Constituição e o Direito Constitucional e a Democracia”<sup>135</sup> e, nessa medida, sem aderir a uma visão essencialmente liberal, o procedimentalismo assume que os direitos fundamentais não consubstanciam uma fixação de limites ao exercício da soberania popular; antes, viabilizam o próprio estabelecimento dos fundamentos jurídicos para o exercício dessas liberdades que, como tal, acabam por orientar a prática da autonomia como autodeterminação.

Como consequência dessas considerações, além de possibilitar a compreensão de que a esfera pública política não se circunscreve somente

---

<sup>130</sup> Idem, *ibidem*, p. 115.

<sup>131</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol II, p. 311.

<sup>132</sup> Idem, *ibidem*, p. 311.

<sup>133</sup> Idem, *ibidem*, p. 311.

<sup>134</sup> Idem, *ibidem*, p. 311.

<sup>135</sup> CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*, p. 117.

ao espaço de atuação do Estado<sup>136</sup>, o procedimentalismo propugna que a jurisdição constitucional deve “impor o processo democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”<sup>137</sup>, não se prestando, no entanto, ao papel de “guardiã republicana do processo político e da cidadania”<sup>138</sup>, nem tampouco afirmando-se como um processo de auto-realização ética, o que reduziria a Constituição “a uma ordem concreta de valores”<sup>139</sup>. A função da Corte Constitucional, nesse quadro, limita-se, portanto, a determinar o respeito aos procedimentos democráticos, no sentido de garantir a formação da opinião e da vontade política<sup>140</sup>.

O posicionamento de HABERMAS, nesse particular, implica uma eqüiprimordialidade entre os direitos humanos e a soberania popular, idéia que decorre da indispensável co-originalidade entre a autonomia pública e a particular. Essa correlação entre tais esferas de atuação dos cidadãos funciona, para HABERMAS, como um “critério normativo axiológico”<sup>141</sup>, o qual denota que ambas as esferas de atuação têm o mesmo grau de importância, porque “nascem no mesmo instante e com o mesmo grau de

---

<sup>136</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. São Luiz: Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão, nº 9, jan./dez. de 2002, p. 51.

<sup>137</sup> CATTONI, Marcelo. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 85.

<sup>138</sup> Idem, ibidem, p. 85.

<sup>139</sup> Idem, ibidem, p. 85.

<sup>140</sup> HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado Nacional. Madrid: Trotta, 1991, p. 99.

<sup>141</sup> LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica Constitucional como processo político comunicativo: A crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero. Justiça e Democracia - Entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. São Paulo: Landy, 2005, p. 204.

relevância, não sendo cabível, por isso, dizer que uma das duas precede ou é prioritária à outra”<sup>142</sup>.

Fica o registro, portanto, de que o critério adotado por HABERMAS não compartilha os mesmos pressupostos de quaisquer das correntes doutrinárias que ainda marcam a conhecida discussão entre comunitaristas e liberais. Aliás, seu conceito de “co-originalidade”<sup>143</sup> parte do pressuposto de que “para fazerem uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente”<sup>144</sup>. Nessa medida, os cidadãos só poderão exercer simetricamente essa autonomia privada se souberem utilizar adequadamente suas autonomias políticas<sup>145</sup>.

### **1.9 Igualdade e equilíbrio compensatório: a face paradoxal da realização dos direitos sociais**

Como visto precedentemente, o procedimentalismo permite indagar sobre a legitimidade da atuação jurisdicional em uma democracia, podendo-se afirmar, ainda, diante desse paradigma, que a Constituição não pode ser interpretada sob os critérios de uma ordem suprapositiva de valores substanciais<sup>146</sup>.

As democracias, por esse viés, devem preencher esse mínimo procedimentalista, que permite a maior inclusão dos indivíduos à

---

<sup>142</sup> Idem, *ibidem*, p. 204

<sup>143</sup> HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 155.

<sup>144</sup> Idem, *ibidem*, p. 155.

<sup>145</sup> Idem, *ibidem*, p. 155.

<sup>146</sup> HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 1991, p. 99.

participação política, além de regulamentar as regras do processo político, ordenando a proteção das esferas individuais<sup>147</sup>.

O foco principal do procedimentalismo, convém insistir, consiste na idéia de autonomia política, e, portanto, jurídica, dos cidadãos, uma vez que estes são vistos como partícipes de uma sociedade democrática. É inegável que, para HABERMAS, o conceito de autonomia decorre da idéia de Estado democrático de direito<sup>148</sup>. Trata-se de uma autonomia moralmente fundamentada, que está devidamente respaldada por um procedimento racional<sup>149</sup>.

O aspecto nuclear dessas afirmações tangencia, portanto, a questão alusiva à própria validade do direito. Para HABERMAS, o direito não vale somente em decorrência da peculiaridade de ser posto, mas sim por ter sido estabelecido de acordo com um procedimento democrático<sup>150</sup>. Tal argumento é utilizado como uma resposta ao agigantamento do Estado Social e suas repercussões paternalistas ou supressoras das liberdades individuais<sup>151</sup>.

A percepção de HABERMAS, quanto a esse particular, divide-se em duas órbitas distintas: a primeira propõe-se a examinar o procedimentalismo ante a peculiaridade específica da realização de direitos subjetivos dos cidadãos em uma sociedade democrática, e a segunda indaga sobre as condições de possibilidade da elaboração e manutenção da imagem do Estado democrático de direito.

---

<sup>147</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Vol II, pp. 28-29.

<sup>148</sup> NEVES, Marcelo. Do Consenso ao dissenso: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In Sousa, Jessé (org.) Democracia Hoje – Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: EDUNB, 2001, pp. 111-163 (p. 112).

<sup>149</sup> Idem, ibidem, p. 112.

<sup>150</sup> NEVES, ibidem, p. 119.

<sup>151</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Vol. II, p. 170.

Na abordagem inicial, o autor centra seu foco na possibilidade de superar o paternalismo do Estado Social<sup>152</sup>, mas em tal perspectiva não se filia ao entendimento dos direitos subjetivos segundo o molde liberal individualista.

Nesse particular, pondera que a eficácia social dos direitos tem seu grau de irradiação aumentado na mesma medida da capacidade de mobilização dos atores sociais. Tal mobilização depende de diversas variáveis, todas ligadas à possibilidade de inserção desses indivíduos como partícipes dos respectivos fluxos de comunicação que potencializem suas vozes<sup>153</sup>.

É inegável, no entanto, que ao largo dessa mobilização desenvolvem-se políticas compensatórias de proteção jurídica, justamente com o propósito de otimizar o processo de inclusão social acima apontado, que tem por escopo fomentar o próprio conhecimento do Direito.

Assim, mostra-se imprescindível a elaboração de “uma política compensatória de proteção jurídica, apta a fortalecer o conhecimento de direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carentes de proteção”<sup>154</sup>, fazendo-se notar, ainda, o caráter solidário desse “aumento de capacidade” da articulação social pelos direitos subjetivos<sup>155</sup>.

Essa articulação solidária se perfaz, no âmbito da teoria do discurso, por intermédio de “processos e pressupostos de comunicação”<sup>156</sup> que levam inexoravelmente a resultados racionais. Tal aspecto de racionalidade se faz presente no momento em que os sujeitos de direito são tratados segundo os moldes do princípio da igualdade, e, nessa medida, o paradigma procedimentalista habermasiano pretende ponderar,

---

<sup>152</sup> Idem, ibidem, p. 149.

<sup>153</sup> Idem, ibidem, p. 149.

<sup>154</sup> Idem, ibidem, p. 149.

<sup>155</sup> Idem, ibidem, p. 151.

<sup>156</sup> Idem, ibidem, p. 153.

caso a caso, “se e em que condições o tratamento jurídico igual das pessoas, privada e publicamente autônomas, exige uma equiparação fática”<sup>157</sup>. Em poucas palavras: tal baliza, ao se posicionar entre a autonomia privada e pública, de um lado, e, de outro, a igualdade de fato e de direito<sup>158</sup>, permite antever as margens entre as quais se dialetizam os critérios significantes dessa mesma igualdade<sup>159</sup>.

É importante ressaltar, em HABERMAS, o reconhecimento de que a tentativa de superar as desigualdades fáticas geradas pelo princípio da liberdade de direito, preponderante no Estado liberal, foi procedida por meio de compensações, pelo Estado de Bem-Estar social, com o intento de garantir uma igualdade de fato sob o prisma da igualdade de direito<sup>160</sup>. O perigo desse estabelecimento de equilíbrio compensatório, no entanto, ocorre justamente quando as regulamentações aptas a assegurá-lo culminam na redução da própria autonomia privada de seus possíveis beneficiários<sup>161</sup>.

Tal é a situação paradoxal dos direitos sociais: a aquisição de direitos, revelada pela equação entre igualdade de fato e de direito, por um lado, ocasiona, por outro, a perda da própria liberdade.

Como desdobramento dessa dinâmica, HABERMAS considera equivocada a feição liberal distributiva dos direitos que, convém frisar, por

---

<sup>157</sup> Idem, *ibidem*, p. 154.

<sup>158</sup> Sabendo-se que, para HABERMAS (*ibidem*, p. 157), “a liberdade de fato mede-se pelas conseqüências sociais observáveis que atingem os envolvidos, resultantes das regulamentações jurídicas, ao passo que a igualdade jurídica refere-se à sua competência em decidir livremente, no quadro das leis, segundo preferências próprias”.

<sup>159</sup> ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy and justice be reconciled? In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 96-97.

<sup>160</sup> Idem, *ibidem*, p. 96-97.

<sup>161</sup> Idem, *ibidem*, p. 97-97.

não serem bens, mas decorrerem de relações [e situações] jurídicas<sup>162</sup>, não são consumptíveis, mas devem ser gozados à medida que puderem ser exercidos sem a supressão dos direitos alheios<sup>163</sup>.

O pressuposto procedimentalista tem em mira a possibilidade de conciliar o exercício de direitos fundamentais, como afirmação da autonomia privada, sem o sacrifício do caráter autônomo que decorre da cidadania. Isto denota a feição (re)construtiva dos direitos fundamentais enquanto afirmação das próprias identidades dos sujeitos constitucionais<sup>164</sup>, em um marco superador do Estado Liberal, mas que não se respalda em um comportamento supressor das liberdades, próprio do Estado Social, tampouco se compatibiliza com o paternalismo, supressor das autonomias individuais, revelado pelo Estado de Bem-Estar.

Decorre de tais ilações a existência de uma relação de complementariedade entre a realização dos direitos fundamentais e a própria imagem do Estado democrático de direito<sup>165</sup>.

Para HABERMAS, portanto, o perigo da afirmação judicial dos direitos subjetivos constitucionais é justamente o de negá-los, pois a concretização de direitos subjetivos sob o signo de um intervencionismo judicial em nada colaboraria para a afirmação legítima do direito, colocando em xeque, por conseguinte, a própria idéia de democracia.

Nesse sentido, a afirmação dos direitos fundamentais, como um momento da atribuição de identidade dos sujeitos de direito, em um ambiente democrático<sup>166</sup>, deve ser respaldada no próprio conceito de cidadania, determinante para a formação da identidade do sujeito constitucional. Ou seja, a democracia deve assegurar as oportunidades

---

<sup>162</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Vol. II, p. 159.

<sup>163</sup> Idem, ibidem, p. 159.

<sup>164</sup> ROSENFELD, ibidem, pp. 17, *passim*.

<sup>165</sup> Idem, ibidem, p. 170.

<sup>166</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. Apresentação do livro de ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 9-13.

suficientes para que todos alcancem as condições materiais minimamente exigíveis no sentido de viabilizar o exercício de seus direitos subjetivos constitucionais<sup>167</sup>, e, nesse sentido, “o exercício da cidadania não pode continuar a ser condicionado à efetividade dessas prestações públicas materializadoras”<sup>168</sup>.

Nessa ótica, a lógica da construção da identidade do sujeito constitucional serviria como uma imunização contra a tutela paternalista estatal que subtrai dos cidadãos o respeito à sua autonomia, e, portanto, à própria cidadania.

Isto denota que o paradigma procedimentalista tem em mira a possibilidade de garantir os critérios democráticos de institucionalização dos procedimentos comunicativos necessários à manutenção de um modelo de sociedade de cidadãos que, ao exercerem suas prerrogativas constitucionais, passam a laborar contra as pretensões repressivas da tutela paternalista do Estado<sup>169</sup>. Nessa medida,

...a lógica da divisão dos poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo.<sup>170</sup>

Cabe, pois, à legislação, orientar-se reflexivamente, inclusive com a atribuição de proceder ao controle de suas próprias atividades, em

---

<sup>167</sup> Idem, ibidem, p. 9-13.

<sup>168</sup> Idem, ibidem, p. 9-13.

<sup>169</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 327.

<sup>170</sup> Idem, ibidem, p. 300.

situação análoga ao que ocorre com a jurisdição<sup>171</sup>. Nesse sentido, HABERMAS demonstra uma enorme desconfiança em relação à possibilidade de legitimação democrática do trabalho jurisdicional segundo os critérios do controle abstrato de normas<sup>172</sup>.

Da mesma forma, pretende apartar-se da idéia liberal de que direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos subjetivos de liberdade, suscitados contra o Estado, bem como da percepção da democracia de acordo com um molde excessivamente impregnado por uma feição institucional da *ordem estatal*. O que HABERMAS defende, portanto, é a “auto-organização da comunidade jurídica”, que melhor se identifica com a imagem do Estado democrático de direito.

Nessa linha, em que pese a circunstância do disciplinamento das questões alusivas ao poder social, econômico e administrativo, por parte do Estado de Direito<sup>173</sup>, tal sujeição não pode decorrer de uma visão da Constituição como uma “ordem jurídica global e concreta”<sup>174</sup>, imposta aprioristicamente com a pretensão de moldar a própria vida social, sob pena de colonizá-la.

Ao contrário, por esse prisma, deve ser atribuído à Constituição o papel de delinear os procedimentos políticos necessários ao estabelecimento cooperativo de “condições justas de vida”<sup>175</sup> pelos próprios cidadãos, segundo sua autodeterminação.

Por conseguinte, na vertente proposta pelo procedimentalismo, a atribuição das Cortes Constitucionais, quanto ao controle de constitucionalidade das normas, tem por escopo garantir as condições que

---

<sup>171</sup> Idem, ibidem, p. 301.

<sup>172</sup> Idem, ibidem, p. 325.

<sup>173</sup> Idem, ibidem, p. 326.

<sup>174</sup> Idem, ibidem, p. 326.

<sup>175</sup> Idem, ibidem, p. 326.

viabilizem o exercício da vida social democrática<sup>176</sup>, restando à jurisdição a função de atuar como um autêntico árbitro da legitimidade desses elementos que orientam o mundo da vida.

#### **1.10. Aspectos substanciais do ponto de vista procedimentalista**

Em sua crítica a Jürgen HABERMAS, John RAWLS<sup>177</sup> sustenta que o pressuposto de razoabilidade inserido na teoria procedimentalista traz consigo uma fundamentação substancial não necessariamente assumida na teoria habermasiana. Em verdade, muito embora RAWLS não divirja da possibilidade de existência de uma justiça procedimental pura<sup>178</sup>, sustenta a impossibilidade de subsistência da proposta habermasiana de uma teoria procedimentalista apoiada em si mesma, sem um anteparo deontológico substancial<sup>179</sup>, pois o “núcleo duro” que sustenta a lógica democrática consiste justamente na autonomia dos sujeitos constitucionais. Assim, é a partir de tal imagem que se expressa “a tensão entre facticidade e validade”<sup>180</sup>, que indaga sobre a legitimidade do agir judicial.

Ao assumir que seu próprio conceito de justiça como equidade é essencialmente substantivo, RAWLS<sup>181</sup> chama ainda a atenção para a

---

<sup>176</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. London: Yale University Press, 1998, p. 198-199.

<sup>177</sup> RAWLS, John; HABERMAS, Jürgen. *Debate sobre el liberalismo político*. Trad. Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 2000, p. 133/134.

<sup>178</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piesetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 92.

<sup>179</sup> RAWLS, John; HABERMAS, Jürgen. *Debate sobre el liberalismo político*. Trad. Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 2000, p. 134.

<sup>180</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 134.

<sup>181</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 141.

peculiaridade de que a idéia de legitimidade em que se apóia a tese de HABERMAS é “mais débil”<sup>182</sup> que o conceito de justiça como eqüidade.

Para defender esse posicionamento, RAWLS sustenta que as decisões e leis democráticas são legítimas, não por seus critérios de justiça, mas por terem sido deliberadas segundo um procedimento democraticamente aceito, suficientemente justo apenas diante das circunstâncias e condições sociais reinantes<sup>183</sup>. Afirma, portanto, inexistir uma conexão necessária entre os critérios de justiça e de legitimidade, mas que “em algum momento a injustiça dos resultados de um procedimento democrático legítimo corrompe sua legitimidade”<sup>184</sup>.

Até que ocorra essa corrupção, os resultados de um procedimento democrático são legítimos, sejam eles justos ou não, o que possibilita cogitar-se em um conceito de legitimidade democrática puramente procedimental, não necessariamente conectado à idéia de justiça.<sup>185</sup>

As ponderações de RAWLS espraiam-se ainda a um dos aspectos fundamentais da discussão sobre a legitimidade e a justiça das decisões, justamente o alusivo à interdependência entre estes valores morais e políticos e a realidade que cerca as relações sociais nos ambientes em que tais manifestações são observadas.

Com isto, procura estabelecer uma base para a análise da interconexão entre o grau de desenvolvimento social de uma sociedade, medido pelos elementos que informam sua organização política, bem como seus critérios da legitimidade. A assimetria que resulta dessas observações merece registro: para RAWLS, o critério de legitimidade não está simetricamente referido na relação entre a autonomia da vontade dos cidadãos e a elaboração das normas pelo parlamento; ao contrário, a

---

<sup>182</sup> Idem, ibidem, p. 136.

<sup>183</sup> Idem, ibidem, p. 136.

<sup>184</sup> Idem, ibidem, p. 137.

<sup>185</sup> Idem, ibidem, p. 137.

legitimidade sustentada por HABERMAS pode sofrer variações segundo o grau de (in)consistência de elementos sociais estruturais.<sup>186</sup>

Logo, segundo RAWLS, a elaboração de leis e políticas legítimas dependeria, para HABERMAS, de variáveis como o grau de desenvolvimento de uma dada sociedade, ou do estabelecimento de instituições democráticas bem organizadas. Tal sociedade deveria, portanto, contar com sujeitos sociais esclarecidos, razoáveis e racionais, que certamente articulariam as condições sociais determinantes para a elaboração de leis e políticas predominantemente legítimas. Isto não aconteceria, por certo, em outras sociedades com menor grau de desenvolvimento social e, portanto, de organização política.<sup>187</sup>

Desta feita, muito embora possamos admitir que o intento do procedimentalismo consista em assegurar uma linha de atuação judicial que tem por escopo garantir a contínua (re)construção da idéia de democracia, isto não corresponde a uma crença sobre a possibilidade de pureza procedimental. Também não nos afasta, por isso mesmo, da inevitabilidade da existência de conteúdos substanciais que se manifestam, inclusive, na própria pressuposição de que a Constituição deve salvaguardar tais posturas procedimentais<sup>188</sup>.

Além disto, a compreensão de uma Constituição baseada em critérios puramente procedimentais acaba se enredando em um contexto aporético que revela dupla complexidade. Se de um lado não se mostra razoável a pretensão de afirmar, contra o substancialismo, a idéia de que o procedimentalismo é condição de possibilidade da democracia, sua legitimidade é tão fluida e variável quanto o nível de desenvolvimento social que ela visa a garantir.

---

<sup>186</sup> Idem, ibidem, pp. 136-137.

<sup>187</sup> Idem, ibidem, p. 138.

<sup>188</sup> STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 162.

Em síntese, pode-se concluir que para John RAWLS<sup>189</sup> o escopo do procedimentalismo seria, essencialmente, a manutenção de um sistema jurídico legítimo, mas não necessariamente justo.<sup>190</sup>

Em que pese sua crença no sentido de que a injustiça dos resultados de um dado procedimento democrático legítimo acabe por corromper essa mesma legitimidade, RAWLS afirma que, até ser observado esse ponto de corrupção, os resultados de um procedimento legítimo, quaisquer que sejam, serão sempre legítimos, o que leva à afirmação no sentido de que “a legitimidade permite um certo grau de injustiça que a justiça não permite”.<sup>191</sup>

Convém insistir, portanto, que a visão rawlsiana funda-se em uma assimetria entre os padrões de legitimidade e justiça das decisões políticas democráticas, o que importa em considerar a impossibilidade de aferição de algum critério de justiça pela mera adoção de balizas procedimentais. Assim, muito embora seja admissível a manutenção de expectativas acerca da legitimidade dos procedimentos políticos, sem lançar-se mão de um conteúdo substancial, nenhum procedimento poderia sustentar o conteúdo substantivo da justiça política.

Isto parece ser suficiente para denotar, em RAWLS<sup>192</sup>, a aquiescência com o paradigma procedimental sustentado por HABERMAS, mas fica também asserido, por isso mesmo, que o critério em que se embasa a justiça política não pode ser puramente procedimental, mas pressupõe um caráter essencialmente substancial. Disto resulta a consequência de que a formulação de um critério de legitimidade só pode se embasar em uma estrutura de poder que tem como mote a observância de determinados procedimentos. As afirmações de equidade, no entanto,

---

<sup>189</sup> RAWLS, John; HABERMAS, Jürgen. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona: Paidós, 2000, p. 128-137.

<sup>190</sup> Idem, ibidem, p. 136.

<sup>191</sup> Idem, ibidem, p. 137.

<sup>192</sup> Idem, ibidem, p. 138.

só poderiam subsistir, segundo o molde do paradigma da justiça de RAWLS, desde que inseridos em um contexto substancial.

Essas ponderações certamente autorizam a conclusão de que, paradoxalmente, a afirmação do procedimentalismo, como modelo que sustenta a autonomia dos sujeitos constitucionais, só se mostra possível a partir de um substrato normativo constitucional que o legitime.

A existência desse paradoxo não significa, nem de longe, a eliminação do antagonismo entre o substancialismo e o procedimentalismo. Como adiante se verá, essa tensão entre os pressupostos procedimentais e substanciais da Constituição tem justamente orientado os posicionamentos a favor e contra o ativismo judicial, fornecendo ainda as necessárias críticas ao fenômeno da judicialização da política, com a devida reflexão sobre a efetividade do direito e a preservação da vida social dentro de parâmetros democráticos.

Outra conhecida crítica à tese de HABERMAS consiste na afirmação de Michel ROSENFELD<sup>193</sup> no sentido de que o paradigma procedimental<sup>194</sup> é procedimental apenas num sentido derivativo, e não em um sentido genuíno<sup>195</sup>, e que o procedimentalismo derivativo nada mais é do que uma teoria substancialista com roupagem de procedimentalismo.

Nesse sentido, ROSENFELD afirma que apenas um pluralismo compreensivo pode corroborar o procedimentalismo habermasiano, pois consiste em uma perspectiva que engloba uma concepção particular de

---

<sup>193</sup> ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflexions on Habermas proceduralist paradigm of law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 82-112 (p. 109-112).

<sup>194</sup> *Procedural*.

<sup>195</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 381-452 (p. 404).

bem, a qual requer inclusão e proteção sob diferentes perspectivas, podendo, por isso, ser acomodada pacificamente dentro da política<sup>196</sup>.

Em verdade, para ROSENFELD<sup>197</sup>, o pluralismo compreensivo amolda-se a uma sociedade na qual todas as concepções de bem sejam igualmente englobadas, mas que não tenha nenhuma por dominante. Por isso mesmo, cuida-se de um sistema dinâmico que depende do trabalho concorrente entre movimentos positivos e negativos.

Dentro desse cenário, o procedimentalismo tem um papel negativo importante a desempenhar, pois se mostra vital na luta do pluralismo contra quaisquer defesas demasiadas a normas de primeira ordem que ele englobe. Nessa mesma medida, o procedimentalismo também pode desempenhar um importante papel positivo, desde que possa expor certas iniquidades reinantes em um dado meio social.

Ao considerar que o pluralismo implica uma falta de consenso em relação a normas substantivas, tal manifestação plural parece ser, para ROSENFELD<sup>198</sup>, um promissor aliado da justiça puramente procedimental, e só.

Para melhor compreender o cerne do dissenso ora exposto, adentrando na relação entre pluralismo e justiça puramente procedimental, mostra-se adequada uma distinção entre o que ROSENFELD<sup>199</sup> entende por pluralismo metodológico e compreensivo. Pluralismo metodológico pode ser caracterizado como um autêntico instrumento social que tem por escopo nos prevenir em relação à possibilidade de que uma concepção substantiva de bem atinja uma posição dominante na esfera pública. Já o pluralismo compreensivo denota, como ponto de partida, uma perspectiva substantiva, ao englobar uma concepção particular de bem que requer a inclusão e a proteção de diferentes perspectivas substanciais.

---

<sup>196</sup> ROSENFELD, *ibidem*, p. 110.

<sup>197</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 112.

<sup>198</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 109.

<sup>199</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 110.

Em que pese a afirmação de ROSENFELD no sentido de que o pluralismo compreensivo acaba por repercutir no procedimentalismo, o autor considera ainda que tal manifestação plural, ao se embasar no compartilhamento de normas substantivas, não é compatível com a justiça puramente procedimental<sup>200</sup>.

A importância do debate entre HABERMAS e ROSENFELD sobre o tema da inter-relação entre pluralismo e procedimentalismo, consiste, em verdade, no aprendizado de que a impossibilidade lógico-teórica de sustentação a posições “puramente” procedimentais ou substanciais não enfraquece o argumento de que existem posturas políticas, teóricas ou judiciais, voltadas à adoção dos discursos que nos orientem a uma ou outra direção. Ao contrário, esse debate, a exemplo do que ocorre em relação ao diálogo entre HABERMAS e RAWLS, apenas abre a perspectiva de análise da possibilidade de convivência agonística entre tais posturas ideologicamente divergentes.

---

<sup>200</sup> Não seria, portanto, de se esperar conduta diversa de HABERMAS, a não ser que devolvesse a crítica a ROSENFELD, invertendo o sentido de suas proposições, ao assinalar que o pluralismo compreensivo alvitado por este nada mais é que um procedimentalismo com roupagem substancialista. HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 406-408.

## Capítulo II

### A questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais

The presence of democracy, a separation of powers system, a politics of rights, a system of interests groups and a political opposition cognizant of judicial means for attaining their interests, weak parties or fragile government coalitions in majoritarian institutions leading to policy deadlock, inadequate public support, at least relative to judiciaries, and the delegation to court of decision-making authority in certain policy areas all contribute to the judicialization of politics.

C. Neal Tate

#### 2.1. Judicialização da política e protagonismo judicial

É notória, no cenário mundial, a importância da questão alusiva à politização do direito e à conseqüente judicialização da política.

Tais fenômenos pedem uma análise atual da questão relativa ao “controle normativo”<sup>201</sup> exercido pelo Poder Judiciário nos sistemas democráticos e, certamente, acabam por repercutir, igualmente, nos fundamentos da filosofia do direito e de suas matérias correlatas<sup>202</sup>. Essas mesmas questões jogam o jurista em uma arena árida e tormentosa, ao solicitar novos posicionamentos acerca de princípios centenários na cultura jurídica e política ocidental, como ocorre com os *dogmas* da

---

<sup>201</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

<sup>202</sup> Idem, ibidem, p. 17-42.

separação de poderes e a expectativa acerca da neutralidade política dos órgãos jurisdicionais<sup>203</sup>.

À medida que se nota a expansão do poder judicial em âmbito global, pode-se perceber que tal difusão desse poder é causa e efeito de um crescente ativismo judicial, o qual tem origem na progressiva mobilização política das sociedades ocidentais<sup>204</sup>.

Em verdade, a “judicialização da política” decorre de efeito comparável ao observado no fenômeno da “politização da justiça”. Seu estudo aponta para a análise das peculiaridades inerentes à participação do Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, como, aliás, se encontra delineado no trabalho teórico de Neal TATE e Torbjorn VALLINDER<sup>205</sup>.

Ora, a bem da verdade, a política é judicializada no momento em que passa a se valer de métodos tipicamente jurídicos na solução de suas demandas de cunho político, o que se mostra possível em duas situações distintas. A primeira delas verifica-se a partir da possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas na órbita dos poderes executivo e legislativo. O sistema de *checks and balances* e a constitucionalização de direitos permitem, segundo TATE e VALLINDER, uma adequada visualização desse fenômeno<sup>206</sup>. A segunda decorre da adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do poder executivo e legislativo.

Para TATE e VALLINDER<sup>207</sup> as origens históricas da expansão do poder judicial estão coerentemente conectadas a fatos como o colapso do socialismo real na Europa, bem como a imagem hegemônica, em um

---

<sup>203</sup> Idem, ibidem, p. 17-42.

<sup>204</sup> Idem, ibidem, p. 17-42.

<sup>205</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press: 1995, p. 17-42.

<sup>206</sup> Idem, ibidem, p. 515-522.

<sup>207</sup> Idem, ibidem, p. 515-522.

âmbito global, ostentada pelos Estados Unidos da América. Para os autores, tais peculiaridades podem explicar a influência desse modelo em democracias periféricas, como decorrência de seu crescente influxo no âmbito mundial. Evidentemente, outros fatores afloram como causa desse fenômeno, os quais são visíveis no desenvolvimento dos mecanismos de controle judicial em solo norte-americano.

No Brasil, muito embora seja reconhecida a escassez de estudos acerca da correlação entre o funcionamento dos tribunais e sua repercussão na democracia<sup>208</sup>, sobretudo no âmbito das ciências políticas e do direito, alguns trabalhos testificam, como paradigmas, como a atuação de juízes, advogados e demais atores dos processos judiciais repercutem na vida política da sociedade, influenciando, inclusive, “a formulação e implementação de políticas públicas, a distribuição da riqueza e a definição de identidades sociais”<sup>209</sup>. Nesse contexto, emerge a importância, na órbita da judicialização da política, de uma análise da repercussão política de determinadas decisões judiciais, e, portanto, de como ocorre a interação entre o processo judicial e o sistema da política, notadamente no que se relaciona à adoção de determinadas políticas públicas<sup>210</sup>.

De forma correlata, pode-se indagar sobre a dimensão e a intensidade dos efeitos gerados pela judicialização da política em relação ao trabalho dos juízes, disto se inferindo a importância da questão afeta à responsabilidade democrática destes no que toca ao tema da “concretização dos direitos de cidadania”<sup>211</sup>. Como consequência, a discussão alastra-se para o foro de uma tematização que certamente é

---

<sup>208</sup> CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, 12 (34), junho de 1997, p. 147-156.

<sup>209</sup> Idem, ibidem, p. 147.

<sup>210</sup> Idem, ibidem, p. 147.

<sup>211</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. Rio de Janeiro: ALCEU – Vol. 05, nº 09, pp. 105-113 – julho/dezembro de 2004, p. 110.

essencial nos debates jurídicos respaldados na indagação sobre a compatibilidade desse protagonismo judicial com o constitucionalismo democrático, ou sobre as conseqüências geradas no pressuposto de consenso, ainda que formal, acerca de princípios jurídicos universais, inscritos na história de nossa sociedade.

Essas considerações abrem margem para a análise da criatividade da atividade jurisdicional, na linha do trabalho de Mauro CAPPELLETTI. Em sua obra "Juízes Legisladores?"<sup>212</sup> o autor aborda explicitamente o problema alusivo à possibilidade que o juiz tem de participar da atividade de criação do direito. Suas ponderações partem do pressuposto de que a interpretação do direito traz consigo certo grau de criatividade, que, embora relativa, consubstancia um necessário contrapeso, em uma relação de *checks and balances*, relativamente aos outros ramos do poder estatal<sup>213</sup>. CAPPELLETTI defende um necessário ativismo judicial, indispensável à atividade interpretativa de preceitos normativos, em virtude do caráter "vago, fluido e programático"<sup>214</sup> das normas jurídicas e dos direitos referidos a estas, notadamente no que se refere ao julgamento de questões afetas a interesses coletivos ou difusos<sup>215</sup>.

Tal ativismo não pode ser confundido com atividade legislativa ou executiva, pois, diferentemente destas, o trabalho jurisdicional caracteriza-se pela adoção de uma atitude passiva, tributária de um modelo de procedimento condicionado à iniciativa do autor em levar sua pretensão a um tribunal<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1999, p. 73-74.

<sup>213</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 19.

<sup>214</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 60.

<sup>215</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 60.

<sup>216</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 76.

A importância do trabalho de CAPPELLETTI reside no fato de que não pretende dar uma solução final para a questão do ativismo judicial. O ponto alto de sua tese consiste na afirmação de que o grau de criatividade dos juízes é balizado por complexas situações contingentes...

...de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.<sup>217</sup>

Com efeito, seguindo ditos parâmetros, CAPPELLETTI sustenta que não só o ativismo judicial em excesso pode ser visto como elemento de afirmação de compromissos partidários, pois o mesmo pode ocorrer diante de uma demasiada “cautela conservadora do juiz”<sup>218</sup>.

Finalmente, ao se posicionar criticamente em relação à crença da representatividade plena, que decorre dos sistemas políticos de inspiração liberal, CAPPELLETTI defende uma expressiva participação dos tribunais na realização da representação política democrática, o que pode ser alcançado com a adoção de um amplo acesso ao processo judicial. Tal assertiva é fruto da percepção do autor no sentido de repudiar a noção de democracia como uma mera idéia majoritária, o que é correlato à proposição segundo a qual a elaboração da lei caracteriza um procedimento substancialmente democrático.

Algumas questões podem ser suscitadas a partir da análise do ativismo judicial propugnado por CAPPELLETTI. A primeira delas diz respeito à eventual possibilidade de manutenção de um sistema democrático de inspiração liberal, fundamentado na idéia de separação de poderes, diante da aceitabilidade dessa postura judicial; como

---

<sup>217</sup> Idem, ibidem, p. 92.

<sup>218</sup> Idem, ibidem, p. 92.

conseqüência, a segunda está conectada ao sentido e alcance do ativismo judicial em um sistema que se orienta pelo princípio do *rule of law*<sup>219</sup>; portanto, à identificação da natureza dos argumentos utilizados pelos juízes em suas manifestações judiciais e se essa conduta judicial importa, necessariamente, em discricção, ou seja, se para a consecução desse ativismo é necessária a incorporação, à retórica jurídica, de argumentos extrajurídicos. Assim, a indagação dirige-se também à possibilidade de justificar a validade substantiva de suas decisões. Finalmente, a terceira diz respeito à aceitabilidade de uma visão dirigente do texto constitucional, como critério legitimador de um agir judicial prospectivo.

## **2.2. Os lindes do ativismo judicial**

Pela ordem das proposições acima pontuadas, cumpre investigar se o ativismo judicial propugnado por CAPPELLETTI tem o condão de afrontar, de alguma forma, a manutenção de um sistema democrático liberal que, segundo o senso comum reinante, está respaldado na idéia de separação de poderes.

Evidentemente, vivemos sob a égide de influências marcantes do positivismo legalista, que cria expectativas de neutralidade da atividade judicial, pressupondo a obrigação do juiz em se limitar a aplicar normas jurídicas pressupostas elaboradas por um poder legislativo democrático. Tal construção, no entanto, não responde aos questionamentos acerca da possível efetividade das normas jurídicas, ou, em outras palavras, à possibilidade de observância real de seus preceitos no âmbito da vida social.

---

<sup>219</sup> SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford Press, p. 102-104.

Observe-se, com efeito, que a pretensa “teoria da separação dos poderes”, atribuída a MONTESQUIEU<sup>220</sup>, não se mostra tão clara, como é apregoada em diversos escritos jurídicos e políticos. Em verdade, o Livro XI de seu Espírito das Leis, denominado “Das leis que formam a liberdade política em relação com a constituição”, nada menciona sobre a teoria da separação ou divisão de poderes, como consta em diversas versões e traduções da referida obra<sup>221</sup>.

Para Maurizio FIORAVANTI<sup>222</sup>, o sentido atribuído ao mencionado Livro XI diz respeito ao equilíbrio que deve haver entre os poderes estatais. Assim, seguindo a mesma linha do pensamento de LOCKE<sup>223</sup>, a obra de MONTESQUIEU encontrava-se entre duas perspectivas diametralmente opostas, quais sejam o poder absoluto, despótico, e o poder moderado.<sup>224</sup>

O regime político moderado pressupunha uma Constituição que fosse capaz de manter esses poderes “diferenciados e em posição de equilíbrio”<sup>225</sup>.

Como se sabe, a inspiração de MONTESQUIEU, para a concepção dessas idéias, partiu da observação do sistema político inglês do Século XVIII. Seu escopo foi o de conciliar a liberdade política com o exercício do poder estatal, afirmando que o regime político moderado, ou seja, aquele em que se mostra possível o estabelecimento de freios e

---

<sup>220</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Barón de La Brède et de. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: EdUnb, 1982.

<sup>221</sup> GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Introdução à História do Pensamento Político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 211-235.

<sup>222</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Constitución – De la antigüedad a nestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 97.

<sup>223</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>224</sup> MONTESQUIEU, *ibídem*, p. 185–215.

<sup>225</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 185-215.

contrapesos entre o poder executivo e legislativo, é o que pode, efetivamente, garantir a existência dos direitos individuais.

Nessa mesma linha, a afirmação de três espécies de poder estatal, elencadas no Capítulo VI do Livro XI, como “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil”<sup>226</sup>, sendo este último o “poder de julgar”<sup>227</sup>, não corresponde, seguramente, ao que ficou posteriormente conhecido como fundamento dos estados democráticos de direito, inscrito como tal nas constituições modernas, mas como a “divisão ponderada do poder entre rei, a nobreza e o povo”<sup>228</sup>. Não representou, ademais, justificativa histórica para a afirmação de poderes “independentes”, mas afirmou a divisão e o equilíbrio entre os três distintos modos de afirmação do poder público. Não pretendeu, em absoluto, naturalizar uma divisão de poderes isolados, mas sim proporcionar a combinação de potências<sup>229</sup>,

---

<sup>226</sup> Idem, ibidem, p. 187.

<sup>227</sup> Idem, ibidem, p. 187.

<sup>228</sup> GRIESBACH, ibidem, p. 232.

<sup>229</sup> Aqui é conveniente reiterar a célebre advertência de ALTHUSSER a respeito desse tema: “Contentando-se em revelar, sob as aparências míticas da separação dos poderes, a operação real de uma divisão dos poderes entre diferentes forças políticas corre-se o risco, parece-me, de alimentar a ilusão de uma divisão *natural* que se explica por si e responde a uma equidade evidente. Passamos dos poderes às potências. Mudaram os termos? O problema continua o mesmo: trata-se sempre de equilíbrio e de divisão. Este é o último mito que desejaria denunciar. O que pode esclarecer o significado desta divisão e de seus pressupostos é, bem entendido, o facto de em MONTESQUIEU se tratar de combinação de potências e não de separação de poderes, de se examinar quais são entre todas as interferências possíveis de um poder sobre outro, entre todas as combinações possíveis dos poderes entre si, as interferências e as combinações absolutamente excluídas.” ALTHUSSER. Louis. Montesquieu a política e a história. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1977, p. 135.

passíveis de determinação de suas possibilidades ou exclusões<sup>230</sup>. Não afirmou a “separação dos poderes no sentido jurídico”<sup>231</sup>, mas lançou as bases para a fundamentação de um equilíbrio dos próprios poderes sociais, tendo como *telos* a consolidação da liberdade em seu sentido político<sup>232</sup>.

Foram as revoluções americana e francesa, no final do Século XVIII, que promoveram uma radicalização do conceito de separação das diferentes funções do poder estatal, na mesma proporção em que se observava uma revolução no conceito de soberania. A partir da afirmação da soberania do povo, a separação dessas funções passou a significar, a um só tempo, uma eficaz imunização contra os perigos do totalitarismo despótico e, como conseqüência, a possibilidade de afirmação de direitos subjetivos em face do Estado, à vista de sua constitucionalização, por meio de um procedimento político democrático.<sup>233</sup>

Por outro lado, como traço indelével da modernidade, a mencionada separação representou, sobretudo, a aceleração de um processo de diferenciação funcional do direito segundo as prescrições de uma positividade que, assumindo a condição de aquisição evolutiva da sociedade<sup>234</sup>, propiciou a criação de estruturas de expectativas de

---

<sup>230</sup> Para ALTHUSSER (ibidem, p. 136) excluem-se as combinações em duas circunstâncias, quais sejam, quando o legislativo se imiscui nas funções do executivo ou quando o executivo adentre nas atribuições do judiciário. Neste último caso cairia a monarquia no despostimo.

<sup>231</sup> GRIESBACH, ibidem, p. 233.

<sup>232</sup> Idem, ibidem, p. 233.

<sup>233</sup> MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito - A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como paramount Law. Brasília: Revista de Informação Legislativa. n. 172, out./dez. 2006.

<sup>234</sup> CORSI, Giancarlo. Sociologia da constiuição. Tradução de Juliana N. Magalhães. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 39, jan./jun. 2001, p. 03.

comportamento<sup>235</sup>, fortalecendo a semântica dos direitos subjetivos como autêntico atributo dos sujeitos<sup>236</sup>.

Não há dúvidas de que os lineamentos modernos que margeiam a distinção entre a política e o direito embasam-se na perspectiva histórica de legitimação da resistência aos excessos do poder estatal. Essa tematização, que decorre da teorização da sociedade política empreendida originalmente pelos pensadores tomistas, passa necessariamente pela definição dos direitos dos sujeitos como poderes, a partir do desenvolvimento da teoria de Guilherme de OCCAM e seus seguidores e, posteriormente, por Jacques ALMAIN e John MAIR, e também por Francisco SUÁREZ. O núcleo dessa afirmação, que ganhou força a partir da segunda metade do Século XVI, foi constituído a partir da redefinição do conceito de *ius* que, para SUÁREZ, além de denotar “apenas o que é certo”<sup>237</sup>, passou a significar...

...uma certa capacidade moral que todos possuem – uma capacidade que permite justificar a participação em certos tipos de ação normativa. Assim, *ius* não diz respeito somente a “justeza”, mas também a “direitos”, no sentido de ter-se direito em relação a determinada coisa.<sup>238</sup>

Tal proposição teve uma enorme influência na teoria política de SUÁREZ que, a partir da concepção subjetiva dos direitos, afirmou que os

---

<sup>235</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Bari: De Donato, 1979, p. 9-15.

<sup>236</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco – Vínculos com o Futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 101-102.

<sup>237</sup> SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 452.

<sup>238</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 452.

súditos de um governo tirânico têm “o direito de resistir à sua autoridade”<sup>239</sup>.

Segundo Niklas LUHMANN<sup>240</sup>, essa questão da resistência é central para a compreensão da tensão entre os sistemas do direito e da política, uma vez que seu histórico estabelecimento constitui premissa no sentido de legitimar a resistência contra os excessos do poder político.

Com efeito, o fechamento operacional dos sistemas do direito e da política corresponde à própria democratização da política e à positividade do direito, como fenômenos reciprocamente considerados<sup>241</sup>. Convém lembrar, nesse sentido, que a democratização da política cria demandas jurídicas de proteção dos indivíduos, notadamente em face dos direitos constitucionalmente assegurados<sup>242</sup>. É inegável, mesmo assim, que o direito e a política, enquanto sistemas operacionalmente fechados, orientam-se por códigos próprios, os quais, embora sujeitos a irritações e interferências recíprocas e simultâneas – todavia não sincrônicas<sup>243</sup> –, estão respaldados na idéia de clausura autopoietica, a denotar a impossibilidade de transgressão dos códigos dos sistemas considerados<sup>244</sup>.

A diferença entre os referidos códigos fica evidente ao considerarmos que a política rege-se por critérios de poder hierárquico, inseridos na estrutura burocrática do Estado e no binômio governo/oposição<sup>245</sup>. Com efeito, para LUHMANN...

---

<sup>239</sup> Idem, ibidem, p. 453.

<sup>240</sup> LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Trad. Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 361.

<sup>241</sup> Idem, ibidem, p. 364.

<sup>242</sup> Idem, ibidem, p. 364.

<sup>243</sup> LUHMANN, Niklas. Acoplamientos Estructurales. In: LUHMANN, Niklas. El derecho e la sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: 2005 Editorial Herder, 2005, p. 351-407.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 357.

<sup>245</sup> LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de Bienestar. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 57.

...The schema government/opposition becomes the 'form', the 'code' of political system in the sense that the form has an internal side and the code has a positive, connective side, where the action is. But the inner side of the form is only what it is because there is the other side where alternatives are available.<sup>246</sup>

Quer parecer curial, nesse particular, que a política, ao se confrontar com um contexto altamente complexo, tem em seu código os vetores decisórios para um posicionamento acerca da escolha das matérias a serem tratadas, o momento da decisão e a articulação do necessário acordo e de consenso<sup>247</sup>, suficiente e possível, alcançado por meio de coalizões que legitimem suas operações intra-sistêmicas.

O direito rege-se por uma programação condicional, em uma relação se/então, a qual se perfaz pela possibilidade de aplicação de preceitos jurídicos do tipo "se *a*, então deve ser *b*"<sup>248</sup>. Esta operação realiza-se segundo a lógica da dupla negação do *non liquet*, princípio segundo o qual o juiz não está autorizado a não decidir.

Essa sofisticada co-relação entre sistemas determina, de forma recíproca, a democratização da política e a positividade do direito. Logo, a clausura operacional do direito e da política consubstancia um pressuposto indispensável para a existência de um regime democrático, pois, a partir dessa interferência recíproca, a Constituição passa a ser significada por um sentido político e um sentido jurídico<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> LUHMANN, Niklas . Law as a Social System, p. 367.

<sup>247</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>248</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Trad. L. Legaz y Lacambra. México: Editora Nacional, 1957, p. 66.

<sup>249</sup> LUHMANN, Niklas. Acoplamiento Estructurales. In: LUHMANN, Niklas. El Derecho e la Sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005, p. 351-407 (p. 390).

Firmados esses lineamentos, cumpre destacar que o ativismo proposto por CAPPELLETTI não se respalda em uma teoria que tenda a abolir o princípio ou pretenda superar o paradigma do *dogma* da separação dos poderes.

A associação da assertividade judicial, denominada de ativismo, no que se entende com a interpretação de normas jurídicas, deve ter em mente que o problema do direito, a partir de meados do Século XX, não está mais conectado aos discursos elaborados no Século XIX e que ficaram conhecidos como “jurisprudência dos conceitos”, tampouco deve ser vista como o voluntarismo que dominou o cenário a partir das proposições do Movimento do Direito Livre.

Segundo Karl LARENZ, a “discussão metodológica atual do direito<sup>250</sup>” está ainda fundamentada na questão da passagem da jurisprudência dos interesses à jurisprudência de valoração.

O termo *ativismo*, nesse contexto, não denota *militância política* ou *ideológica*, que são apenas os sentidos possíveis que lhe são coloquialmente atribuídos, mas aponta, em termos filosóficos, para uma primazia da ação.

Como sabido, a tese de Friedrich MÜLLER a esse respeito está respaldada na afirmação segundo a qual o texto da norma é apenas um ponto de partida mediante o qual determinado problema jurídico é resolvido. A decisão, nesse sentido, deve apenas guardar compatibilidade com o texto, que constituiria baliza da concretização possível<sup>251</sup>.

Ao proceder à distinção entre o domínio e o programa da norma, como uma dialética entre fatos que compõem a realidade da vida<sup>252</sup> e o preceito normado, o qual se consubstancia em uma pauta ordenadora

---

<sup>250</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Trad José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 162.

<sup>251</sup> MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Trad. Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30-34

<sup>252</sup> Idem, ibidem, p. 47.

obtida no decurso da interpretação do texto da norma<sup>253</sup>, MÜLLER esclarece seu entendimento de que a norma, que está na lei, demanda, para sua aplicação, uma necessária intermediação do juiz no sentido de clarificar e determinar o seu sentido.

A distinção entre os sistemas da legislação e da jurisdição não se resume, portanto, à determinação de funções de produção e aplicação de regras jurídicas, respectivamente, em sentido estanque. Em verdade, o que afirma a distinção das operações realizadas em ambos os sistemas é que seus códigos demarcam as condutas levadas a efeito por seus partícipes. O complexo código do sistema do direito se diferencia do código da política, não em virtude da obrigação do juiz em se manter passivo no plano substancial, mas em decorrência, em princípio, do imperativo de sua neutralidade no plano procedimental, a denotar uma atitude de imparcialidade diante das partes<sup>254</sup>.

Estas considerações atestam o acerto das conclusões de CAPPELLETTI, assinaladas acima, sobre a linha distintiva entre as atividades jurisdicional e política, reiterando ser dispensável, para justificar o ativismo judicial, a substituição de uma pela outra. Aliás, o próprio mestre italiano é enfático ao afirmar que cabe ao juiz temperar sua conduta de acordo com as contingências percebidas na órbita de ambos os sistemas acima assinalados, a fim de buscar a neutralidade, que é a marca de sua conduta no processo<sup>255</sup>.

Logo, se aceitarmos ditas premissas, podemos concordar com a afirmação de que a quebra da neutralidade do juiz não se dá apenas diante de seu ativismo, mas pode restar também evidenciada com a manifestação de atitudes conservadoras. Ambos os extremos mostram-se como formas de partidarização do juiz, e, a abstenção do magistrado, por

---

<sup>253</sup> Idem, ibidem, p. 47.

<sup>254</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e Interpretación Jurídica*. Madrid: Technos, 1993, p. 111.

<sup>255</sup> Idem, ibidem, p. 92.

comodismos, inclinações pessoais, timidez ou qualquer característica pessoal sua, diante de situações peculiares da atividade judicante, também consubstanciará uma forma de compromissos políticos com certas tendências dominantes na sociedade, em dados momentos de sua história.

A propugnada neutralidade, assim, demandará, para CAPPELLETTI, uma certa audácia criativa do juiz, um esforço na obtenção do equilíbrio e uma atitude alerta diante das peculiaridades da vida social circundante<sup>256</sup>.

Não se deve atribuir, por conseguinte, uma feição partidária ao agir criativo do juiz pelo simples fato de ser criativo, tampouco confundir a passividade processual – essa bem entendida como a atitude de imparcialidade do juiz – com omissão no âmbito substancial. A lição de Luis Prieto SANCHÍS corrobora tal assertiva, senão vejamos:

Tal vez por ello es corriente encontrar, sobre todo en la literatura más "realista", la expresión "juez-legislador"; una terminología que resulta sin duda expresiva y que, en mi opinión, puede ser aceptada si concebimos la función legislativa en sentido amplio, como proceso de creación jurídica. En términos rigurosos, sin embargo, no parece que la creatividad judicial pueda ser equiparada a la legislativa, y ello no solo en virtud de los principios de supremacía y reserva de ley, cuya virtualidad es al fin y al cabo contingente por más que en los sistemas modernos desempeñe una real eficacia, sino sobre todo por la especial posición que ocupan los jueces y por las características que definen el proceso jurisdiccional.

Creo que este aspecto ha sido estudiado correctamente por CAPPELLETTI: lo que hace que un juez sea un juez Y que un tribunal sea un tribunal, no es su no creatividad y, por tanto, su pasividad en el plano sustancial, sino más bien su pasividad procesal, es decir, la conexión de su actividad decisional con los casos y controversias, y especialmente con las "partes"

---

<sup>256</sup> CAPPELLETTI, *ibidem*, p. 73-74.

que aparecen en tales casos concretos, lo que por su vez exige una actitud de imparcialidad, así como un grado suficiente de independencia.<sup>257</sup>

A atividade jurisdicional só pode se realizar em sua completude, portanto, se os juízes abandonarem uma visão dos fenômenos sociais sob o prisma de um “positivismo legalista estreito”<sup>258</sup>, passando a compreender a atividade criadora da jurisdição e sua responsabilidade enquanto idealizador e concretizador do processo de desenvolvimento do direito<sup>259</sup>. Tal compreensão passa pela observação do fenômeno jurídico segundo um critério de realização contínua do *law in action* e demanda, seguramente, uma posição ativa do juiz ao aplicar e revelar o direito.

Em direção análoga, mas sob prisma distinto, Fábio Konder COMPARATO afirma que a política, no sentido de um programa de ação, consubstancia “uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”<sup>260</sup>, sem olvidar de que cabe ao judiciário “julgar questões políticas”. De fato, é requisito indispensável para a existência de um regime democrático o respeito aos direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário ser estruturado para cumprir a função de garantir a soberania do povo, dirigida à realização desses direitos<sup>261</sup>. Quanto ao mais esclarece:

---

<sup>257</sup> SANCHÍS, Luiz Prieto. Ideología e interpretación jurídica. Madrid: Tecnos, 1993, p. 111.

<sup>258</sup> ESSER, Joseph. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, *apud* LARENZ, ibidem, p. 190.

<sup>259</sup> Idem, ibidem, p. 190.

<sup>260</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 351-352.

<sup>261</sup> COMPARATO. Fábio Konder. O Poder Judiciário no Regime Democrático. São Paulo: Revista Estudos Avançados, vol. 18, nº 51, 2004.

Ao judiciário, segundo entendo, não se haveria de atribuir o poder constitucional de criar políticas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas na própria Constituição ou em lei, ou adotadas pelo governo dentro dos quadros legais.<sup>262</sup>

A par dessas considerações, podemos entender que o ativismo judicial, no sentido de afirmar uma ação para impor a execução de políticas públicas já determinadas pela Constituição e pelas leis, aptas à realização dos direitos fundamentais, realiza-se por meio de uma atividade estritamente judicial, efetivada, portanto, com a utilização do processo. Este, a seu turno, é desencadeado por um remédio jurídico constitucional próprio, devidamente previsto no ordenamento jurídico pressuposto.

Desta feita, é imperioso concordar com Andreas KRELL<sup>263</sup> quando afirma que o Judiciário deve aceitar essa feição mais ativa de seu agir, controlando e exigindo o cumprimento “do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social”<sup>264</sup>. Um Judiciário “intervencionista”<sup>265</sup> que assuma suas responsabilidades legais, controlando a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos à vida social, “exigindo a implementação de políticas sociais eficientes”<sup>266</sup>, o que, embora demandem uma crescente criatividade do julgador, “não o torna um legislador”<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> COMPARATO, Fábio Konder. As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno. In: Revista da Ajuris, n.º 37, Porto Alegre: Ajuris, 1986.

<sup>263</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-55.

<sup>264</sup> Idem, ibidem, p. 54.

<sup>265</sup> Idem, ibidem, p. 54.

<sup>266</sup> Idem, ibidem, p. 55.

<sup>267</sup> Idem, ibidem, p. 55.

Outro aspecto importante da discussão ora examinada consiste em saber se o ativismo propugnado por CAPPELLETTI compatibiliza-se com o princípio do *rule of law*, que está respaldado na assertiva de que as decisões dos juízes devem ser determinadas por um direito a elas preexistente, condição tal que, se observada, pode determinar a possibilidade de proferimento de uma decisão correta a um determinado caso concreto, sem a intervenção do arbítrio do juiz<sup>268</sup>.

Tal predeterminação produz ainda o efeito de estabelecer aos cidadãos as regras básicas de comportamento social, criando expectativas sobre as condutas humanas e as conseqüências que decorrem das obrigações e pretensões criadas em relação aos sujeitos de direito. Demais disto, o que garante o princípio do *rule of law* é a prévia determinação de direitos subjetivos básicos, os quais devem ser observados pelo legislador e pelos tribunais, sendo considerados verdadeiras condições de existência de uma Constituição democrática.

Para Cass SUNSTEIN<sup>269</sup>, o princípio do *rule of law* é orientado por normas jurídicas consistentes e determinadas, devidamente diferenciadas quanto aos seus momentos de elaboração e de aplicação.

Isso se explica pelas determinações históricas de seu processo de criação, diretamente conectadas a dois eventos de magnitude, como o desenvolvimento dos *estatutes* no direito inglês e, posteriormente, o conceito, em evolução, da *constitutio*, emergente da experiência revolucionária norte-americana<sup>270</sup>. Tais fenômenos foram fundamentais para a afirmação do moderno constitucionalismo como imposição de limites ao poder.

---

<sup>268</sup> SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford Press, p. 102.

<sup>269</sup> SUNSTEIN, *ibidem*, p. 102/106.

<sup>270</sup> ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In Rosenfeld M. (ed.) *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy – theoretical perspectives*. London: Duke University Press, 1998, p. 3.

### 2.3. Discrição e ativismo

Partindo-se do pressuposto de que as ponderações de Mauro CAPPELLETTI acerca da discrição do Juiz têm em conta uma justificada responsabilidade do julgador ao eleger suas escolhas, é inegável o acerto da conclusão no sentido de que a conduta do magistrado é matizada por elementos de apreciação relativos a valores e balanceamentos. Estes, ao seu turno, serão sempre orientados de acordo com critérios práticos e atentos às implicações morais dessa escolha<sup>271</sup>.

No âmbito das possibilidades discursivas dos magistrados, é inegável também que o apelo aos argumentos da lógica abstrata ou da análise lingüística puramente formal, acaba cedendo, muitas vezes, ao uso de linhas argumentativas mais diversificadas, com acesso aos temas afetos à política, economia, história e outras matérias afins<sup>272</sup>. Não se pode afastar a ligação entre a discrição e a ação intencional de escolha desses parâmetros, sendo aqui conveniente estabelecer as devidas distinções e conexões entre a discrição judicial e o ativismo dos juízes.

A discrição é tema afeto ao poder de escolha dentro de uma determinada ordem normativa e diante das margens impostas por essas mesmas normas pressupostas. A importância da discrição judicial pode ser justificada pelo princípio do *non liquet* e em virtude da indispensabilidade da jurisdição. O tema já foi suficientemente desenvolvido na concepção do direito segundo os moldes do positivismo científico, sendo muito visível nos critérios de integração de lacunas de normas, sobretudo em virtude do desenvolvimento, no direito continental europeu, da Escola Pandectista<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> CAPPELLETTI, *ibidem*, p. 33.

<sup>272</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 33.

<sup>273</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 491-492.

No Direito Administrativo, está bem difundida na doutrina a idéia da discricção já pressuposta “na hipótese ou no mandamento da norma”<sup>274</sup>, no sentido de que a análise dos elementos alusivos ao motivo e ao objeto do ato administrativo “pode conter juízos discricionários”.<sup>275</sup>

A discricção é preponderante ainda na densificação de conceitos jurídicos indeterminados, em virtude da textura aberta da linguagem jurídica, uma vez que a atividade judicante contém, em si, uma acentuada carga de criatividade, no sentido de produzir o ato jurídico “dentro da moldura da norma jurídica aplicanda”<sup>276</sup>.

Sobre esse tema, a doutrina de Herbert HART<sup>277</sup> preconiza que os casos de ocorrência de indeterminação ou incompletude das regras de direito devem ser solucionados com recurso à discricção judicial<sup>278</sup>. Dessarte, o juiz cria direito para o caso concreto, “em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente”<sup>279</sup>. Nesse particular, HART enfatiza que o juiz, ao apreciar casos não previamente regulados, cria direito e, ao mesmo tempo, aplica o direito posto, na medida de sua adequação às restrições ao seu poder de criação<sup>280</sup>.

---

<sup>274</sup> KRELL, Andreas. Discricionariiedade Administrativa e Proteção Ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004, p. 34.

<sup>275</sup> Idem, ibidem, P. 34.

<sup>276</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: 1976, p. 470.

<sup>277</sup> HART, Herbert. O Conceito de Direito. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 335.

<sup>278</sup> Também a esse respeito: CHUEIRI, Vera Karam. Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 93.

<sup>279</sup> Idem, ibidem, p. 93.

<sup>280</sup> Idem, ibidem, p. 93.

Para Ronald DWORKIN<sup>281</sup>, no entanto, além do problema da ilegitimidade da atividade de criação do direito sem sufrágio dos cidadãos, não há como se defender uma discricção judicial no sentido forte, ou seja, em uma feição claramente legiferante para casos não atingidos pela legislação precedente.

Essa visão, sob o prisma de uma feição normativa dos princípios, tem em conta a possibilidade de levar-se a efeito a discricção judicial somente para o caso de tratar-se de sua feição fraca, ou seja, para aquelas hipóteses em que a decisão verse sobre situações jurídicas intrincadas, a demandar um raciocínio jurídico complexo, no sentido de buscar uma resposta jurisdicional correta<sup>282</sup>.

A discricção forte, no sentido atribuído por HART<sup>283</sup>, sugere a possibilidade de escolha entre diversas alternativas de ação, quando não existir, pelos critérios normativos precedentes, uma decisão correta para o caso, devendo o julgador proceder como um “legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas crenças e valores”<sup>284</sup>.

A questão objeto de dissenso entre HART e DWORKIN mostra sua importância ao indagar sobre a viabilidade do conceito de indeterminação do direito e de adoção da discricção judicial como forma de remediá-lo. Em verdade, seja na perspectiva de um agir discricionário forte, em virtude da crença na indeterminação do sistema de normas, seja na adoção de uma discricção débil, em decorrência da complexidade dos casos a examinar, a verdade é que o juiz acaba por fazer escolhas.

Ora, as opções de estratégia do agir judicial podem bem ocorrer nas hipóteses de predileção a um, entre os princípios concorrentes levados em conta no procedimento de construção dos silogismos que

---

<sup>281</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-51.

<sup>282</sup> Idem, ibidem, p. 53.

<sup>283</sup> Idem, ibidem, p. 53.

<sup>284</sup> HART, ibidem, p. 336.

orientam sua decisão, e que são frutos da dialetização própria ao processo, pois pode haver a possibilidade de que dois ou mais princípios contraditórios tenham igual dimensão normativo-constitucional. Inexiste, por certo, um critério minimamente plausível de prefiguração dos pesos que os respectivos princípios possam ter quando da averiguação do caso concreto. Tal modelo seria justificável somente diante de uma homogeneidade de princípios e valores, compatível com um molde de objetivismo moral que, para nós, afigura-se completamente inadmissível.

As precisas lições de Marina Gascón ABELLÁN corroboram tais assertivas, ao afirmar que os sistemas jurídicos são uma “produção normativa muito dilatada no tempo”<sup>285</sup>, e que, por isso mesmo, “são fruto não de uma, mas de muitas políticas jurídicas contrastantes entre si”<sup>286</sup>, determinantes da incorporação, no sistema de normas, de “uma grande quantidade de princípios e regras incompatíveis”<sup>287</sup>, mostrando-se insustentável a crença no sentido de que apenas o critério estabelecido por uma linha doutrinária política tenha a idoneidade de justificar a aplicação de regras e princípios subsistentes em um sistema altamente complexo.

O certo é que não existe, na Constituição, uma meta-regra que imponha aprioristicamente o modo de proceder a essas escolhas e, nesse ponto, é inegável, em princípio, o acerto da percepção de HART<sup>288</sup>: o juiz acaba agindo, eventualmente, como um “legislador consciencioso” ao efetuar suas escolhas. Esse agir, que é próprio ao trabalho jurisdicional, não o desnatura, da mesma forma que o exercício de certas atividades

---

<sup>285</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid: Tecnos, 1993, p. 25.

<sup>286</sup> Idem, ibidem, p. 25.

<sup>287</sup> Idem, ibidem, p. 25.

<sup>288</sup> HART, ibidem, p. 338.

próprias ao legislativo, pelo executivo, por exemplo, não o descaracteriza enquanto tal, tampouco quebra a legitimidade do regime democrático<sup>289</sup>.

Diante da ausência desses critérios constitucionais conformadores das escolhas principiológicas resultantes em uma determinada linha argumentativa de uma decisão judicial, poder-se-ia muito bem cogitar a possibilidade de que dois ou mais juízes, que encarnassem a figura heróica de Hércules, pudessem chegar a decisões diametralmente opostas em certas circunstâncias, ante a análise de uma mesma situação fática<sup>290</sup>.

Demais disto, a réplica de HART<sup>291</sup> fundamenta-se na afirmação de que, para DWORKIN, a discricção judicial daria azo a uma forma de criação de direito antidemocrática e injusta, pois “os juízes não são, em regra eleitos e, em uma democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito”<sup>292</sup>.

O principal argumento de HART contra essa proposição de DWORKIN, no entanto, afirma que o fato de ser confiados aos juízes os poderes de criação do direito para resolver os litígios que o próprio direito não consegue regular...

...pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo

---

<sup>289</sup> Idem, ibidem, p. 338.

<sup>290</sup> Idem, ibidem, p. 338.

<sup>291</sup> Idem, ibidem, p. 299-339.

<sup>292</sup> Idem, ibidem, p. 338.

constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controlo residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadores que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão legislativo democraticamente eleito pode encontrar-se na situação de não poder modificar um acto de legislação judicial. Então, o controlo democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar pela consagração de limites jurídicos ao poder político<sup>293</sup>.

A discricção e o ativismo judiciais estão, ambos, voltados à realização de um *telos* específico e denotam a possibilidade de escolhas, as quais orientam o agir judicial, permanecendo tais elementos umbilicalmente conectados. A discricção é orientada por uma linha de ação que abre o horizonte de possibilidades de adoção de certas condutas. O ativismo pode ser descrito, outrossim, como o *animus* que serve de motor para essa mesma ação, a qual se contrapõe à neutralidade, ao quietismo<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> HART, *ibidem*, p. 338-339.

<sup>294</sup> O termo é aqui utilizado, com a extensão semântica que lhe deu Bárbara Herrsntein SMITH (*Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea*. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 2002, p. 31, *passim*), para “evocar presumidas conseqüências politicamente debilitantes de uma rejeição do objetivismo, que, segundo se supõe, se recusaria a realizar juízos válidos, teria uma inclinação a não tomar partido em questões de ética política, e, conseqüentemente, apoiaria (ou, na fase corrente, seria “cúmplice” de) todos e quaisquer regimes atuais”.

O ativismo se perfaz, nesse contexto, pela ação que gera inquietude, propiciando, segundo a retórica política corrente, a tomada de partido em questões éticas e políticas segundo juízos válidos e se posicionando, objetivamente, sobre os critérios orientadores de sua conduta<sup>295</sup>.

Em que pesem as diretrizes criativas da retórica política não objetivista, bem como a possibilidade de que seus argumentos produzam persuasão<sup>296</sup>; considerando ainda as dúvidas que são invariavelmente suscitadas quanto às pretensões da objetividade, com suas verdades auto-evidentes, universais e transcendentales<sup>297</sup>, não podemos olvidar que a perspectiva de fundamentação da descrição e do ativismo judicial, em um molde objetivo, não afasta o imperativo de que as decisões dos juízes devem ser determinadas no âmbito mesmo do direito. Assim agindo, pretendem a elaboração de uma decisão objetivamente correta a um determinado caso concreto, sem, portanto, cogitar-se na atuação arbitrária do juiz.

Por conseguinte, dentre as várias escolhas possíveis em seu agir judicante, o magistrado acaba por optar por uma linha de atuação ativa ou passiva, diante de seu maior ou menor empenho em acelerar transformações sociais<sup>298</sup>. O ativismo proposto por CAPPELLETTI, embora consista em uma escolha que pode potencializar ou frear ditas transformações, não corresponde necessariamente a um agir arbitrário, voluntarista, tampouco afronta os lindes do trabalho jurisdicional segundo os critérios do *rule of law*.

Podemos obtemperar, portanto, que a defesa da criação judicial do direito e a ênfase em uma postura ativista por parte do juiz, presente

---

<sup>295</sup> Idem, ibidem, p. 36-37.

<sup>296</sup> Idem, ibidem, p. 37.

<sup>297</sup> Idem, ibidem, p. 63

<sup>298</sup> GARAPÓN, Antoine. O Juiz e a Democracia – O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 56.

no pensamento de CAPPELLETTI, não significa uma ruptura com os critérios de posituação do direito que nos foram legados historicamente e que estão fundamentados na primazia da Constituição.

Aliás, CAPPELLETTI defende, com esses argumentos, a possibilidade de afirmarmos a viabilidade de uma sociedade democrática diante uma postura contra-majoritária, que assimile os conceitos de participação, tolerância e liberdade, possíveis desde que tivermos um judiciário “razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria”<sup>299</sup>, ou seja, um poder suficientemente “ativo, dinâmico e criativo”<sup>300</sup>, necessário para a manutenção do equilíbrio das forças sociais, tanto que seja capaz para assegurar “a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos”<sup>301</sup> ou funcionar como critério de equilíbrio em relação ao exercício de outros poderes sociais não estatais.

#### **2.4. Ativismo, passivismo e historicismo**

A primazia da Constituição, sob um prisma contra-majoritário, está corroborada também na percepção de Luiz Werneck VIANNA<sup>302</sup>, com atenção ao trabalho de Ronald DWORKIN. Tal perspectiva mostra-se claramente referida na distinção entre as características do agir dos legisladores, que são embalados pela vontade política da maioria, e a necessária independência dos juizes diante desse quadro. Nesse ponto, é necessária a abordagem analítica proposta por DWORKIN acerca do historicismo e do passivismo judicial, diante da vontade da maioria.

---

<sup>299</sup> CAPPELLETTI, *ibidem*, p. 107.

<sup>300</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 107.

<sup>301</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 107.

<sup>302</sup> VIANNA, Luiz Werneck (*et alii*). *Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 35.

O juiz historicista seria, para DWORKIN, demasiadamente crédulo em relação às possibilidades de alinhar a atual interpretação do texto constitucional às “intenções históricas dos pais fundadores” da Constituição norte-americana<sup>303</sup>, sendo que o passivismo é visto como uma atitude obsequiosa dos juízes diante das decisões dos outros poderes do Estado<sup>304</sup>. Enquanto que o magistrado passivista encontra grandes dificuldades em se opor à decisão dos legisladores, invariavelmente motivadas pelas intenções da maioria votante<sup>305</sup>, o historicista desconsidera o contexto histórico atual no âmbito hermenêutico.

Levado às últimas conseqüências, o passivismo terminaria por impossibilitar aos indivíduos a afirmação de seus direitos contra a maioria, o que, na visão de DWORKIN, não condiz com a tradição constitucional norte-americana<sup>306</sup>, e, certamente, não se compraz com a orientação liberal e democrática assimilada pelas culturas de todo o ocidente.

O historicismo, da mesma forma, redundaria em uma visão estreita das possibilidades hermenêuticas do texto constitucional, mostrando-se imprestável para nos revelar o sentido de seus preceitos normativos.

DWORKIN não adere à idéia do ativismo judicial, que, diferentemente da orientação adotada por CAPPELLETTI, é associada, em sua obra, a uma espécie de voluntarismo, ou seja, “uma forma virulenta de

---

<sup>303</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 430.

<sup>304</sup> Idem, ibidem, p. 442.

<sup>305</sup> Com efeito, para DWORKIN, “os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com uma excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem”. Ibidem, p. 449.

<sup>306</sup> Idem, ibidem, p. 451.

pragmatismo jurídico<sup>307</sup> em que o juiz daria as costas ao texto da Constituição, bem como ao contexto histórico em que se deu sua promulgação, deixando também de observar as decisões anteriores proferidas pela Suprema Corte ou as tradições políticas de uma referida sociedade<sup>308</sup>.

Como alternativa à sua visão de ativismo e diante do cuidado para não cair em uma postura historicista ou passiva, DWORKIN utiliza o conceito de direito enquanto integridade. Essa diretriz, por certo, se abre às tradições e à cultura política de uma dada sociedade, ao tempo em que nos dota de uma compreensão acerca da equidade, como convém a uma adequada leitura da Constituição.

Tal concepção estaria imune a certos juízos vinculados puramente ao senso de justiça do julgador e tenderia a obter um julgamento “mais apurado e discriminatório, caso por caso”, o qual seria, ainda assim, avesso à tirania<sup>309</sup>. Sua idéia consiste em visualizar a realização do direito segundo a afirmação de princípios revelados em uma sociedade política que se pretende democrática, concretizando-os no momento da decisão.

O império do direito seria, por conseguinte, revelado por uma atitude interpretativa e auto-reflexiva dos tribunais, que se dirige à política em um sentido amplo, e, assim o fazendo, assume uma postura contestadora, construtiva e fraterna, demandando que os cidadãos firmem compromissos com os princípios geradores da sociedade, que se renovam a cada instante.

À vista dessas considerações, fica mais clara a possibilidade de associação do pensamento universalista de CAPPELLETTI à versão do republicanismo cívico afirmada por DWORKIN, no sentido de sustentar uma posição substancial da jurisdição, atribuindo a ela uma função de

---

<sup>307</sup> Idem, ibidem, p. 451.

<sup>308</sup> Idem, ibidem, pp. 451-452.

<sup>309</sup> Idem, ibidem, p. 452.

“equilibrar e harmonizar”<sup>310</sup> os demais poderes, dando ao intérprete a necessária autonomia para declarar, inclusive contra-majoritariamente, a vontade geral implícita revelada pelo direito positivo, em uma comunidade política democrática.

Convém notar, por esse prisma, que a visão de DWORKIN acerca do ativismo, a par de ter sido forjada como uma reação ao posicionamento de HART sobre a discricção judicial, não contraria as idéias de CAPPELLETTI a respeito do tema. A integridade do direito opõe-se, como já visto, tanto às atitudes passivas, quanto aos postulados do historicismo ou do ativismo. Deve ser ressaltado, todavia, que o acentuado grau da divergência entre DWORKIN e HART decorreu da convicção deste sobre os limites do sistema normativo que, como já visto, deixaria certas situações sem a devida cobertura de normas jurídicas, a necessitar de uma atividade criativa dos juízes, com recurso a determinados padrões e razões de decidir “que não são ditados pelo direito”<sup>311</sup>. A obra de HART assume a possibilidade de se lançar mão desses argumentos, acreditando, contudo, em poder evitar arbitrariedades, à vista da possibilidade de justificar suas decisões tendo em conta a utilização de “certas razões gerais”<sup>312</sup>.

Feitas essas observações, fica claro que a ênfase dworkiniana contra o ativismo foi formulada em face de uma específica visão da conduta judicial como exacerbação da atividade dos juízes, fundamentada em uma peculiar percepção do positivismo legalista, disto não se podendo inferir que tenha pretendido açambarcar todos os sentidos do termo. Assim, podemos afirmar que a tese de DWORKIN, estruturada no livro “O Império do Direito”<sup>313</sup>, não teve em mira o ativismo judicial em si, mas uma

---

<sup>310</sup> VIANNA, Luiz Verneck (*et alii*). Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 37.

<sup>311</sup> HART, *ibidem*, p. 336.

<sup>312</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 336.

peculiar visão do ativismo segundo a perspectiva do positivismo legalista de HART.

Quanto às divergências paradigmáticas existentes entre HART e DWORKIN, especificamente no que se refere à crítica a uma postura positivista legalista, a análise da construção teórica dworkiniana pode revelar que sua ênfase na caracterização de uma discricção fraca não se dissocia, com tanta facilidade, dos lineamentos que são próprios ao positivismo jurídico.

É bem verdade que a discrepância existente entre as linhas doutrinárias de HART e DWORKIN refere-se apenas – e isto é importante frisar – à questão da discricionariade judicial em sentido forte. É necessário aqui rememorar que, no atinente aos critérios definidores de uma discricção fraca, qual seja, aquela fundamentada em uma ordem normativa pré-estabelecida e orientada para a colmatação dos vazios de indeterminação deixados pela própria norma, inexistente divergência entre os autores<sup>314</sup>. Não se pode reputar a DWORKIN a postura no sentido de desconhecer a possibilidade do exercício de qualquer espécie de discricção pelo juiz, mas sim a impossibilidade de que este exerça discricção no sentido forte, ou seja, naquelas situações em que o magistrado seria um autêntico criador do direito, por não estar legalmente vinculado a “padrões previamente determinados”<sup>315</sup>.

A tensão entre essas duas posturas, no entanto, fica relativizada diante da compreensão de Robert YANAL, no sentido de que a discricionariade jurídica para HART não teria uma conotação *forte*, mas *moderada*, pois, nesse particular, o juiz julgaria, sempre, diante de certos critérios respaldados em parâmetros de regras aplicáveis ao caso. Para

---

<sup>314</sup> HART, *ibidem*, p. 314.

<sup>315</sup> IKAWA, Daniela R. 2004. Hart, Dworkin e discricionariade, *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 65, São Paulo: CEDEC, p. 61.

YANAL, HART nunca pretendeu afirmar terem os juízes um senso de discricção forte ou que adotariam apenas um senso de discricção fraca<sup>316</sup>.

Ao ponderar sobre a possibilidade de se afirmar um sentido para o termo discricção, YANAL defende que a percepção de HART tem em conta um modelo moderado de discricção<sup>317</sup>, senão vejamos:

If I say to you, 'File these memos. How? Use your discretion, am I only saying, 'I nominate you to do it'? I believe that Hart would grant a 'moderate' sense of discretion to judges: that judges cannot decide hard case just any way (hence they not have strong discretion), but within the parameters of the rules and principles relevant to the case there is a legally unconstrained choice.<sup>318</sup>

Em que pese essa observação de YANAL, ainda remanesce a distinção entre as modalidades de discricção fraca e forte e, bem assim, persiste a indagação acerca da liberdade de escolha que tem o juiz, nos casos de lacunas no ordenamento jurídico, ou de seu dever de decidir de determinada forma, em observância a uma ordem suprapositiva de valores. No que toca ao tema da incompletude das normas jurídicas, a visão de DWORKIN leva em conta a possibilidade de identificar e justificar a aplicação de determinados preceitos jurídicos com o auxílio da moral<sup>319</sup>.

Com efeito, a teorização de DWORKIN acerca das justificações jurídicas, adotadas em casos difíceis tem, certamente, um importante elemento moral. Ao contrário da usual ocultação feita pelos positivistas do uso de argumentos morais, DWORKIN recoloca explicitamente o problema

---

<sup>316</sup> YANAL, Robert J. Hart, Dworkin, Judges and New Law. *The Monist*, Vol. 68, nº 03. Illinois: The Hegeler Institute, p. 388-402. (p. 394-395).

<sup>317</sup> Na visão de YANAL, "HART never intended that judges have a 'strong' sense of discretion. Of course, neither did he intend them to have only discretion in the 'weak' sense either". Idem, ibidem, p. 394-395.

<sup>318</sup> Idem, ibidem.

<sup>319</sup> IKAWA, ibidem, p. 100.

de seu uso a partir, principalmente, da diferenciação existente, no gênero das normas, entre regras e princípios. Mostra-se curial que, nas hipóteses de ocorrência de casos difíceis, havendo conflito entre princípios jurídicos aceitos no sistema de normas, os critérios de justificação das escolhas, feitas pelo aplicador do preceito, levarão em conta a adoção de modos de julgar embasados na moral, ao invocarem valores de justiça e de equidade.

É inafastável, portanto, a constatação de que, para DWORKIN, a partir da adoção desses critérios morais no momento de escolha entre princípios colidentes, não mais se sustenta a possibilidade de distinções entre direito e moral, defendida pelos positivistas.

Além dessa hipótese, HART abre perspectiva para outra possibilidade – ainda que não explícita – de manifestação acerca da viabilidade de utilização de juízos morais em julgamentos jurídicos. Isto se dá justamente na órbita do ponto de vista interno do observador. Com efeito, o âmbito da *afirmação interna* de um dado sistema jurídico é, para HART, a manifestação de quem, “aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o fato de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida”<sup>320</sup>.

Está claro, pois, que o tema afeto à discricionariedade, no que se refere às posturas de HART e DWORKIN, diz respeito explicitamente à indagação acerca do dever legal do juiz em decidir um conflito de determinada forma, mesmo em se tratando de casos difíceis. Essa problemática está certamente referida na questão da completude ou incompletude do sistema de normas, bem como diz respeito ao problema da natureza dos princípios, se jurídica ou meramente moral.

Disto se infere, ainda, que a questão sobre o poder que teria o juiz de elaborar leis para a solução de casos concretos, ou seja, de aceitar, ou não, uma descrição forte em seu agir judicante, passa

---

<sup>320</sup> HART, *ibidem*, p. 114.

necessariamente por uma visão bifásica da interpretação legal. Nesse sentido, após exaurir as possibilidades de aplicação das regras sociais, as escolhas discricionárias de suas linhas de atuação embasar-se-iam em valores cujos critérios seriam explicitados pelo senso comum, ou por aqueles meramente cogitados subjetivamente pelo hermenauta.

Tais escolhas, segundo tal proposição bifásica, não teriam o condão de estabelecer uma ordem de aplicação de princípios vinculantes para casos concretos. Evidentemente, a regra social de reconhecimento<sup>321</sup>, para HART, abrange, além de fatos históricos, também princípios de justiça e valores morais substantivos, não podendo ser tratada como um mero teste de *pedigree*, que se refeririam, para DWORKIN, “não ao conteúdo do direito, mas ao modo e à forma por que são criadas ou adoptadas as leis”<sup>322</sup>, pois, para além dessa questão de *pedigree*, a regra de reconhecimento “pode fornecer testes relacionados não com o conteúdo factual das leis e sim com a sua conformidade com valores ou com princípios morais essenciais”<sup>323</sup>.

É justamente essa ausência de princípios vinculantes que propiciaria a tomada de decisões por meio de um sentido discricionário forte.

Ao seguir uma orientação monista, o Juiz Hércules de DWORKIN estaria comprometido, em uma perspectiva construtiva de seu agir, com a busca de uma análise holística do sistema jurídico, a qual pressuporia seu dever de encontrar os princípios que melhor justificariam esse sistema. Isto viabilizaria sua atuação, não com a adoção de um molde discricionário

---

<sup>321</sup> Para HART, “para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto ‘interno’ para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar”. Ibidem, p. 65

<sup>322</sup> HART, ibidem, p. 321.

<sup>323</sup> Idem, ibidem, p. 321.

em sentido forte, mas sim por intermédio de uma decisão condizente com o direito das partes.

A divergência entre os posicionamentos adotados por HART e DWORKIN, acerca dos critérios de trabalho jurisdicional respaldados, ou não, em uma discricção forte, não abala, todavia, o caráter ativo dos trabalhos de Hércules.

A postura de DWORKIN contra a discricção forte de HART deve ser contemplada com cuidado, para que não se constitua em uma hipótese afirmada contra toda e qualquer conduta não passiva do juiz. Daí porque seria conveniente nos precarmos contra certas generalizações e confusões que possam advir do uso retórico de uma postura não discricionária em sentido forte, que não pode significar a aceitação de proposições estrategicamente elaboradas no sentido de afirmar, contra DWORKIN, o “não ativismo” como passividade.

Decorre de tais ilações a constatação de que o construtivismo de DWORKIN demanda certo grau de assertividade judicial, bem ao gosto da teoria de CAPPELLETTI. Não há dúvidas de que, para DWORKIN, a opção do magistrado, relativamente ao conteúdo ideológico-político e deontológico<sup>324</sup> de sua decisão, importa também em escolhas quanto à sua conduta diante de modelos para a interpretação da Constituição.

Convém insistir que o próprio esforço de DWORKIN, no sentido de delinear os fundamentos para o trabalho do Juiz Hércules, remete-nos ao problema da possibilidade de estabelecimento de critérios para a elaboração<sup>325</sup> das decisões judiciais. Embora o autor seja cético em relação à objetividade da interpretação constitucional, inclina-se pela

---

<sup>324</sup> BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400-403 e 407-410.

<sup>325</sup> Para DWORKIN (O império do direito, p. 292/293), “Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum momento pertinente do passado.”

valoração das “condições favoráveis à reflexão”<sup>326</sup>, sendo inequívoca sua preocupação com o “sentido dos julgamentos interpretativos, morais ou jurídicos”<sup>327</sup> e com o alcance dos argumentos céticos sobre a possibilidade de levar-se a termo uma interpretação bem sucedida diante do caráter desestruturado e desconexo dos julgamentos interpretativos<sup>328</sup>.

A partir desse enfoque, pode-se ver, portanto, a preocupação de DWORKIN com a diminuição da vulnerabilidade dos tribunais, à vista da indeterminação dos critérios utilizados em seus julgamentos, por intermédio da escolha de parâmetros deontologicamente orientados, inclusive como valores necessários à atividade interpretativa<sup>329</sup>, os quais atribuem um peso maior aos direitos indisponíveis em relação aos “bens coletivos e determinações de objetivos políticos”<sup>330</sup>. A elaboração de um modelo construtivista menos vulnerável, nesses moldes, pede, portanto, a atribuição de um sentido deontológico para os direitos indisponíveis que, por deterem “um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos”<sup>331</sup>, determinam que essa orientação seja compatível com um *medium* de entendimento revelado pela teoria do direito<sup>332</sup>.

É justamente esse trabalho atribuído a Hércules o sustentáculo do direito enquanto integridade<sup>333</sup>, possibilitando antever a viabilidade da identificação dos direitos e deveres como algo criado pela comunidade

---

<sup>326</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 258.

<sup>327</sup> Idem, ibidem, p. 261.

<sup>328</sup> Idem, ibidem, p. 263 - 264.

<sup>329</sup> BALKIN, ibidem, p. 400.

<sup>330</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, p. 266.

<sup>331</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Vol. I, p. 265.

<sup>332</sup> Idem, ibidem, p. 265.

<sup>333</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, p. 271-274.

personificada<sup>334</sup>, a própria encarnação de uma vívida “concepção coerente de justiça e eqüidade”<sup>335</sup>.

Em outras palavras: a integridade do direito requer que seja conjugada a aplicação tanto de sua certeza, em um âmbito geral, quanto da justiça, em uma órbita individualizada, pois a idéia ínsita a uma comunidade de princípios tenderá a preservar a forma que garanta, ao lado do bem-estar coletivo, as liberdades e igualdades individuais.

A idéia de direito enquanto integridade pressupõe, assim, que um sistema jurídico, além de consubstanciar um conjunto de regras, preveja ainda a possibilidade de uma “interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>336</sup>, a partir de um critério de verdade fundamentado nos princípios da justiça, eqüidade e do devido processo legal<sup>337</sup>.

O juiz Hércules de DWORKIN está inserido em um contexto ideal, um devir das qualidades e capacidades que ultrapassam as possibilidades médias de um ser humano. É também, por isso mesmo, uma direção e uma expectativa de abertura de horizontes.

O que DWORKIN pretende, em verdade, a partir da associação da imagem do juiz com o mitema de Heraclés<sup>338</sup> é sustentar o caráter heróico de seu esforço de aplicar o direito segundo os critérios da integridade. Pontua, com tal simbolismo, a coragem e a atitude indispensáveis para o bom termo das tarefas que lhe foram democraticamente incumbidas.

DWORKIN não deixa de ter razão. Alguém duvidaria do caráter fantástico das proezas de Heraclés em matar o Leão de Neméia, combater a Hidra de Lerna, capturar a corça de Cerínia ou o javali de Erímanto, subjugar as éguas de Diomedes, buscar o cinto de Hipólita nas longínquas

---

<sup>334</sup> Idem, *ibidem*, pp. 271.

<sup>335</sup> Idem, *ibidem*, p. 272.

<sup>336</sup> Idem, *ibidem*, p. 272.

<sup>337</sup> Idem, *ibidem*, p. 272.

<sup>338</sup> Que é o verdadeiro nome grego do *latinizado* Hércules. Cf. KURY. Mário da Gama. *Dicionário de Mitologia Grega e Romana*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 180-190.

terras das Amazonas e os rebanhos de Gerión, trazer Cérbero do próprio inferno e encontrar os pomos de ouro do jardim das Hespérides<sup>339</sup>?

O mito tem suas regras próprias. Rege-se por representações “policrômicas, variadas e heterogêneas”<sup>340</sup>, mas que não engendra meros caprichos, pois se deixa orientar pelas sendas bem delineadas do “sentimento e do pensamento configurador”<sup>341</sup>.

O mitema de Heraclés estabeleceu, certamente, o sentido da própria imagem do herói. O Hércules de DWORKIN é a representação mítica de um juiz aguerrido, sobremaneira distante do acovardado juiz passivo ou do omissor juiz historicista. A integridade do direito demanda, certamente, capacidade e assertividade para identificar os direitos que foram criados por essa mesma “comunidade personificada”, da qual ele irá extrair sua compreensão acerca da justiça e da equidade<sup>342</sup>. Os trabalhos de Hércules são prospectivos, portanto, ativos.

Evidentemente, a feição construtiva do trabalho jurídico, segundo DWORKIN, parte do pressuposto de que a interpretação feita pelos juristas não pode ficar presa ao contexto das circunstâncias que deram origem às normas, cabendo ao juiz a enunciação de um princípio cuja natureza seja inata ao direito de uma comunidade política organizada democraticamente<sup>343</sup>. A questão que exsurge deste contexto diz justamente sobre a possibilidade de divergência de sentidos acerca das manifestações que tocam ao direito, ficando latente o questionamento sobre como podem ser legitimadas as decisões judiciais.

---

<sup>339</sup> Idem, *ibidem*, p. 180.

<sup>340</sup> CASSIRER, Ernst. *Linguagem e Mito*. 4ª ed. Trad. J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 29.

<sup>341</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>342</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 271-272.

<sup>343</sup> DWORKIN, *Uma questão de Princípio*, p. 3-5.

O recurso ao chain of law<sup>344</sup> representa, para DWORKIN, um critério de explicação fundamentado em uma analogia entre o direito e a crítica literária. Assim, o trabalho consistente nas decisões interpretativas dos juristas formaria um “romance em cadeia”, no qual seus capítulos seriam escritos segundo um roteiro coerentemente elaborado, fiel ao tema central de sua trama.

Caracteriza-se, portanto, um processo contínuo de criação do direito por meio de uma interpretação construtiva, necessária para a solução de casos difíceis. Os juristas estariam limitados aos espaços de ação definidos pelo próprio sistema jurídico, dentro de critérios de coerência definidos no âmbito de sua própria história política. Esse sistema jurídico, composto por regras e princípios, está orientado a conceber, então, a um só tempo, a certeza geral de suas normas<sup>345</sup> e as possibilidades de sua concretização em situações individualizadas, para viabilizar, diante de um determinado caso concreto, convém insistir, a articulação de seus princípios de igualdade e liberdade.

Diante dessas ponderações, podemos ver com mais nitidez, decerto, a conjugação de um “eixo substancialista” formado por CAPPELLETTI e DWORKIN, como defendido por Luiz Werneck VIANNA<sup>346</sup>.

## **2.5. A discricão judicial entre regras e princípios**

Como já visto, DWORKIN investe em uma “feição fraca” da discricão judicial, possível quando a decisão a ser tomada tenha em conta situações jurídicas complexas, a demandar um raciocínio jurídico igualmente complexo, no sentido de buscar uma resposta jurisdicional

---

<sup>344</sup> DWORKIN, O império do Direito, p. 275-277.

<sup>345</sup> Idem, ibidem, p. 320-323.

<sup>346</sup> VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, p. 37.

correta. A orientação principiológica assumida nessa linha de trabalho, embora tenha aparentes pontos de conexão com a visão de Robert ALEXY<sup>347</sup>, não pode ser com esta confundida, pois as significações semânticas adotadas por cada autor, à vista da diversidade dos paradigmas que, respectivamente, orientam seus trabalhos, recomendam cuidado com o uso do termo.

Para melhor delinear essas diferenças, no sentido de afirmar um referencial adequado para justificar a inquietude judicial, sem cair no lado semanticamente obscuro dos termos ativismo e discricção, mostra-se necessária, mesmo que brevemente, a investigação sobre alguns outros traços distintivos acerca destes termos.

O entendimento de ALEXY sobre regras e princípios parte do pressuposto de que os princípios são normas com um alto grau de generalidade, ao contrário das regras que, por serem mais determinadas quanto ao seu conteúdo e elaboradas, conseqüentemente, com a adoção de um modelo exaustivo, possuem um reduzido grau de generalidade<sup>348</sup>. Além dessa distinção, ALEXY propugna que os princípios são normas que têm por objeto ordenar a realização otimizada de algo diante da variabilidade de condições relativamente à realidade fática e jurídica, podendo, para tanto, ser cumpridas em diferentes graus, justamente em virtude da variação dessas circunstâncias. É precisamente a graduação da intensidade da ocorrência de tal variação que permite considerar o princípio um comando de otimização<sup>349</sup>.

ALEXY fundamenta suas assertivas sobre o tema ao tecer diferenciações entre duas formas distintas de elaboração das construções

---

<sup>347</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Gazón. Madrid: CEPC, 2002.

<sup>348</sup> ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, Vol. 16, nº 02, jun. 2003.

<sup>349</sup> PEDRÓN, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. In *Revista CEJ*, Brasília, nº 30, p. 70-80, jul./set. 2005.

acerca dos direitos fundamentais, sendo a primeira delas estreita e estrita (*narrow and strict*)<sup>350</sup> e, a segunda, ampla e extensa (*broad and comprehensive*)<sup>351</sup>. Uma determina a construção de regras e a outra delinea o que o autor concebe por princípios. No âmbito da elaboração estreita e estrita, as normas que conferem direitos fundamentais não guardam significativas distinções em relação a outros preceitos que informam o sistema jurídico, apenas se diferenciando pelo seu lugar hierarquicamente mais alto nesse sistema.

Tais normas tratam, para ALEXY, de direitos “altamente abstratos da maior relevância”<sup>352</sup>, sem, contudo, guardar “qualquer diferença estrutural fundamental” em relação às demais diretrizes normativas que orientam esse sistema<sup>353</sup>.

Em verdade, com tais afirmações, ALEXY assere que as regras definidoras de direitos fundamentais, segundo a visão estrita, têm aplicação como todas as demais, não obstante sua posição privilegiada no sistema jurídico, servindo justamente para proteger “determinadas posições do cidadão abstratamente descritas contra o Estado”<sup>354</sup>.

Diferentemente dessa concepção restritiva, a construção ampla e extensa sobre os direitos fundamentais não se limita à afirmação dessas prerrogativas dos cidadãos contra o Estado, pois assume efetivamente a natureza de uma ordem objetiva de valores, produzindo efeitos irradiantes em todo o sistema de normas, o que dá aos direitos constitucionais uma autêntica aura de ubiqüidade.

Para melhor explicitar estas distinções, ALEXY relata o julgamento levado a efeito pela Corte Constitucional Alemã, envolvendo a

---

<sup>350</sup> ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. Ratio Juris. Vol. 16, nº 02, jun. 2003, p. 131-140 (p. 135).

<sup>351</sup> Idem, ibidem, p. 137.

<sup>352</sup> Idem, ibidem, p. 137.

<sup>353</sup> Idem, ibidem, p. 138.

<sup>354</sup> Idem, ibidem, p. 138.

atitude de Erich Lüth em promover, junto aos profissionais de cinema e o público alemão, o boicote aos filmes produzidos por Veit Harlam após o ano de 1945, em virtude de sua participação na difusão do regime nazista, citando como exemplo o filme *Jud Süß*, que foi, certamente, a mais destacada produção anti-semita do regime nacional-socialista. Ao decidir a questão relativa ao boicote ao novo filme de Harlam, "Amante Imortal", o Tribunal Distrital de Hamburgo deliberou por proibir qualquer manifestação de Lüth nesse sentido, por contrariar o art. 826 do Código Civil Alemão.

A Corte Constitucional, ao examinar o caso, considerou que a incitação ao boicote em exame encontrava-se protegida pela disposição contida na primeira seção do art. 5º da Constituição Alemã, garantidora da liberdade de expressão, pois mesmo tendo incidido uma das cláusulas limitadoras de tal liberdade, qual seja, a incidência, ao caso, do art. 826 do Código Civil (lei geral), seria indispensável, na hipótese, proceder-se a um balanceamento, ou sopesamento dos princípios constitucionais colidentes, no sentido de evitar que regras do Código Civil limitassem direitos constitucionais.

Assim, firmou-se o paradigmático entendimento de que a liberdade de expressão, como princípio constitucional, deveria ter precedência sobre disposições constitucionais concorrentes, denotando-se a natureza ubíqua dos valores e princípios dos direitos constitucionais, os quais desbordariam do entendimento segundo o qual os direitos fundamentais teriam aplicação tão-somente nas pretensões de limitação de poder do Estado em face dos cidadãos.

Isto denota justamente o caráter irradiante que os direitos fundamentais exercem sobre todo o sistema jurídico, decorrendo também, de tal entendimento paradigmático, a evidência de que princípios constitucionais estão sujeitos a colisões, as quais só podem ser solucionadas por uma operação de balanceamento.

Para ALEXY, essas evidências são suficientes para autorizar uma distinção entre um enfoque construído segundo os critérios de balanceamento e outro determinado por subsunção.

Em suma, na visão de ALEXY, princípios são, juntamente com as regras, espécies que compõem o gênero norma jurídica. Tais preceitos principiológicos, no entanto, são determinações de realização de algo segundo a máxima potencialidade determinada pelo que seja atual e juridicamente possível<sup>355</sup>, diferenciando-se qualitativamente das regras, que determinam comandos que se traduzem em ordens positivas ou negativas<sup>356</sup>. Assim, a distinção entre regras e princípios constitui uma diferenciação entre duas modalidades de normas<sup>357</sup>.

O que há de problemático nessa perspectiva é justamente a peculiaridade, já delineada acima, no sentido de que a ponderação de princípios permite que certas normas jurídicas, embora valham para um determinado caso, deixam de ter aplicabilidade para outros. Com efeito, enquanto que as regras são consideradas razões definitivas, embora sujeitas a exceções<sup>358</sup>, os princípios se enquadram na definição de “razões *prima facie*”<sup>359</sup>.

A crítica elaborada por Jürgen HABERMAS<sup>360</sup> a essas ponderações tem como fundamento o fato de que ALEXY colocou no mesmo patamar as razões *prima facie* deontológicas e axiológicas, diante da afirmação de que a compreensão deontológica das normas pode ser

---

<sup>355</sup> ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. Ratio Juris. Vol. 3, September 2000, p. 294-304.

<sup>356</sup> Idem, ibidem, p. 295

<sup>357</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: CEPC, 2002, p. 83.

<sup>358</sup> Idem, ibidem, p. 101.

<sup>359</sup> Idem, ibidem, p. 101.

<sup>360</sup> HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 381-452 (p. 428-431).

concebida da mesma forma com a que decorre dos seus correlativos conteúdos axiológicos<sup>361</sup>. Fica claro, portanto, que o posicionamento de ALEXY tem em conta a ausência de uma distinção rígida entre esses critérios, pois associa a diferença estrutural entre regras e princípios ao seu correspondente nível axiológico, ao conectar a imagem de *norma deontológica* – com suas espécies *regra* e *princípio* – ao gênero *norma axiológica* – com as correspondentes regras de valoração e critérios de valoração. Assim, restaram associadas as *normas* às respectivas *normas de valoração* e os *princípios* aos co-respectivos critérios de valoração (ou valor)<sup>362</sup>.

Ora, na linha do pensamento de HABERMAS, esses critérios de valoração, assim associados aos seus correspondentes deontológicos, fariam ruir o código binário jurídico–antijurídico próprio ao direito, tornando ainda improvável a distinção entre verdade e falsidade. Importariam também na destruição, por conseguinte, da pretensão de validade do direito, que não se compadece com a idéia de sopesamento, a guisa de valores, com seus diferentes graus de prioridades<sup>363</sup>.

Pois bem, considerando que os valores se orientam segundo determinações acerca do que é “bom para nós”, ou “melhor em uma determinada época”, o princípio da igualdade jurídica reduzir-se-ia a um “simples bem dentre outros”, permitindo que direitos individuais fossem sacrificados a finalidades coletivas<sup>364</sup>. Enfim, o tratamento dado por ALEXY às regras e princípios retiraria do direito essa feição diferenciada, que tem como mote a possibilidade de manutenção dos critérios de validade normativa, perdendo-se a possibilidade de justificar essas normas com a adoção de fundamentos juridicamente racionais.

---

<sup>361</sup> HABERMAS, Reply to Symposium Participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law, 428-431.

<sup>362</sup> ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 145.

<sup>363</sup> HABERMAS, ibidem, p. 428.

<sup>364</sup> HABERMAS, ibidem, p. 428-431.

Isto possibilitaria, igualmente, a legitimação de uma elevada carga discricionária para os argumentos adotados em decisões judiciais que, nesta medida, não se diferenciariam de argumentos políticos. Tais ponderações representam, para HABERMAS, uma diminuição da eficácia atribuída aos direitos fundamentais.

Convém investigar, portanto, no seio de uma comunidade aberta e pluralista, da qual emanam princípios, a afirmação de ALEXY no sentido de que princípios e valores diferem-se apenas em que os primeiros têm uma natureza deontológica e, os últimos, caráter axiológico<sup>365</sup>. A questão posta por HABERMAS<sup>366</sup>, nesse sentido, diz sobre o fato de que, para ALEXY, o direito é obrigatório, e, portanto, modelado por princípios, ao passo em que a argumentação jurídica poderia ser modelada sobre valores ao invés de sê-lo sobre princípios<sup>367</sup>.

Como insistentemente já relatado acima, é bem verdade que ALEXY desenvolveu a referida tese como um comando de otimização, o qual encontra lastro em sua posição de que não existem distinções rígidas<sup>368</sup> entre os padrões deontológicos e os axiológicos. Assim, as regras jurídicas devem ser justificadas não só de um ponto de vista moral, mas também diante de finalidades políticas e valores éticos<sup>369</sup>.

Diante desse quadro, insista-se, operar-se-ia uma verdadeira superação dos códigos binários *wright or wrong* ou justo e injusto, em detrimento da apreciação do que é melhor para aquela dada ocasião, orientando-se a decisão de um tribunal em uma ordem concreta de valores, imune à apreciação segundo os argumentos próprios à linguagem jurídica.

---

<sup>365</sup> Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, p. 145-149.

<sup>366</sup> HABERMAS, ibidem, p. 429.

<sup>367</sup> HABERMAS, ibidem, p. 430.

<sup>368</sup> ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's theory of legal discourse. New York: Cardozo Law Review, n<sup>o</sup> 17, p. 901.

<sup>369</sup> Idem, ibidem, p. 902.

A consequência de tal operação é o considerável aumento da discricionariedade do aplicador da norma, aproximando suas atribuições daquelas exercidas pelo legislador que, como se sabe, são fundadas no critério da universalização. Com isso, desvanece a própria possibilidade de justificação das decisões, enquanto decisões judiciais.

Como cada atribuição política do Estado contém determinados limites impostos pelos arranjos comunicativos utilizados no processo legislativo e judiciário, cada qual estruturado segundo uma determinada ordem de princípios e suas co-respectivas lógicas de argumentação, formadoras da usual estrutura dos discursos desenvolvidos por cada um, a superação da diferença entre tais diretrizes discursivas elimina, para HABERMAS, o fundamento de racionalidade para a separação funcional dos poderes, perdendo-se ainda a possibilidade de legitimar essas decisões, pois seus critérios para tanto não são fornecidos na usual estrutura de argumentação adotadas pelos poderes instituídos, devendo-se lançar mão de uma meta-crítica das opiniões judiciais ou da conduta administrativa.

Isto, por certo, mostra a necessidade de transcendência crítica dos fundamentos axiológicos e normativos da constituição histórica do direito, a qual só é possível por uma atividade hermenêutica crítica que, embora não possa nos auxiliar quanto ao fundamento de validade das decisões judiciais, permite a avaliação racional de suas balizas críticas de legitimidade.

Tal perplexidade não atinge o trabalho de DWORKIN que, por não se encontrar submetido a critérios de balanceamento e subsunção, enxerga tal questão em uma perspectiva que ultrapassa os lindes da filosofia da consciência. Sua idéia de superação do passivismo, por não significar a adoção de um “ativismo tosco”<sup>370</sup>, que se embasa apenas nos aspectos valorativos subjetivos do juiz, pede um “julgamento muito mais

---

<sup>370</sup> DWORKIN, O império do direito, p. 452.

apurado e discriminatório”, que pressupõe a avaliação pormenorizada de caso a caso, sem que deixe margens para a tirania<sup>371</sup>.

Tal posicionamento, que refuta a dimensão peculiar de um julgamento subjetivo grosseiro por parte do juiz, não pode ser concebido, particularmente, como a condenação do ativismo, que tem, certamente, conotação muito mais ampla, compatibilizando-se, convém insistir, com uma proposta de um agir judicial mais assertivo.

## **2.6. Discrição e moldura constitucional**

Para Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, a feição principiológica dos direitos fundamentais representa uma espécie de conceito doutrinário básico<sup>372</sup>, possibilitando que todos os seus elementos constitutivos sejam produzidos a partir desse conceito e tornando, assim, bastante abrangente o raio de sua eficácia<sup>373</sup>.

Tal carácter principiológico, no entanto, tem, para BÖCKENFÖRDE, algumas conseqüências importantes, como a alteração da própria função dos direitos fundamentais no sistema jurídico, pois ultrapassa os lindes da compreensão dos direitos constitucionais como algo já referido no sistema de normas e que servem como uma forma de limitação do poder estatal.

Ao transcender esse modelo de garantia de preservação das liberdades clássicas dos cidadãos, o qual tem por escopo garantir a omissão do poder estatal, os direitos fundamentais passaram a alcançar outros campos do direito, no sentido de exigir certas prestações do Estado. Seu carácter principiológico e sua elevada hierarquia no sistema de

---

<sup>371</sup> Idem, ibidem, p. 452.

<sup>372</sup> BÖCKENFÖRDE, ibidem, p. 17-18..

<sup>373</sup> Idem, ibidem, p. 18.

normas dariam a estes uma marca de completude, restando ao balanceamento apenas a tarefa de sua concretização. Assim, todo o sistema estaria referido principiologicamente na Constituição, a carecer, repise-se, de concretização.

As conseqüências vislumbradas por BÖCKENFÖRDE, em relação a um modelo constitucional que vê os direitos fundamentais, em sua feição principiológica, como comandos de otimização, consistem, portanto, na retirada de considerável parcela de autonomia da legislação, a qual se limitaria a declarar o que já fora previamente decidido pelo texto constitucional, situação tal que repercutiria seriamente no processo político democrático, provocando um deslizamento do Estado Legislativo Parlamentar em direção ao Estado Judicial de Jurisdição Constitucional, com sérios prejuízos à democracia legislativa parlamentar, em virtude da transgressão do princípio da separação dos poderes.

No momento em que os direitos fundamentais são vistos diante desse prisma principiológico, a Constituição passa a ser concebida como a fundação jurídica da própria sociedade e, em um âmbito quantitativo, tudo já estaria coberto por comandos ou proibições constitucionais. Em tal dimensão, não restaria espaço para a visualização de uma moldura, que pressupõe a existência de espaços em aberto para a atuação legislativa.

Outra feição cabível para o conceito de fundação ocorre quando a Constituição, a despeito de ter decidido determinadas questões sociais fundamentais, deixa ao arbítrio do legislador espaços em aberto para deliberação. Tal é o conceito qualitativo de fundação, que permite a subsistência da imagem da moldura constitucional.

Tais delineamentos permitem a visualização da idéia de discricção fundamentada nos modelos de moldura e fundação constitucional. A discricção legislativa, nesse contexto, variaria de acordo com a existência ou o alcance de molduras substantivas, alternando o seu grau na mesma medida da ocorrência, maior ou menor, de limitações substantivas

impostas pela Constituição, o que importaria, de igual sorte, na variação dos critérios de defesa dos direitos fundamentais.

Com efeito, as ordenações e proibições constitucionais dimensionam a moldura, ao passo em que as questões não atingidas por essas imposições ficam livres para constituir o objeto das discricões legislativas estruturais, determinando, assim, o espaço que se encontra no interior da moldura.

Além dessa discricão estrutural, que se refere às indeterminações quanto ao possível conteúdo das normas constitutivas de um sistema, ou seja, do que é ordenado ou proibido pela Constituição, há ainda a possibilidade de discricão que decorre da própria indeterminação dos sentidos atribuídos aos preceitos que se encontram no texto constitucional, relacionada à nossa capacidade de compreender estes limites, ou de determinar o âmbito da aplicação de tais preceitos.

Conclusivamente, podemos investigar, no pensamento de ALEXY, como se opera a discricão do legislador diante das molduras procedimentais ou substanciais da Constituição. Ao explicitar os conceitos de moldura e fundação, por dedução das contribuições doutrinárias de BÖCKENFÖRDE e FORSTHOFF, ALEXY<sup>374</sup> demarca um campo de análise da própria criatividade política da legislatura.

Para tanto, estabelece distinções acerca do modelo puramente procedimental da Constituição, que afirma a inexistência de comandos ou proibições substantivas significativas que restrinjam as atribuições da legislatura, que se limitará ao respeito aos critérios formais estatuídos na Constituição. O labor legislativo não ficaria, assim, limitado por uma moldura substantiva e a discricão do legislador restaria, neste caso, substantivamente ilimitada.

---

<sup>374</sup> ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2002, p. 388-425

Em sentido oposto, no modelo puramente substantivo, a Constituição teria um comando ou uma proibição acerca de cada possível decisão legislativa, excluindo definitivamente qualquer possibilidade de discricção do legislador. O terceiro modelo que ALEXY ressalta é o "procedimental-substantivo" da Constituição, ponto de partida para o desenvolvimento de sua teorização acerca da discricção estrutural e epistêmica.

Essas ponderações abrem espaço para a análise procedida por Hans KELSEN<sup>375</sup> acerca da teoria da interpretação exposta no capítulo oitavo de sua Teoria Pura do Direito.

Para KELSEN, a norma superior vincula a inferior formal e materialmente, ao estabelecer, no primeiro caso, o procedimento a ser seguido para a elaboração da norma inferior, e, no segundo, ao balizar substancialmente certos conteúdos normativos, acaba funcionando como limites materiais para a produção legislativa.

A norma superior, no entanto, funciona como um quadro ou moldura, uma vez que, intencionalmente ou não, abre espaços de indeterminação, nos quais, diante das várias possibilidades de aplicação, se dá a possibilidade de escolha por parte do aplicador do preceito normativo.

A lição de KELSEN quanto a esse particular é digna de nota, senão vejamos:

Em todos estes casos, de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O acto jurídico que efectiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou a outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar

---

<sup>375</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4 ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976, p. 463-468.

por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.<sup>376</sup>

A percepção de KELSEN é no sentido de que o aplicador do direito alcança um resultado correto e, portanto, unívoco, da norma, o que se dá por intermédio de um processo intelectual. Assim, mesmo diante de uma pluralidade de opções, compete ao juiz efetuar – sem, no entanto, contar com parâmetros previamente referidos no próprio sistema de normas – as escolhas que possam levá-lo à resposta correta.

A partir da constatação de que “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”<sup>377</sup>, KELSEN afirma que os parâmetros utilizados para orientar a referida escolha, por não se reportarem a um “problema de teoria do Direito”<sup>378</sup>, norteiam-se por critérios políticos, pois decorrem de um “problema de política do Direito”<sup>379</sup>.

Ao considerar que as referidas balizas políticas ajustam-se qualitativamente às utilizadas pelo legislador político na elaboração das normas jurídicas, afirma que “a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único acto administrativo correcto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da

---

<sup>376</sup> KELSEN, *ibidem*, p. 466-467.

<sup>377</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 468.

<sup>378</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 469.

<sup>379</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 469.

Constituição, criar as únicas leis justas (certas)”<sup>380</sup>. Quanto ao mais, arremata que “assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis correctas, tão-pouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças correctas”<sup>381</sup>.

A síntese elaborada por KELSEN, diante de seu silogismo, é no sentido de que, muito embora seja o legislador muito mais livre para a criação do direito do que o juiz, este também labora criativamente, atuando com relativa liberdade para tanto.

Daí decorre sua conclusão de que a função judicial de criação do direito, ou seja, de obtenção de uma norma individual para o caso concreto, no sentido de preencher a “moldura da norma geral”, é uma “função voluntária”, e, nesse sentido, considera que o juiz, ao efetuar uma escolha em sua operação de interpretação cognoscitiva, laborando com essa relativa liberdade na “produção do acto jurídico dentro da moldura na norma jurídica aplicanda”<sup>382</sup>, pode produzir uma norma de escalão inferior ou executar um ato de coerção determinado pela norma a ser aplicada.

Nesse sentido, o aplicador do direito realiza sempre uma interpretação autêntica, e, por vezes, se deste ato de criação resultar a impossibilidade de revisão, como ocorre com o trâmite jurisdicional dos tribunais de última instância, tal atividade jurisdicional tem o condão de criar “Direito novo”<sup>383</sup>.

Pois bem, as conclusões de Hans KELSEN levam-nos à ponderação acerca do grau de vinculação do legislador e do juiz à Constituição, sob o aspecto substancial, em correlação ao *quantum* de liberdade, relativa ou não, atribuída a quem detenha o poder de colmatar criativamente os espaços em branco deixados pelo Texto Constitucional.

---

<sup>380</sup> Idem, ibidem, p. 469.

<sup>381</sup> Idem, ibidem, p. 469.

<sup>382</sup> Idem, ibidem, p. 470.

<sup>383</sup> Idem, ibidem, p. 470-471.

As assertivas doutrinárias de Hans KELSEN não respondem, no entanto, ao problema que subjaz ao trato do tema da discricção, qual seja, a fixação de limites à referida liberdade judicial, ou a conexão que pode haver entre o equilíbrio no exercício dos poderes estatais e a preservação da idéia de democracia segundo um contexto liberal.

Da mesma forma, as contribuições doutrinárias de BÖCKENFÖRDE, HART e ALEXY sobre a discricção judicial, principalmente deste último em estabelecer os lineamentos para a compreensão acerca de suas espécies *estrutural* e *epistêmica*, ou sobre a feição deontológica que pode ser atribuída aos direitos fundamentais, não têm por escopo investigar os limites dessa discricção, e, por isso mesmo, como ocorre com o trabalho de KELSEN, muito pouco tem a dizer acerca do exercício dessa discricção diante de um sistema de controle próprio ao regime democrático.

A teoria de DWORKIN, ao contrário, não adere a esses postulados, mas, sim, às tematizações do direito consentâneas com a órbita do giro lingüístico e do giro hermenêutico, e, por esse motivo, traz a exame um conceito de discricção que, por não afrontar o pluralismo, mostra-se compatível com a manutenção de algumas conquistas afirmadas pelo liberalismo político, investindo assim em um modelo de agir judicial que não resvale para uma modalidade de arbítrio positivista.

Tal distinção tem repercussões paradigmáticas. A tese de DWORKIN, ao apontar para a possibilidade de descoberta de uma única resposta correta para um determinado caso em exame, tem como foco a possibilidade de diminuir a vulnerabilidade dos tribunais e, assim, a indeterminação dos critérios de julgamento por intermédio da escolha de parâmetros deontologicamente orientados, inclusive como valores necessários à atividade interpretativa, os quais atribuem, *verbi gratia*, um peso maior aos direitos indisponíveis em relação aos bens coletivos e determinações de objetivos políticos<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, p. 488-491.

Está claro, diante do que já foi acima aduzido, que existe uma tensão entre os paradigmas teóricos adotados por DWORKIN, tendo como mote a idéia de Constituição como integridade, fundamentada em uma comunidade constituída por princípios, e Robert ALEXI, que investe em uma ordem concreta de valores, na qual não pode haver distinção rígida entre os critérios deontológicos e axiológicos de justificação das decisões judiciais.

Segundo HABERMAS, a teoria de DWORKIN torna possível ver o direito de “um modo construtivista menos vulnerável”, pois...

Os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos. E, para prepará-los, é preciso entrar em argumentações dirigidas pela teoria do direito.<sup>385</sup>

Convém rememorar que isto se explica pelo fato de que o raciocínio de Ronald DWORKIN está fundamentado na figura da *integridade no direito*<sup>386</sup>, a qual firma a premissa de que tal princípio judiciário...

...instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.<sup>387</sup>

É oportuno ainda lembrar que, ao estabelecer um critério orientado pela diretriz de explicitar “quais são os direitos e deveres que

---

<sup>385</sup> HABERMAS, *ibidem*, p. 431.

<sup>386</sup> DWORKIN, *ibidem*, p. 271.

<sup>387</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 271-272.

decorrem de decisões políticas anteriores”<sup>388</sup>, DWORKIN afirma que o direito como integridade pressupõe um modelo de verdade estabelecido sobre fundamentos deontológicos como a justiça, a equidade e o devido processo legal. Esse mesmo critério permite a elaboração de uma interpretação construtiva da prática jurídica, propósito que fica devidamente circunscrito a um contexto de coerência que, a par de ter sido estabelecido historicamente, respalda-se nos princípios da igualdade e liberdade<sup>389</sup>.

Em virtude dessas peculiaridades, para que possam fornecer fundamentos racionais para suas decisões judiciais, os juízes vêem-se compelidos a laborar “em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática”<sup>390</sup>.

Evidentemente, o modelo de direito como integridade de DWORKIN, compatível com sua versão de ativismo judicial, conecta-se à idéia de que, ao lado das decisões políticas adotadas pelo legislativo e executivo, a comunidade política convive também com o “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”<sup>391</sup>.

Conclusivamente, tal modelo de integridade proporcionará uma jurisdição inegavelmente assertiva, pois, para DWORKIN...

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. No entanto, ainda que essa exigência honre

---

<sup>388</sup> Idem, ibidem, p. 272.

<sup>389</sup> Idem, ibidem, p. 272.

<sup>390</sup> Idem, ibidem, p. 112.

<sup>391</sup> Idem, ibidem, p. 255.

a virtude política do devido processo legal, que seria violado pelo menos *prima facie* se as pessoas fossem julgadas segundo outras normas que não as normas jurídicas do momento, outros aspectos mais poderosos da moral política poderiam ter mais importância que essa exigência em circunstâncias particulares e excepcionais.<sup>392</sup>

É inegável, no posicionamento adotado por DWORKIN que, em questões sobre igualdade, os legisladores ficam expostos a certas pressões advindas de grupos politicamente poderosos, que tendem a subjugar as minorias, razão pela qual não estariam, “institucionalmente, em melhor posição que os juizes para decidir questões sobre direitos”<sup>393</sup>. Por tal motivo, DWORKIN acredita que essa desigualdade de poderes na sociedade justifica a entrega aos tribunais do poder de decidir uma “classe pequena e especial de decisões políticas”<sup>394</sup>

Com efeito, a visibilidade da conexão da idéia do direito como integridade a um modelo de ativismo judicial pode creditar-se à propugnada possibilidade dessa “leitura moral”<sup>395</sup> da Constituição, para que, nesse sentido, os preceitos normativos constitucionais que estatuem direitos fundamentais sejam entendidos como algo referido a “princípios morais abstratos”<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> Idem, *ibidem*, p. 263.

<sup>393</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, p. 27.

<sup>394</sup> Idem, *ibidem*, p. 30.

<sup>395</sup> *Moral reading*.

<sup>396</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. New York: Harvard University Press, 1997, p. 7.

## **Capítulo III**

### **Linguagem dos direitos e desencantos democráticos**

Em contraste com outras fontes do direito, a legislação tem atributos do descarado e do impudente. Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que ele faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está *descobrimdo* o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como um legislador.

Jeremy Waldron

#### **3.1. Desilusões procedimentais e substanciais**

A apreciação do tema que envolve o ativismo e a discricção jurisdicional permite investigar a percepção social sobre a subseqüente quebra da pretensa neutralidade do juiz e como isto pode ocasionar a perda da fé na linguagem dos direitos.

Convém analisar, em sentido correlato, a existência de uma generalizada descrença nos direitos subjetivos constitucionais, em virtude da politização das decisões judiciais. Em outras palavras, deve ser examinada a perda da fé em uma retórica estritamente jurídica que propicie a manutenção dos direitos em face do Estado.

A esse acontecimento podemos dar o epíteto de “desencanto liberal”, ou procedimental, pois está fundamentado no desalento acerca da possibilidade de manutenção das liberdades constitucionais, o que se dá em virtude da crescente colonização da linguagem judicial pela retórica

política, que tem como fundamento e justificativa certos aspectos finalísticos da vida política e social do Estado, não necessariamente articulados com a preservação daquelas liberdades.

Por outro lado, esse ceticismo tem em conta a dúbia possibilidade de efetivação dos direitos subjetivos constitucionais, a partir de sua mera positivação, alheia às gritantes diferenças de forças entre os sujeitos de direito no âmbito sócio-político. Isto, por certo, revela um “desencanto substancial”, o que justificaria o protagonismo judicial apto a remediá-lo.

### **3.2. Os lindes do desencanto**

A tensão presente na dialetização entre procedimentalismo e substancialismo ganha, portanto, um importante enfoque quando contrastada com a questão da linguagem dos direitos<sup>397</sup>, passando pela abordagem acerca da possibilidade de sua retórica produzir confiança, ou crença, nos direitos fundamentais.

Nesse contexto, os argumentos desenvolvidos pelo pensamento crítico norte-americano, na linha do movimento intelectual autodenominado *Critical Legal Studies* - CLS, podem nos dar um ponto de partida para refletirmos sobre o conteúdo das decisões judiciais embasadas na linguagem dos direitos, bem como sobre a fé que nutrimos em nosso sistema jurisdicional a partir de sua estrutura retórica. Podem ainda abrir uma perspectiva crítica para pensarmos a viabilidade da idéia de democracia liberal como algo fundamentado em direitos e nos fornecer balizas para meditarmos sobre o futuro dos direitos fundamentais a partir do uso de uma retórica jurídica e política mais criativa.

---

<sup>397</sup> *Right talks.*

Em outras palavras, é possível, a partir de tais premissas, trazer a lume algumas diretrizes que nos permitam entender a perda da fé na linguagem dos direitos. Esta compreensão mostra-se ainda mais acentuada em um panorama retratado pela modernidade tardia em nosso país, tendo como pano de fundo a abordagem acerca do ativismo e do passivismo judiciais, admitida aqui a assertiva de CAPPELLETTI, no sentido de que, tanto a atitude ativa dos juízes, quanto a passiva, denotam um compromisso ideológico, o que evidencia uma determinada inclinação por uma maior ou menor disposição de empreender mudanças sociais.

Com isso não se pretende, certamente, tentar estabelecer alguma coerência ou convergência teórica dos diversos estudos e diretrizes ideológico-teóricas produzidas pelo *CLS*. Tampouco se pretende delinear a importância e a repercussão de tais apontamentos para o pensamento crítico, à evidência de que, além de inexistir um consenso epistemológico ou ontológico entre os vários autores que participaram de tal movimento, o próprio matiz crítico de seus postulados, bem como sua inserção no universo do funcionalismo político e jurídico<sup>398</sup>, sugere a não adesão de tais diretrizes à metódica da dogmática tradicional.

Assim, pode-se afirmar que a *teoria* crítica, à qual se inscrevem essas asserções, não tem a conotação epistemológica usualmente atribuída aos movimentos filosófico-científicos da modernidade, mesmo porque, ao postular uma posição metanormativa do direito, suas proposições descartam o consenso metodológico reclamado justamente pela dogmática jurídica e científica, ora criticada, em favor de uma práxis

---

<sup>398</sup> NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 43.

emancipadora que nos conduza a uma sociedade mais justa<sup>399</sup>. Isto se torna possível com a negação, ao direito, de suas tradicionais autonomias ontológica e axiológico-cultural, passando a apartá-lo da dogmática jurídica, para funcionalizá-lo a uma *práxis* histórico-social<sup>400</sup>.

Em seu artigo *The critique of rights in critical legal studies*<sup>401</sup>, Duncan KENNEDY preconiza que os direitos subjetivos costumam ser afirmados pelos juízes como algo pré-determinado pelo direito positivo. A retórica jurídica seria, neste sentido, construída tendo como pressuposta a afirmação de que os direitos, dentre os quais os constitucionais, encontram-se devidamente internalizados em um discurso jurídico racional. Sob essa ótica, cumpriria aos juristas afirmar a transposição dos direitos que estariam fora do ordenamento jurídico para dentro deste, como estratégia de afirmação do programa liberal de construção de uma sociedade boa e justa.

Esse trabalho de transposição, ou tradução<sup>402</sup>, é, de fato, realizado segundo uma lógica de dupla mediação entre julgamentos factuais e axiológicos, representando um ponto de proximidade entre a própria racionalidade legal e os discursos sobre direitos. É bem verdade, no entanto, que a formulação de demandas jurídicas com a utilização da

---

<sup>399</sup> BOYLE, James. *Critical Legal Studies*. Cambridge: University Press, 1992, p. XIV.

<sup>400</sup> NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 42-43.

<sup>401</sup> KENNEDY, Duncan. *The critique of rights in critical legal studies*. In: BROWN, Wendy and HALLEY, Janet (eds.). *Left Legalism/Left Critique*. Durham: Duke University Press, 2002, pp. 178-227. O tema foi ainda reproduzido, com algumas alterações, nos artigos *Rights in American Legal Consciousness* e *The critique of rights*. In "A critique of Adjudication". Harvard: Harvard, 1998, capítulos XII e XXIII.

<sup>402</sup> KENNEDY, Duncan. *The critique of rights in critical legal studies*, p. 194.

linguagem dos direitos produz também o efeito de “legalizar” determinadas pretensões admitidas como legítimas. A expressão “ter direito” a algo, nesse viés, não perde de vista a dimensão de realização do direito segundo o critério lógico de aplicação de normas jurídicas a determinados casos<sup>403</sup>.

Isso não obstante, enquanto que os argumentos baseados em direitos subjetivos têm um determinado significado e efeito nos discursos jurídicos, estão, ainda assim, sujeitos a uma abertura semântica e hermenêutica. A necessária aplicação dessas proposições jurídicas não pode prescindir, portanto, da utilização de certos argumentos de natureza política.

O problema central da crítica aos argumentos jurídicos fundamentados em direitos parece consistir na apreciação das possibilidades semânticas de sua linguagem, uma vez que as considerações relativas ao caráter universal, inalienável e inviolável dos direitos produzem determinados efeitos sobre as expectativas nutridas pelos indivíduos no cenário político e jurídico.

Para melhor aclarar os lindes da crítica elaborada por Duncan KENNEDY acerca da linguagem dos direitos, convém distinguir, ainda que brevemente, a abordagem desse autor em relação a três outras importantes linhas de análise do tema, não necessariamente pertencentes ao *CLS*, como a procedida por Mary Ann GLENDON, Klaus GÜNTHER e Martti KOSKENNIEMI.

Nessa ordem, a renomada Professora de Harvard centra sua análise no que podem ser considerados certos efeitos colaterais dos *rights*

---

<sup>403</sup> Idem, ibidem, p. 195.

*talk*, dentre os quais o próprio empobrecimento do discurso político<sup>404</sup>, justamente em virtude da proclamação de diversos direitos, bem como ao incremento do rol das liberdades individuais, sem que sejam observados os seus fins ou estejam estes devidamente relacionados às responsabilidades que decorrem de sua criação, não fosse a ausência de pertinência destes em relação ao bem estar geral. As manifestações discursivas sobre os direitos são formuladas, portanto, como se constassem em “um livro que contém palavras e frases e carecem de gramática e sintaxe”<sup>405</sup>.

O resultado perverso dessa dinâmica, prossegue GLENDON<sup>406</sup>, é o desnecessário aumento das possibilidades de dissenso em uma sociedade pluralista, bem como a impossibilidade de formação de coalizões ou o estabelecimento de soluções sobre controvérsias existentes entre grupos que tenham posicionamentos divergentes. Tal quadro mantém, ainda, no âmbito social, um desnecessário nível de intolerância e incompreensão mútuas, ao favorecer a elaboração de modos de solução de problemas a curto prazo, em detrimento de um trabalho estratégico de planejamento preventivo que tenda a abordar problemas sistêmicos.<sup>407</sup>

Enfim, a partir da análise da pobreza de significados e dos efeitos deletérios de uma retórica simplista, pouco criativa e certamente cerceadora das possibilidades semânticas da linguagem dos direitos<sup>408</sup>, a crítica de Mary Ann GLENDON tem como mote a possibilidade de

---

<sup>404</sup> GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991, p. 12-18; 171-175.

<sup>405</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 14.

<sup>406</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 15.

<sup>407</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 14-15.

<sup>408</sup> Para Mary Ann GLENDON, “nossa linguagem sobre os direitos, com seu caráter absoluto, estimula expectativas pouco realistas, intensifica os conflitos sociais e inibe o diálogo que poderia conduzir ao consenso, ao ajuste ou, ao menos, a encontrar um termo comum” (*ibidem*, p.14).

sofisticação dessa linguagem no sentido de viabilizar um debate público acerca dos fins que pontuam nossa vida política<sup>409</sup>.

Em sentido complementar, a tese de Klaus GÜNTHER<sup>410</sup>, nesse particular, preconiza que a experiência de injustiça e medo sofrida pelos atores sociais, uma vez internalizada na cultura política, cria as possibilidades do estabelecimento de articulações públicas, a fim de condenar tais práticas, o que é procedido por intermédio da linguagem dos direitos, denotando o sentido performativo desta e viabilizando a adoção de diretrizes políticas. Com efeito...

By referring to a human right, a person articulates his or her suffering from an offense or a harm, and he or she claims that everybody is obliged to listen to the individual report of this experience. The declaration of a human right represents this experience, rejects it, and gives a conceptual framework to the interpretations of new experiences of injustice and fear, caused by actions of State in the future. This is the performative meaning of human rights.<sup>411</sup>

A função da linguagem dos direitos, no entanto, consiste em estabelecer um sentido para a igualdade dos sujeitos participantes dos

---

<sup>409</sup> Idem, ibidem, p. 15.

<sup>410</sup> GÜNTHER, Klaus. The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). The EU and Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 117-144.

<sup>411</sup> Idem, ibidem, p. 127.

discursos públicos e fornece um importante ponto de vista para pensar a relação entre direito e política. Da mesma forma que o sistema democrático provê os meios para a difusão dessa linguagem, cabe a ela própria possibilitar a continuação do projeto da democracia. Essa relação circular<sup>412</sup>, por sua imprescindibilidade, ao contrário da postura ostentada por Martti KOSKENNIEMI<sup>413</sup>, determina, para GÜNTHER, que a linguagem dos direitos deve acelerar a interação entre direito e Política, não podendo, por isso, determinar a substituição de um pela outra.

A propósito, o posicionamento de KOSKENNIEMI<sup>414</sup>, sobre esse tema, assenta-se em duas perspectivas distintas. Primeiramente, afirma que a retórica dos direitos teve uma importância histórica no sentido de proporcionar à sociedade um efeito emancipador. Consigna, no entanto, que, a despeito deste traço afirmativo, ao se institucionalizar na cultura política e administrativa, tal linguagem perde sua eficácia transformadora, pois passa a desempenhar um papel normativo, marginalizando outros valores ou interesses que não tenham sido introduzidos em seu contexto. Além disto, ressalta que tal linguagem não possui o poder que geralmente lhe é associado, por não conter um cabedal coerente de proposições utilizáveis na administração da vida social, e, a despeito de sua pretensa neutralidade, os *rights talk* se reduzem a “argumentos conflituosos acerca do *bem político*”<sup>415</sup>.

Diante de tais premissas, é de bom alvitre trazer a exame algumas considerações acerca da idéia de direitos subjetivos, nutrida à

---

<sup>412</sup> Idem, ibidem, p. 143.

<sup>413</sup> KOSKENNIEMI, Martti. The Effect of Rights on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

<sup>414</sup> Idem, ibidem, p. 99.

<sup>415</sup> Idem, ibidem, p. 99.

sombra da imagem do liberalismo político clássico, em relação ao utilitarismo de Jeremy BENTHAM<sup>416</sup>. Em seu ensaio *Rights as Trumps*<sup>417</sup>, DWORKIN bem sintetiza a tese do igualitarismo liberal<sup>418</sup>, a partir da qual os direitos consubstanciam uma espécie de trunfo, podendo assim ser impostos em uma determinada relação entre indivíduo e sociedade. Para o autor...

Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole.<sup>419</sup>

Sem pretender redefinir o sentido do termo “ter direitos”<sup>420</sup>, DWORKIN trata de conciliar tal noção com a de bem comum. Para tanto, opõe-se ao modelo utilitarista que adota, como preceito, a impossibilidade de sobrepor aqueles a este, pois acredita que o princípio da igualdade pode servir de parâmetro de justificação dos direitos ou do bem-estar geral. É importante frisar que a proposição teórica de DWORKIN opõe-se também ao positivismo jurídico, vendo nos trunfos a possibilidade de assegurar aos indivíduos a proteção de certos interesses nascidos em circunstâncias especiais, a fim de lhes garantir padrões mínimos de

---

<sup>416</sup> BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. *The Classical Utilitarians – Bentham and Mill*. Indianápolis: Hackett Publishing, 1979.

<sup>417</sup> DWORKIN, Ronald. *Rights as Trumps?* In: WALDRON, Jeremy. *Theory of rights*. Oxford: University Press, 1984, p. 153-167.

<sup>418</sup> DALL’AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. In: *Kriterion*, Vol. 46, nº 111, Belo Horizonte – jan/jun 2005.

<sup>419</sup> DWORKIN, *ibidem*, p. 153.

<sup>420</sup> DALL’AGNOL, *ibidem*, p. 5.

existência, em homenagem a uma noção mais substancial de igualdade, uma vez que “representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas”.<sup>421</sup>

Assim, os trunfos políticos que emergem das relações dos indivíduos com o Estado podem ser assim explicados:

Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum.<sup>422</sup>

KOSKENNIEMI afirma, no entanto<sup>423</sup>, que a tese de DWORKIN sobre os direitos como trunfos ainda pertence a uma tradição do liberalismo político, no sentido de limitar a discricção administrativa, pois aqueles são representados como universais, atemporais e auto-evidentes, mostrando-se infensos às influências políticas. Por isso submete-se à mesma crítica dirigida à retórica dos direitos.

A perda da fé na linguagem dos direitos passa, deste modo, a ocorrer justamente no momento em que as pretensões jurídicas,

---

<sup>421</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Néilson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 314.

<sup>422</sup> Idem, ibidem, p. XV.

<sup>423</sup> KOSKENNIEMI, ibidem, p. 101.

invariavelmente proclamadas em uma retórica que pressupõe os direitos como universais, inalienáveis, a-históricos, e assim, auto-evidentes, comportáveis, por conseguinte, em um discurso racional objetivo, defrontam-se com juízos decisórios já colonizados pela retórica da política. Ora, se a realização das pretensões subjetivas submete-se à discricção de seu aplicador, sujeitando-se a um juízo político de ponderação, mesmo que utilizando uma roupagem técnico-jurídica, os parâmetros internalizados na cultura política, adotados para a tomada de decisão, já não se orientam de acordo com tais expectativas de objetividade e universalidade<sup>424</sup>.

Para KOSKENNIEMI, o ceticismo que decorre dessa frustração de expectativas não deve nos levar ao abandono da linguagem dos direitos<sup>425</sup>, mas pode nos precatar quanto à crença de que os direitos sejam apolíticos, fundamentais e universalmente aplicáveis. Assim, nossos olhares não mais se dirigirão ao questionamento acerca de quais são os direitos individuais, mas poderão objetivar o desenvolvimento de políticas nas quais as concepções do bem, independentemente de estarem ou não embasadas nessa retórica jurídica, possam ser debatidas e compreendidas sem a condição de serem levadas a sério apenas se forem reivindicadas como algo universal e apolítico<sup>426</sup>.

O trabalho de Duncan KENNEDY, embora também centre seu foco no problema semântico subjacente à linguagem dos direitos, deseja questionar a perda da fé que resulta de sua expressão, em virtude da impossibilidade de delineamento de margens nítidas que permitam distinguir argumentos jurídicos de políticos. Seus argumentos são importantes e atuais, tanto quanto ainda permanecem vivas, no direito, as

---

<sup>424</sup> Idem, ibidem, p. 115.

<sup>425</sup> Idem, ibidem, p. 115.

<sup>426</sup> Idem, ibidem, p. 116.

questões acerca das possibilidades, inclusive metodológicas, de estabelecimento das referidas margens.

Assim, podemos indagar: afinal, qual a repercussão desse ceticismo diante da linguagem dos direitos para a atividade jurisdicional?

É inegável que juízes procuram explicar suas convicções com referência expressa a uma complexa rede de preceitos normativos jurídicos. Como estratégia para legitimar seus julgados, sondam a possibilidade de proferir uma decisão com a correta interpretação desses preceitos, mesmo nos casos em que não for possível questionar se a decisão tomada é a melhor diante das circunstâncias em exame, ou se, em termos filosóficos, tal decisão pode ser moralmente justificada.

Certamente influenciados por uma metodologia de trabalho herdada do Século XVIII, própria à “jurisprudência dos conceitos”, e fundamentada, pois, em crenças francamente difundidas por um senso comum acrítico, juízes desejam acreditar que produzem decisões lógicas e racionalmente compatíveis com a fiel interpretação de normas jurídicas pressupostas.

Desenvolve-se, por isso, um discurso jurídico no qual a realização dos direitos subjetivos pode ser levada a efeito segundo um molde objetivo, historicamente conquistado à medida que a jurisdição obteve sua autonomia em relação a outras esferas de poder. Por isso, mesmo nos casos de lacunas do ordenamento jurídico, ou de conflitos entre normas, o próprio sistema prevê critérios objetivos de integração do direito ou de solução de antinomias, aparentes ou efetivas.

Nessa linha, os direitos passam a ser considerados autênticas normas legais, como tantas outras do sistema jurídico. A concretização de preceitos normativos abstratos, ou mesmo o reconhecimento de direitos, decorrente do processo de transposição assinalado acima, cria condições para que sejam exploradas ou geradas aberturas, conflitos e ambigüidades nos casos particulares, permitindo que a linguagem utilizada na explicitação dos fundamentos dessas decisões seja permeada por certas conveniências ideológicas e determinados interesses, disseminados no âmbito sócio-político.

A perda da fé nos discursos que fundamentam os direitos decorre usualmente da descrença na possibilidade de distinção entre juiz e legislador ou ainda na idéia de objetividade dos julgamentos<sup>427</sup>. Para Duncan KENNEDY, isto decorre explicitamente da possibilidade de reduzir os argumentos jurídicos a critérios de balanceamento, assumidos como políticos.<sup>428</sup>

Tal redução gera também, por certo, inexoráveis conseqüências metodológicas. Muito embora o pensamento articulado no *Critical Legal Studies* não justifique suas proposições sob esse prisma<sup>429</sup>, quer parecer curial que a perda da fé na linguagem dos direitos, na linha dos argumentos utilizados por Duncan KENNEDY, pode bem ser examinada sob o aspecto da impossibilidade de fundamentação metodológica dessas reduções e das hipóstases que se seguem em tal empreendimento.

---

<sup>427</sup> KENNEDY, *ibidem*, p. 197.

<sup>428</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 197.

<sup>429</sup> Como explicita HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. I, p. 330: “a controvérsia dos constitucionalistas [norte] americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha politológica do que na da metodologia do direito”.

A tematização empreendida por Duncan KENNEDY é compatível, em boa medida, com as conclusões obtidas na seara do funcionalismo sistêmico. Para Raffaele DE GIORGI<sup>430</sup>, o conceito de direito subjetivo, embora operacionalmente útil na modernidade, no sentido de sustentar os processos de diferenciação funcional ou estabilizar a sociedade industrial<sup>431</sup>, sucumbiu ao enrijecimento técnico dos próprios esquemas conceituais, permitindo a orientação de seu exercício na direção do atendimento de “finalidades políticas”<sup>432</sup>. Decorrem de tais operações, com efeito: 1) a impossibilidade de fiscalizar os mecanismos internos de controle do direito e 2) a especialização dos modelos técnicos de veiculação das pretensões configuradas como direitos subjetivos.

Conseqüentemente, em virtude da sobrecarga produzida pelo desordenado agigantamento do sistema dos direitos subjetivos, estabeleceu-se, igualmente, um processo de seletividade do acesso ao direito e assim também o aumento da função política da garantia deste<sup>433</sup>.

Disto se infere que a dinâmica dos direitos subjetivos, enquanto direitos da identidade do sujeito<sup>434</sup>, não tem o condão de garantir as liberdades individuais. Em verdade, a expansão do sistema dos direitos subjetivos constitui um perigo para tais liberdades, como decorrência nefasta das limitações seletivas do acesso ao direito<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> De GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 101.

<sup>431</sup> Idem, ibidem, p. 111.

<sup>432</sup> Idem, ibidem, p. 110.

<sup>433</sup> Idem, ibidem, p. 112.

<sup>434</sup> Idem, ibidem, p. 112.

<sup>435</sup> Idem, ibidem, p. 112.

Sob essa ótica, a ativação do processo de diferenciação funcional, inicialmente garantidor de direitos de identidade, potencializou e levou às últimas conseqüências a diferenciação das próprias identidades pessoais<sup>436</sup>. Em última análise, ao consistir no aumento da diferenciação das identidades pessoais, tal dinâmica culminará por aumentar os critérios de discriminação nas operações de inclusão no sistema do direito.

Instaura-se, paradoxalmente, na era da diferenciação funcional, uma perspectiva do direito subjetivo enquanto direito à diferença<sup>437</sup>. Ao fim e ao cabo de tais considerações, a abertura possível para o futuro, no melhor dos mundos, deve resultar em...

...um direito que, reconhecendo a limitação técnica e operacional, bem como o esgotamento cético dos direitos subjetivos e sua função de inclusão, torne possível a aquisição de novos patamares evolutivos com base na crescente possibilidade de ação e, talvez, de seleção e guia.<sup>438</sup>

As poderações precedentes pedem o recurso a uma analogia, aqui adotada à guisa de digressão. Em seu livro *Politics, Language and Time*, Jonh G. A. POCOCK chama atenção para uma peculiaridade essencial da linguagem política, que é o seu caráter retórico. Nesse sentido...

---

<sup>436</sup> Idem, ibidem, p. 112.

<sup>437</sup> Idem, ibidem, p. 112.

<sup>438</sup> Idem, ibidem, p. 112.

Political speech can easily be shown to include statements, propositions and incantation of virtually every kind distinguished by logicians, grammarians, rhetoricians and other students of language, utterance and meaning; even disciplined modes of inquiry will be found here, but coexisting with utterances of very different kinds.<sup>439</sup>

Para POCOCK, além da diversidade das linguagens que podem ser utilizadas no debate político, e o conseqüente efeito que tal multiplicidade gera sobre os partícipes dos respectivos discursos<sup>440</sup>, a plurivocidade dessa linguagem tende a alcançar uma igualmente diversa gama de destinatários, cada qual com seus valores e expectativas políticas. A combinação de enunciados factuais e valorativos, no discurso político, é feita de tal forma que, dado o seu caráter intrincado, e, tendo em vista sua intenção de conciliar e reconciliar diferentes valores em uma sociedade, tenha que lançar mão de conteúdos enigmáticos e de estruturas semânticas ambíguas.<sup>441</sup>

Muito embora não interesse ao desenvolvimento deste tópico descer a minúcias acerca das considerações de POCOCK sobre as necessárias mudanças de paradigmas que permitam avaliar, com um justificável grau de coerência metodológica, as possibilidades da linguagem da política, no sentido de compreender seu processo de formação discursiva e os efeitos daí gerados<sup>442</sup>, o que ressurte de suas considerações a esse respeito é a importância de uma metódica apta a nos auxiliar a compreender, inclusive, como os discursos políticos e jurídicos

---

<sup>439</sup> POCOCK, J. G. A. Politics, language and time. Chicago: Chicago Press, 1989, p. 17.

<sup>440</sup> POCOCK, J. G. A. Linguagens do ideário político. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: EDUSP, 2003, p. 25.

<sup>441</sup> POCOCK. Politics, language and time, p. 17.

<sup>442</sup> Idem, ibidem, p. 19.

interagem, o que possibilita pensarmos como os juristas deveriam se portar diante das possibilidades de sentido que nascem dessa interação.

Tais ponderações permitem asserir, então, que a perda da fé nos direitos, na linha da fundamentação de Duncan KENNEDY, deriva-se, em boa medida, de um ceticismo sobre problemas metodológicos, se considerarmos o senso comum reinante, impregnado de pré-conceitos políticos e científicos. Ou seja, ao lado das crenças sobre a separação de poderes do Estado, existe a convicção na possibilidade de justificar objetivamente, por meio de critérios universais, a racionalidade dos resultados obtidos pelos juristas.

Fixada a premissa de que a práxis jurídica corrói a fé na possibilidade de explicação dos direitos, em uma perspectiva jurídica, sem reduzi-los, portanto, à política, teremos que encontrar um antídoto para a descrença, ao responder às questões sobre se e “em que condições é possível fazer política permanecendo juristas ou que política é possível realizar com os instrumentos do direito”.<sup>443</sup>

Para delinear sua resposta a esses questionamentos, Castanheira NEVES especifica, como traço característico da atividade jurisdicional, o desempenho de uma função política, sem a intencionalidade imanente a esta, uma vez que não atua como ferramenta do poder político, mas do próprio direito, justamente em virtude de seu proceder, contra os meios do poder, em nome do direito<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico – Jurídico (Breves notas críticas sobre seu sentido). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 31.

<sup>444</sup> NEVES, *ibidem*, p. 46.

Tal proposição aponta para a possibilidade de pensar, na esfera pública, qual a função do Poder Judiciário diante da premissa segundo a qual estão consubstanciadas, na Constituição, todas as diretrizes que orientam o agir político-estatal em um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a intencionalidade jurídica própria ao agir judicial poderá permitir “uma atuação interventiva da jurisdição constitucional”, reclamada por Lenio Luiz STRECK, sem os indesejáveis perigos do decisionismo por ele apontados<sup>445</sup>.

Logo, o antídoto para a descrença na linguagem dos direitos deve ser pensado diante da possibilidade de se adotar “uma axiologia e uma normatividade especificamente jurídicas em que o direito vê garantida a sua autonomia intencional”<sup>446</sup>, permitindo a fixação de balizas no sentido de distinguir a *política* e o *político*. Enquanto aquela tem um significado próprio, com uma específica determinação de intenção, bem como de ação teleologicamente voltada a um “finalismo estratégico”<sup>447</sup>, diante de oportunidades “ideológico-sociais”<sup>448</sup>, este pressupõe, em um contexto amplo, a “existência comunitária da *polis*”, fundamentada em um âmbito axiológico próprio, fazendo visível a “institucionalização cultural de sua *praxis*”<sup>449</sup>. Conclusivamente: da mesma forma que “a política pressupõe o político”<sup>450</sup>, este não se esgota naquela.

Ora, se a diagnose da perda da fé nos direitos fica evidenciada pela incapacidade de visualização das margens existentes entre o político

---

<sup>445</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006, p. 23.

<sup>446</sup> NEVES, A. Castanheira. Teoria do Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 64.

<sup>447</sup> NEVES, *Ibidem*, p. 58.

<sup>448</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 58.

<sup>449</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 58.

<sup>450</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 58.

e a política, é porque os juízes, além de se utilizarem de “argumentos de princípio político”, passaram a adotar também proposições de “procedimento político”<sup>451</sup>, frustrando, assim, a expectativa de que as decisões judiciais, embora possam se valer de princípios que determinam os direitos políticos dos cidadãos individualmente considerados, devem atender a requisitos de objetividade.

Parece-nos, enfim, que se para DWORKIN os juízes devem se abster de efetuar julgamentos embasados em “argumentos de procedimento político”<sup>452</sup>, isto se justifica pela necessidade de manter a fé na legitimidade do próprio sistema normativo<sup>453</sup>. Em contrapartida, juízes podem e devem utilizar-se de argumentos estruturados em princípios políticos, no sentido de garantir a efetividade das prerrogativas constitucionais dos cidadãos em uma sociedade democrática de direito.

Assim, à medida em que são utilizados, em maior ou menor escala, os argumentos firmados em procedimento político ou estruturados em princípios jurídicos, pode-se inferir que a perda da fé nos direitos subjetivos constitucionais não decorre apenas de um contexto de desconfiança acerca das possibilidades de elaboração de um discurso constitucional jurídico, mas envolve ainda o constante perigo da falta de efetividade dos direitos preconizados na Constituição, questão que no

---

<sup>451</sup> DWORKIN. Uma Questão de Princípio, p. 6.

<sup>452</sup> Para DWORKIN, “argumentos de princípio político” lançam mão dos “direitos políticos de cidadãos individuais”, ao passo em que “argumentos de procedimento político” têm em conta “que uma determinada decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”. Assim, em uma posição mais restritiva que a norte-americana progressista e menos restritiva que a britânica oficial, o autor propugna que “os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”. Idem, ibidem, p. 6.

<sup>453</sup> Idem, ibidem, p. 28.

Brasil soma-se à conhecida inoperância do Estado quanto à implementação de políticas públicas aptas a realizá-los<sup>454</sup>.

Diante de tal quadro abre-se a possibilidade de indagar se o Poder Judiciário teria legitimidade para tornar efetivos os direitos fundamentais dos cidadãos, sempre que as outras esferas de poder estatal fossem injustificavelmente inertes na observação dessas prerrogativas. Destarte, a possibilidade de afirmação de uma crença na linguagem dos direitos está conectada à capacidade do Estado em promover a concretização e impor a observância dos direitos fundamentais, como importante elemento constitutivo das sociedades modernas ocidentais.

Em posição oposta à dimensão da descrença social acima analisada, Jürgen HABERMAS esclarece, em seus escritos, a partir do conceito republicano de política, com base nos construtos teóricos de Frank MICHELMAN<sup>455</sup> e Jonh Hart ELY<sup>456</sup>, que a proposta procedimentalista tem como lastro o caráter legitimador de uma peculiar visão da política deliberativa, a qual vê no tribunal constitucional justamente o papel de guardião da democracia<sup>457</sup>. Assim, o conceito de política republicana tem por presumida a “prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesma se administra”<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> STRECK, Verdade e Consenso, p. 124, nota 10.

<sup>455</sup> MICHELMAN, Frank. Law's Republic. In: *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 8, Symposium: The Republican Civic Tradition, 1988, pp. 1493-1537.

<sup>456</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1981.

<sup>457</sup> HABERMAS, *ibidem*, p. 340-341.

<sup>458</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 332.

Recolocada essa premissa, insista-se que, para HABERMAS, não constitui o escopo primeiro da existência do Estado a proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos, mas “a garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e da vontade, dentro do qual cidadãos livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos”<sup>459</sup>, a exigir do cidadão “muito mais do que a simples orientação pelo próprio interesse”<sup>460</sup>.

Fixa-se, de acordo com essa orientação, um posicionamento que pontua a compreensão procedimental do Texto Maior, e, por centrar seu foco em uma teoria geral da Constituição e no estabelecimento de um contexto de desjuridificação, em nome do racionalismo e pluralismo jurídicos, a função do tribunal constitucional deveria ficar restrita à proteção de um “processo de criação democrática do Direito”<sup>461</sup>, no qual o cidadão pudesse autodeterminar-se quanto à “natureza de seus problemas e a forma de sua solução”<sup>462</sup>.

A antítese a essas considerações fica devidamente exposta na afirmação de Lenio Luiz STRECK, que defende a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria da Constituição “enquanto teoria adequada a países de modernidade tardia”<sup>463</sup>, apostando na viabilidade de um republicanismo fulcrado na legitimação material do texto constitucional, no sentido de propiciar uma “fundamentação constitucional do político”<sup>464</sup>. Assim, tendo em conta a insuficiência do desenvolvimento da esfera pública em nosso país, STRECK acredita, na mesma linha seguida por

---

<sup>459</sup> Idem, ibidem, p. 332.

<sup>460</sup> Idem, ibidem, p. 335.

<sup>461</sup> STRECK, Ibidem, p. 19.

<sup>462</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>463</sup> STRECK, ibidem, p. 22.

<sup>464</sup> Idem, ibidem, p. 22.

Marcelo NEVES<sup>465</sup>, que o trabalho interventivo preconizado pela teoria material-substancial da Constituição poderá concretizá-la, subsidiando o “papel transformador do direito e do Estado, assim como a rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo Estado Democrático de Direito”<sup>466</sup>. Nesse particular afirma que...

...parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar-se ao Poder Judiciário tão-somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano.<sup>467</sup>

É intuitivo considerar, diante das proposições acima pontuadas que, além das considerações acerca da função que deve ser atribuída aos tribunais constitucionais, o dissenso filosófico fundamental entre os pontos de vista procedimentais e materiais-substanciais da Constituição está justamente no critério metodológico adotado por cada qual: os primeiros, fiando-se nas possibilidades de uma práxis social discursiva, encontram-se fundamentados na construção de discursos prévios de aplicação/justificação; os segundos, na concretização de direitos. Aqueles, ainda, buscam solucionar os problemas alusivos à superação do positivismo, temendo os perigos da discricção judicial; estes voltam-se

---

<sup>465</sup> NEVES, Marcelo. A Constituição simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 144-147.

<sup>466</sup> STRECK, *ibidem*, p. 25.

<sup>467</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 15.

contra a inércia do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais, por melhor e mais democráticas que sejam suas intenções. Aqueles, deliberativos, fundamentam-se no consenso que resulta das práticas argumentativas. Estes, interventivos, na concretização de sentidos decorrente do trabalho hermenêutico.

Se considerarmos que o dissenso metodológico entre as correntes descritas acima tem como pano de fundo a distinção entre argumentos políticos e jurídicos, o recurso ao funcionalismo sistêmico<sup>468</sup> pode ser útil na compreensão dessa linha divisória, possibilitando o desenvolvimento de uma retórica que, ao admitir a possibilidade da adoção de argumentos jurídicos firmados em princípios políticos, não descarte a autonomia do sistema do direito. Perceba-se, para tanto, que o conceito de clausura operativa dos sistemas autopoieticos, com sua conseqüente proposição acerca da relação entre sistema e meio envolvente, mostra-se particularmente valioso para esse fim.

Esta clausura operativa significa unicamente que a *autopoiesis* do sistema só pode ser efetuada com operações próprias ao sistema, tendo em vista que o mesmo não pode operar em seu meio envolvente, tampouco possui a capacidade de vincular-se a este.

Disto resulta a necessidade de precisão dos enunciados relativos às relações entre sistema autopoietico e meio envolvente, auxiliando-nos nesta tarefa o conceito de *acoplamento estrutural* em oposição ao conceito de acoplamento operativo. Os acoplamentos estruturais pressupõem que as interferências intersistêmicas se dêem de acordo com os postulados

---

<sup>468</sup> LUHMANN, Niklas. Acoplamentos Estructurales. *In: El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005, p. 351-407.

estruturais que informam cada sistema, facilitando a influência do meio sobre este e permitindo estabelecer diferenças entre determinados sistemas e entre estes e o seu meio envolvente.

Como o sistema encontra-se determinado por estruturas peculiares, formadas a partir de um processo de clausura operacional, os acoplamentos estruturais podem apenas suscitar *irritações*, surpresas e perturbações<sup>469</sup>, sem a recíproca transgressão dos códigos dos sistemas considerados. Os conceitos de acoplamento estrutural e irritação estão condicionados, entre si, de maneira recíproca, e esta última não contradiz a idéia de clausura autopoietica, antes, pressupõe-na<sup>470</sup>.

Para Niklas LUHMANN, o acoplamento estrutural entre Direito e Política<sup>471</sup> está embasado na idéia de divisão de poderes no Estado moderno, deixando clara a diferenciação estrutural entre os sistemas jurídico e político. É observável, em cada sistema, a assunção, a exemplo do que ocorre entre os sistemas do direito e da economia, da ocorrência de auto-referências na constituição destes.

No caso, o acoplamento estrutural entre o direito e a Política permite a resolução de tais paradoxos, não havendo que se apelar para a adoção de meta-regras ou soluções lógicas descobertas nos respectivos sistemas. O que nos interessa, com tais considerações, é a conclusão de LUHMANN<sup>472</sup> no sentido de que a Constituição encontra soluções políticas

---

<sup>469</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>470</sup> A velocidade da ressonância de tais irritações depende, em verdade, da estrutura do sistema e de sua história, não podendo se falar em sincronização entre o sistema e seu meio, mas em simultaneidade entre estes. Idem, *ibidem*.

<sup>471</sup> LUHMANN, *ibidem*, p. 357.

<sup>472</sup> Idem, *ibidem*, p. 357.

para o problema da auto-referência do direito e soluções jurídicas para a auto-referência da Política.<sup>473</sup>

Demais disto, é graças à clausura operativa de ambos os sistemas que se denota a compatibilidade destes, viabilizando o desenvolvimento de um sentido político e de um sentido jurídico para a Constituição, admitida a interferência recíproca de um sistema no outro.

Por outro lado, em muitos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, as constituições servem como um instrumento da política simbólica, pois em tais sociedades não foi possível fechar operativamente o sistema jurídico e fazê-lo impermeável ao sistema político e outras forças sociais. O perigo que se deve considerar em tais situações diz respeito à peculiaridade de que o uso exclusivamente simbólico das constituições deixa uma ampla margem para a revelação das verdadeiras relações de poder segundo a consideração dos doutos<sup>474</sup>.

Tais intercorrências acabam por revelar a imprescindibilidade da manutenção dos critérios de diferenciação funcional e clausura operacional entre os sistemas do direito e da política, condição essencial para que se observe a função moderna da Constituição.

---

<sup>473</sup> Segundo TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoietico. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Kalouste Golbenkian, 1993, p. 71: "O sistema jurídico se torna auto-reprodutivo "stricto sensu" quando os seus componentes auto-referencialmente constituídos se encontram de tal modo interligados e articulados que actos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si, e que processo jurídico e doutrina jurídica relacionem, por seu turno, tais inter-relações: apenas quando os componentes sistêmicos ciclicamente organizados interagem entre si desta forma o hiperciclo jurídico atinge o seu termo perficiente."

<sup>474</sup> LUHMANN, ibidem, p. 357-360.

Ainda assim, é preciso examinar as constantes modificações das concepções sobre o sentido e a função dos direitos fundamentais. Quanto a esse particular, LUHMANN sugere que estes possibilitam o estabelecimento de um programa geral de valores a serem entendidos como lineamentos políticos<sup>475</sup>. Para Gert VERSCHRAEGEN<sup>476</sup>, outrossim, os direitos fundamentais constituem uma instituição multifuncional, não pretendendo apenas proteger a liberdade e os direitos individuais, mas sim fortalecer a estrutura funcionalmente diferenciada da sociedade moderna.

Diante dos acoplamentos estruturais acima analisados, pode-se afirmar que o sistema orienta-se com seus valores próprios, não podendo, todavia, isolar-se de juízos sociais de valor que são objeto de aceitação generalizada. Nos temas relativos ao convívio humano ora abordados, especialmente no que diz respeito às questões relacionadas com a distribuição dos recursos públicos para a satisfação de certos interesses sociais juridicamente relevantes, como o direito à saúde, qualquer desvio de entendimento, em relação ao que já foi manifestado internamente no sistema, produz irritação no âmbito jurídico. Isto propicia a busca de soluções aparentemente melhores aos problemas a partir da situação fática concreta julgada. Tal operação, por outro lado, é freada pela redundância decisória, fruto de uma casuística firmada em princípios constitucionais.<sup>477</sup>

Não se pode olvidar ainda que o pensamento de LUHMANN embasa-se na afirmação segundo a qual o sistema da sociedade realiza-se

---

<sup>475</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>476</sup> VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory. *Journal of Law and Society*. Volume 29, number 02, June 2002, p. 258-281.

<sup>477</sup> LUHMANN, *ibidem*, p. 359.

com o suporte da diferença entre sistemas funcionais autopoieticos e seus acoplamentos estruturais. Sob essa perspectiva, não há dúvidas ainda de que a visão do autor é respaldada em uma percepção sociológica dos direitos fundamentais<sup>478</sup>.

É inegável, portanto, sua orientação no sentido de que a base da teoria funcionalista dos sistemas pressupõe os direitos fundamentais como instituições que não denotam um conjunto de normas<sup>479</sup>, mas um complexo de reais expectativas de comportamento que são atualizadas no contexto de uma função social e que podem contar com um consenso na sociedade, funcionando como um processo de inclusão social.

Disto decorre que, na visão do autor, o reconhecimento de um direito subjetivo não está conectado à possibilidade de defender a própria individualidade pessoal do cidadão, mas de tutelar sua participação no processo de comunicação social, na economia ou no processo de formação do poder. Assim sendo, para LUHMANN, a função dos direitos fundamentais, enquanto expectativas de comportamento, consiste em potencializar o processo de diferenciação social, cabendo às liberdades fundamentais proteger as dimensões simbólico-expressivas da ação livre.

Os direitos subjetivos individuais são, por conseguinte, direitos comunicativos ou sociais, habilitando o indivíduo a participar dos

---

<sup>478</sup> LUHMANN, Niklas. I Diritti Fondamentali come Istituzione. Trad. Stéfano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002, p. 37-45, 275-315.

<sup>479</sup> LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto – Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. Rafaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 299-313.

diferentes subsistemas da sociedade. Tais direitos afirmam-se, destarte, como autênticos instrumentos de inclusão social.

A partir da teoria dos sistemas de LUHMANN, fica evidenciada, portanto, a possibilidade de pensar criativamente uma inter-relação entre direito e política, de forma a preservar a autonomia de seus respectivos sistemas funcionais, sem perder de vista as *irritações* reciprocamente causadas entre estes.

Consoante as proposições teóricas acima, no contexto de uma sociedade democraticamente desencantada de seus direitos constitucionais, é possível visualizar que a perda da fé na linguagem dos direitos tem uma feição paradoxal, pois: 1) se por um lado tal desalento decorre da politização das decisões judiciais, com a conseqüente perda da fé em uma retórica jurídica que propicie a manutenção de diversas prerrogativas cidadãs contra o Estado, 2) por outro, tem em conta um ceticismo acerca da possibilidade de efetivação dos direitos por intermédio das dinâmicas e das estruturas de ação delineadas pelas suas normas, ou em decorrência dos fluxos de comunicação delas originado, bem como em virtude dos resultados que decorrem do processo de inclusão social que lhe é afeto.

Esse paradoxo demonstra ter dupla face, pois, enquanto que a primeira hipótese revela um desencanto procedimental, com os *rights talk*, a segunda denota uma desilusão substancial.

Nesse passo, a separação entre o direito e a política, que em suas origens teve como fundamento o direito de resistência contra os governos tirânicos, parece ter sido instrumentalizada pelo próprio Estado moderno, por meio dos moldes da racionalidade do juízo decisório levados

a efeito pelo Poder Judiciário. O perigo dessa separação, todavia, consiste em uma inversão que pode descambar na afirmação da distinção entre direito e política contra certas conquistas históricas dos cidadãos, em favor da supremacia do direito sobre a política.

Ao contrário, a realização do direito, que resulta de uma experiência hermenêutica criativa, deve estar aliada à possibilidade de efetiva concretização dos direitos fundamentais historicamente revelados em um Estado Democrático de Direito, como conquistas políticas.

A garantia dessas conquistas, pelo Poder Judiciário, só pode ser alcançada com a abertura de horizontes para a compreensão, pelos juízes, dos problemas políticos funcionalmente conectados ao seu sistema de normas.

Logo, partindo-se da premissa de que não só a possibilidade de discricção judicial, que transgrida as margens de distinção entre o agir judicial e legislativo, mas também a inércia impudente do Judiciário em afirmar os direitos consagrados na Constituição, geram um efeito de descrença na linguagem que veicula esses direitos.

A estruturação de uma retórica dos direitos deve passar, portanto, necessariamente, por uma práxis judicial reencantada pela possibilidade de se levar a sério as mencionadas conquistas políticas, por meio do desenvolvimento de argumentos a favor dos direitos fundamentais.

Tal realização mostrar-se-á factível se respaldada em uma atitude judicial que, a par de estar fundamentada em critérios de legitimidade procedimental, mostre-se também atenta ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição.

### **3.3. Aceitabilidade de uma feição dirigente do texto constitucional**

A tese do dirigismo constitucional elaborada por Gomes CANOTILHO<sup>480</sup> marcou um espaço decisivo dentre as teorias da Constituição, ao questionar ontologicamente se esta deveria ser concebida como um mero “estatuto organizatório”<sup>481</sup>, ou seja, como um simples “instrumento de governo”, definidor de competências e regulador de processos. Como parte do problema proposto em sua pesquisa, CANOTILHO indagou ainda se, ao contrário, deveria o Texto Maior pretender sua transformação num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins.

Seria a Constituição uma lei do Estado e só do Estado ou é um “estatuto jurídico do político”, um “plano global normativo” do Estado e da sociedade?<sup>482</sup>

A proposta de CANOTILHO quanto à eficácia das normas constitucionais sobre a atividade judicial, especificamente no que tange à possibilidade do direito em antecipar mudanças sociais<sup>483</sup>, revela-se como uma alternativa ao ativismo judicial, a partir da percepção do direito como “conceito de força”<sup>484</sup>. Assim, tendo-se em conta a necessidade de operar transformações sociais, delineando a possibilidade de produção, reprodução e alteração desta sociedade<sup>485</sup>, surge uma abertura para um

---

<sup>480</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>481</sup> Idem, ibidem, p. 12.

<sup>482</sup> Idem, ibidem, p. 12.

<sup>483</sup> Ibidem, p. 456.

<sup>484</sup> Ibidem, p. 458.

<sup>485</sup> Idem, ibidem, p. 458.

“accionalismo”<sup>486</sup>, pressuposto de uma filosofia da ação, um ativismo, no sentido estrito do termo que, em sua feição dúplice, pode tanto se manifestar como um projeto de um ativismo liberal, quanto atender à linha de uma práxis emancipadora ou reconstrutiva<sup>487</sup>.

O fundamento do agir judicial, por essa linha de argumentação, consiste justamente no caráter vinculante dos preceitos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais. Isto porque, ao se diferenciarem as normas constitucionais programáticas e impositivas, e, partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais, como dito, são tutelados por estas, a omissão legislativa submete-se ao sanatório crivo da jurisdição constitucional. Se assim o é, a atividade jurisdicional constitucional deve compartilhar desse ativismo e do esforço de realização dos direitos fundamentais<sup>488</sup>.

### **3.4. Os direitos subjetivos constitucionais reencantados, no marco da racionalidade destrascendentalizada**

Diante do desenvolvimento do tema alusivo aos direitos fundamentais, cumpre ainda investigar sua correlação com a estrutura do

---

<sup>486</sup> Idem, ibidem, p. 458.

<sup>487</sup> Idem, ibidem, p. 488.

<sup>488</sup> É importante anotar, neste momento, que concordamos com a afirmação do Prof. Lenio Luiz STRECK, no sentido da continuidade da validade da tese da Constituição Dirigente de Canotilho, se adequada a cada país, “com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado” (STRECK, Lenio Luiz. Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente? *Revistas Jurista*, João Pessoa, a, III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em [HTTP://www.juristas.com.br/mod\\_revistas.asp?ic=1310](http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=1310). Acesso em 4/6/2007.) Destaque-se, por oportuno, que a presente tese parte desse pressuposto para sustentar que o “intervencionismo substancialista”, que tem por escopo compelir os poderes públicos ao cumprimento dos preceitos normativos constitucionais alusivos aos direitos sociais, deve ser agonisticamente mediado por uma cautela procedimentalista, justamente para evitar que o intento de levar adiante tais direitos fundamentais possa restringir nossa autonomia cidadã.

pensamento embasado no caráter transcendente da razão, bem como sua implicação com a imagem de aquisição de direitos pelo sujeito transcendental de KANT.

Com efeito, a questão do direito subjetivo mereceu, no pensamento de Norberto BOBBIO, as seguintes diretrizes doutrinárias:

O problema do direito subjetivo é colocado por meio desta pergunta: que significa ter direito a ...? Quando Kant pergunta a si mesmo o que significa ter algo de meu, coloca o mesmo problema que um jurista moderno ao se perguntar o que deve entender por direito subjetivo. O que é meu (entende-se juridicamente), e se distingue do teu, é de fato aquilo sobre o qual eu tenho um direito. Também o que Kant usa como 'posse' é uma expressão genérica que podemos muito bem substituir pela palavra 'direito'. Onde Kant fala de posse de uma coisa, ou de uma prestação, ou de um *status*, diríamos melhor: direito a uma coisa, direito a uma prestação, direito a um *status*.<sup>489</sup>

Não se pode negar que KANT atribuiu uma parte ativa do conhecimento ao sujeito que, ao ser concebido como transcendental<sup>490</sup>, tem o poder de auto-regrar sua própria conduta.

Nessa mesma linha argumentativa, insta ressaltar que a causalidade do sujeito racional, em KANT, no sentido constitutivo da liberdade segundo as leis morais, assenta-se na premissa segundo a qual a liberdade da vontade é a sua própria autonomia. O sentido do termo

---

<sup>489</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: EdUNB, p. 94.

<sup>490</sup> THINES, Georges; Lempereur, Agnes (Org.) *Dicionário Geral das Ciências Humanas*. Lisboa: Edições 70, p. 874.

autonomia é firmado como uma autêntica faculdade do sujeito “dar lei a si mesmo”<sup>491</sup>.

O direito subjetivo constitui, para tanto...

“...o conjunto de minhas liberdades externas limitadas pelas outras liberdades externas, ou seja, como o conjunto de minhas faculdades de agir nos limites de minha esfera de liberdade, e dos poderes de obrigar os outros a respeitar esta minha liberdade”<sup>492</sup>.

Tal construção repercutiu profundamente no pensamento pandectista e nas suas manifestações posteriores, especialmente na doutrina de SAVIGNY, PUCHTA e WINDSCHEID<sup>493</sup>, este último a considerar o direito subjetivo como um poder da vontade outorgado pela ordem jurídica<sup>494</sup>.

Nesse viés, afirma-se o direito de uma comunidade e o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorrem de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades ‘jurídicas’”.<sup>495</sup>

O tema ganhou dimensão bastante similar em HABERMAS que, ao estabelecer a relação complementar entre direito positivo e moral autônoma, sem, portanto, filiar-se aos paradigmas do Liberalismo Político,

---

<sup>491</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes – Parte I*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 93.

<sup>492</sup> Idem, *ibidem*, p. 95-96.

<sup>493</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico: 1925, p. 108.

<sup>494</sup> WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 420 e p. 509-510.

<sup>495</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 116.

parte da afirmação kantiana de que os direitos subjetivos “garantem aos agentes espaço para agir de acordo com suas próprias preferências”<sup>496</sup>, entendimento que afirma, no direito moderno, o princípio segundo o qual se permite “tudo que não seja explicitamente proibido”<sup>497</sup>.

A adesão ao referido ponto de partida kantiano é ainda explícita quando HABERMAS fundamenta sua tese de que “os direitos humanos possibilitam a práxis de autodeterminação dos cidadãos”<sup>498</sup>. Quanto ao mais leciona:

“As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.”<sup>499</sup>

Ocorre que o conceito de sujeito do conhecimento desenvolvido por KANT, respaldado no sujeito transcendental, não se compatibiliza com a visão de conhecimento e razão obtida a partir das construções filosóficas da modernidade tardia. Quer parecer correta a ilação de que o sujeito que tem direito o tem por atribuir, autonomamente, a legitimidade de sua posição, em certa situação ou relação jurídica. Para tanto, utiliza um fundamento racional extraído da sua própria consciência, como legítimo sujeito transcendental de KANT.

---

<sup>496</sup> HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 296.

<sup>497</sup> Idem, ibidem, p. 296.

<sup>498</sup> Idem, ibidem, p. 300.

<sup>499</sup> Idem, ibidem, p. 298.

Ora, segundo a visão do próprio HABERMAS...

...segundo a deflação pragmática das proposições kantianas, 'análise transcendental' significa a pesquisa das condições presumidamente gerais, mas de fato apenas posteriormente viáveis, que devem ser satisfeitas, para que práticas fundamentais determinadas respectivamente a êxitos possam ocorrer.<sup>500</sup>

Para melhor avaliar tal consideração, todavia, convém trazer a exame alguns fragmentos do pensamento acerca da racionalidade, com fundamento na Teoria da Ação Comunicativa<sup>501</sup>, que representa, acima de tudo, o rompimento com o paradigma cartesiano em evidência no pensamento moderno, assentado em um solipsismo metodológico e o seu subsequente discurso monológico, presente nas manifestações iluministas de KANT, significando uma superação do modelo subjetivista de análise dos problemas básicos do pensamento e da ação<sup>502</sup>.

É inegável que tal construção habermasiana tem como inspiração, primeiramente, as ponderações de HEGEL acerca do "caráter intrinsecamente histórico e social das estruturas da consciência"<sup>503</sup>. Também não olvida as reflexões de MARX sobre a consciência como forma de reprodução social, configurando assim uma considerável alteração no modo de pensar a racionalidade, sem deixar margens para a sobrevivência das pretensões do iluminismo kantiano, uma vez que o sujeito do mundo, já

---

<sup>500</sup> HABERMAS, Jürgen. Agir comunicativo e razão destranscendentalizada. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 34-35.

<sup>501</sup> HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.

<sup>502</sup> McCARTHY, Thomas. La teoría Crítica de Jürgen Habermas. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 447.

<sup>503</sup> Idem, ibidem, p. 447.

desiludido e dessublimado, passou a não mais acreditar em uma teoria geral social, a não ser como...

...una contemplación historicista de la variedad de formas de vida recogidas en el *Musée imaginaire* del pasado; o un diálogo hermenéutico con otras culturas y épocas sobre las preocupaciones comunes de la vida humana; o, quizá, un desenmascaramiento genealógico de toda pretensión de validez universal.<sup>504</sup>

A saída propugnada por HABERMAS, em optar pela sucessão do paradigma da consciência pelo modelo da linguagem, por meio de uma teoria pragmática dos atos da fala, deixa transparecer posicionamento cético quanto às intenções da racionalidade iluminista, mas também bastante precatado em relação ao papel de uma racionalidade que possa preservar o ideal emancipatório do jovem MARX<sup>505</sup>.

O sistema *pragmático* da linguagem deve ser visto também sob o prisma normativo, pois este tem por escopo coordenar as atividades dos sujeitos da vida social, a partir de um consenso mediado pela racionalidade imanente à própria ação comunicativa.

A capacidade humana para a comunicação tem um núcleo universal, bem como estruturas básicas e regras fundamentais<sup>506</sup>. A fala é, a um só tempo, uma relação do sujeito com seu mundo físico circundante. É também uma experiência intersubjetiva, na qual esse sujeito manifesta seus desejos, intenções e sentimentos. Estes consistem em pretensões

---

<sup>504</sup> Idem, ibidem, p. 448.

<sup>505</sup> Marx, Karl. Manuscritos Económico-Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 1993.

<sup>506</sup> McCARTHY, ibidem, p. 449.

relativas à validade, verdade, retidão, adequação ou legitimidade dos atos da fala em relação aos valores e normas sociais<sup>507</sup>.

Os sujeitos dos atos da fala devem, nesse contexto, chegar ao consenso acerca de suas pretensões e interesses, adotando uma série de argumentos que serão concatenados racionalmente, com vistas à obtenção da persuasão livre de coações, viabilizando, via de consequência, o entendimento mútuo.

Está claro, em HABERMAS, que “na razão comunicativa não ressurgem o purismo da razão pura”<sup>508</sup>, mas “a sociedade é representada como uma práxis em que se incorpora a razão. Essa práxis efetua-se na dimensão do tempo histórico; mediatiza a natureza subjetiva dos indivíduos em suas necessidades com uma natureza objetivada no trabalho, dentro do horizonte de uma natureza cósmica circundante”<sup>509</sup>.

Trata-se, enfim, de uma práxis mediadora, respaldada em uma razão situada historicamente. A racionalidade, nessa perspectiva, está condicionada a uma razão compreensiva que sabe não poder “conhecer os limites históricos da razão centrada no sujeito – incorporada nas formas burguesas de relação social – sem ultrapassá-los”.<sup>510</sup> A razão, assim, não pode prescindir de seu outro, tornando-se necessária justamente por causa desse outro, pois está fundamentada em um projeto só se realiza como uma hetero-reflexão que suplanta seus próprios limites<sup>511</sup>.

Com efeito, o aspecto pragmático da própria semântica da verdade<sup>512</sup>, que está atrelada a um juízo assertórico e tem função

---

<sup>507</sup> Idem, ibidem, p. 450.

<sup>508</sup> HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 420.

<sup>509</sup> Idem, ibidem, p. 424.

<sup>510</sup> Idem, ibidem, p. 424..

<sup>511</sup> Idem, ibidem, p. 423.

<sup>512</sup> Idem, ibidem, p. 423.

representativa dessa mesma verdade, poderá ultrapassar esses limites para permitir que o ouvinte conteste o enunciado do ato de comunicação quanto: a) suas pretensões de veracidade ou de existência de conteúdo<sup>513</sup>; b) de *justeza* ou legitimidade do ato da fala relativamente ao contexto normativo da manifestação, ou mesmo a “*veracidade* da intenção manifesta do falante”<sup>514</sup>.

Da mesma forma, os atos constatativos, regulativos e expressivos estão relacionados a uma pretensão de validade, podendo ser aceitos ou rejeitados, segundo a obediência, ou não, ao seu subsequente critério de validade. Quanto ao mais, a racionalidade do discurso está ligada à disposição dos sujeitos e sua capacidade para falar e agir, no sentido de “adquirir e aplicar um saber falível”<sup>515</sup>.

Ao contrário da razão centrada no sujeito, que está respaldada em aspectos de verdade e êxito em face dos conteúdos de suas representações e dos respectivos enunciados, “a razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenhos diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, *justeza* normativa, *veracidade* subjetiva e adequação estética”<sup>516</sup>, operando o que poderá ser designado como uma situação ideal do discurso.

Afirma-se, sob esta ótica, um conceito de racionalidade balizado por uma dimensão prático-moral e estético-expressiva, que viabiliza o consenso, no sentido de superar as posturas parciais e subjetivas em favor de um entendimento cujo único critério de coação admissível é a persuasão racional.

---

<sup>513</sup> Idem, ibidem, p. 435.

<sup>514</sup> Idem, ibidem, p. 435.

<sup>515</sup> Idem, ibidem, p. 437.

<sup>516</sup> Idem, ibidem, p. 437.

Como consequência do quanto fora enunciado acima, a pragmática da linguagem ora em exame possibilitará a apreciação crítica de uma racionalidade instrumental que, a par de ter promovido o desencantamento do mundo e a libertação dos indivíduos em relação às figuras míticas, acabou inviabilizando a formação de estruturas racionais sobre o mundo da vida. A razão comunicativa, a seu turno, passa a desempenhar uma função de coordenação da ação<sup>517</sup>, na qual “o tecido das ações comunicativas nutre-se dos recursos do mundo da vida e, ao mesmo tempo, constitui o *medium* pelo qual as formas concretas de vida se reproduzem”<sup>518</sup>.

O entendimento, agora fixado sobre a razão comunicativa, deve nos levar para além da razão centrada no sujeito, e também...

...conduzir para fora dos paradoxos e dos nivelamentos de uma crítica auto-referencial da razão; por outro lado, precisa afirmar-se contra a abordagem concorrente de uma teoria de sistemas que descarta a problemática da racionalidade em geral, afasta *todo* conceito de razão como um estorvo da velha Europa e, com agilidade, herda a filosofia do sujeito (e a teoria do poder de seu mais perspicaz rival). Essas duas frentes convertem a reabilitação do conceito de razão em um empreendimento duplamente arriscado. Esta tem de se proteger dos dois lados: enredar-se novamente nas armadilhas de um pensamento centrado no sujeito, que não conseguiu manter livre a coação não coercitiva da razão tanto dos traços totalitários de uma razão instrumental que converte em objeto tudo o que rodeia e inclusive a si mesma, como também dos traços totalizantes de uma razão

---

<sup>517</sup> Idem, ibidem, p. 439.

<sup>518</sup> Idem, ibidem, p. 439.

inclusiva que tudo anexa e que, no final, triunfa como unidade sobre todas as diferenças.<sup>519</sup>

A fim de resgatar o aspecto racional da ação comunicativa, sem a usual hipóstase do processo de entendimento como mediação, mas também sem negar que o mundo da vida “nutre-se das contribuições da ação comunicativa, enquanto esta, por sua vez, depende dos recursos do mundo da vida”<sup>520</sup>, HABERMAS afirma que não se pode correlacionar essa circularidade a um modelo autoprodutivo ou à auto-realização. Na defesa dessa afirmação, o filósofo insiste em uma distinção entre o mundo da vida e a ação comunicativa. Os atos da fala cumprem, nesse particular, a função de fornecer, por intermédio de seu elemento proposicional, ilocucionário e intencional<sup>521</sup>, uma distinção entre cultura<sup>522</sup>, sociedade<sup>523</sup> e personalidade<sup>524</sup>.

---

<sup>519</sup> Idem, ibidem, p. 473.

<sup>520</sup> Idem, ibidem, p. 475.

<sup>521</sup> Idem, ibidem, p. 476.

<sup>522</sup> HABERMAS denomina “cultura o acervo de saber de que se suprem com interpretações suscetíveis de consenso aqueles que agem comunicativamente ao se entenderem sobre algo no mundo.” Idem, ibidem, p 476.

<sup>523</sup> HABERMAS denomina sociedade, no sentido estrito de um componente do mundo da vida, “as ordens legítimas a partir das quais os que agem comunicativamente, ao contraírem relações interpessoais, criam solidariedade apoiada sobre pertenças a grupos.” Idem, ibidem, p. 476.

<sup>524</sup> Para HABERMAS, “personalidade serve como termo técnico para designar competências adquiridas que um sujeito capaz de falar e agir, pondo-o em condições de participar de processos de entendimento em um contexto sempre dado, e de afirmar sua própria identidade em relações de interação mutáveis. Essa estratégia conceitual rompe com a conceituação tradicional mantida também pela filosofia do sujeito e pela filosofia da práxis, segundo a qual as sociedades são compostas de coletividades e estas, por sua vez, de indivíduo. Os indivíduos e os grupos são *membros* de um mundo da vida apenas em sentido metafórico”. Idem, ibidem, p. 476.

Enquanto que a reprodução cultural garante a tradição e os parâmetros de coerência do saber suficiente para a práxis cotidiana, a integração social viabiliza a ligação das novas situações verificadas no mundo às condições desse mesmo mundo, ao proceder à coordenação de ações por intermédio das relações interpessoais.

A mencionada circularidade, agora, não é mais a retroalimentação de um sistema de conhecimento que, por ser auto-referente, objetiva-se. A razão comunicativa, embora ainda circular, encontra-se estruturada em um molde construído pela própria vida que foi mediada por uma ação orientada ao entendimento, o que garantirá a reprodução racional dessas mesmas estruturas. Destarte, o conteúdo normativo decorrente desse processo fica preservado e devidamente respaldado na razão.

O trabalho de HABERMAS, na linha de pesquisa ora exposta, afirma as bases de uma importante vertente do pensamento crítico<sup>525</sup>, preservando, nesse particular, o viés marxista que orientou os trabalhos intelectuais da Escola de Frankfurt, os quais delinearam uma teoria social crítica, com o redimensionamento da dialética como a superação racional e crítica do ideal do esclarecimento.

Tais proposições levam-nos à indelével conclusão de que a razão comunicativa propicia o “uso destrancendentalizado da razão na suposição de mundo objetivo comum, e a suposição de racionalidade recíproca, que os atores devem fazer, quando se envolvem no agir comunicativo”<sup>526</sup>. Isto permite, com efeito, considerar que...

---

<sup>525</sup> MILOVIC, Miroslav. Comunidade da Diferença. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2004, p. 53.

<sup>526</sup> HABERMAS, Jürgen. Agir comunicativo e razão destrancendentalizada. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 54.

...a função regulativa da orientação para a verdade, hesitante perante a suposição do mundo objetivo, dirige o processo de justificação fática para o objetivo de tornar móvel, de certo modo, o supremo tribunal da razão. Com referência à destranscendentalização, sobretudo as idéias de razão teóricas se colocam igualmente fora do mundo estático dos inteligíveis e ostentam sua dinâmica *no interior* do mundo da vida. Do mundo inteligível temos apenas uma idéia, diz Kant, nenhum conhecimento. Depois que a idéia cosmológica foi ultrapassada, na suposição de um mundo objetivo comum, a orientação para as exigências de validade incondicionadas põe os recursos do mundo eternamente inteligível em liberdade para a aquisição do conhecimento empírico. O abandono das exigências de fundamentação da lógica transcendental faz idealizações das idéias de razão, que os sujeitos capazes de linguagem e ação efetuam (...).

Os sujeitos capazes de linguagem e ação podem se orientar apenas *desde* o horizonte de seus mundos da vida respectivos para os mundos interiores. Não há referências mundanas pura e simplesmente livres de contextos. Heidegger e Wittgenstein mostraram, cada um a seu modo, que a consciência dos objetos transcendentais de Kant se nutrem de abstrações falsas.<sup>527</sup>

Assim, ocorre o desapontamento com o fundamento de uma presunção de racionalidade dos sujeitos envolvidos no agir comunicativo, porquanto estes mesmos sujeitos não poderão “dar um fundamento mais ou menos plausível, pelo qual ele (ou ela) se conduziu ou se expressou (ou se deixou de reagir) assim e não de outra forma”.<sup>528</sup>

A conclusão possível, acerca de tais ponderações, é que a autonomia kantiana quanto aos critérios de racionalidade do agir do

---

<sup>527</sup> Idem, *ibidem*, p. 46.

<sup>528</sup> Idem, *ibidem*, p. 47.

sujeito transcendental não pode subsistir em um ambiente de racionalidade que define o domínio prático de uma regra segundo os critérios de participação social, “na qual os sujeitos já se encontram, tão logo mutuamente se certifiquem reflexivamente de seu conhecimento intuitivo em relação aos objetos da justificação”.<sup>529</sup>

Longe de encontrar uma justificativa plausível para a afirmação de argumentos que justifiquem a postura racional kantiana de aquisição de direitos pelo sujeito, conectando-os ao discurso da pós-modernidade, HABERMAS afirma que o direito acaba por subjugar o potencial conflituoso das próprias liberdades subjetivas utilizando-se de normas que “garantem a igualdade e que só podem exercer coerção quando forem reconhecidas como legítimas no terreno instável das liberdades comunicativas que aí se desencadeiam”<sup>530</sup>.

A leitura que podemos fazer da idéia de aquisição de direitos, segundo o ponto de partida kantiano, agora à luz da Teoria da Ação Comunicativa de HABERMAS, deve ser procedida com a superação da imagem construída pelo sujeito racional transcendental. A idéia destrancendentalizada de direitos subjetivos leva-nos inexoravelmente à compreensão sobre a possibilidade de legitimação das pretensões ostentadas pelos sujeitos de direito. Para que isso ocorra, é indispensável que tais pretensões sejam validadas pelo consenso acerca da racionalidade dos critérios de sua delimitação, o que é procedido pelos partícipes do mundo da vida, após sua mediação com os parâmetros de racionalidade revelados em uma comunidade dialética<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> Idem, *ibidem*, p. 94.

<sup>530</sup> HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 397.

<sup>531</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, p. 350.

Nessa ordem de idéias, o *direito subjetivo*, agora semanticamente opacizado pela polissemia e indeterminação históricas de um uso generalizante e de erronias quanto ao seu conteúdo, não tem, aprioristicamente, o condão de atribuir poderes, ou delimitar espaços de liberdade, pois a certeza racional que justificaria e legitimaria tais poderes, quanto à conduta do sujeito e seu meio social, somente será obtida após a dialetização desses interesses e sua ponderação em face de tantos outros em conflito. A afirmação de direitos subjetivos decorre, em verdade, das expectativas dos sujeitos no sentido de verem seus interesses pessoais, coletivos e difusos devidamente observados, com a criação de um espaço de atuação socialmente legítimo.

Isto também se aplica à idéia de integridade do direito, anteriormente avaliada, que, por ser fundada em parâmetros de justiça e liberdade, em uma comunidade de princípios<sup>532</sup>, não pode ficar presa à noção de uma racionalidade cujos critérios são fixados *a priori*. O modelo que melhor se afeiçoa aos princípios ético-jurídicos da equidade deve, por certo, ser obtido com a mediação de argumentos jurídicos respaldados em uma crítica à teoria do direito e às decisões judiciais do passado. Esta visão crítica serviria ao propósito de melhor delinear os argumentos adotados na decisão, a fim de depurá-los, tanto quanto possível, dos interesses, enfoques políticos, parcialidade ideológica, ou outros fatores subjetivos.

A atividade dos juízes deve consistir, portanto, no desenvolvimento da melhor teoria possível<sup>533</sup>, com a reconstrução racional da “história institucional da ordem jurídica”<sup>534</sup>, servindo-se de uma interpretação reconstitutiva fundamentada em critérios racionais, a se

---

<sup>532</sup> DWORKIN, O Império do Direito, *ibidem*, p. 292.

<sup>533</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 302.

<sup>534</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 302.

embasar em indícios históricos do próprio direito existente e nos marcos históricos do Estado de Direito<sup>535</sup>.

Nesse sentido, a fim de viabilizar o compartilhamento de tais valores em um meio compreensivo da pluralidade das formas de vida, “o sujeito de direito (*legal person*) abstrato da doutrina clássica do Direito (*classical jurisprudence*) deve ser substituído por um conceito intersubjetivo”<sup>536</sup>.

Dessume-se dessas considerações que a manutenção de um conceito viável de direito subjetivo deve apostar na superação do pensamento idealizador transcendental hoje ainda em curso, deixando florescer a idéia de que uma única decisão correta, ética e racionalmente balizada, só pode ser alcançada mediante uma busca cooperativa da verdade, mas não como a validação de direitos subjetivos pressupostos.

Se recolocada a questão com o pano de fundo da idéia habermasiana de co-originalidade entre a autonomia pública e privada, a condição de portador de direitos subjetivos, atribuída aos cidadãos, agora em um sentido semanticamente adequado ao giro hermenêutico e giro lingüístico<sup>537</sup>, só pode ser alcançado se levada em conta “a exigência de legitimidade de um assentimento geral”<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> Idem, ibidem, p. 267.

<sup>536</sup> Idem, ibidem, p. 267.

<sup>537</sup> Nesse sentido HABERMAS apregoa quatro modalidades de direitos fundamentais. São elas: “I ) Direitos fundamentais (de conteúdo variável), que resultam da configuração autônoma do direito, que prevê a maior medida possível de liberdades subjetivas de ação para cada um. II) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do *status* de uma associação livre de parceiros do direito. III) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual, portanto da reclamabilidade de direitos subjetivos. IV) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política. (HABERMAS, Jürgen. A era das

Tal atividade racional é delineadora de um conceito de subjetividade jurídica que pretende se opor ao caráter absoluto do modelo transcendental kantiano e, com isto, diminuir o nível de antagonismo presente nas relações sociais, na proporção em que se orienta pela elaboração de uma práxis comunicativa dialógica. Esta determinação fundada em uma linguagem dos direitos que aspira ser dialética, justifica, na linha dos argumentos de Mary Ann GLENDON, a afirmação de horizontes mais realistas de compreensão dos problemas sociais e de elaboração de planos de solução orientados por um consenso democrático acerca de seus critérios.

### **3.5 Aspectos pragmáticos da destrscendentalização dos direitos fundamentais sociais à saúde**

A visualização dos horizontes dos direitos subjetivos constitucionais, sob a ótica de uma racionalidade destrscendentalizada, pode ser contrastada como a orientação estratégica de um agir político voltado para o atendimento racional da demanda por serviços de saúde.

Ao lado das questões acerca da legitimidade do Poder Judiciário na solução de problemas que pedem a visualização da necessidade de formulação de políticas públicas, encontra-se, por certo, o tema da realização de direitos subjetivos em uma perspectiva não transcendental. Tais diretrizes permitem examinar, certamente, a visão pragmática de Ronald DWORKIN sobre a distribuição dos recursos públicos necessários para garantir o mínimo essencial de atendimento à saúde, principalmente para as camadas sociais economicamente menos prestigiadas, diante de

---

transições. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 169).

<sup>538</sup> Idem, ibidem, p. 169.

um consenso social sobre os critérios que legitimem a utilização de recursos financeiros que viabilizem esses tratamentos.

A problematização levada a efeito por DWORKIN<sup>539</sup> pode ser sintetizada a partir de duas indagações, quais sejam: 1) “quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos?” 2) “Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?”<sup>540</sup>

Tais questionamentos passam, evidentemente, pela observação de uma equação entre os recursos disponíveis para o tratamento de certas doenças, em razão das ponderações acerca da necessidade da utilização de certos métodos terapêuticos, ou mesmo quanto a ser apropriado, ou não, determinado tratamento, em dadas circunstâncias.

Disto se infere a possibilidade de ponderação acerca do custo de determinados métodos terapêuticos, inclusive diante da possibilidade, ou não, de sucesso de um dado tratamento médico.

Assim, a pergunta formulada por DWORKIN<sup>541</sup>, sobre os critérios que possam orientar uma tomada de decisão dentro de critérios racionais, é sobre quanto deve ser gasto coletivamente para que sejam propiciados serviços de saúde em uma sociedade, com a preservação do ideal de igualdade.

Suas ponderações críticas acerca do *princípio do resgate*<sup>542</sup>, amplamente adotado nas decisões judiciais brasileiras sobre esse tema, levam em conta que o senso comum dos juristas, hoje reinante, trilha o caminho da teoria da igualdade de bem-estar, apostando no restabelecimento da saúde das pessoas, independentemente do custo das

---

<sup>539</sup> DWORKIN, Ronald. A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431, *passim*.

<sup>540</sup> IDEM, *ibidem*, p. 431-432.

<sup>541</sup> Idem, *ibidem*, p. 432-433.

<sup>542</sup> Idem, *ibidem*, p. 446-447.

necessárias terapias para tanto. Para DWORKIN, tal sistema é irracional, pois, à vista de seu alto custo, acabará por inviabilizar investimentos em outras áreas socialmente importantes.

A solução vislumbrada por DWORKIN tem em conta, então, a aplicação de um mecanismo entendido como “seguro hipotético”, o qual se afirma na premissa de que uma dada sociedade deve gastar com saúde somente o que pessoas de prudência normal o fariam diante do próprio mercado de seguros de saúde.

Ao que parece, a proposta de DWORKIN, a partir da premissa de que a sociedade não deve gastar mais com benefícios sociais do que deveria, é no sentido de obter critérios justos e realistas para a distribuição de recursos para a saúde. Nesse particular, considera que...

A comunidade comprometida com a igualdade de recursos, de modo que o povo possa tomar suas próprias decisões acerca da vida que melhor lhe convier, incentiva, em vez de subverter, os princípios adequados da responsabilidade individual. Aceita que a intervenção do governo seja às vezes necessária para proporcionar as circunstâncias nas quais é justo pedir aos cidadãos que assumam responsabilidade pela própria vida. Contudo, respeita os juízos pessoais de necessidade e valor que os cidadãos tenham formulado nas condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade. A meta está no âmago da concepção de igualdade em recursos e da hipotética estratégico de seguros que recomenda. O plano de saúde elaborado para respeitar as decisões dos cidadãos como seguradores prudentes é, de fato, igualitário. Mas é o oposto do paternalismo.<sup>543</sup>

A questão que merece cuidado, diante dessas considerações, é que o igualitarismo liberal que as sustenta responde apenas parcialmente à indagação acerca da justa distribuição dos recursos públicos. À medida

---

<sup>543</sup> Idem, ibidem, p. 449.

que tal distribuição passasse a se limitar ao que o seguro prudente recomendaria, tal modelo de sistema de compensações levaria em conta as desigualdades pessoais a partir dos esforços ou méritos de cada um, como fruto de suas escolhas, sem, contudo, elaborar respostas para as hipóteses em que tais diferenças decorram exclusivamente do talento inato de alguns.

Este é o posicionamento de Octávio Luiz Motta Ferraz, senão vejamos:

O seguro aqui é certamente um mecanismo mais justo e realista do que as opções existentes. No campo das desigualdades decorrentes do *talento-riqueza* (habilidade de produzir bens valorizados pelo mercado), que Dworkin classifica como injustas, em contraposição à "direita conservadora", a dificuldade não está na impossibilidade de eliminar essas desigualdades – pois isso é decerto possível (ainda que politicamente complexo). A dificuldade está em discriminar entre o que é fruto exclusivo de um talento inato (circunstância) e o que é decorrência de um talento desenvolvido pelo esforço (escolha). Aqui não parece legítimo, pelos próprios critérios de Dworkin, que a redistribuição se limite àquilo que o seguro hipotético recomendaria, pois restariam ainda enormes desigualdades de riquezas entre os indivíduos, moralmente injustificadas.<sup>544</sup>

Assim, em que pese a aludida irracionalidade dos gastos com saúde, em virtude das escolhas feitas pelo sistema de distribuição dos recursos disponíveis<sup>545</sup>, bem como a instigante contribuição de DWORKIN

---

<sup>544</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. Novos estud. - CEBRAP., São Paulo, n. 77, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29 de julho de 2007. Pré-publicação, p. 252.

<sup>545</sup> DWORKIN, ibidem, p. 437.

no sentido de encontrar alternativas aptas a solucionar o problema, com a articulação do princípio da igualdade, o certo é que sua proposta, no sentido de obter uma solução prática para o problema, parece antagonizar-se com a vertente de sua tese acerca dos direitos fundamentais.

Com efeito, por ser inegável que os pressupostos acima examinados acabam por fazer uma “apologia do sistema do capitalismo, mitigado pelas compensações mínimas do Estado do Bem-Estar social”<sup>546</sup>, suas proposições pragmáticas não deixam de surpreender mas, ainda assim, acabam por atestar o grau de dialeticidade<sup>547</sup> existente entre as posturas fundamentadas nos paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição.

Pode-se dizer que os paradigmas substanciais têm como mote a realização de direitos subjetivos constitucionais, fundamentados em princípios “que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais”<sup>548</sup> os quais, ao se afirmarem como trunfos, prestam homenagem a uma visão mais substancial de igualdade<sup>549</sup>, garantindo a preservação de padrões mínimos de existência aos cidadãos<sup>550</sup>, inclusive como uma promessa de respeito à dignidade e à igualdade às minorias<sup>551</sup>. Os procedimentais, por estarem sustentados em argumentos de procedimento político, têm em seu horizonte a possibilidade de que uma decisão particular “promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”<sup>552</sup>.

---

<sup>546</sup> FERRAZ, *ibidem*, p. 253.

<sup>547</sup> ANDERSON, Elizabeth. What is the point of equality? *Ethics*. Chicago: Univerversity of Chicago Press, n. 109, jan. 1999, p. 287-337.

<sup>548</sup> DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, p. 6.

<sup>549</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps? In: WALDRON, Jeremy. *Theory of Rights*. Oxford: University Press, 1984, p. 153-167.

<sup>550</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. XV.

<sup>551</sup> *Idem*, *ibidem*, p. XV.

<sup>552</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio, p. 6.

Ora, a tese de DWORKIN sobre o seguro hipotético alinha-se razoavelmente aos lineamentos do procedimentalismo, uma vez que valoriza a capacidade que tem uma comunidade em fazer suas escolhas, dentro de critérios racionais, objetivando a preservação do bem comum. Dentro dessas balizas, a idéia central originadora dessa tese consiste essencialmente na garantia de que as políticas públicas na área de saúde não sejam inviabilizadas em virtude do exaurimento dos recursos disponíveis, com a adoção do princípio do resgate.

Conseqüentemente, podemos indagar: como ficaria, neste caso, a orientação de DWORKIN no sentido de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político? Afinal, na proposta dworkiniana do seguro hipotético, como os juízes devem fundamentar suas decisões? Poderiam fazê-lo com a adoção de argumentos de procedimento político?

No caso em análise, não se pode ver no trabalho de DWORKIN uma proposição antagônica em relação aos postulados centrais que orientam seus escritos. Ao contrário, essa dialetização atesta a necessidade de se visualizar a obra do autor sob o prisma do agonismo, que melhor será tratado no capítulo seguinte.

Em suma, as afirmações substancialistas de DWORKIN, que constituem o âmago de sua obra, subsistem ao lado de suas proposições pragmáticas acerca do princípio do seguro hipotético, que certamente têm um forte tempero procedimentalista. A tensão entre essas duas vertentes, *prima facie* opostas, demonstra que DWORKIN, mesmo ao sustentar que o juiz deve fundamentar suas decisões sobre casos controvertidos em argumentos de princípio político, abre portas, com a afirmação do princípio do seguro hipotético, à postura agonística ora apresentada como critério de equilíbrio entre a autonomia e o bem-estar.

## Capítulo IV

### **Dialética e agonismo: em busca de um modelo alternativo ao embate entre substancialismo e procedimentalismo**

La lógica democrática de constituir el pueblo y de inscribir los derechos y la igualdad en las prácticas, es necesaria para subvertir la tendencia al universalismo abstracto inherente al discurso liberal. Sin embargo, la articulación con la lógica liberal nos permite desafiar constantemente - mediante la referencia a la "humanidad" y al polémico uso de los "derechos humanos" - las formas de exclusión que se hallan necesariamente inscritas en la práctica política de establecer esos derechos y de definir el "pueblo" que ha de gobernar.

Chantal Mouffe

#### **4.1. Dialética e agonismo**

O que podemos entender hoje por *dialética* é necessariamente o produto de uma conceituação hegeliana, na qual o termo é tratado a partir de uma concepção triádica. Esta compreensão foi constituída na observação, procedida por HEGEL, da Revolução Francesa, no sentido de

firmar correlação entre esse movimento revolucionário e as liberdades nas sociedades ocidentais. O filósofo analisou também o fato de que a Revolução Burguesa acabou por introduzir a liberdade nessas sociedades e o fez por meio de uma forma brutal e violenta. Concluiu, nesse contexto, que a sociedade que aprendeu com sua história, só pode, a partir dessa experiência, constituir-se como um Estado constitucional de cidadãos livres.

A partir dessas considerações, percebe-se que uma dada proposição, na órbita do conhecimento humano, desafia uma posição contrária, e que o embate entre estas determina a *síntese*, entendida como a *superação* de tais contrariedades.

A fim de chegar ao entendimento dialético hegeliano, deve-se passar por três etapas. A primeira é do *entendimento*, na qual parte-se de conceitos ou categorias fixas. Segue-se a esta a etapa da *razão dialética*, que por ser essencialmente *negativa*, consiste na reflexão acerca dos elementos conflitantes, surgindo daí a contradição. Após essa operação, surgirá uma nova categoria, designada como *especulação* ou *razão positiva*, que engloba as demais, resolvendo as contradições aludidas precedentemente. Assim, para HEGEL...

1) La dialéctica tiene un resultado positivo, porque tiene un contenido determinado, o porque su resultado veraz no es la nada abstracta e vacía, sino la determinación de ciertas determinaciones, las cuales están contenidas en el resultado, precisamente porque este no es un nada inmediato, sino que es un resultado. 2) Este racional es, por lo tanto, aun siendo algo pensado y abstracto, a la vez algo concreto, porque no es unidad simple y formal, sino unidad de determinaciones diversas. Por

esto la filosofía no tiene nada que hacer con meras abstracciones o con pensamientos formales, sino sólo con pensamientos concretos.<sup>553</sup>

Pode-se dizer que há, para o sujeito, na filosofia de HEGEL, como traço característico, precipuamente na *Fenomenologia do Espírito*, o objetivo de chegar à consciência subjetiva, sendo esse mesmo sujeito levado à auto-superação, e assim, ao saber absoluto, o que possibilita o conhecimento da lógica e, por conseguinte, do sistema da Filosofia<sup>554</sup>.

É inegável, com efeito, a repercussão das proposições hegelianas sobre a dialética na observação da própria história, cujas evoluções devem estar submetidas a uma lei dialética. A síntese é a resposta ao conflito entre posições concorrentes, nos mais variados aspectos da vida humana e representa a própria superação dos antagonismos.

A dialética, enfim, consiste em um sistema que pode nos dar a compreender o próprio mundo. Nesse contexto, cada passo na história surge como solução das contradições existentes em um momento anterior. O caminho assim trilhado permite uma progressão que se consubstancia em um constante aprendizado, no qual um sistema aprende com seus próprios erros.

A partir de tais considerações, é possível ver nos argumentos de Chantal MOUFFE, no sentido de superação do antagonismo, a própria estrutura do pensamento dialético hegeliano.

Nesse contexto, pode ser investigada a conexão possível entre direito subjetivo e democracia, bem como sua repercussão na órbita das liberdades individuais.

---

<sup>553</sup> HEGEL, G. W. F. Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Trad. Francisco Larroyo. México: Porrúa, 1977, 3ª edição, p. 52. (§ 82).

<sup>554</sup> STEIN, Ernildo e BONI, Luis A. (org.). Dialética e Liberdade. Porto Alegre: Universidade, 1993, p. 611.

## 4.2. Democracia plural?

Partindo da premissa largamente aceita de que a idéia de democracia está sustentada na reivindicação política do liberalismo, ao afirmar a proteção das liberdades individuais contra as inúmeras formas do arbítrio estatal<sup>555</sup>, é possível investigar a viabilidade desse modelo democrático, questionando a possibilidade de harmonizá-lo com as expectativas de igualdade e liberdade.

Para tanto, é imprescindível proceder-se à análise da crítica de Carl SCHMITT à democracia orientada pelo liberalismo político. O ponto fulcral do pensamento de SCHMITT consiste na afirmação de que o ajuntamento de peculiaridades próprias do liberalismo, com a democracia, cria um regime cuja estrutura anômala tenta conciliar características inconciliáveis, presentes na democracia parlamentar e na monarquia<sup>556</sup>.

A premissa sobre a qual é desenvolvido o argumento de SCHMITT consiste justamente na impossibilidade de harmonização entre o princípio da identidade, peculiar ao sistema democrático, e o princípio da representatividade, que se origina do regime monárquico<sup>557</sup>. Com efeito, nessa ordem de idéias, a base em que se encontra estruturado o princípio do parlamentarismo, com a conseqüente supremacia do legislativo em relação ao poder executivo, não decorre limpidamente da idéia de democracia, consistindo, isto sim, em uma construção do liberalismo<sup>558</sup>.

Ao se opor à idéia da democracia direta, SCHMITT pretendeu, em verdade, rechaçar o princípio democrático da identidade, ao asserir

---

<sup>555</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é Democracia? São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 278.

<sup>556</sup> SCHMITT. El concepto de lo Político. Trad. Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 13.

<sup>557</sup> MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1993, p. 158-159.

<sup>558</sup> Idem, ibidem, p. 159.

que a instituição da democracia representativa não foi motivada por ordens práticas, mas, sim, por uma conveniente estratégia de afirmação do liberalismo. Salientou, nesse sentido, que se o poder de tomar decisões em nome do povo tivesse sido entregue aos seus representantes por ordem prática, isso poderia com igual facilidade ter sido usado para justificar o cesarismo antiparlamentarista<sup>559</sup>.

O fundamento metafísico que sustenta tal afirmação, para SCHMITT, é o de que a política, no viés da crença liberal, eleva-se a partir do cotejo de opiniões, exurgindo assim, da atividade parlamentar, a possibilidade de revelar-se a verdade. Por meio da possível “deliberação pública dos argumentos e contra-argumentos”<sup>560</sup>, a solução dos problemas políticos é decidida sem recurso às práticas democráticas, pois não denota a possível identidade entre governantes e governados, o que consubstanciaria a própria “lógica da democracia”<sup>561</sup>.

Para SCHMITT, a discussão política pública por meio dos representantes políticos está despojada de qualquer viabilidade, restando apenas a negociação partidária e a avaliação de interesses diversos, bem como a criação de grupos de pressão e coligações com o objetivo de disputar o poder, sem necessariamente, convém repisar, estabelecer-se a identidade enunciada acima. Esse quadro, para SCHMITT, é o suficiente para asserir a ocorrência de uma contradição imanente ao próprio liberalismo, ou seja, o fato de que o liberalismo nega a democracia e a democracia nega o liberalismo.<sup>562</sup>

---

<sup>559</sup> SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentarist Democracy*. Trad. Ellen Kenndy. Cambridge: MIT Press, 1988, p.34.

<sup>560</sup> Idem, *ibidem*, p. 34.

<sup>561</sup> MOUFFE, idem, p. 159.

<sup>562</sup> MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 56.

O posicionamento de SCHMITT sobre homogeneidade<sup>563</sup>, portanto, insere-se no próprio conceito de igualdade, pois é próprio desta, quanto a sua importância e valor político, “ter substância”<sup>564</sup>, ou seja, é na concretude do conceito de igualdade como substância, que contenha a possibilidade de desigualdade, que jaz o conceito de democracia. No entanto, a igualdade humana, afirmada segundo o aforismo “todos são iguais”, decorrente do individualismo liberal, por si só, consubstancia uma idéia “não política”<sup>565</sup>, uma vez que carece da correspondente desigualdade, apta a lhe atribuir significado<sup>566</sup>.

A igualdade política, a seu turno, firmada no conceito de democracia, demanda a possibilidade de distinção entre aqueles que pertencem ou não ao povo (*demos*), arrimando-se, portanto, no conceito de desigualdade. Assim, a igualdade não pode prescindir da desigualdade, por ser esta condição de possibilidade daquela<sup>567</sup>.

Tal peculiaridade conduz SCHMITT à afirmação de que a “igualdade humana absoluta”<sup>568</sup> é algo desprovido de significado, tratando-se de uma “igualdade indiferente”<sup>569</sup>, por não estar lastreada na respectiva identidade de um povo. É o pertencimento a um povo, e não à idéia abstrata de humanidade, que viabiliza a garantia de direitos iguais, estes devidamente determinados em “esferas concretas”<sup>570</sup>, *verbi gratia*, como igualdade econômica ou política, a implicar necessariamente, convém insistir, “alguma forma de desigualdade”<sup>571</sup>.

---

<sup>563</sup> SCHMITT, *ibidem*, p. 9.

<sup>564</sup> SCHMITT, *ibidem*, p. 13.

<sup>565</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 13.

<sup>566</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 11-12.

<sup>567</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 12.

<sup>568</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 12.

<sup>569</sup> MOUFFE, *ibidem*, p. 56.

<sup>570</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 56.

<sup>571</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 56.

A reflexão envolvida no posicionamento de SCHMITT, diante de uma tensão entre o liberalismo e a democracia, denota também a unidade do povo e a soberania de sua vontade, bem como a possibilidade de exercício dos direitos democráticos a partir da participação dos cidadãos nessa unidade. A relação de pertencimento de um indivíduo ao povo, todavia, reclama uma distinção entre “nós” e os “outros”, com a inevitável referência à inclusão e exclusão<sup>572</sup>. Como a retórica liberal tem como pano de fundo um discurso universalista com referência à humanidade, deixando com isto um hiato político a preencher, não pode estabelecer uma fronteira entre “nós” e os “outros”, criando, assim, uma impossibilidade de determinação de conceitos essenciais da democracia como *demos* e povo.

Tais considerações estabelecem um liame direto entre a democracia e a homogeneidade<sup>573</sup>, que pede, se *necessário*, a eliminação ou a erradicação da heterogeneidade. Tal consideração se encontra exposta na obra “The Crisis of Parliamentary Democracy” e foi assim exposta:

Every actual democracy rests on the principle that not only are equals equal but unequals will not be treated equally. Democracy requires, therefore, first homogeneity and second – if the need arises – elimination or eradication of heterogeneity.<sup>574</sup>

---

<sup>572</sup> Idem, *ibidem*, p. 56.

<sup>573</sup> McCORMICK, John P. Identifying or Exploiting The Paradoxes of Constitutional Democracy? In: SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Trad. Jeffrey Seitzer. London: Duke University Press, 2004, p. XXXII.

<sup>574</sup> “Toda democracia real se embasa no princípio de que não apenas são iguais os iguais, mas também no de que não serão os desiguais tratados de maneira igual. Por conseguinte, a democracia exige, em primeiro lugar homogeneidade, e, em segundo – se houver necessidade – a eliminação ou a erradicação da heterogeneidade.” SCHMITT, *idem, ibidem*, p. 09.

Muito embora Chantal MOUFFE não pretenda se filiar às proposições de SCHMITT acerca da impossibilidade de uma democracia liberal, destaca que a análise feita por este deve ser levada a sério no que toca “às deficiências da democracia parlamentar liberal”<sup>575</sup>. A autora centra suas considerações, principalmente, nos temas que evidenciam o paradoxo da democracia liberal, a começar pela afirmação feita por SCHMITT acerca da contradição existente entre o individualismo liberal e a homogeneidade democrática<sup>576</sup>.

Nesse sentido, ao partir dos mesmos pressupostos, sem adesão, no entanto, ao pessimismo schmittiano acerca do que seria uma funesta consequência das tentativas de fusão dos princípios que orientam o liberalismo e a democracia, Chantal MOUFFE<sup>577</sup> encaminha seu raciocínio no sentido de que é necessária, para a elaboração de um modelo social e político democrático, a constituição do povo e a inscrição dos direitos e da igualdade em suas práticas, como uma importante ferramenta que terá por alvo a subversão “da tendência ao universalismo abstrato inerente ao discurso liberal”<sup>578</sup>.

Em contrapartida, é justamente o expediente ao modelo liberal, portanto, universalista, que viabiliza a elaboração de estratégias de superação dos discursos políticos de exclusão, reiteradamente presentes nas afirmações de identidade do *demos* e da soberania popular, a partir da afirmação dos “direitos humanos”.

O convívio paradoxal de posturas tão distintas é capaz de sustentar um projeto de democracia liberal, sem que se tenha em conta a possibilidade de um equilíbrio definitivo entre seus elementos conflitantes, mas pressupõe, isso sim, um constante processo de negociação acerca destes elementos.

---

<sup>575</sup> MOUFFE, *ibidem*, p. 161.

<sup>576</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 160.

<sup>577</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 60-63.

<sup>578</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 60.

O aspecto central do debate entre SCHMITT e MOUFFE é, decerto, a indagação acerca da possibilidade de estabelecimento de consenso em um ambiente democrático e liberal, tangenciando a questão do pluralismo e de como poderia o liberalismo, finalmente, para esta, coexistir com a democracia.

A par disto, pode ser ainda examinada a aparente colisão entre as diretrizes habermasianas, acerca do consenso, e as proposições de Chantal MOUFFE, com respaldo nas considerações de Carl SCHMITT, acerca da já aludida incompatibilidade entre o liberalismo e a democracia, uma vez que, para a professora de Westminster, não se mostra possível a obtenção de um consenso racional sem exclusão<sup>579</sup>.

Convém rememorar ainda, como já afirmado acima, que o argumento de Chantal MOUFFE, acerca da viabilidade da democracia liberal, respalda-se na negação de que o consenso seja indispensável para a construção da sociedade democrática. Aliás, sua crítica parte do pressuposto de que, a partir da concepção de SCHMITT acerca das relações de inclusão e exclusão, que decorrem da constituição política de um povo, no sentido de viabilizar o exercício da democracia, a própria lógica democrática não permite seja levada a efeito a situação ideal de discurso preconizada por HABERMAS. Nesse sentido, como em uma sociedade liberal democrática o consenso prenuncia a hegemonia e a manutenção de relações de poder, não possibilita o desvelamento do que é legítimo ou não, pois tal determinação derivaria de ajustes políticos.

Isto se explica em virtude do fato de que a revelação de um *consenso fundado*, racionalmente obtido por intermédio de procedimentos discursivos, com o pretense delineamento do que é legítimo ou não, afasta a possibilidade de percepção das articulações sociais, sempre contingentes. Esse processo conduz a uma reificação e reduz, para

---

<sup>579</sup> MOUFFE, *ibidem*, p. 61.

Chantal MOUFFE, a possibilidade de manifestação plural da identidade de um povo<sup>580</sup>.

Aliás, a tese de Carl SCHMITT, ao acentuar a impossibilidade de se estabelecer uma conexão entre a democracia deliberativa e o pluralismo liberal “democrático”, orienta o pensamento de Chantal MOUFFE para uma crítica acerca das possibilidades da manutenção de um consenso que não elimine o pluralismo na esfera pública<sup>581</sup>. Nesse particular, é imperativa a análise do conceito de igualdade política, que é imanente à democracia deliberativa, em relação à caracterização de um pluralismo liberal “democrático”.

Enfim, é essencial, nessa linha de argumentação, estabelecer algumas balizas que permitam avançar na refutação do argumento cético de Carl SCHMITT, no sentido de viabilizar, inclusive, a superação do critério político embasado na distinção entre amigo e inimigo, bem como a crítica ao pluralismo. Tais proposições estão presentes na afirmação de SCHMITT no sentido de que a democracia requer igualdade política e, portanto, homogeneidade, diante de sua constatação de que a unidade, essencial para a constituição da comunidade política democrática, existe apenas como identidade.

Chantal MOUFFE concorda com a afirmação de SCHMITT no sentido de que não é possível obter a coesão de uma sociedade liberal de acordo com meras questões de procedimento, pois o liberalismo leva à esfera pública a diversidade que existe no seio de uma sociedade liberal, limitando o momento político justamente à esfera de negociação sobre interesses que se manifestem como relevantes nesta órbita<sup>582</sup>. Permanece o problema de saber onde estaria, então, a identidade comum aos cidadãos em uma sociedade democrática, pois, nesse viés, não passa de

---

<sup>580</sup> MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 64.

<sup>581</sup> Idem, *ibidem*, p. 64.

<sup>582</sup> Idem, *ibidem*, p. 66.

uma ficção legal, não sobrando espaço para se falar na constituição política de um povo<sup>583</sup>.

Remanesce também a questão de analisar quais são as possibilidades de se contemplar a unidade de uma sociedade pluralista, diante da perspectiva descrente de SCHMITT em relação ao problema da coexistência do pluralismo em uma sociedade política democrática<sup>584</sup>.

Ora, partindo da premissa de que a identidade de um povo resulta, para SCHMITT, de um “processo político de articulação hegemônica”<sup>585</sup>, e ainda, que essa hegemonia conflita com o conceito de pluralismo<sup>586</sup>, que seria essencial à idéia de liberalismo, mas que, como já visto, opõe-se à dimensão de uma sociedade democrática, a saída vislumbrada por Chantal MOUFFE não pode prescindir da superação do antagonismo e da abertura de horizontes para a compreensão do agonismo.

Em outras palavras, o projeto para a democracia tem como princípio a aceitação do pluralismo de valores, que se manifesta em um modelo liberal, para conciliá-lo politicamente com a figura do adversário e não do inimigo.

Assim, superando o atual modelo de uma “democracia deliberativa”, MOUFFE elabora o conceito de “pluralismo agonístico”, que pressupõe, como condição de existência da democracia, não o consenso racional, mas a confrontação agonística.

O que pode resultar de tal interação democrática e liberal não é um consenso *ideal*, mas *conflituoso*. Isto porque os valores em jogo em uma sociedade plural não podem existir senão mediante uma ampla

---

<sup>583</sup> Idem, *ibidem*, p. 66.

<sup>584</sup> Idem, *ibidem*, p. 66

<sup>585</sup> MOUFFE, Chantal. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. In: MOUFFE Chantal (org.). *The Challenge of Carl Schmitt*. New York: Verso, 1999, p. 38–53.

<sup>586</sup> MOUFFE, Chantal. *Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo. jul./dez. 1994, p. 98-99.

abrangência de possibilidades que decorrem de interpretações diferentes e em conflito, viabilizando o que podemos chamar de “confrontação agonística entre adversários”<sup>587</sup>.

A ênfase excessiva ao consenso, presente nos discursos embasados nos critérios da moderna racionalidade, deve ceder lugar, na linha do raciocínio de Chantal MOUFFE, a uma confrontação agonística. Esta, por sua vez, passa a ser vista como autêntica condição de possibilidade da própria democracia<sup>588</sup>, tendo-se em perspectiva que sua caracterização é tributária da possibilidade de reconhecimento e legitimação do conflito, e não na supressão do dissenso em decorrência de uma imposição autoritária<sup>589</sup>.

A solução vislumbrada por Chantal MOUFFE sustenta-se, portanto, no conceito de “consenso conflituoso”<sup>590</sup>, o qual justifica, em certa medida, a “quantidade de consenso”<sup>591</sup> indispensável à caracterização do conceito de democracia. Tal definição cifra-se em um estado de lealdade a certos valores ético-políticos, que são principiologicamente constitutivos da democracia pluralista. Seu estado conflitivo, por sua vez, permite que as várias concepções acerca da cidadania sejam permeadas por dissensos interpretativos acerca dos correlativos fundamentos ético-políticos que lhes serviram de arrimo.

Esse contraste de posições mira a possibilidade de se pensar radicalmente a própria democracia<sup>592</sup>, redefinindo os lindes semânticos da hegemonia, para que afaste a ilusão de que o exercício do poder, bem

---

<sup>587</sup> Idem, ibidem, p. 116

<sup>588</sup> Idem, ibidem, p. 116.

<sup>589</sup> Idem, ibidem, p. 116.

<sup>590</sup> MOUFFE, Chantal. *On the political*. London: Routledge, 2005, p. 121.

<sup>591</sup> MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*, p. 116.

<sup>592</sup> MOUFFE, Chantal; LACLAU, Ernesto. *Hegemonia y Estrategia Socialista – Hacia Una radicalización de la Democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 191, passim.

como seus discursos de justificação, são gerados a partir de critérios estritamente racionais.

Partindo-se de uma visão de democracia que não pretende negar o pluralismo, mas o tem como condição de possibilidade, com o fim de estabelecer uma esfera pública cujo primado é a inclusão social, a controvérsia democrática assume a imagem contrafática que mantém acesa a chama plural de afirmação de identidades democráticas e das relações sociais. Elimina-se, portanto, a tentação de naturalizar suas fronteiras<sup>593</sup>, bem como as armadilhas da concepção de sua existência de forma puramente essencialista.

É intuitivo considerar, diante das premissas já fixadas por Chantal MOUFFE, que o projeto de uma democracia radical não pode se fundamentar em estruturas dadas pelo universalismo abstrato de matiz kantiana<sup>594</sup>. Aqui é conveniente rememorar que o universalismo está embasado em um modelo democrático liberal, já admitido como contraditório.

A impossibilidade de afirmar uma base teórica minimamente razoável para tal projeto leva-nos a buscar sua constituição em ajustes políticos historicamente determinados<sup>595</sup>. Dignos de nota, nesse particular, são os acontecimentos vivenciados na Inglaterra do Século XVII, tais como a existência de um longo conflito no parlamento, em meio a uma guerra civil, isto sem falar nas experiências republicanas que se seguiram à restauração da monarquia e, finalmente, com a eclosão de uma revolução constitucional<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*, p. 118.

<sup>594</sup> MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 27.

<sup>595</sup> MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo – de Hobbes a Locke*. Trad. De Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 13-17.

<sup>596</sup> *Idem*, *ibidem*.

De qualquer sorte, admitidas as ambigüidades, equivocidades e os freqüentes laxismos que invariavelmente permeiam os discursos sobre o tema, o certo é que os “diversos caminhos, verbais e caóticos”<sup>597</sup> que nos conduzem pelas searas das liberdades democráticas, nos enredam em um emaranhado de conceitos que culminam por implodir “as instituições inventadas pela democracia ao longo de sua grande aventura”<sup>598</sup>.

Com efeito, o que nos resta de plausível é a constatação de que a democracia acaba por se inspirar, paradoxalmente, como já aludido, nos próprios ideais do liberalismo, ao pretender assegurar liberdades individuais<sup>599</sup>.

Em síntese, a incompatibilidade entre o liberalismo e a democracia, para Carl SCHMITT, consiste na pretensa impossibilidade de se estabelecer um consenso racional sem exclusão. Em contrapartida, o argumento de Chantal MOUFFE, acerca da viabilidade da democracia liberal cifra-se, em boa medida, na refutação do argumento de indispensabilidade do consenso para a constituição da sociedade democrática.

#### **4.3. Dialética do consenso**

Diante das considerações feitas precedentemente, pode-se dizer que o pluralismo agonístico<sup>600</sup> não pretende eliminar, da esfera pública, as paixões e os subseqüentes dissensos que lhe são correlatos<sup>601</sup>, mas alvitra “mobilizar essas paixões na direção de objetivos democráticos”<sup>602</sup>.

---

<sup>597</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

<sup>598</sup> Idem, ibidem, p. 277.

<sup>599</sup> Idem, ibidem, p. 278.

<sup>600</sup> MOUFFE, Chantal. La Paradoja Democrática, p. 116.

<sup>601</sup> Idem, ibidem, p. 116.

<sup>602</sup> Idem, ibidem, p. 116.

Está claro que Chantal MOUFFE associa o consenso racional de HABERMAS a um “mero acordo”<sup>603</sup>, considerando que a ênfase excessiva dada ao consenso, com o distanciamento em relação à confrontação, conduz à apatia e ao afastamento da participação política<sup>604</sup>.

Nesse particular, MOUFFE sustenta que...

...el ideal de una democracia pluralista no puede consistir en alcanzar un consenso racional en la esfera pública. Ese consenso no puede existir. Tenemos que aceptar que todo consenso existe como resultado temporal de una hegemonía provisional, como una estabilización del poder, y siempre implica alguna forma de exclusión. Las ideas de que el poder podría ser disuelto mediante un debate racional y de que la legitimidad podría basarse en la pura racionalidad son ilusiones que pueden poner en peligro a las instituciones democráticas.<sup>605</sup>

Tal perigo consistiria justamente em por fim à deliberação pública que subjaz ao modelo democrático, negando-se a “natureza inerentemente conflitiva do pluralismo moderno”<sup>606</sup>. Daí porque, dada a essencialidade da controvérsia democrática, mostra-se impossível o estabelecimento do consenso sem exclusão.

A racionalidade comunicativa propugnada por HABERMAS, segundo essa ótica, estaria relacionada a uma espécie de modelo que tende a garantir o predomínio de uma visão hegemônica de Estado, assentada em uma preponderância provisória, que funcionaria como uma “estabilização do poder, e que sempre implica alguma forma de

---

<sup>603</sup> Idem, ibidem, p. 106.

<sup>604</sup> Idem, ibidem, p. 117.

<sup>605</sup> Idem, ibidem, p. 117.

<sup>606</sup> Idem, ibidem, p. 117.

exclusão”<sup>607</sup>, muito próxima, nesse particular, do modelo de democrático schmittiano.

O ponto de vista de Chantal MOUFFE, no sentido de abrir a possibilidade de análise de um modelo político que não se encontre fundamentado na idéia de deliberação democrática<sup>608</sup>, radicaliza o próprio conceito de democracia, o qual não poderia, nesse viés, se embasar no consenso racional habermasiano. Esse contexto argumentativo pede uma adequada incursão nos critérios que orientam, para HABERMAS, a hoje conhecida Teoria da Ação Comunicativa.

Muito embora o modelo agonístico vislumbrado por Chantal MOUFFE seja imprescindível para a continuação de um projeto para a democracia plural, sua visão sobre o consenso habermasiano merece uma análise acurada. A indagação possível, diante da crítica elaborada pela Ilustre Professora de Westminster, é se, de fato, o consenso racional habermasiano dirige-se no sentido de formação de hegemonias

---

<sup>607</sup> Idem, ibidem, p. 117.

<sup>608</sup> “Lo que niega el modelo de la democracia deliberativa es la dimensión del carácter indecible y no erradicable del antagonismo, dimensión que es constitutiva de lo político. Al postular la existencia de una esfera pública no excluyente de deliberación en la que poder obtener un consenso racional, la democracia deliberativa niega la naturaleza inherentemente conflictiva del pluralismo moderno. Este modelo es incapaz de reconocer que poner fin a una deliberación es algo que siempre es el resultado de una *decisión* que excluye otras posibilidades, y que nunca deberíamos negarnos a asumir la responsabilidad de dicha decisión, invocando el imperativo de las reglas o los principios generales. Esta es la razón de que una perspectiva como la del “pluralismo agonístico”, que revela la imposibilidad de establecer un consenso sin exclusión, sea de fundamental importancia para a política democrática. Al prevenirnos contra la ilusión de que podría ser factible realizar alguna vez una democracia completamente lograda, nos obliga a mantener viva la controversia democrática.” Idem, ibidem, p. 117.

provisórias, e, com isto, nega a possibilidade de estabelecimento de um contexto democrático plural.

#### 4.4. Consenso racional, pluralismo e agonismo

O tema alusivo ao consenso de matiz habermasiana deve ser tratado com merecida acuidade.

As questões alusivas ao tema mereceram grande debate, principalmente na década de sessenta do Século Vinte, a partir do desenvolvimento dos estudos teóricos inaugurados pela Escola de Frankfurt<sup>609</sup>, bem como as críticas que se sucederam a partir de seus postulados. É notável, a esse respeito, a tese filosófica elaboradas por Jürgen HABERMAS<sup>610</sup>, em oposição ao pessimismo freudo-marxista de Theodor ADORNO e Max HORKHEIMER<sup>611</sup>.

Em primeiro lugar, é de bom alvitre recordar que as considerações feitas por HABERMAS sobre o tema *conhecimento e interesse*<sup>612</sup>, especificamente quanto à distinção entre auto-reflexão crítica e reconstrução racional das condições da fala e da ação, tem em conta a proposta de determinar uma teoria da comunicação apta a justificar uma *base normativa* para a própria crítica. Esta teoria se dá por meio de conceitos como *sistema* e *mundo da vida*, cunhados a partir da sistematização de elementos contidos nas construções teóricas de Max

---

<sup>609</sup> HABERMAS, Jürgen. Textos e Contextos. Trad. Sandra Lipert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 85-89.

<sup>610</sup> HABERMAS, Jürgen. Knowledge and human interests. Trad. Jermy J. Shapiro. Boston: Beacom Press, 1972.

<sup>611</sup> ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

<sup>612</sup> HABERMAS, ibidem.

WEBER<sup>613</sup>, Emile DURKHEIM<sup>614</sup>, George Herbert MEAD<sup>615</sup> e Talcott PARSONS<sup>616</sup>, sem descuidar das reconstruções históricas das idéias desenvolvidas nos *clássicos* da teoria social, a partir de Karl MARX, Giörgy LUCKÁCS, Max HORKHEIMER e Theodor ADORNO.

Está bem evidenciado que o projeto de HABERMAS consiste em criticar a *razão repressora*, diagnosticada pelo pensamento de Frankfurt, evidenciando uma *razão libertadora*, esta última impulsionada por um interesse emancipatório. Este interesse é modelador de um novo conceito de ciência, denominada por HABERMAS de ciência crítica, que irá permitir a determinação de um novo conhecimento, não mais repressivo, mas libertário. A modalidade de ciência assim dimensionada, que se origina no próprio âmago do mundo da vida, realiza-se por meio de uma ação social, a *razão comunicativa*.

Cumprir insistir que essa mesma atividade idealizada por HABERMAS, qual seja, a ação social, tem como mote a propulsão do interesse de liberdade evocado pela própria razão, e isto se dá por meio de uma *ação comunicativa*, que viabilizará, ainda, o entendimento intersubjetivo, a partir da racionalidade dos argumentos empregados na comunicação. Dentro dessas balizas, a racionalidade, ao emancipar a sociedade das formas de dominação existentes no âmbito social, servirá

---

<sup>613</sup> WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Economica, 1944. WEBER, Max. *Ensayos sobre sociologia de la religión*. Madrid: Taurus, 1987. WEBER, Max; DURKHEIM, Emile: *Socialismo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumara, 1993.

<sup>614</sup> DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>615</sup> MEAD, George Herbert. *Mind, Self and Society*. 18 ed. Chicago: The University Chicago Press, 1972.

<sup>616</sup> PARSONS, Talcott; *The structure of social action*. New York: McGraw-Hill Book Company, 1937.

ainda ao propósito de uma elaboração crítica que tem como alvo o próprio conhecimento, a linguagem e a ação.

Para HABERMAS, portanto, o conhecimento racional aspira ser, a um só tempo, teórico e normativo, tendo por alvo ultrapassar as limitações metodológicas da hermenêutica, sem ser reduzido aos moldes das ciências empírico-analíticas. Enfim, tais proposições, desenvolvidas a um só tempo nas esferas científica e crítica, estão respaldadas no parâmetro da competência comunicativa. Tal pendor habermasiano justifica-se, por certo, na preponderância da *Filosofia da Linguagem* em detrimento da *Filosofia da Consciência*.

Isto explica a investigação feita pelo filósofo sobre a distinção entre competência e desempenho ou, em outras palavras, competência lingüística e execução lingüística efetiva, elaborada por Noam CHOMSKY<sup>617</sup>, no sentido de determinar a possibilidade de uma reconstrução racional em termos universais, levando-se em conta, para a formulação de uma *pragmática universal*, não só os aspectos sintáticos, fonéticos e semânticos das orações, mas também o contexto pragmático das respectivas emissões dos sujeitos da relação de comunicação. Deduz-se, por esse motivo, que a competência comunicativa, nos moldes elaborados por HABERMAS, aspira, por assim dizer, à mesma contextura presente na universalidade da competência lingüística.

Convém ainda insistir que a competência comunicativa está vinculada a uma teoria geral que possui, como ponto de partida, um sistema de regras adotadas pelos falantes adultos, os quais se encontram aptos a realizar um diálogo. O emissor competente deve ser capaz de fazer uso da linguagem por intermédio da construção de elocuições verbais de forma similar à utilizada pelos lingüistas quando estruturam suas

---

<sup>617</sup> CHOMSKY, Noam. *Aspects of the theory of syntax*. Cambridge: 1965, p. 3-4. HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of the society*, Trad. Thomas McCARTHY. Boston: Beacon Press, 1976, p. 20.

unidades de linguagem, ou sentenças. Segue-se, pois, a ilação de que as frases constituem o próprio objeto do estudo dos lingüistas, competindo a estas a mediação entre a língua e a fala. Para HABERMAS, no entanto, em que pese estar a Lingüística apegada à língua como estrutura de comunicação e não como processo, a fala ou o diálogo (elemento processual) podem também ser examinados formalmente e não apenas empiricamente.

Ao contrário da pragmática empírica, como a psicolingüística e a sociolingüística, que se ocupa dos aspectos extralingüísticos da fala...

"...la pragmática universal emprende la reconstrucción sistemática de las estructuras generales que aparecen en toda posible situación de habla, que son, a su vez, producidas por medio de la ejecución de tipos específicos de emisiones lingüísticas, y que sirven para situar pragmáticamente las expresiones generadas por el hablante lingüístico competente."<sup>618</sup>

Nesse particular, é adequado examinar o entendimento de John AUSTIN<sup>619</sup> em ressaltar, nas expressões lingüísticas, o aspecto pragmático da fala ou do diálogo, denominando as unidades deste como *atos lingüísticos*. Aqui o sujeito pode, além de expressar verbalmente o conteúdo de seu texto, atuar efetivamente no sentido de estabelecer comunicação. Os atos lingüísticos são formados por um elemento performativo e por um elemento proposicional, estabelecendo-se o primeiro como *dominante*, o qual determina a forma em que uma

---

<sup>618</sup> McCARTHY, Thomas. La Teoria Critica de Jürgen Habermas. Trad. Manuel Jimenes Redondo. Madrid: 1992, p. 319.

<sup>619</sup> AUSTIN, J. L. How to do things with words. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1976, p. 94-108.

proposição é utilizada, e o outro, *dependente*, delinea o conteúdo da comunicação travada entre os sujeitos.

Avulta de importância ainda, para HABERMAS, a crítica contida no elemento performativo determinado pela ação ilocucionária. O embasamento racional inserido no ato ilocucionário reside justamente no aspecto cognitivo existente nos argumentos das reivindicações valorativas à verdade, à justiça e à sinceridade. A partir da preponderância de cada um desses aspectos, poderá ser atestada a validade dos atos lingüísticos, sendo possível estabelecer uma taxonomia de tais atos em: *constativos* ou seja, aqueles constituídos em um juízo de verdade, que pedem o estabelecimento de distinção entre o ser e a aparência, deparando-se aqui o emissor com um estado de coisas observáveis no mundo objetivo; *regulativos*, quais sejam, aqueles referidos ao *mundo social* e determinados por intermédio do conceito de justiça, que promove a distinção entre ser e dever ser, em cuja órbita gravita a legitimidade das relações intersubjetivas; e, finalmente, *expressivos*, que compreendem o próprio mundo subjetivo do sujeito e, ao reivindicar a sinceridade, promove a distinção entre a realidade e a ilusão.

Dentre os diversos matizes dos estudos que tratam da pragmática<sup>620</sup>, fica clara, então, a predileção de HABERMAS pela denominada *teoria dos atos da fala* de AUSTIN e SEARLE<sup>621</sup>, o que terá viabilizado a estrutura das construções de uma *teoria da competência comunicativa*.

---

<sup>620</sup> Dentre os quais pode ser citado o enfoque empirista de CHARLES MORRIS, o behaviorista proveniente das formulações de BAR-HILLEL, o lingüístico, bem como as investigações sobre a lógica das expressões referenciais pelos filósofos analíticos ou, como foi propugnado por WITTGENSTEIN, a teoria do significado como uso. Cf. McCARTHY, idem, p. 318.

<sup>621</sup> SEARLE, John R. *Expressão e Significado*. Trad. Ana Cecília G. de Camargo e Ana Luíza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

É nesse momento que se verifica uma opção pelo paradigma da *ação comunicativa*<sup>622</sup>, pois a ação estratégica, ao contrário do que ocorre na teoria dos significados, visa a uma coordenação por intermédio do entendimento. Como já dito, esse entendimento é obtido em um mundo fundamentado na razão. É justamente essa razão comunicativa que permite a mediação lingüística e intersubjetiva entre os atores da comunicação. Tal razão, contudo, não reside mais no sujeito isolado, mas no mundo vivido. O consenso perseguido pelos sujeitos de comunicação, não estará, por certo, somente no meio lingüístico, mas também em elementos exteriores ao ato da fala, que são os efeitos perlocucionários.

Para AUSTIN<sup>623</sup>, a ação lingüística pode ser classificada em três diferentes espécies, sendo elas: elocucionária, perlocucionárias e ilocucionárias. Dentre elas destacam-se os atos perlocucionários, que implicam, essencialmente, a produção de algum efeito sobre o indivíduo.

A coesão dos elementos até aqui elencados possibilitará, então, a determinação de um conceito de comunicação racional que viabiliza o entendimento e a crítica, pois o elemento proposicional dos atos da fala permite a exposição dos estados de coisas, sendo que o elemento ilocucionário estabelece relações interpessoais, ao passo em que os outros elementos lingüísticos denotam a intenção dos falantes.

Assim, a importância da Teoria dos Atos da Fala, em sua dimensão de análise das funções lingüísticas e das relações interpessoais delas advenientes, além das conseqüências para a teoria do significado, bem como para os pressupostos ontológicos da teoria da comunicação, ou da própria racionalidade, repercutiu também em uma nova orientação da crítica da razão instrumental.

---

<sup>622</sup> Em detrimento de uma ação lingüística.

<sup>623</sup> AUSTIN, *ibidem*, p. 94-108.

Ao partir do modelo de um *falante ideal*, com capacidade de elaborar e entender um texto segundo os aspectos gramaticais, mas que também compreende as conexões de seu texto com o mundo externo<sup>624</sup>, HABERMAS delinea algo que ultrapassa os lindes da *pragmática empírica*<sup>625</sup>, estabelecendo uma...

...reconstrução sistemática das estruturas gerais que aparecem em toda possível situação de fala, que são, por sua vez, produzidas por meio da execução de tipos específicos de emissões lingüísticas, e que servem para situar pragmaticamente as expressões geradas pelo falante lingüístico competente.<sup>626</sup>

Sem apelar para a distinção entre entendimento e orientação para o entendimento, e ainda, sem descer a minúcias acerca do problema filosófico da possibilidade, ou não, de fundamentar lingüística e pragmaticamente tais pontos de partida, mostra-se viável a conclusão de Karl-Otto APEL<sup>627</sup> no sentido de que a suposição habermasiana de existência de uma relação interna entre o compreender, segundo um efeito ilocucionário, e o aceitar os atos da fala, nos leva à determinação segundo a qual só pode haver uma solução consensual comunicativa do problema de comunicação racional.

---

<sup>624</sup> HABERMAS, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Trad. Tomas MacCarthy. Boston: Beacon Press, 1976, p. 35-45.

<sup>625</sup> São exemplos a psicolingüística e a sociolingüística. Cf. McCARTHY, *ibidem*, p. 319.

<sup>626</sup> HABERMAS, *Ibidem*, p. 35.

<sup>627</sup> APEL, Karl-Otto. *Ética normativa y racionalidad estratégica: el problema filosófico de una ética política*. La Plata: Revista de Filosofía y Teoría Política - Departamento de Filosofía. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Universidad Nacional de La Plata, 1985, Vol. 25, p. 23-32.

Partindo-se de tal pressuposto e, assim, concluindo que a ação comunicativa tem por base, de fato, uma intersubjetividade ligüisticamente mediatizada<sup>628</sup>, cujo critério de verdade se funda em uma expectativa de validade, lastreada em um processo de argumentação discursiva, deve-se concluir, seguindo o entendimento de ROUANET que, para HABERMAS, “uma afirmação verdadeira é aquela em torno do qual se produz um consenso razoável, no contexto de um discurso prático”<sup>629</sup>.

A partir de um ponto de vista epistemológico, tem-se que o consenso, obtido com a adoção da argumentação discursiva, objetiva a determinação de um critério de verdade acerca de determinados enunciados, produzidos com respaldo em uma relação interativa entre os atores dos atos da fala, que se erige sobre um consenso tácito entre expectativas de validade quanto: a) à possibilidade de compreensão do enunciado, b) a veracidade de seu conteúdo proposicional, c) a veracidade de seu locutor e d) a correção deste ao empregar o ato lingüístico respectivo<sup>630</sup>.

É na relação que se desencadeia fora dos lindes da ação comunicativa habitual, por ocasião da recusa de tais expectativas de validade, que se mostra necessária a reinstituição de um consenso eventualmente perturbado. O processo de restabelecimento do consenso se dá por intermédio de novas interações desencadeadas por uma necessária indagação acerca da compreensibilidade dos enunciados e da veracidade das proposições ou da sinceridade dos interlocutores<sup>631</sup>.

O recurso à interação cede, no entanto, nas hipóteses de se atestar a validade das proposições tidas por verdadeiras, bem como a

---

<sup>628</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 286.

<sup>629</sup> Idem, ibidem, p. 290.

<sup>630</sup> Idem, ibidem, p. 288.

<sup>631</sup> HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 164-172.

legitimidade das respectivas normas que sobre estas possam versar. De fato, nestes casos é usual o apelo à solução a partir das problematizações levadas a efeito, respectivamente, nos discursos teóricos e práticos, as quais não se circunscrevem à análise dos fatos, abarcando também a possibilidade de justificar ou falsear proposições sobre normas e valores<sup>632</sup>. Assim, o critério de verdade, para HABERMAS, denota uma expectativa de validade que é desvelada no proceder-se a própria argumentação discursiva<sup>633</sup>. Em outras palavras...

“Uma afirmação verdadeira é aquela em torno da qual se produz um consenso razoável, no contexto de um discurso teórico, e uma recomendação válida é aquela que se justifica à base de um consenso razoável, no contexto de um discurso prático”.<sup>634</sup>

É na distinção entre o consenso verdadeiro, ou fundado, e o consenso aparente, que reside o interesse de HABERMAS sobre o critério da verdade, que se apresenta como uma expectativa de validade<sup>635</sup>. Para se estabelecer o sentido de uma afirmação verdadeira, HABERMAS parte do pressuposto kantiano da universalidade da ação eticamente relevante, para, assim, denotar a veracidade de uma assertiva a partir da possibilidade de produção de um consenso razoável “no contexto de um discurso teórico”<sup>636</sup>.

Por outro lado, uma recomendação, consubstanciada em uma proposição sobre normas, justifica-se em um consenso razoável no âmbito

---

<sup>632</sup> ROUANET, *ibidem*, p. 290.

<sup>633</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 290.

<sup>634</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 290.

<sup>635</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 290.

<sup>636</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 290.

de um discurso prático<sup>637</sup>. Cumpre lembrar que a distinção feita por HABERMAS, quanto a esse particular, visa à superação da equivocidade ocorrente entre dois fenômenos distintos, quais sejam: a) a objetividade da experiência e b) a validade das afirmações sobre tal experiência.

A objetividade de uma experiência, por meio da qual apreendemos certos objetos, não pode ser confundida com a validade das proposições que tratam dessa experiência. O critério de validade das proposições teóricas, insista-se, só pode ser determinado a partir da formação de um consenso racional, viabilizado pela argumentação.

Com efeito, a experiência não pode ser falseada, sendo insuscetível, por isso mesmo, de juízos acerca de sua veracidade. A verdade decorre somente da apreciação dos argumentos teóricos constantes no discurso filosófico ou científico. Assim, o consenso fundado, obtido por intermédio de uma argumentação discursiva razoavelmente assentada, é assumido como autêntico critério de verdade. O consenso contingente, que ostenta, a seu turno, posição diametralmente oposta ao referido critério de verdade, manifesta-se como ilusório ou aparente<sup>638</sup>.

O consenso fundado não está estruturado rigidamente em axiomas, mas permite que os partícipes da argumentação possam divergir radicalmente dos argumentos expostos, sem limitações, dissentindo, inclusive, das balizas do próprio sistema conceitual ou lingüístico, ou, ainda, do marco teórico ou institucional em que estão embasados os temas respectivos<sup>639</sup>.

No discurso teórico, tal radicalização avança gradualmente a partir de: a) uma problematização acerca de um dado argumento discursivo; b) a explicitação teórica dos pontos de vista adotados no diálogo, que sustentam ou refutam o argumento; c) a crítica das próprias

---

<sup>637</sup> Idem, ibidem, p. 291.

<sup>638</sup> Idem, ibidem, p. 291.

<sup>639</sup> Idem, ibidem, p. 291.

balizas conceituais e lingüísticas adotadas na fase anterior e d) a análise das próprias modificações levadas a efeito nos sistemas lingüísticos de justificação.<sup>640</sup>

Já no discurso prático, a problematização envolve uma recomendação que, como visto, por consubstanciar uma proposição sobre normas, é constituída por ordens e/ou proibições. No contexto de interação, tais injunções inauguram a primeira etapa do discurso (a). A exemplo do que também ocorre no discurso teórico, a esta etapa inaugural segue-se a justificação sobre sua determinação, o que igualmente é efetivado por intermédio de um discurso que se desenvolve dentro dos limites de “um sistema conceitual lingüístico mutuamente aceito”<sup>641</sup> (b). Posteriormente, haverá a avaliação sobre a possível adoção de sistemas alternativos, o que se operacionaliza em uma esfera de transcendência da própria ética ou da política (c)<sup>642</sup>; finalmente, sucede a isto a possibilidade de analisar a própria correlação existente entre nossas necessidades e as possibilidades técnicas do saber, uma vez que tais necessidades são sempre intermediadas culturalmente, e o conhecimento de nossas necessidades é, no final das contas, conhecimento dado pelo *medium* cultural.

Com tal operação, acaba por ruir o limite que separa a teoria e a *praxis*, uma vez que “a determinação do que desejamos conhecer é uma questão prática (fixação de prioridades para a política científica por exemplo), mas essa decisão só pode ser tomada à luz de um conhecimento prévio sobre o que o saber existente permite decidir”.<sup>643</sup>

Como visto, o processo discursivo que pode revelar um consenso fundado está diretamente vinculado à possibilidade de levar adiante a necessária mobilidade dos partícipes do discurso entre os níveis de

---

<sup>640</sup> Idem, ibidem, p. 292.

<sup>641</sup> Idem, ibidem, p. 293.

<sup>642</sup> Idem, ibidem, p. 293.

<sup>643</sup> Idem, ibidem, p. 293.

radicalização já mencionados. A ausência de liberdade para tanto levar-nos-ia, conseqüentemente, ao pseudodiscurso, sendo ilusório o consenso produzido nesses termos, situação tal que nega a própria verdade da afirmação ou a legitimidade da norma em trato.

A pergunta que pode ser formulada neste momento é a seguinte: há efetiva possibilidade de realização de tais diretrizes discursivas? Quais são as condições para que isto venha a ocorrer?

Para se livrar da tautologia resultante da inserção deste problema no próprio âmbito discursivo delimitado em sua análise teórica e prática do consenso, HABERMAS afirma a possibilidade de deduzir tais condições a partir das propriedades formais em uma situação lingüística ideal<sup>644</sup>. Nesse âmbito, a comunicação entre os interlocutores não é perturbada por coações externas ao processo dialógico, tampouco admite distorções internas provenientes da deformação sistemática da comunicação, como é o caso das neuroses e da ideologia. Isso se dá à medida que os partícipes da comunicação possam adotar, em igualdade de condições, seus atos lingüísticos, ou assumam livremente, da mesma forma, suas respectivas posições na relação dialógica<sup>645</sup>.

Uma questão se manifesta, no entanto, a partir de tais considerações, qual seja a de saber em que medida os atores do discurso reúnem condições de praticar seus atos comunicativos, constatativos, representativos ou regulativos. Enfim, não estariam se iludindo sobre o cumprimento de tais condições estruturais para a produção do consenso discursivo? Como saber, então, se a verdade que qualificaria dado argumento como fundado foi alcançada, e assim, se o verdadeiro consenso foi obtido?

É inegável que a situação lingüística ideal possui um caráter contrafático em relação ao discurso, acontecendo o mesmo com o modelo

---

<sup>644</sup> Idem, ibidem, p. 294.

<sup>645</sup> Idem, ibidem, p. 294.

da comunicação pura no que tange à interação. Vale dizer, sua configuração lógica pretende eliminar a contingência das ações individuais, possibilitando que um partícipe do discurso possa esperar, diante de suas expectativas atinentes à situação lingüística ideal, um mínimo de previsibilidade e certeza em relação ao comportamento do outro. Tal configuração mostra-se, portanto, avessa a qualquer tentativa de definição *a priori*, sendo acessível apenas e sempre a partir de obstáculos concretos à realização dos valores associados à verdade.

Tal caráter pragmático, que se apresenta como uma marca das atuais perspectivas reconstrutivas do discurso, respalda-se em uma situação lingüística ideal, que se consubstancia em um critério de possibilidade para a distinção entre o verdadeiro e o falso, viabilizando não só a comunicação discursiva, como também a comunicação coloquial. Abre-se, assim, diante de tais pressupostos, o horizonte da problematização e da confirmação de determinadas expectativas de verdade.

A sofisticação de tal construto habermasiano permite antever – sem apoio, no entanto, em um princípio discursivo regulador aprioristicamente imposto – “o único critério possível para distinguir, em cada situação concreta, a distância entre as condições atuais e as condições ideais, que possibilitariam um consenso perfeito”<sup>646</sup>. Isto se constitui como um princípio que pode se inserir no projeto de uma teoria crítica, no sentido de “denunciar a comunicação sistematicamente deformada e propor projetos alternativos de organização social”<sup>647</sup>.

Vê-se, diante de tais considerações, que o consenso está bem caracterizado como fundamento da Teoria da Ação Comunicativa, pois nessa seara “os participantes da comunicação se movem em um horizonte

---

<sup>646</sup> Idem, ibidem, p. 298.

<sup>647</sup> Idem, ibidem, p. 299.

de possibilidades irrestritas de entendimento<sup>648</sup>, ao qual incumbe a reprodução do próprio mundo da vida<sup>649</sup>.

Logicamente, o aspecto contrafático dessa modalidade discursiva, ao pressupor a possibilidade quase irrestrita da crítica em busca de um argumento fundado, representa um amplo e constante acesso ao dissenso. Isto porque a possibilidade de consenso, para HABERMAS, se insere em um âmbito epistemológico que pode e deve se nutrir de dissensos nos diversos níveis de radicalização presentes no processo discursivo, como condição para chegar ao *telos* do consenso perfeito.

É conveniente, ainda, apontar que esses mesmos pressupostos contrafáticos, que propiciam, como visto, a viabilidade de uma solução discursiva para pretensões de validade, permitem investigar se a legitimidade do direito deve-se ao critério democrático de sua criação, uma vez que o procedimento democrático fundamenta uma presunção de racionalidade dos argumentos jurídicos utilizados – consensualmente, portanto – para a elaboração das opiniões que estabelecerão critérios normativos<sup>650</sup>.

A crítica endereçada por Chantal MOUFFE ao consenso habermasiano deixa de considerar, portanto, que também para HABERMAS os resultados consensuais das práticas discursivas são, além de provisórios, precários. A proposição de MOUFFE, embalada por sua perspectiva pós-estruturalista, parece não considerar um dado essencial, qual seja, o de que a racionalidade discursiva, propugnada por HABERMAS, não se estrutura nos lineamentos da filosofia da consciência.

O *desideratum* do consenso perfeito, alvitado por HABERMAS, não representa um projeto a ser alcançado aqui e agora, senão uma

---

<sup>648</sup> HABERMAS, Jürgen. Teoria de La Acción Comunicativa. Vol II, p. 212.

<sup>649</sup> Idem, ibidem, p. 203.

<sup>650</sup> HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado nacional. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997, p. 159.

diretriz para a conduta discursiva<sup>651</sup>, que, por isso mesmo, se afirma em um contexto epistemológico que também é avesso – a exemplo do que ocorre com o projeto de articulação discursiva de Chantal MOUFFE e Ernesto LACLAU<sup>652</sup> – à possibilidade de “prescritibilidade ou normatividade teórico-social”<sup>653</sup>.

Pode-se ver, portanto, que a postura de HABERMAS sobre o consenso não é avessa aos postulados da visão agonística, muito menos se opõe ao posicionamento de Chantal MOUFFE sobre a democracia radical.

---

<sup>651</sup> “No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatam dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação. Em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersubjetivo. A oferta de um ato de fala adquire eficácia para a coordenação, porque o falante, com sua pretensão de validade, assume *uno actu* uma garantia suficiente e digna de fé, de que a pretensão levantada poderá eventualmente ser resgatada através de razões adequadas. Entretanto, as pretensões de validade incondicionais e ideais ultrapassam todos os padrões regionais exercitados e aceitos num determinado local; isso faz com que a supracitada tensão ideal imigre para a facticidade do mundo da vida (...). A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos da fala, portanto no coração da prática comunicativa cotidiana (...).” HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 36-37.

<sup>652</sup> LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. Hegemonia e Estratégia Socialista – Hacia una radicalización de la democracia. 2 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 191.

<sup>653</sup> MENDONÇA, Daniel de. A noção de antagonismo na Ciência Política Contemporânea: Uma análise a partir da perspectiva da teoria do discurso. Revista de Sociologia e Política. Junho, nº 20. Universidade Federal do Paraná. Departamento de Ciências Sociais. Curitiba-PR – Brasil, pp. 135-145.

O consenso habermasiano, ao se respaldar na ampla possibilidade de acesso ao dissenso, alinha-se, em verdade, à viga mestra do agonismo, que é a subsistência de um sistema que não suprime as posturas divergentes de seu *medium* dialógico. Ou seja, o agonismo opõe-se ao antagonismo justamente por fundar-se na coexistência da diferença, do dissenso. O consenso habermasiano, por sua vez, compreendido como fruto de um modelo que superou a racionalidade fundada no sujeito, só pode ser afirmado, nos lindes da Teoria da Ação Comunicativa, como algo alcançado a partir da conflituosidade de argumentos divergentes e, por certo, da convivência destes durante as diversas fases do *iter* que objetivará o consenso fundado.

Visto por esse prisma, o consenso fundado só pode se estabelecer em um palco dialógico que pressupõe a dissensão, o próprio agonismo, abrindo margens para se pensar na soberania como um projeto democrático radical<sup>654</sup>. Daí porque o agonismo e o consenso de matiz habermasiana devem ser vistos como termos complementares<sup>655</sup>.

#### **4.5. Democracia, autonomia e bem-estar**

Diante dessas premissas, convém ponderar sobre a dialeticidade existente entre os paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição no trato dos direitos sociais à saúde, pois a postura de um

---

<sup>654</sup> “Essa soberania difusa como os direitos de última geração garante o pluralismo social e político da ordem constitucional aberta de princípios e regras em que se consubstancia no Estado Democrático de Direito”. CARVALHO NETTO, Menelick. Apresentação do Texto de MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo. Jul./dez. 1994, p. 90.

<sup>655</sup> Para Ilan KAPOOR (Deliberative democracy or agonistic pluralism? The relevance of the Habermas-Mouffe debate for third world politics. (Jürgen Habermas, Chantal Mouffe). Boulder: LRP, 2002 Vol. 27, issue 4, p. 459[49]), Mouffe it should be pointed out, while not sharing the theoretical underpinnings of these revisionist Habermasians, appears to endorse their proposal for multiple public spaces and toleration of dissensus. In this regard, she writes that “pluralistic politics should be conflictual and not as a wholly co-operative game as most liberals would have it”.

juiz, em face de uma demanda jurídica dessa natureza, tenderá a se ajustar aos lineamentos de um dos posicionamentos opostos já mencionados.

Com efeito, ao se posicionar sobre uma medida judicial apta a dar atendimento a uma pretensão subjetiva individual por saúde, o magistrado tenderá a elaborar sua retórica discursiva, fundamentada na linguagem dos direitos, inclinando-se à adoção de critérios que demonstrem sua maior ou menor predileção pelo substancialismo ou pelo procedimentalismo. Nessa medida, ponderará sobre a maior ou menor possibilidade de afirmar esses direitos individuais ou, ao contrário, de velar pela preponderância do interesse coletivo.

Em suma, essa linha discursiva tem propugnado abertamente pela afirmação e concretização de um direito social fundamental individual, com um caráter absoluto, posição que, aliás, como já afirmado anteriormente, tem orientado a jurisprudência de nossos tribunais superiores. Outra possibilidade, firmada em uma perspectiva diametralmente oposta, seria a de indeferir tal pretensão sob o fundamento da necessidade de defesa do bem comum, do erário ou do orçamento, à vista, primacialmente, do custo da realização desses direitos. Tenderá, por conseguinte, a velar pela preservação de critérios democráticos da vida social e política, afirmando a inviabilidade do protagonismo e de seus correlatos ativismo e discricção judiciais.

A realização de pretensões individuais por saúde, associada à diretriz substancialista, dialetiza-se ainda com a preservação do equilíbrio de forças entre as diversas formas de manifestação do poder estatal, própria às construções procedimentalistas, lastreadas que estão no conceito de democracia. Essa correlação associa-se, necessariamente, ao liame existente entre a democracia e o pluralismo, pedindo, portanto, atenção ao problema da coexistência do pluralismo com o consenso.

Com Chantal MOUFFE aprendemos que o conceito de democracia só pode ser afirmado como uma condição do pluralismo, do dissenso. Pensar na democracia como fruto de um consenso hegemônico, coerente com a visão de Carl SCHMITT, significaria, portanto, assumir um risco demasiado em relação à própria possibilidade de afirmação de seu sentido contramajoritário, ou da possibilidade da preservação de interesses legítimos dos indivíduos e das minorias, contra a avassaladora vontade da maioria. Logo, se a democracia é um projeto plural, e, portanto, sem compromisso com posturas hegemônicas, deve agonisticamente apostar na possibilidade de coexistência da vontade geral da sociedade com os intentos individuais.

A dinâmica dessa linha de pensamento poderá, portanto, auxiliar na descoberta de um ponto de equilíbrio entre a atuação judicial que vise à garantia de atendimento individual de demandas por saúde, sem se afastar do interesse geral de realização de políticas públicas que tenham por escopo o atendimento da coletividade, com o emprego dos recursos financeiros disponíveis.

Trata-se de uma equação, por outro lado, entre a necessidade de garantias mínimas de bem-estar aos partícipes da vida social, atentando-se à imprescindibilidade da preservação da identidade cidadã destes e, portanto, de sua autonomia, contra o paternalismo alienante de um Estado que vive sob a linha da extrema “onipotência e impotência”<sup>656</sup>. Estado que, com sua racionalidade pressuposta, mantém latente a “extrema desproporção entre a coletividade e os indivíduos”<sup>657</sup>, sem ver a tensão entre esses extremos, e, assim, sem aperceber-se da possibilidade de harmonizá-los, mediatizando suas contradições, ou sensibilizando-se para a busca da possível reconciliação.

---

<sup>656</sup> ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Antônio de Almeida. E ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 191.

<sup>657</sup> Idem *ibidem*, p. 191.

Mostra-se necessário, portanto, ao mesmo tempo, um resgate da possibilidade de reconciliação que consiste em uma mediação<sup>658</sup> para que, na preservação agonística da tensão entre tais posturas contraditórias, obtenha-se o equilíbrio entre autonomia e bem-estar. Tal postura, ao mesmo tempo, oferece uma constante resposta para a contradição imanente da *ratio* liberal que, ao pretender a universalidade, move-se constantemente para o sentido de sua restrição<sup>659</sup>.

Representa ainda uma alternativa à *ratio* dominante universal que aposta em uma isonomia meramente formal, em detrimento da possibilidade de desenvolvimento de um sentido para a igualdade, e, assim, o agonismo se imuniza, com respaldo nesse mesmo agir, contra a afirmação de certos privilégios da igualdade<sup>660</sup>.

O agonismo, portanto, é a condição de possibilidade da preservação de uma democracia plural, mantendo latente a tensão entre posturas *prima facie* contraditórias, sem pretender que ocorra a superação de uma delas em favor da outra. Essa tensão permanente dissolve os marcos de certeza que pontuam o cenário social na órbita da disputa política tradicional, pois supõe que a democracia, como fruto desse pluralismo, deve ser palco para indeterminações e estas não se compatibilizam com a idéia de garantia final de resultados ou a noção substantiva de bem comum. Sim, a idéia de democracia deve estar respaldada em incertezas quanto às escolhas da sociedade para a solução de suas desavenças.

Logo, a resposta agonisticamente orientada, para a pacificação de determinados conflitos sociais, não pode perder de vista a possibilidade de realização simultânea dos direitos individuais, como proposta substancialista, em face de outros interesses coletivos, bem como a

---

<sup>658</sup> Idem, ibidem, p. 195.

<sup>659</sup> Idem, ibidem, p. 196.

<sup>660</sup> Idem, ibidem, p. 196.

inserção dos sujeitos constitucionais na esfera pública como partícipes de um processo contínuo de tomada de decisões.

Esse processo democrático não estará respaldado em um consenso prévio, tampouco na imposição hegemônica de certos entendimentos consensuais sobre o mundo, mas sim no compromisso de reconhecer como legítimas suas diferenças e de levar adiante um agir comprometido com a solução de seus problemas, visualizando o alcance de objetivos públicos.

De posse desses parâmetros, cidadãos autônomos reconhecem e resolvem suas diferenças, e, concomitantemente, podem viabilizar seus julgamentos políticos sem perder de vista os interesses da própria coletividade.

Nesse sentido, o Estado não será mais visto somente como um instrumento neutro de conciliações de interesses, nem exclusivamente como o ente que promove o bem estar da coletividade, mas funcionará, igualmente, como um espaço em que os partícipes da disputa política, detentores de interesses os mais diversos, podem atuar, segundo o atendimento de regras específicas, no sentido de solucionar suas disputas.

A possibilidade de ajuntamento de proposições contraditórias, em um espaço político marcado pelo agonismo, culminará por proporcionar uma modalidade alternativa de conciliação dos dilemas políticos sem o apelo ao Judiciário como superego da sociedade<sup>661</sup>, mas igualmente sem esquecer-se de sua constante vigilância sobre os efeitos perversos de eventuais manifestações de onipotência ou de impotência do Estado.

Logo, a manutenção da tensão entre posturas historicamente inconciliáveis, como autonomia e bem-estar, procedimentalismo e substancialismo ou igualdade e liberdade, pode subsidiar o projeto de realização de uma democracia radical, que, por se respaldar em um

---

<sup>661</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro de 2000, p. 183-202.

consenso conflituoso<sup>662</sup>, nos levará ao equilíbrio entre a defesa das esferas jurídicas individuais e a manutenção dos interesses da própria sociedade.

#### **4.6. Consenso conflituoso e práxis judicial**

A articulação de um consenso conflituoso entre substancialismo e procedimentalismo deve, então, aceitar a coexistência agonística da defesa da possibilidade de realização das pretensões individuais subjetivas à saúde e a natureza universal desses interesses. A atuação judicial, em tal contexto, deve estar ciente de que a manutenção desse vínculo tensional entre elementos opostos terá repercussões metodológicas importantes na sua atividade decisória.

Conseqüentemente, o manejo coerente dos argumentos de princípios políticos, no âmbito de uma linguagem que dê ensejo à afirmação de direitos de cidadãos individualmente considerados<sup>663</sup>, possibilitará igualmente que o juiz se reencante com a natureza jurídica dos argumentos que compõem sua retórica decisória, compartilhando a intencionalidade política que lhe é subjacente, mas mantendo-se na linha de uma intencionalidade estritamente jurídica.

Para tanto, adotará uma postura ativa, atenta ao caráter reconstrutivo de suas decisões judiciais e às possibilidades de um agir respaldado em argumentos de princípio político, mantendo-se fiel, mesmo assim, ao compromisso de levar adiante modelos decisórios embasados em procedimentos jurídicos.

Esses procedimentos terão por escopo, sim, a manutenção de certos direitos subjetivos constitucionais individuais, mas isto se dará mediante sua dialetização com uma infinidade de outros interesses

---

<sup>662</sup> MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 116.

<sup>663</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

conflituosos em jogo, merecendo, desta feita, uma deliberação que não desmereça essa pluralidade, tampouco desconsidere a repercussão que essas decisões produzirão no contexto dos interesses da sociedade como um todo.

Para que o juiz mantenha-se fiel a esse desiderato agonístico, entretanto, deverá se apartar de um agir judicante baseado em antigas práticas respaldadas no modelo decisório afeito à “jurisprudência dos conceitos”. Isto porque necessitará de um molde metodológico não fundamentado na concepção das normas jurídicas segundo os critérios lógico-substantivos, que ainda dominam o senso comum dos juristas, excessivamente influenciados por uma noção de racionalidade transcendental. Entenda-se melhor: direitos subjetivos fundamentais não estão respaldados em normas jurídicas incidentes e, por isso mesmo, seus efeitos não podem ser visualizados aprioristicamente, tampouco podem dar azo à aplicação desses preceitos como forma de atuação concreta do direito subjetivo.

No que se refere à tensão existente entre autonomia e bem-estar, consigne-se que esse mesmo agonismo apóia-se, basicamente, nessas duas vertentes já insistentemente expostas. Em uma delas, “a chave normativa da concepção de Justiça, presente no paradigma procedimental do direito habermasiano, é a autonomia e não o bem-estar”<sup>664</sup>, uma vez que, para HABERMAS, segundo esta compreensão, “a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos”<sup>665</sup>.

---

<sup>664</sup> VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 28. Tb. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 209.

<sup>665</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia, Vol. II, p. 169.

Não há dúvidas, ademais, de que para HABERMAS “o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”<sup>666</sup>, e que, por isso mesmo, deve orientar “o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito”, pois “o Estado tem que estar em condições de captar interesses públicos e eventualmente impô-los”<sup>667</sup>, mas deve se precaver sobre os perigos da hipertrofia dos poderes do Estado, que coloque em risco as próprias liberdades. Assim, propugna por uma “esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas condições da gênese do direito legítimo.”<sup>668</sup>

Nesse sentido, convém insistir, a função do Judiciário, ao tratar dos temas alusivos aos direitos fundamentais, consistiria na proteção do processo legislativo democrático e não na assunção da imagem de guardião de uma ordem suprapositiva de valores.<sup>669</sup>

Aliás, HABERMAS é enfático ao afirmar que...

...el Tribunal Constitucional, conforme a una comprensión procedimental de nuestro orden jurídico, ha de entenderse a si mismo como protector de un proceso de legislación democrática, es decir, como protector de un proceso de posición o creación democrática del derecho, y no como guardián de un supuesto orden suprapositivo de valores substanciales. La función del Tribunal es vigilar que se respeten los procedimientos democráticos para una formación de la opinión y la voluntad políticas de tipo inclusivo, es decir, en la que todos pueden intervenir, sin asumir él mismo el papel de legislador político.<sup>670</sup>

---

<sup>666</sup> Idem, ibidem, p. 183.

<sup>667</sup> Idem, ibidem, p. 185.

<sup>668</sup> Idem, ibidem, p. 185.

<sup>669</sup> VIANNA, ibidem, p. 29.

<sup>670</sup> HABERMAS, Jürgen. Mas Allá del Estado Nacional. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997, p. 99.

Com efeito, a percepção habermasiana<sup>671</sup> da peculiar função jurisdicional própria ao *judicial review*<sup>672</sup> é no sentido de que a manutenção do sistema de direitos fundamentais não pode se respaldar em uma ordem suprapositiva, concebida como um autêntico critério de verdade absoluta. Desse modo, o instituto da revisão judicial terá a função de reforçar o processo de formação da vontade democrática<sup>673</sup>, para que garanta a todos os direitos de comunicação e participação.

Sobre esse tema, John Hart ELY afirma que os juízes devem atuar no sentido de realizar os princípios, compartilhados em uma

---

<sup>671</sup> Para HABERMAS, “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, vol. II, *op. cit.*, p.118.

<sup>672</sup> Perceba-se, por oportuno, o que parece ser um fenômeno de âmbito global: o *judicial review* hoje tem uma conotação diferenciada em relação aos primórdios do constitucionalismo, pois verifica-se: 1) a diminuição do *mandatory jurisdiction*, em que o escopo do recurso é considerado verdadeiramente um direito do jurisdicionado e 2) o aumento da ênfase ao *writ of certiorari*, cuja análise depende, sim, de uma boa dose de discricção do Judiciário. Segundo essa visão, a Corte Constitucional passa a não mais ser vista como uma instancia de revisão, no sentido de apreciar qualquer matéria em que se pretenda a afirmação de direitos individuais, mas assume, em verdade, a missão de decidir questões cuja repercussão revele o interesse de toda a sociedade, afirmando assim a supremacia judicial. Cf. GRIFFIN, Stephen M. *The age of Marbury : Judicial Review in a Democracy of Rights* (September 3, 2003). Tulane Law School Working Paper nº 2003-01, p. 14-17. <http://ssrn.com/abstract-441240>, acesso em 15.01.2005.

<sup>673</sup> ROSENFELD, Michel. *Law as Discourse: Bridging the gap between Democracy and Rights*. Harvard: Harvard Law Review, Vol. 108, nº 5 (Mar., 1995), p. 1163-1189.

comunidade, que orientam a vida democrática, e assim, conquanto realizam tais princípios, auto-limitam a sua própria discricção<sup>674</sup>.

A posição de ELY sobre o *judicial review* é no sentido de que este não se embasa em critérios de legitimação política, pois, nesse âmbito, os juízes tendem a impor sua própria vontade e não necessariamente a vontade da sociedade. Na verdade, para ELY, o *judicial review* só se justificaria como algo referido a uma teoria de interpretação constitucional que pudesse efetivamente restringir a discricção judicial, assegurando aos juízes uma atuação segundo princípios legais pré-definidos<sup>675</sup>. Nessa perspectiva, os juízes poderiam orientar-se, em seu agir, por critérios legítimos, à medida que passassem a concretizar os princípios endossados por essa comunidade.

Na teoria de ELY, portanto, a jurisdição deve se embasar no pressuposto segundo o qual os juízes buscam descobrir justamente esses princípios compartilhados pela sociedade, dentro de um contexto maior que permita aos partícipes da vida social debaterem e definirem suas normas. Pare chegar a essas conclusões, ELY parte de duas posições teóricas bem definidas. A primeira delas consiste na imposição coercitiva dos princípios que orientam nossa vida social, de acordo com as teorias fundamentadas no republicanismo cívico. A segunda, decorrente do originalismo, preceitua que os juízes devem aplicar coercitivamente os princípios que derivam do sentido ordinário da Constituição<sup>676</sup>.

Diante do manifesto e crescente aumento da discricção dos juízes, muitos teóricos do direito mudaram suas abordagens para explorar

---

<sup>674</sup> ELY, Jonh Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p 73-104.

<sup>675</sup> Idem, *ibidem*, p. 73-104.

<sup>676</sup> WARD, Kenneth D. *The Politics of Disagreement; Recent Work in Constitutional Theory*. Review of Politics. Notre Dame: University of Notre Dame, 2003, Vol. 65, Issue 4, p. 425-440.

as questões alusivas ao aspecto político das decisões judiciais<sup>677</sup>. Para Mark TUSHNET<sup>678</sup> e Christopher EISGRUBER<sup>679</sup>, não se mostra plausível a idéia de ELY sobre a possibilidade de princípios legais limitarem a discricção dos juízes. O enfoque dos autores, ao contrário, tem em mira a questão do funcionamento de uma democracia politicamente bem organizada e o problema exposto por estes refere-se aos critérios adotados pelos juízes para decidir os casos concretos postos a exame, exercendo sua autoridade<sup>680</sup>.

TUSHNET questiona a própria supremacia da Jurisdição, sustentando a existência de duas modalidades de Constituição: *thin and thick*<sup>681</sup>. A segunda modalidade determina a própria estrutura de governo e trata de temas alusivos a sua organização, sobre os quais o público se mostra, invariavelmente, indiferente<sup>682</sup>. TUSHNET afirma que sobre essas questões dificilmente se manifesta a Corte Constitucional, e, quando assim procede, o faz de forma indesejável.

A primeira, ao contrário, contém previsões sobre as garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdades individuais<sup>683</sup>, tendo sido elaborada através de um processo histórico marcado por centenas de anos de lutas<sup>684</sup>.

---

<sup>677</sup> WARD, *ibidem*, p. 427.

<sup>678</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From The Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 11-14.

<sup>679</sup> EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 3-5.

<sup>680</sup> WARD, *ibidem*, p. 426 – 427.

<sup>681</sup> Fina e grossa.

<sup>682</sup> TUSHNET, *ibidem*, p. 9.

<sup>683</sup> TUSHNET escreve: “we can think of the thin Constitution as its fundamental guarantees of equality, freedom of expression and liberty”. *Idem*, *ibidem*, p. 11.

<sup>684</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 12.

O aspecto central do trabalho de TUSHNET consiste em refletir como as instituições podem intermediar as discussões, no âmbito social, sobre esses critérios de igualdade e liberdade.

Em verdade, o pensamento de TUSHNET tem visíveis pontos de concordância em relação à teoria de ELY, pois ambos visualizam a democracia norte-americana e, ao tratarem da autoridade judicial, examinam qual seria a probabilidade de os juízes contribuírem positivamente para a concretização da vida social democrática. Em meio à análise do trabalho de ELY, no entanto, TUSHNET duvida da existência de princípios não controversos que possam, de fato, justificar o *judicial review*.

As considerações de TUSHNET tocam um ponto essencial que interessa às atuais discussões sobre o constitucionalismo, quando afirma que o ativismo judicial acaba por impedir que a sociedade leve adiante as indispensáveis deliberações sobre seus temas constitucionais mais relevantes, mostrando-se, assim, incompatível como a democracia<sup>685</sup>. Além disto, o autor se esforça em demasia para demonstrar que o legislador e os cidadãos podem implementar, de uma forma mais adequada, aqueles preceitos constitucionais alusivos às liberdades e à igualdade<sup>686</sup>. Quanto ao mais, assevera:

We have to decide whether judicial intervention improves things overall, taking all the cases into account and being constantly aware that courts make constitutional mistakes too.<sup>687</sup>

É óbvio que TUSHNET não esconde seu ceticismo sobre o *judicial review*, ao declarar que seria fervorosamente<sup>688</sup> favorável a este se

---

<sup>685</sup> Idem, ibidem, p. 186.

<sup>686</sup> Idem, ibidem, p. 129-130.

<sup>687</sup> Idem, ibidem, p. 119.

<sup>688</sup> "...wildly in favor of judicial review". Idem, ibidem, p. 155.

tivesse certeza de que a Suprema Corte e a sociedade compartilhariam a mesma idéia de Constituição.

Nesse sentido, a indagação que permeia o trabalho de TUSHNET, a partir da natureza política da Corte Constitucional, consiste em saber se os juízes teriam condições de resolver os desacordos sobre o sentido da Constituição melhor do que os agentes políticos eleitos.

Quanto a esse ponto, parece não haver discrepâncias entre as ponderações de TUSHNET e o trabalho de Jeremy WALDRON<sup>689</sup>, pois também para este a noção de legitimidade está baseada na vontade da maioria, em um critério de igualdade concebido em caráter procedimental, pois essa vontade majoritária resolve as desavenças sociais de uma forma respeitosa, na medida em que não privilegia nenhum dos pontos de vista que estão em disputa<sup>690</sup>.

Em que pese o acerto ELY e TUSHNET sobre os efeitos da jurisdição em uma sociedade plural, bem como a inegável contribuição de WALDRON para a compreensão de um modelo procedimental de solução de disputas no seio da sociedade, o posicionamento desses autores contra o *judicial review* deixa de ponderar outra peculiaridade da atividade jurisdicional já há muito sedimentada na cultura jurídica ocidental, qual seja, a de que, através da jurisdição, os juízes fazem atuar a norma jurídica aos casos concretos<sup>691</sup>. Por esse motivo, observa-se uma autêntica atividade substitutiva à vontade das partes no processo judicial<sup>692</sup>.

Ao respaldar seu pensamento no critério legitimador exercido pela vontade da maioria, os referidos autores não se preocupam em abordar, no entanto, o caráter contramajoritário da jurisdição.

---

<sup>689</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p 109.

<sup>690</sup> WARD, *ibidem*, p. 431.

<sup>691</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 39.

<sup>692</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Nápoli: Jovene, 1965, p. 290.

Sobre a necessidade de manutenção de um equilíbrio de forças na sociedade, convém observar que a defesa do *judicial review* por DWORKIN e CAPPELLETTI tem em conta o posicionamento do Judiciário como “o guardião dos princípios e valores fundamentais”<sup>693</sup>, e que, por isso mesmo, mantém-se fiel à tradição democrática ocidental, ao pretender preservar, inclusive contra a vontade da maioria, os interesses da minoria.

Na visão de Luiz Werneck VIANNA...

Para Dworkin, como para Cappelletti, a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição, documento em que se declaram os direitos e as liberdades fundamentais que se impõem à vontade da maioria.<sup>694</sup>

Nesse particular, ao lado das visíveis proposições contramajoritárias de CAPPELLETTI, surge o Hércules de DWORKIN como defensor das minorias contra os excessos da maioria. Procedendo dessa forma, “permite ao juiz declarar um princípio, cuja natureza seja inata ao direito de uma comunidade política organizada democraticamente”<sup>695</sup>.

A atividade do Judiciário, nessa perspectiva substancialista, no que se reporta à possibilidade de afirmação dos direitos fundamentais, dentre os quais os sociais, decorre de um processo de judicialização da política, em um sistema democrático representativo, e tem por escopo, precipuamente, por intermédio da mediação do direito, a obtenção do bem-estar e não da autonomia.

Diante dessas premissas, na dialetização entre os paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição<sup>696</sup>, pode-se ver, ao lado da

---

<sup>693</sup> VIANNA, *ibidem*, p. 32.

<sup>694</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 34.

<sup>695</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 36.

<sup>696</sup> A conclusão a que chegamos não adere, portanto, ao antagonismo entre substancialismo e procedimentalismo, bastante visível na doutrina

tensão entre autonomia e bem-estar, a oposição entre a liberdade e igualdade. É justamente no convívio dessas posturas opostas que se mostra latente o traço essencial da democracia pluralista, que é “a tensão entre a lógica democrática da igualdade e a lógica liberal da liberdade”<sup>697</sup>.

Ao que parece, a manutenção da democracia pluralista demanda que essa tensão seja valorizada e não dissolvida<sup>698</sup>, o que poderá oferecer uma resposta ao antigo dilema sobre “como colocar os direitos individuais fora do alcance das regras da maioria”<sup>699</sup>.

A manutenção do pluralismo, no sentido de garantir os direitos individuais e os interesses jurídicos das minorias, não descambará, assim, para a supervalorização desses interesses individuais em detrimento de um conceito razoável de igualdade. Logo, não servirá de pretexto para a potencialização das desigualdades.

---

brasileira. Exemplificativamente, esse antagonismo está presente, de um lado, na perspectiva adotada por Lenio Luiz STRECK (Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 13/25), que defende tenazmente o substancialismo como a própria condição de realização da democracia para países periféricos, enquanto que Marcelo CATTONI (Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; Interpretação Jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Madrid: Boletín Jurídico de la Universidad Européa de Madrid, nº 4, 2001; Devido Processo Legislativo. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006) adota, de forma igualmente pertinaz, o procedimentalismo, na linha habermasiana, apostando na sua pressuposta autodeterminação dos cidadãos como forma de legitimação do direito. Tal antagonismo não passou despercebido para Lúcio Antônio Chamoun Júnior, no texto “A teoria do discurso não permite compreensões adequadas à terra brasilis?” In: CATTONI, Marcelo. Devido Processo Legislativo. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006 (Prefácio à Segunda Edição).

<sup>697</sup> MOUFFE, Chantal. La Paradoja Democrática. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 200.

<sup>698</sup> Idem, ibidem, p. 200.

<sup>699</sup> Idem, ibidem, p. 200.

Nessa mesma medida, é a subsistência do vínculo tensional entre substancialismo e procedimentalismo, na perspectiva do agonismo, que possibilitará a sobrevivência do pluralismo em um sistema democrático que agora pode ser chamado de radical.

Sob essa ótica, a preservação do vínculo tensional já aludido poderá trazer ao equilíbrio e ao comedimento o fenômeno da judicialização da política sem, contudo, perder de vista que sua sobrevivência é, em si, produto do pluralismo mencionado. Tal equilíbrio será alcançado com a visualização, pelos juízes, da necessidade de preservação do ambiente democrático, como consectário do próprio procedimentalismo, mas deixará latente a possibilidade da realização dos direitos à saúde, nos moldes do substancialismo, desde que as outras esferas de poder mostrem-se injustificadamente inertes para tanto, ou no caso em que não tenha sido levada adiante, na esfera pública, a necessária articulação da sociedade civil compatível com as condições processuais para a gênese democrática das leis<sup>700</sup>.

Quando do proferimento de decisões acerca da realização do direito à saúde, o magistrado não poderá agir como um mero aplicador de normas, mas deve estar ciente da complexidade administrativa e da repercussão política de suas decisões, inclusive quanto aos aspectos financeiros referidos à eficácia de seus julgados. Conseqüentemente, a tensão agonística observada trará o magistrado à realidade de sua própria condição de agente político, sem olvidar, no entanto, da sua peculiar e permanente condição de garantidor desses direitos fundamentais.

Diante desse convívio conflituoso entre posturas opostas, percebe-se que inexistem critérios valorativos objetivamente orientados ao certo ou errado<sup>701</sup>, mas isto não significa que as decisões judiciais ficarão

---

<sup>700</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326.

<sup>701</sup> WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 186-187.

expostas ao arbítrio subjetivo do julgador. Certamente, a vida social e política pede que seja tomada determinada decisão de acordo com um molde que não perca de vista o caráter da positividade do direito.

Quanto a esse ponto, cabe uma digressão: para Jeremy WALDRON, uma decisão pode se embasar em duas modalidades de valores: os intrínsecos e os extrínsecos, sendo aqueles relacionados ao procedimento e estes conectados ao conteúdo da decisão.

É inegável a impossibilidade de obtenção de um consenso permanente sobre assuntos relevantes, diante da convivência conflituosa de entendimentos sobre a vida social, o que impossibilita a aferição desse valor extrínseco. As decisões tomadas, portanto, deverão basear-se em seu valor intrínseco e isso será possível com a adoção do critério majoritário de tomada de decisões, com a preservação do ideal de autogoverno, bem como o reconhecimento da igualdade dos cidadãos e sua capacidade de tomar decisões autônomas<sup>702</sup>.

No intuito de evitar que tal idéia majoritária descambe para um modelo político hegemônico, WALDRON defende que uma decisão respeitosa em relação a esses valores tem como diretriz a preservação das diferenças de opiniões entre os indivíduos, pois os desacordos são próprios às circunstâncias da vida política<sup>703</sup>. Quanto ao mais leciona:

We do disagree about rights and it is understandable that we do. We should neither fear nor be ashamed of such disagreement, nor hush and hustle it away from the forums in which important decisions of principle are made in our society. We should welcome it. Such disagreement is a sign – the best possible sign in modern circumstances – that people *take rights seriously*. Of course, as I have said a million times, a person who finds himself in a disagreement with others is not for that reason disqualified from regarding

---

<sup>702</sup> Idem, *ibidem*, p. 117-118.

<sup>703</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 175-183.

his own view as correct. We must, each of us, keep faith with our own convictions. But taking rights seriously is also a matter of how we respond to contradiction by others, even on an issue of rights.<sup>704</sup> (os grifos são do autor)

E arremata:

To take rights seriously, then, is to respond respectfully to this aspect of otherness and then to be willing to participate vigorously – but as an equal – in the determination of how we are to live together in the circumstances and the society that we share.<sup>705</sup>

Portanto, muito embora o projeto de WALDRON esteja referido a um modelo que pontua a possibilidade de convivência harmoniosa entre posicionamentos diversos e discordantes, a partir de um procedimento deliberativo que possa ser estabelecido pelo poder legislativo democrático, respaldado em um intercâmbio racional de argumentos, suas proposições não olvidam da peculiaridade de que o texto aprovado pela maioria rege as relações jurídicas existentes no seio da sociedade, a possibilitar que os juízes decidam as controvérsias daí advenientes a partir desse texto. Propugna, para esse fim, que seja mantida a idéia de positividade do direito, na qual juízes devem manter o compromisso político de evitar a contaminação de seus juízos decisórios por pretensões morais pessoais.

Em que pese a inexistência de uma fórmula ou diretriz que possa imunizar os julgadores contra o arbítrio do subjetivismo, é importante ressaltar, com respaldo nas idéias de Jeremy WALDRON, que a visualização de pontos de vista obtidos a partir da análise de proposições em conflito não nos leva ao decisionismo ou desrespeito aos direitos

---

<sup>704</sup> WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement, p. 311-312.

<sup>705</sup> Idem, ibidem, p. 312.

subjetivos. Ao contrário, essa diversidade de possibilidades permitirá que tais direitos sejam efetivamente exercidos, pois viabiliza o exercício das prerrogativas políticas e jurídicas de indivíduos autônomos, em um ambiente democrático e plural.

Essa perspectiva de WALDRON, portanto, permite chegar-se ao entendimento que propugna a possibilidade de coexistência conflituosa de posturas que se inclinam, em maior ou menor grau, ora aos paradigmas constitucionais substanciais, ora aos procedimentais.<sup>706</sup>

Tal posicionamento aproxima-se também do próprio agonismo, que assume a condição de possibilidade de coesão entre o liberalismo político e a democracia, ou do convívio entre a lógica liberal da liberdade e a lógica democrática da igualdade, ratificando, por essa senda, o compromisso, respectivamente, da manutenção dos direitos humanos e a demarcação de espaço para a autonomia privada, na mesma medida em

---

<sup>706</sup> Para Christopher L. EISGRUBER (Democracy and disagreement: A comment on Jeremy Waldron's Law and disagreement. New York: New York University School of Law – Journal of Legislation and Public Policy, 2002, vol. 6, n. 1, p. 35-46 - p. 39) ...”The first step of this argument is crisply embodied in Waldron’s statement that democracy entails that ‘the people are entitled to govern themselves by they own judgments’, including judgments whit regard to reasonably controverted questions of justice and morality. That is a powerful idea. Indeed, we might go further and say that insofar as we care about the privilege of governing ourselves, we should care most of all that we govern ourselves with regards to question about justice. If democracy matters to us, in other words, we ought to want self-government with regards to the things that matter, and not just the minor details that do not. Now, of course, there are some things – such as, for example, jailing innocent people, or censoring political speech – that democracies may not justly do, no matter how popular such measures might be. Waldron’s argument does not deny the existence of such limits. On the contrary, he recognizes that democracies are obligated to respect certain rights and principles. He points out, however, that there will inevitably be good faith disagreement about which rights and principles ought to be respected, and maintains that such disagreements ought to be resolved democratically.

que assegura a soberania popular e delimita o que podemos entender por autonomia pública<sup>707</sup>.

Assim, contrariamente aos pontos de partida teóricos que pontuam o antagonismo entre comunitaristas e liberais sobre o<sup>708</sup>, essas proposições de WALDRON permitem ainda a defesa do convívio agonístico entre os direitos fundamentais e a soberania popular<sup>709</sup>. É essa a posição de HABERMAS, para quem a soberania é condição de possibilidade do exercício dos direitos fundamentais, pois os cidadãos só podem exercê-los à medida que definirem soberanamente as condições de legitimação do

---

<sup>707</sup> Como a linha mestra desta pesquisa consiste na afirmação do agonismo, e não do antagonismo entre a autonomia privada e a autonomia pública, o trabalho não discorrerá sobre a conhecida divergência entre os liberais e os comunitaristas: estes, no sentido de afirmar a primazia da autonomia pública; aqueles, da autonomia privada. TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “La política del reconocimiento”. Comentários de Amy GUTMANN, Steven ROCKFELLER, Michael WALZER e Susan WOLF. Trad. Mónica Utrila de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 20.

<sup>708</sup> Idem, ibidem, p. 20.

<sup>709</sup> “Waldron’s claim that the people are entitled to govern themselves with regard to matter of justice is thus controversial, but it is also, in my judgment, powerfully attractive. For most of us, our commitment to democracy and self-government runs deep, and only with great regret (if at all) would we admit that the people are incapable of deliberating and deciding about the questions that matter most. Lawyers and politics theorists too often defend constitutional limits and judicial review on the basis of the idea that there are moral limits upon what a democratic people may do. That’s so, but it begs the question of who, other than the people, should decide the content of those limits, given that they are durably contested and that there is no algorithm for producing the answer. Waldron has highlighted the case in favor of allowing the people to decide these fundamental question for themselves, and, in doing so, he has made that I regard as a major contribution to constitutional theory.” EISGRUBER, ibidem, p. 40.

procedimento democrático discursivo, apto a determinar tais critérios e as condições do exercício desses direitos<sup>710</sup>.

De fato, como já aludido anteriormente, cidadãos portadores de direitos subjetivos não podem ser vistos como “indivíduos atomizados e alienados que se entesam possessivamente uns contra os outros”<sup>711</sup>. Evidentemente, sujeitos de direito são autores de direitos subjetivos reclamáveis<sup>712</sup> e seu exercício se dá numa “ordem de direito objetivo e obrigatório, com traços subjetivistas”<sup>713</sup>, sem perder de vista seu critério legitimador, respaldado no “assentimento geral”<sup>714</sup>.

Essa imagem de soberania, ora adotada como regra, deverá, no entanto, conviver agonisticamente com a possibilidade de vigilância e assertividade do Poder Judiciário na defesa dos princípios e valores fundamentais que orientam nossa vida política e social. A valorização da tensão entre essas posturas essencialmente divergentes, que se alinham com os paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição, a par de manter a possibilidade de contínua reconstrução de um modelo para a democracia, sob o ponto de vista da preservação das liberdades públicas, propiciará uma abertura para o gozo dos direitos prestacionais, ao elencar como seu escopo primordial o estabelecimento de equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

---

<sup>710</sup> LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica Constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.). Justiça e Democracia – Entre o Universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. São Paulo: Landy, 2005, p. 201.

<sup>711</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Vol II, p. 121.

<sup>712</sup> HABERMAS, Jürgen. A Era das Transições, p. 169.

<sup>713</sup> Idem, ibidem, p. 169.

<sup>714</sup> Idem, ibidem, p. 169.

## **Capítulo V**

### **Autonomia e bem-estar: um novo escopo para a jurisdição?**

Outro escopo político considerado é o *culto à liberdade*. Trata-se das liberdades públicas, e especialmente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e os indivíduos. O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns.

Cândido Rangel Dinamarco

#### **5.1. Diretrizes para uma nova conduta judicial**

Como já insistentemente mencionado neste trabalho, a observância do escopo de manutenção do equilíbrio entre autonomia e bem-estar pede a adoção de uma postura judicial que não se filie à compreensão de que os direitos fundamentais, segundo a concepção substancial do Texto Constitucional, sejam vistos como algo referido a uma ordem objetiva de valores, portanto, como elementos de uma estrutura normativa fundada em princípios suprapositivos do direito, com validade incondicional, a exemplo do que ocorre com a jurisprudência reinante, hoje, em nosso país.

Ao mesmo tempo, a equação entre autonomia e bem-estar demanda a sensibilidade do juiz quanto aos argumentos de princípio político presentes em seu meio social, no momento da elaboração da decisão jurídica, inclusive quanto aos que limitam a fruição imediata desses direitos, ou ditam critérios de seleção e de guia para o seu exercício, como, por exemplo, a análise de contingências financeiras do Estado. Esse posicionamento, ademais, evidencia a necessidade de

elaboração de um molde político de convivência social que não restrinja a autonomia dos cidadãos.

Destarte, o esforço da magistratura em afirmar direitos subjetivos constitucionais que assegurem o bem-estar, como decorrência da autonomia privada dos cidadãos, não deve importar no sacrifício de sua autonomia pública.

Nesse contexto, a atividade judicial, marcada por uma assertividade que busca concretizar direitos sociais, com o respeito à afirmação das identidades dos sujeitos constitucionais, ao passo em que tende a afirmar a primazia da igualdade, não desconsiderará a indispensabilidade da preservação da liberdade.

Em atenção a esses paradigmas, é possível avaliar criticamente a retórica adotada nas linhas decisórias sustentadas pelo Poder Judiciário Brasileiro no trato do direito à saúde, bem como propor alternativas aos argumentos puramente substancialistas presentes nas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sem cair no precipício das generalizações que marcam o discurso de impossibilidade de realização desses direitos em virtude de contingências orçamentárias.

A adoção desse equilíbrio, ora retratado como um autêntico escopo político da jurisdição<sup>715</sup>, não permitirá, assim, a manutenção de argumentos que propugnem o caráter absoluto da realização dos direitos prestacionais, em virtude, por exemplo, da afirmação de seu caráter fundamental e indisponível, a teor do que dispõem os artigos 5º, *caput* e 196, da Constituição Federal, em detrimento de outros interesses do Estado, inclusive no que se reporta ao implemento de suas diretrizes financeiras e fiscais.

Da mesma forma, a fim de enfrentar os problemas que surgem com a inserção do juiz em uma seara de análise de possíveis omissões

---

<sup>715</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 168-169.

administrativas, a decisão judicial, além de procurar cercar-se dos apontamentos técnicos relativos à referida esfera de atuação do poder executivo, deverá atentar ainda à repercussão de sua decisão no âmbito próprio à Administração Pública. Com isto, o Juiz assumirá, às claras, os ônus decorrentes de sua postura ativista, ao se aprofundar na percepção dos efeitos de sua conduta decisória.

Para alcançar esses escopos, no sentido de levar adiante o projeto de universalização de políticas de implementação de direitos sociais preconizado na Constituição Federal, mostra-se indispensável a mudança da postura do juiz de primeiro grau, bem como dos integrantes dos tribunais, na condução do processo.

Como já aludido anteriormente, a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que prescreve como fundamental o direito à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como garantir à população “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde”<sup>716</sup>.

Assim, cabe ao nosso Sistema Único, como instituição do direito sanitário brasileiro, a incumbência de integrar e organizar as ações atinentes à promoção da saúde. Nesse sentido, é conveniente lembrar que, à vista de sua relevância, o direito à saúde tem sua implementação, fiscalização e controle devidamente atribuídos ao poder público, sendo que a execução direta de suas ações e serviços, pelo Estado, é procedida por determinadas instituições jurídicas, a quem incumbe sua promoção, proteção e recuperação<sup>717</sup>.

É importante reiterar ainda que o sistema adota, como diretrizes, com respaldo no art. 198 da Constituição Federal, a descentralização, “com

---

<sup>716</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 55.

<sup>717</sup> Idem, ibidem, p. 57.

direção única em cada esfera de governo”, o atendimento integral, “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais”, a participação da comunidade e, finalmente, o financiamento permanente, “com vinculação de recursos orçamentários”.

Para se manter fiel a essas diretrizes constitucionais, o julgador deve estar atento, primeiramente, ao princípio do atendimento integral, que propugna ser prioritária a adoção de atividades preventivas de proteção da saúde<sup>718</sup>, muito embora não se esquive da constatação da necessidade da intervenção curativa.

Com efeito, o atendimento integral propugnado no texto legal refere-se a “todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes”<sup>719</sup>, os quais devem ser “disponibilizados para a proteção da saúde da população”<sup>720</sup>, independentemente do nível de complexidade envolvido, pois abarca os procedimentos ambulatoriais mais singelos, até “os transplantes mais complexos”<sup>721</sup>.

Digna de nota ainda é a indispensável participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e dos serviços públicos de saúde<sup>722</sup>, o que se dará por meio de suas conferências e conselhos<sup>723</sup>, sem prejuízo da criação de outros mecanismos de participação da sociedade civil na administração do sistema.

Como essa operação está fundamentada na participação social, tal modelo plural de gestão adota, para o prosseguimento de seus propósitos, um procedimento que não pode prescindir de “debates,

---

<sup>718</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Art. 7º, incisos I e II, da Lei nº 8080/90.

<sup>719</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 75.

<sup>720</sup> Idem, ibidem, p. 75.

<sup>721</sup> Idem, ibidem, p. 75.

<sup>722</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Art. 7º da Lei nº 8080/90 e Lei nº 8142/90.

<sup>723</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 8142/90.

pressões e propostas, numa convivência democrática de atores da sociedade com atores Governamentais”<sup>724</sup>.

Desta feita, percebe-se que a Constituição Federal adotou, como atributo da legitimação das decisões que orientam a gestão do Sistema Único de Saúde, o acesso à deliberação pública plural, justamente em virtude da necessidade de buscar os substratos da vontade de seus partícipes sobre a definição dos paradigmas delineadores das precedências a serem atendidas, em face dos recursos e meios disponíveis para tanto.

Nesse sentido, para que possa legitimar as escolhas que orientarão sua decisão judicial sobre questões de saúde, o magistrado também não poderá, como regra, prescindir da busca, em seu trabalho jurisdicional, dos argumentos que testifiquem o sentido da síntese da vontade desses mesmos partícipes.

## **5.2. Necessidade de mudança do palco jurisdicional de discussão sobre questões de saúde**

As peculiaridades que cercam a realização do direito à saúde, sob o prisma do agonismo, certamente determinarão a busca de um palco judicial mais adequado, onde, em virtude da natureza e eficácia do remédio jurídico posto a exame do Judiciário, será possível acatar os princípios políticos indispensáveis à realização de direitos sociais, na mesma proporção em que se mostre ponderável o estabelecimento do equilíbrio agora em análise.

A aceitação da possibilidade de realização de um escopo do processo<sup>725</sup> não necessariamente vinculado ao judicial, é indispensável à

---

<sup>724</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do processo participativo. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 209.

determinação de estratégias de um agir decisório que, ao se embasar em princípios políticos, não olvide da peculiaridade de que seu *telos* é alcançável por meio de procedimentos jurídicos.

É bem conhecida a tese de Cândido Rangel DINAMARCO sobre os escopos políticos da jurisdição, afirmando tratar-se de um compromisso da magistratura, na órbita de seu agir judicial, com a estabilidade das instituições políticas, o exercício da cidadania e, finalmente, a preservação do valor da liberdade<sup>726</sup>.

O sentido das proposições de DINAMARCO encaminha-se para a defesa de que o processo judicial deve concorrer para a estabilidade das instituições políticas, sem olvidar a necessária abertura de espaço para a participação dos cidadãos na vida e no destino do Estado.

Nesse viés, destaca o sistema processual judicial como um autêntico mecanismo de participação política da sociedade, promovendo assim a própria cidadania. A percepção do autor, em verdade, é no sentido de que a visão de instrumentalidade do processo não pode prescindir da transcendência dos escopos sociais e jurídicos da jurisdição, devendo ver, em seus escopos políticos, a possibilidade de manutenção de uma ordem jurídica justa, sem perder o foco na possibilidade de propiciar a estabilidade de suas instituições.

Para o implemento desses escopos políticos, na busca do equilíbrio e da estabilidade ora propugnada, é fundamental que o magistrado se envolva em uma articulação social e política no sentido de

---

<sup>725</sup> Para DINAMARCO, Cândido Rangel (ibidem, p. 149-151). A instrumentalidade do processo, que têm em seu âmago a indagação sobre a efetividade do processo, se observa com a realização em três diferentes escopos, sendo eles o judicial, o social e o político. Nessa medida, cabe ao escopo social a pacificação da sociedade, enquanto que o escopo político tem em mira permitir a coexistência do exercício do poder público com a liberdade dos cidadãos e a participação destes no processo de tomada de decisões sobre o futuro da sociedade.

<sup>726</sup> Idem, ibidem, p. 209.

dar, progressivamente, primazia à escolha de um remédio jurídico constitucional que afirme sua ênfase à tutela de interesses jurídicos meta-individuais, deixando as ações de tutela a interesses individuais para a esfera das excepcionalidades.

Explicando melhor, consigne-se que, para atingir esses objetivos, é indispensável a conscientização da advocacia, do Ministério Público e dos órgãos de defensoria pública sobre a necessidade de veiculação dos interesses referidos ao direito à saúde por intermédio da ação civil pública, bem como buscar uma compreensão, por parte da Magistratura nacional, sobre as peculiaridades que cercam a eficácia de suas sentenças.

A possibilidade de implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, se analisada sob o enfoque do propugnado equilíbrio entre autonomia e bem-estar, passa, portanto, em um primeiro momento, pelo esforço do Ministério Público e da Magistratura de se articularem com os órgãos de defesa do Estado e com as Defensorias Públicas, no sentido de obter a sensibilização dos referidos órgãos sobre a indispensabilidade do tratamento jurisdicional desse tema, com a adoção de uma ação que possua caráter de ponderação sobre os interesses difusos juridicamente relevantes e que, pelo aspecto de sua generalidade, imponha-se por meio de uma sentença de cunho normativo, ao revelar a peculiaridade de que sua coisa julgada “se alavanca *ultra partes e erga omnes*”<sup>727</sup>.

Esse aspecto de apreciação judicial do direito à saúde, com a imposição da eficácia *erga omnes* do provimento judicial que delimite seus parâmetros, terá assim o condão de orientar a atuação estatal para o atendimento, a esses interesses juridicamente relevantes, segundo um molde razoavelmente referido a critérios isonômicos, pois suas regras

---

<sup>727</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 434.

terão validade sobre todas as relações e situações jurídicas de uma dada comunidade política<sup>728</sup>.

Esses mesmos critérios serão estabelecidos com a ponderação sobre os recursos materiais disponíveis e outras possíveis contingências em curso na sociedade. Por isso, no processo de elaboração da decisão, no transcorrer do respectivo procedimento, o juiz deve possibilitar a realização de audiências para colher o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, registrando nos autos, além da *opinio* dos técnicos responsáveis por essas ações e serviços públicos de saúde<sup>729</sup>, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos<sup>730</sup> que compõem o Sistema Único de Saúde<sup>731</sup>, podendo igualmente possibilitar a oitiva de outros integrantes da sociedade civil.

---

<sup>728</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Art. 16 de Lei 7347/85.

<sup>729</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Art. 7º da Lei nº 8080/90 e Lei nº 8142/90.

<sup>730</sup> Vale registrar, nesse particular, que “os conselhos são espaços partilhados entre governo e sociedade. Institucionalizados e previstos legalmente, os conselhos setoriais representam um espaço de discussão, formador de opinião pública e tomador de decisões que são levadas em conta pelos Poderes Legislativo e Executivo. Neles os segmentos da população se articulam, trocam informações, criam conceitos que posteriormente são transmitidos para outros segmentos e assim por diante. São legalmente caracterizados como *deliberativos*, o que auxilia na construção de redes de comunicação.” OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Democracia, Procedimento e Esfera Pública: Os Conselhos Gestores Setoriais como espaços inovadores de participação social. Manuscrito. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. A importância da participação social para a efetivação do controle democrático no âmbito da saúde. In: XIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2004, Florianópolis. Anais do XIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 619-628.

<sup>731</sup> Brasil. Leis, Decretos etc. Lei nº 8142/90.

A sentença a ser prolatada como resultado de uma ação civil pública<sup>732</sup>, não deve, portanto, deixar de pressupor a deliberação social plural. Na concretização desses direitos sociais, portanto, o Judiciário deve compartilhar os ônus de suas respectivas escolhas, ao possibilitar que a sociedade, por intermédio de seus representantes, estabeleça o necessário juízo crítico sobre os rumos tomados pelo processo decisório judicial quanto à escolha dos critérios de precedência para atendimento às pretensões judiciais que tenham por objeto a prestação de serviços de saúde.

É importante reiterar, no entanto, para que se tenha sucesso nessa empreitada, que os usuais equívocos cometidos pelos atores do processo judicial, no curso da Ação Civil Pública, devem ser superados. É preciso compreender que tal modalidade acionária não se presta à tutela de pretensões individuais e que sua sentença produz, efetivamente, eficácia *erga omnes*.

Assim, não poderá o autor, legitimado para o ajuizamento de uma ação civil pública pretender, por exemplo, que a sentença judicial alcance apenas determinados indivíduos que necessitam da tutela judicial na busca de medicamentos ou determinadas terapias curativas. É indispensável – insista-se – que tal sentença seja vista como o parâmetro normativo a ser seguido por todos, a partir de seu trânsito em julgado, no sentido de regular aquelas situações e relações jurídicas.

---

<sup>732</sup> Como sabido, A Ação Civil Pública, prevista no artigo 129, inc. III, CF, é instrumento utilizável com o intuito de evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de direito de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou promover a responsabilização daqueles que tenham causado lesão a esses mesmo bens. Além do Ministério Público (CF), também estão legitimados para propor esta ação (Lei nº 7347, de 24.07.85) a União, o Estado, o Município, autarquia, sociedade de economia mista, empresas públicas, fundações, ou associações constituídas a pelo menos um ano e que tenham entre suas finalidades institucionais a de proteger os interesses jurídicos em questão.

É indispensável, portanto, que se preste atenção ao fato de que, para o fim de determinação de balizas ao exercício de certos direitos subjetivos constitucionais *in concreto*, o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade, ao início de um processo de elaboração de norma jurídica genérica, aplicável *erga omnes*, inclusive com a “extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos”<sup>733</sup> ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos.

O administrador público, a seu turno, deverá orientar-se, por essa decisão, em relação a todos os casos, presentes e futuros, que estejam referidos às especificidades da tipologia do fato retratado na petição inicial e que são, certamente, determinantes para a eficácia preponderante contida no dispositivo da sentença.

Mostra-se indispensável ainda acatar a admoestação de Kazuo WATANABE<sup>734</sup>, para quem é injustificável e inadmissível a multiplicidade de demandas que tenham por objeto a tutela de interesses coletivos ou difusos, dadas as peculiaridades que cercam o tema dos limites subjetivos das sentenças proferidas nas ações dessa natureza<sup>735</sup>. Isto porque, em

---

<sup>733</sup> MANCUSO, *ibidem*, p. 411.

<sup>734</sup> WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da Práxis Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul/Set 1992, Vol. 67, p. 15. No mesmo sentido, inclusive com a ponderação de soluções de *lege ferenda* para o caso, relativamente ao tópico “A demanda coletiva e sua relação com outras demandas”, examine-se WATANABE, Kazuo. Relação entre Demandas Coletivas e Demandas Individuais. In: WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165-160.

<sup>735</sup> É inegável, portanto, que, à vista do “núcleo comum” (MANCUSO, *ibidem*, p. 411) que identifica mutuamente essas ações, a eficácia atribuída a uma sentença que tutele interesses coletivos e difusos deve se estender a casos futuros análogos, mostrando-se injustificável, de fato, que tais ações sejam reiteradamente repetidas.

virtude da especialidade de suas peculiaridades, não pode a ação civil pública ser tratada da mesma forma das lides intersubjetivas “do tipo *Tício versus Caio*, de tradicional vertente romanística”.<sup>736</sup>

Esse modelo de tratamento judicial ao direito à saúde terá o condão de reforçar o caráter autônomo referido a uma dimensão de soberania que não pretende abrir mão da própria liberdade. Ao mesmo tempo buscará alternativas para o estabelecimento de critérios de igualdade e se perguntará sobre a determinação dos lindes aceitáveis do bem-estar dos sujeitos de direito, na justa medida, em princípio, de uma compreensão procedimental da Constituição.

Em nome de uma visão substancial dos direitos subjetivos constitucionais, os casos omissos serão passíveis de análise pelo Judiciário, por intermédio de ações que tutelem a esfera individual desses sujeitos de direito, mas seu olhar estará sempre voltado para a realização do escopo jurisdicional que propugna o equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

Para alcançar esse fim, é indispensável, igualmente, que o Magistrado adote uma postura mais criativa na condução do processo, utilizando-se amplamente das faculdades previstas no CPC<sup>737</sup>, quando da designação da audiência preliminar, que deverá manter a diretriz de realização da efetividade da jurisdição e, para tanto, diante da relevância da questão constitucional em jogo, poderá ouvir não só as partes envolvidas no suposto litígio relativamente ao direito à saúde, mas também servir-se da *opinio* dos operadores do sistema de saúde, ou de outros integrantes da sociedade civil.

Além disto, mostra-se imprescindível que o magistrado sirva-se constantemente das informações colhidas pelos setores técnicos dos órgãos das respectivas secretarias de saúde e estabeleça contatos diários

---

<sup>736</sup> MANCUSO, *ibidem*, p. 414.

<sup>737</sup> Brasil. Leis, decretos etc. Art. 331, CPC.

com as centrais de regulação de leitos de unidades de terapia intensiva, com o intuito de melhor orientar suas decisões.

Esse posicionamento está apto a compatibilizar a atuação da Magistratura, em seu agir decisório, com as balizas de um sistema que propugna a participação social e está comprometido com um modelo plural de gestão.

É esta a justa medida de um agir judicial que, a par de ser assertivo na concretização dos direitos sociais, o faz sem perder de vista a complexidade de seus critérios normativos constitucionais, ao propugnar continuamente a valorização da tensão entre procedimentalismo e substancialismo, comprometido com a busca de equilíbrio entre autonomia e bem-estar.

## Conclusão

Sempre que propomos uma solução a um problema deveríamos esforçar-nos o máximo que pudéssemos para derrubar nossa solução, em vez de defendê-la; infelizmente, este preceito não é seguido a não ser por poucos entre nós: entretanto, outros formularão as críticas em nosso lugar, se deixarmos de fazê-lo. Mas a crítica será fecunda somente se enunciarmos de maneira totalmente clara e apresentarmos nossa solução numa forma bastante definida, ou seja, que possa ser discutida criticamente.

K. R. Popper.

A conclusão a que chegamos neste trabalho pode ser bem sintetizada com a afirmação de que, no exercício de sua atividade fim, no sentido de afirmar os direitos fundamentais prestacionais, em oposição aos argumentos de escassez dos recursos públicos aptos a dar andamento a esses direitos, os juízes não poderão se filiar integralmente a uma postura substancialista, notadamente em virtude de seu demasiado apelo à promoção da igualdade, sob pena de causar sérios riscos às liberdades constitucionais. Não poderão ainda lastrear sua conduta em parâmetros puramente procedimentais, sob pena de, em nome da liberdade, perder de vista a possibilidade de efetivar os direitos sociais.

Isto porque a concepção de direito subjetivo constitucional, diante do contexto da racionalidade destranscendentalizada, historicamente situada em um momento posterior às considerações teóricas sobre o giro hermenêutico e lingüístico, não pode ficar presa à ilusão de que tais direitos são universais, a-históricos e atemporais. Tampouco deve apostar na possibilidade de afirmação desses direitos no sentido de atribuir poderes aos cidadãos ou de garantir seus espaços de atuação, pois seu critério racional legitimador somente será obtido após a dialetização desses interesses e sua ponderação diante de tantos outros em conflito na sociedade.

Ao contrário, o exercício desses direitos deve levar à formação de uma esfera pública desperta e participativa, marcada por espaços de atuação socialmente legítimos.

O trabalho jurisdicional, nessa perspectiva, busca o desenvolvimento da melhor resposta possível, para o caso concreto que foi submetido ao crivo do Juiz, ao servir-se de uma interpretação reconstrutiva delineada nos marcos históricos do direito e nos princípios políticos que pontuam o Estado democrático de direito.

Essa visão tem em conta a possibilidade de superação da imagem do sujeito de direito (*legal person*) da doutrina clássica do direito,

em favor da elaboração de um conceito intersubjetivo de direito fundamental, consentâneo com a pluralidade dos interesses em conflito da sociedade e com as diversificadas formas de vida que coexistem no meio social.

Assim também, ao delinear um conceito de subjetividade jurídica que não esteja preso ao caráter absoluto do modelo racional transcendental (KANT), o Juiz poderá investir em uma *praxis* judicial que aceite o diálogo com as diversas tendências e opiniões correntes na vida social. Desta feita, embora tenha a última palavra, o Juiz empreenderá um processo dialógico e dialético de busca de soluções para os graves problemas sociais, a partir de uma compreensão mais realista de seus horizontes e, certamente, fundamentado em planos de solução orientados por um consenso democrático radical (portanto, conflituoso) acerca de seus critérios.

Esse trabalho judicial, respaldado na orientação estratégica de um agir político voltado para o atendimento racional da demanda por serviços de saúde, não pode perder de vista a indispensabilidade da coexistência dessas posturas contrastantes, e, na mesma medida, a possibilidade de realização de um direito social (bem-estar) sem a supressão das liberdades políticas de sua esfera pública (autonomia).

A manutenção dessa frágil equação, provedora do equilíbrio entre autonomia e bem-estar, poderá, assim, apostar em uma linha decisória agonisticamente respaldada, que não se filie a qualquer desses extremos e possibilite, por isso mesmo, fundamentar a busca dessa proporção como um autêntico escopo político da atividade jurisdicional.

Esse posicionamento consiste em uma conciliação da atuação da Magistratura, em seu agir decisório, com as balizas de um sistema que propugna a participação social e está comprometido com um modelo plural de gestão do sistema de saúde.

Nisto consiste a medida de um agir judicial que, mesmo sendo assertivo na concretização dos direitos sociais, não perde de vista a complexidade de seus critérios normativos constitucionais.

Tal equilíbrio está, portanto, consubstanciado na devida reconciliação de posturas historicamente opostas, como a lógica democrática da igualdade e a lógica liberal da liberdade.

Essa manutenção da proposta plural de convívio social, a partir da preservação do vínculo tensional mencionado, terá como conseqüência trazer ao comedimento o fenômeno da judicialização da política, diminuindo os efeitos de um paternalismo alienante e apostando na viabilidade da elaboração de critérios compartilhados de solução aos problemas sociais, levando em conta, inclusive, os entendimentos legitimamente manifestados por outras esferas de poder e pelos partícipes da sociedade civil. Isto será viabilizado inclusive com a abertura do procedimento judicial, no sentido de permitir o diálogo, no curso do processo, com esses segmentos sociais.

Para que se observem essas diretrizes, é imprescindível, como regra, a canalização das pretensões relativas à saúde com a adoção de uma ação que tutele direitos meta-individuais.

A ação civil pública contém, no sistema normativo brasileiro, a estrutura procedimental adequada para o aludido fim, pois sua sentença tem eficácia *erga omnes*, inclusive para alcançar eventos futuros similares ao tratado em sua decisão. Trata-se de uma autêntica sentença normativa, que poderá perfeitamente veicular os critérios de seleção e de guia, presentes no meio social, a fim de subsidiar as escolhas dos juízes.

No entanto, a referida ação civil não mais poderá ser tratada, como sói acontecer atualmente, como via de solução a pretensões individuais. Não deverá, tampouco, buscar a solução a essa modalidade de conflito, embasando-se em critérios tipicamente lógico-subsumitivos. Magistrados, membros do Ministério Público e demais atores do processo judicial, deverão, certamente, atentar para as peculiaridades que cercam a

sentença proferida em ação civil pública, notadamente no que se refere ao campo do espectro de sua irradiação, no sentido de legitimar uma atuação judicial que não retroalimente o círculo vicioso de um paternalismo alienante.

A par dessas peculiaridades, a saída possível para enfrentar criativamente os efeitos perversos do protagonismo judicial, insista-se, consiste na adoção, pelo juiz, de uma conduta judicial compatível com a feição instrumental do processo. Neste sentido, deve adotar aquele aspecto plural de definição das prioridades no tratamento do direito à saúde, procedendo sempre à busca da *opinio* dos técnicos responsáveis pelas respectivas ações e serviços públicos, bem como da manifestação de representantes das conferências e conselhos que compõem o Sistema Único de Saúde, buscando ainda ouvir a síntese da vontade dos integrantes da sociedade civil.

Desta forma, o processo judicial pode neutralizar o perigo da adoção de posturas antagônicas entre a soberania e os direitos individuais ou entre a afirmação de direitos fundamentais e a escassez dos recursos financeiros indispensáveis para tanto, ou, ainda, trabalhar criativamente no sentido de superar a histórica dissensão entre a liberdade e a igualdade. Também assim, o agonismo representa uma alternativa para a atividade judicial que, ao tratar de saúde, não deve perder de vista o pluralismo – que, aliás, é a marca registrada do próprio SUS – e, portanto, a gestão democrática dos temas relativos à saúde, ao conciliar o pluralismo com a democracia.

Por fim, em vez de antagonismo, o agonismo, e, ao invés de pretender ser o superego de todos nós, o juiz deve aceitar as diferenças reinantes em seu meio e aprender a ouvir a sociedade, objetivando a redefinição dos critérios de precedência para a utilização de recursos públicos, ao tratar da realização de um direito social, devolvendo, aos cidadãos, suas conquistas históricas alusivas à autonomia, mas, também,

os ônus de sua articulação com vistas à viabilização do exercício dos direitos fundamentais sociais.

Essa linha de solução, enfim, trará ao equilíbrio e comedimento as possíveis decisões de nossos tribunais superiores, desviando-se do pragmatismo tosco que defende a reserva do possível, ao apostar na confrontação agonística dos paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição como critério de busca da harmonização entre autonomia e bem-estar.

## Referências

- ABELLÁN, Marina Gascón. La técnica del precedente y la argumentación racional. Madrid: Tecnos, 1993.
- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- ANDERSON, Elizabeth. What is the point of equality? Ethics. Chicago: University of Chicago Press, n. 109, jan. 1999, p. 287-337.
- ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Gazón. Madrid: CEPC, 2002.
- \_\_\_\_\_. Constitutional rights, balancing and rationality. Ratio Juris, Vol. 16, nº 02, jun. 2003, p. 131/140. Disponível em <http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00228>. Acesso em: 15 de junho de 2007.
- \_\_\_\_\_. On the Structure of Legal Principles. Ratio Juris. Vol. 3, September 2000, p. 294-304. Disponível em: <http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00157>. Acesso em: 15 de junho de 2007.
- \_\_\_\_\_. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: CEPC, 2002.
- \_\_\_\_\_. Justification and Application of Norms. Oxford: Ratio Juris, vol. 6, nº 2, julho de 1993.
- \_\_\_\_\_. A Theory of Constitutional Rights. Trad. Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2002.

- ALTHUSSER, Louis. Mostesquieu a política e a história. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1977.
- APEL, Karl-Otto. Ética normativa y racionalidad estratégica: el problema filosófico de una ética política. In: Revista de Filosofía y Teoría Política - Departamento de Filosofía. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Universidad Nacional de La Plata, 1985, Vol. 25, p. 23-32.
- AUSTIN, J. L. How to do things with words. Oxford: Oxford University Press, 1976.
- BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. Kansas City: UMKC Law Review, vol. 55, nº 3, 1987.
- BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. The Classical Utilitarians – Bentham and Mill. Indianápolis: Hackett Publishing, 1979.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. 3 ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre El Estado de Derecho y la democracia. Trad. Rafael Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- BOYLE, James. Critical Legal Studies. Cambridge: University Press, 1992.
- Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do processo participativo. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. São Luiz: Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão, nº 9, jan./dez. de 2002, p. 51.
- \_\_\_\_\_. Apresentação do livro de ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- \_\_\_\_\_. Apresentação do Texto de MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo. Jul./dez. 1994
- CASSIRER, Ernst. Linguagem e Mito. 4ª ed. Trad. J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo: ANPOCS, 12 (34), junho de 1997, p. 147-156.
- CATTONI, Marcelo. Devido Processo Legislativo. 2 ed. Belo

Horizonte: Mandamentos, 2006.

- \_\_\_\_\_. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- \_\_\_\_\_. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- \_\_\_\_\_. Interpretação Jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Madrid: Boletín Jurídico de la Universidad Européa de Madrid, nº 4, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Principii di Diritto Processuale Civile, Nápoli: Jovene, 1965.
- \_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CHOMSKY, Noam. Aspects of theory of syntax. Cambridge: 1965.
- CHUEIRI, Vera Karam. Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luis Werneck (org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- \_\_\_\_\_. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.
- \_\_\_\_\_. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. Rio de Janeiro: ALCEU – Vol. 05, nº 09, p. 105-113 – julho/dezembro de 2004.

- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. O Poder Judiciário no Regime Democrático. São Paulo: Revista Estudos Avançados, vol. 18, nº 51, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno. In: Revista da Ajuris, n.º 37, Porto Alegre: Ajuris, 1986.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da constiuição. Tradução de Juliana N. Magalhães. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, n. 39, jan./jun. 2001.
- DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. Belo Horizonte: Kriterion, Vol. 46, nº 111, jan/jun 2005.
- De GIORGI, Raffaele. Direito, democarcia e risco. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- \_\_\_\_\_. Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. Bari: De Donato, 1979.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson

- Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
  - \_\_\_\_\_. Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution. New York: Harvard University Press, 1997.
  - \_\_\_\_\_. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
  - \_\_\_\_\_. Rights as Trumps? In: WALDRON, Jeremy. Theory of Rights. Oxford: University Press, 1984, p. 153-167.
  - \_\_\_\_\_. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
  - EISGRUBER, Christopher L. Constitutional Self-Government. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
  - \_\_\_\_\_. Democracy and disagreement: A comment on Jeremy Waldron's Law and disagreement. New York: New York University School of Law – Journal of Legislation and Public Policy, 2002, vol. 6, n. 1, p. 35-46.
  - ELY, John Hart. Democracy and Distrust. A Theory of judicial review. Harvard: Harvard University Press, 1981.
  - FERRAJOLLI, Luigi. Fundamental Rights. International Journal for the Semiotics of Law – n. 14. Norwell: Kluwer Academic Publisher, 2001.
  - FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n. 77, 2007.
- Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29 de julho de 2007.

- FIORAVANTI, Maurizio. Constitución de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FORSTHOFF, Ernst. Stato di diritto in trasformazione. Milano: Giuffrè, 1973.
- GARAPÓN, Antoine. O Juiz e a Democracia – O guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GLENDON, Mary Ann. Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse. New York: Free Press, 1991.
- GORDON, Scott. Controlling the state – constitutionalism from ancient Athens to today. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Introdução à História do Pensamento Político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GRIFFIN, Stephen M. The age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights (September 3, 2003). Tulane Law School

Working Paper nº 2003-01, p. 14-17. Disponível em:  
<http://ssrn.com/abstract-441240>. Acesso em: 15.01.2005.

- GÜNTHER, Klaus. The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). The EU and Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 117-144.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Vol II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- \_\_\_\_\_. A era das transições. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. Más allá del Estado Nacional. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1991.
- \_\_\_\_\_. Reply to Symposium Participants at the Benjamin N. Cardozo School of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 381-452.
- \_\_\_\_\_. Textos e Contextos. Trad. Sandra Lipert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- \_\_\_\_\_. Knowledge and human interests. Trad. Jermy J. Shapiro. Boston: Beacom Press, 1972.

- \_\_\_\_\_. Agir Comunicativo e Razão destrancendentalizada. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- \_\_\_\_\_. A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política. 2 ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.
- \_\_\_\_\_. Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la acción y racionalización social. Vol. I Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoría de la Acción Comunicativa, Racionalidad de la acción y racionalización social. Vol. II Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003.
- \_\_\_\_\_. A Era das Transições. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. O discurso filosófico da modernidade. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. Más allá del Estado nacional. Trad. Manuel Jiménes Redondo. Madrid: Trotta, 1997.
- \_\_\_\_\_. Knowledge and human interests. Trad. Jermy J. Shapiro. Boston: Beacom Press, 1972.
- \_\_\_\_\_. Communication and the evolution of the society, Trad. Thomas McCARTHY. Boston: Beacon Press, 1976.
- \_\_\_\_\_. A era das transições. Trad Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- HART, Herbert. O Conceito de Direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- HEGEL, G. W. F. Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Trad. Francisco Larroyo. 3 ed. México: Porrúa, 1977.
- HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights – Why Liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionarietà. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 65, CEDEC, 2004.
- KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes – Parte I. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70.
- KAPOOR, Ilan. Deliberative democracy or agonistic pluralism? The relevance of the Habermas-Mouffe debate for third world politics (Jürgen Habermas, Chantal Mouffe). Boulder: LRP, 2002 Vol. 27, issue 4.
- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Trad. L. Legaz y Lacambra. México: Editora Nacional, 1957.
- \_\_\_\_\_. Teoria Pura do Direito. 4 ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.
- KENNEDY, Duncan. The critique of rights in critical legal studies. In: BROWN, Wendy and HALLEY, Janet (eds.). Left Legalism/Left Critique. Durham: Duke University Press, 2002, p. 178-225.
- \_\_\_\_\_. Rights in American Legal Consciousness. In: KENNEDY,

- Duncan. *A critique of Adjudication (Fin de Siècle)*. Harvard: Harvard University Press, 1998, p. 299-314.
- \_\_\_\_\_. The critique of rights. In: KENNEDY, Duncan. *A critique of Adjudication (Fin de Siècle)*. Harvard: Harvard University Press, 1998, p. 315-338.
  - KOSKENNIEMI, Martti. The Effect of Rights on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 99-116.
  - KRELL, Andreas. *Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.
  - \_\_\_\_\_. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada. – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.
  - KURY, Mário da Gama. *Dicionário de Mitologia Grega e Romana*. 4 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
  - LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e Estratégia Socialista – Hacia una radicalización de la democracia*. 2 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
  - LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
  - LEITE, Roberto Basilone. *Hermenêutica Constitucional como processo político comunicativo: A crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista*. In: LOIS, Cecília Caballero.

- Justiça e Democracia - Entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. São Paulo: Landy, 2005, p. 197-229.
- LOCKE, Jonh. Segundo Tratado Sobre o Governo. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.
  - LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Trad. Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2005.
  - \_\_\_\_\_. Acoplamientos Estructurales. In: LUHMANN, Niklas. El Derecho e la Sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005, p. 351-407.
  - \_\_\_\_\_. Teoría política en el Estado de Bienestar. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
  - \_\_\_\_\_. La diferenciación del diritto – Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. Raffaele De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.
  - \_\_\_\_\_. I Diritti Fondamentali come Istituzione. Trad. Stéfano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002.
  - LUÑO, Antonio-Henrique Perez. Los Derechos Fundamentales. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005.
  - MACPHERSON, C. B. A teoria política do individualismo possessivo – de Hobbes a Locke. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
  - MCCARTHY, Thomas. La Teoria Critica de Jürgen Habermas. Trad. Manuel Jimenes Redondo. Madrid: 1992.

- MADDUX, Graham. Constitution. *In*: FARR, James. BALL, Terence. HANSON, Russell L. (ed.). Political innovation and conceptual change. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9 ed. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito - A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como *paramount Law*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n. 172 out./dez. 2006.
- MARX, Karl; Engels, Friedrich. A ideologia alemã – Teses sobre Feuerbach. São Paulo: Moraes, 1984.
- \_\_\_\_\_. Manuscritos Econômicos Filosóficos. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro de 2000, p. 183-202.
- McCARTHY, Thomas. La teoría Crítica de Jürgen Habermas. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1992.
- McCORMICK, John P. Identifying or Exploiting The Paradoxes of Constitutional Democracy? *In*: SCHMITT, Carl. Legality and Legitimacy. Transl. Jeffrey Seitzer. London: Duke University Press, 2004, p. XIII - XLIII.
- McILWAIN, Charles Howard. Magna Carta and Common Law. *In*: McILWAIN, Charles Howard. Constitutionalism and the changing

- world. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, p. 127-177.
- MEAD, George Herbert. *Mind, Self and Society*. 18 ed. Chicago: The University Chicago Press, 1972.
  - MENDONÇA, Daniel de. A noção de antagonismo na Ciência Política Contemporânea: Uma análise a partir da perspectiva da teoria do discurso. *Revista de Sociologia e Política*. Junho, nº 20. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. Departamento de Ciências Sociais.
  - MICHELMAN, Frank. Law's Republic. In: *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 8, New Haven: Symposium: The Republican Civic Tradition, 1988, p. 1493-1537.
  - MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2004.
  - MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Barón de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: EdUnb, 1982.
  - MOUFFE, Chantal. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. In: MOUFFE Chantal (org.). *The Challenge of Carl Schmitt*. New York: Verso, 1999.
  - \_\_\_\_\_. *On the political*. London: Routledge, 2005.
  - \_\_\_\_\_; LACLAU, Ernesto. *Hegemonia y Estrategia Socialista – Hacia Una radicalización de la Democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
  - \_\_\_\_\_. *La Paradoja Democrática*. Trad. de Tomás Fernández Aús y Beatriz Eguilbar. Barcelona: Gedisa, 2003.

- \_\_\_\_\_. O regresso do político. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo. jul./dez. 1994.
- MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEVES, A. Castanheira. Teoria do Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.
- \_\_\_\_\_. A redução política do pensamento metodológico – Jurídico (Breves notas críticas sobre seu sentido). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- NEVES, Marcelo. Do Consenso ao dissenso: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In Sousa, Jessé (org.). Democracia Hoje – Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: EDUNB, 2001.
- \_\_\_\_\_. A Constituição Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. The Constitution of Deliberative Democracy. London: Yale University, 1998.
- NOGUEIRA, Roberto Passos. A saúde pelo avesso. Natal: Seminare, 2003.
- OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Democracia, Procedimento e Esfera Pública: Os Conselhos Gestores Setoriais como espaços inovadores de participação social. Manuscrito Acadêmico.

- \_\_\_\_\_. A importância da participação social para a efetivação do controle democrático no âmbito da saúde. In: XIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2004, Florianópolis. Anais do XIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 619-628.
- PARSONS, Talcott; The structure of social action. New York: McGraw-Hill Book Company, 1937.
- PEDRÓN, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. In: Revista CEJ. Brasília, nº 30, jul./set. 2005, p. 70-80.
- POCKOC, J. G. A. Politics, language and time. Chicago: Chicago Press, 1989.
- \_\_\_\_\_. Linguagens do ideário político. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: EDUSP, 2003.
- RAWLS, John; HABERMAS, Jürgen. Debate sobre el liberalismo político. Trad. Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 2000.
- \_\_\_\_\_. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Piesetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy and justice be reconciled? In ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (ed.) Habermas on law and democracy: critical exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 82-112.
- \_\_\_\_\_. The Rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for advanced Legal Studies. Working paper series nº 36 - March, 27,

2001.

- \_\_\_\_\_. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity. In ROSENFELD M. (ed.) Constitutionalism, identity, difference and legitimacy – theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1998.
- \_\_\_\_\_. Law as Discourse: Bridging the gap between Democracy and Rights. Harvard: Harvard Law Review, Vol. 108, nº 5 (Mar., 1995), p. 1163-1189.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Teoria Crítica e Psicanálise. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Ideología e Interpretación Jurídica. Madrid: Technos, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHMITT, Carl. El concepto de lo Político. Trad. Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- \_\_\_\_\_. The Crisis of Parliamentary Democracy. Trad. Ellen Kenndy. Cambridge: MIT Press, 1988.
- SCHWARTZ, Germano. O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. Gestão Compartida Sanitária no Brasil – Possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTS, Germano (org.). A Saúde sob os Cuidados do Direito. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 108-162.
- SEARLE, John R. Expressão e Significado. Trad. Ana Cecília G. de

- Camargo e Ana Luíza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
  - SMITH, Bárbara Herrsntein. Crença e Resistência – A Dinâmica da Controvérsia Intelectual Contemporânea. Trad. Maria Elisa Marchini Sayeg. São Paulo: UNESP, 2002.
  - STEIN, Ernildo e BONI, Luis A. (org.). Dialética e Liberdade. Porto Alegre: Universidade, 1993.
  - STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
  - \_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
  - \_\_\_\_\_. Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente? *Revistas Jurista*, João Pessoa, a, III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em [HTTP://www.juristas.com.br/mod\\_revistas.asp?ic=1310](http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=1310). Acesso em 4/6/2007.
  - SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
  - \_\_\_\_\_. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol. I, Tomo II. Porto Alegre: AJURIS, 2006, p. 15-28.
  - TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of*

Judicial Power. New York: University Press: 1995.

- TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y "La política del reconocimiento". Comentários de Amy GUTMANN, Steven ROCKFELLER, Michael WALZER e Susan WOLF. Trad. Mónica Utrila de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- THINES, Georges; Lempereur, Agnes (Org.) Dicionário Geral das Ciências Humanas. Lisboa: Edições 70, 1984.
- TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away From The Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VIANNA, Luiz Verneck [et al.]. Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. A dignidade da Legislação. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2003.
- WARD, Kenneth D. The Politics of Disagreement - Recent Work in Constitutional Theory. Review of Politics. Notre Dame: University of Notre Dame, 2003, Vol. 65, Issue 4.
- WEBER, Max. Economia y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.
- \_\_\_\_\_. Ensayos sobre sociología de la religión. Madrid: Taurus, 1987.
- \_\_\_\_\_; DURKHEIM, Emile: Socialismo. Rio de Janeiro: Relume-

Dumara, 1993.

- WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2 ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- WINDSCHEID, Bernhard. Diritto delle Pandette. Torino: Unione Tipografico, 1925.
- VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory. Oxford: Journal of Law and Society. Volume 29, number 02, June 2002, p. 258-281.
- WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da Práxis Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul/Set 1992, Vol. 67.
- \_\_\_\_\_. Relação entre Demandas Coletivas e Demandas Individuais. In: WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WOOD, Gordon. The creation of the American Republic – 1779-1787. London: The University of North Carolina Press, 1998.
- YANAL, Robert J. Hart, Dworkin, Judges and New Law. The Monist, Vol. 68, nº 03. Illinois: The Hegeler Institute, 1985.

### **Legislação citada**

- Brasil. Constituição Federal.
- Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 5829 de 30 de novembro de 1972.
- Brasil, Leis, decretos etc. Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.
- Brasil, Leis, decretos etc. Decreto nº 86329, de 02 de setembro de 1981.
- Brasil. Leis, decretos etc. Resoluções 06/84 e 07/84, MS/MPAS/MEC/CIPLAN; Ações Integradas de Saúde. Anexo: normas gerais aplicáveis às AIS. Brasília, 03 de maio de 1984.

- Brasil, Leis, decretos etc. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 (SUS).
- Brasil, Leis, decretos etc. NOB/SUS 1996, aprovada pela Portaria GM/MS nº 2203, de 05 de novembro de 1996.
- Brasil, Leis, decretos etc. NOAS/SUS 1/2002, aprovada pela Portaria GM nº 373, de 27 de fevereiro de 2002.
- Brasil, Leis, decretos etc. Lei nº 8142 de 28 de dezembro de 1990 (CONASS e CONASEMS).
- Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 5829 de 30 de novembro de 1972.
- Brasil. Leis, decretos etc. Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.
- Brasil. Leis, decretos etc. NOAS/SUS 1/2002, aprovada pela Portaria GM nº 373, de 27 de fevereiro de 2002.
- Brasil. Leis, decretos etc. Lei nº 8142 de 28 de dezembro de 1990 (CONASS e CONASEMS).