

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS

ISAAC PANDOLFI

**PROBLEMAS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA CLÁUSULA DA RESERVA DO
POSSÍVEL: UM RISCO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Vitória
2021

ISAAC PANDOLFI

**PROBLEMAS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA CLÁUSULA DA RESERVA DO
POSSÍVEL: UM RISCO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como exigência para a obtenção do grau de mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, sob orientação do Prof. Doutor Alexandre de Castro Coura.

Vitória

2021

ISAAC PANDOLFI

**PROBLEMAS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DA CLÁUSULA DA RESERVA DO
POSSÍVEL: UM RISCO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como exigência para a obtenção do grau de mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, sob orientação do Prof. Doutor Alexandre de Castro Coura.

Aprovada em 31 de agosto de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória-ES

Prof.: Dr. Américo Bedê Freire Junior
Faculdade de Direito de Vitória-ES

Prof.: Dr. Hermes Zaneti Junior
Universidade Federal do Espírito Santo

À Dani, pelo amor incondicional, sentido de nossa existência, e ao Pedro, fruto deste amor, que brevemente estará entre nós.

AGRADECIMENTOS

Em tempos de pandemia e isolamento social, os agradecimentos se multiplicam, na mesma proporção das dificuldades encontradas. Por isso, um agradecimento todo especial ao querido Professor Alexandre Coura, que além de iluminar o caminho, com as luzes de seu conhecimento, trilhou junto com sua sabedoria e carinho.

Ao meu grande amigo-irmão Italo Scaramussa Luz, que por meio de sua incontestável amizade, deu apoio e suporte à realização deste sonho, compreendendo as ausências e falhas. Nossas incontáveis e profundas, conversas “filosóficas”, regadas a um bom vinho, renderam grandes reflexões, contribuindo, não só para o presente trabalho, mas para nossas vidas.

Aos pais (Luzinete e Mateus), à esposa (Daniele) e à irmã e ao cunhado (Sandra e Thiago), por terem suportado o mau humor de noites mal dormidas, das incessantes reclamações e ausências – deste que é um mal-humorado por natureza – e, dos desabafos decorrentes do descontentamento com sistema jurídico que hoje vivemos.

Tão importante quanto aos demais, à Faculdade de Direito de Vitória, na pessoa da querida, e inspiradora, Professora Elda Bussinguer, que além do profissionalismo, tem enorme carinho pelos mestrandos; aos amigos do escritório Scaramussa & Pandolfi Advogados Associados onde, os debates jurídicos são incessantes, onde as ideias fervem e florescem no cotidiano da advocacia, onde o direito, realmente, é exercido em sua plenitude.

E por fim, um agradecimento aos demais colegas mestrandos, pelas infindáveis conversas realizadas no “Boteco do Mestrado”, onde a informalidade dos debates permitiu uma ampla exposição do pensar, sem preconceitos e discriminações.

Eu vejo o futuro repetir o passado.
Eu vejo um museu de grandes novidades
Cazuza

RESUMO

Obscurecida pelo paradigma do positivismo jurídico, a cláusula da reserva do possível tem eco nos preconceitos que compõe esta tradição jurídica. Estruturada de maneira contrafactual, referida teoria pressupõe que os direitos fundamentais são categorizados segundo critérios histórico-prestacional, em gerações de direitos e segundo a necessidade de um agir estatal. A categorização sob a ótica histórico-prestacional objetivou o mito de que direitos fundamentais sociais, em razão de seu caráter prestacional, demanda um agir estatal, e por isso, possuem elevado custo para sua concretização; ao passo que, bastando a ausência de intervenção, os individuais, tais quais as liberdades, não demandam qualquer investimento, são concretizados por si. Demonstrando a inadequação do paradigma do positivismo jurídico ao Estado Democrático de Direito, especialmente, quanto a permissividade da discricionariedade judicial nos casos limítrofes, trilha-se o caminho da hermenêutica jurídica para alcançar a concepção de Direito como Integridade, e assim melhor compreender a questão central que permeia a presente dissertação: a aplicação da cláusula da reserva do possível na fundamentação das decisões judiciais que limitam direitos à saúde mostra-se compatível a uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito? A cláusula de reserva do possível reduz a concretização dos direitos fundamentais à uma dicotômica excludente, que não se coaduna com as sociedades plurais da contemporaneidade ávidas por um regime democrático inclusivo. Uma compreensão ontológica do significado da norma, nos leva a uma concepção interpretativa do Direito que aspira por constante aprimoramento, intimamente, ligada aos princípios que norteiam a comunidade. Superar o paradigma positivista que obscurece a efetivação dos direitos sociais, e, desmistificar à ilusão de que a exaustão orçamentária é limite à efetivação dos direitos fundamentais, para encará-los sob o manto da integridade, como alavanca para sua efetivação, é o objetivo que se pretende atingir. Para tanto, busca-se uma análise crítica acerca do modo como o Supremo Tribunal Federal compreende os custos para a efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente quando em voga, os difíceis casos de concessão de medicamentos de alto custo, evidenciado no julgamento do Tema 06 da Repercussão Geral, no intuito de descortinar os preconceitos ilegítimos que, impregnados na decisão, retiram sua legitimidade. Neste transcorrer foram mesclados os métodos dialético, hermenêutico

e pós-estruturalista, com o intuito de aproximar a teoria dos custos dos direitos com a concepção de direito como integridade.

Palavras-chave: Hermenêutica. Positivismo. Custo dos Direitos. Efetivação. Reserva do Possível.

RESUMEN

Eclipsada por el paradigma del positivismo jurídico, la reserva de la cláusula posible se hace eco de los prejuicios que configuran esta tradición jurídica. Estructurada de manera contrafactual, esta teoría asume que los derechos fundamentales se categorizan según criterios de obligación-histórico, en generaciones de derechos y según la necesidad de la acción estatal. La categorización bajo la perspectiva histórico- obligación apuntó al mito de que los derechos sociales fundamentales, por su naturaleza de servicio, demandan la acción del Estado y, por lo tanto, tienen un alto costo para su realización; mientras que, si la ausencia de intervención es suficiente, el individuo, como las libertades, no requiere ninguna inversión, siendo implementado por sí mismo. Demostrando la inadecuación del paradigma del positivismo jurídico al Estado de Derecho Democrático, especialmente en lo que se refiere a la permisividad de la discrecionalidad judicial en casos límite, se sigue el camino de la hermenéutica jurídica para llegar al concepto de Derecho como Integridad, y así comprender mejor la cuestión central. que impregna esta disertación: ¿es compatible la aplicación de la reserva de la cláusula posible en los fundamentos de las decisiones judiciales que limitan los derechos a la salud con una comprensión constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales a la luz del paradigma del Estado Democrático de Derecho? La reserva de la cláusula posible reduce la materialización de los derechos fundamentales a una dicotómica excluyente, lo que no es coherente con las sociedades plurales de la contemporaneidad que viven en un régimen democrático inclusivo. Una comprensión ontológica del significado de la norma nos lleva a una concepción interpretativa del Derecho que aspira a la mejora constante, estrechamente ligada a los principios que orientan a la comunidad. Superar el paradigma positivista que oscurece la realización de los derechos sociales, y desmitificar la ilusión de que el agotamiento presupuestario es un límite para la realización de los derechos fundamentales, para enfrentarlos bajo el manto de la integridad, como palanca para su realización, es el objetivo que si quieres lograr. Por ello, buscamos un análisis crítico de cómo la Corte Suprema entiende los costos para la realización del derecho fundamental a la salud, especialmente cuando están de moda, los difíciles casos de otorgamiento de medicamentos de alto costo, evidenciado en la sentencia del Tema 06 de la Ley. Repercusión General, con el fin de develar los prejuicios ilegítimos que, impregnados en la decisión, le quitan legitimidad. En este

curso se mezclaron métodos dialécticos, hermenéuticos y estructuralistas, con el fin de acercar la teoría de los costos de los derechos al concepto de derecho como integridad.

Palabras clave: Hermenéutica. Positivismo. Costo de los derechos. Eficacia. Posible reserva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE 01. PARA ALÉM DO MÉTODO: UMA COMPREENSÃO MAIS AMPLA DO DIREITO	16
1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO	17
2. O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS SEMÂNTICOS	31
2.1. Súditos do império de qual Direito?	31
2.2. A Comunidade Personificada e o Romance em Cadeia: mais uma técnica interpretativa?	40
2.3. Para além da tradição: a superação pela integridade.....	46
PARTE 02. A CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ENFRAQUECIMENTO	57
3. A DESMISTIFICAÇÃO DO PARADIGMA CATEGORIZADOR.	58
3.1. Uma vinculação ideológica ao positivismo jurídico	58
3.2. O artifício das escolhas trágicas	71
4. OS CUSTOS SOB O VIÉS DA INTEGRIDADE	78
4.1. A alteração interpretativa das dimensões da reserva do possível	78
4.2. A virtude da integridade e o custo dos direitos	88
PARTE 03. AS PRÉ-COMPREENSÕES E A SAÚDE NA CORTE SUPREMA	97
5. O DESENCADEAMENTO DO ROMANCE	98
5.1. A coerência estratégica das decisões do STF.....	98
5.2. O embuste metodológico e o fortalecimento do positivismo. O preconceito das limitações orçamentárias.....	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos fundamentais sempre esteve relacionada às virtudes da justiça e da equanimidade, fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Sua problemática concretização inundou os Tribunais sob as mais diversas temáticas, na tentativa de corrigir os desvios decorrente de um paradigma liberal-positivo onde direitos sociais, econômicos e culturais são constantemente preteridos sob o fundamento da escassez de recursos.

A categorização dos direitos fundamentais sob critério prestacional, em positivos e negativos, objetivou o mito de que direitos típicos de segunda e terceira gerações são implementados mediante um agir estatal, um fazer, por políticas estatais de alto custo; ao passo que, para os direitos de primeira geração basta a ausência de intervenção estatal para sua concretização, portanto, sem qualquer custo.

O critério metodológico que obscureceu o entendimento dos custos dos direitos fez emergir, dentro do positivismo jurídico, teoria contrafactual de que a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração depende, do que se denominou, cláusula da reserva do possível. A toda evidência, referida teoria reveste-se em sua face mais perversa quando lançada como óbice a efetivação do direito fundamental à saúde, tal qual, recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal (março de 2021), na solução do Tema 06 da Repercussão Geral.

Comumente evocada como limite à efetivação dos direitos fundamentais sua adesão às estruturas teóricas do positivismo pauta-se em uma concepção de Direito que está longe de ser a mais adequada às democracias contemporâneas, ávidas pela aplicação virtuosa da justiça, da equanimidade e integridade, na perspectiva dworkiana.

Para lançar luz ao tema, somente uma nova concepção (paradigmática) do que é o Direito, ligado a critérios linguísticos que reconheça a historicidade como elemento central da tradição jurídica de uma comunidade, coerentemente com seus princípios, é capaz de desmistificar a equivocada compreensão decorrente da categorização prestacional dos direitos fundamentais e seus respectivos custos.

O Poder Judiciário, última trincheira do cidadão comum, vem ripristinando a categorização metodológica sem dela conseguir se desvencilhar em razão do equivocado pressuposto da segurança e estabilização do paradigma positivista, inobservando que em voga a própria legitimidade da decisão, tomada mediante argumento de autoridade, nos limites da discricionariedade judicial típica do modelo teórico adotado.

Trilhando os caminhos da hermenêutica filosófica, base teórica para a concepção do direito como integridade, e, simultaneamente, demonstrando a inadequação da adoção cega do positivismo jurídico para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, ao direito fundamental à saúde, pretende-se responder, na presente dissertação a seguinte questão: a aplicação da cláusula da reserva do possível na fundamentação das decisões judiciais que limitam direitos à saúde mostra-se compatível a uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito?

Destarte, a aplicação da cláusula de reserva do possível baseia-se em um paradigma metodológico que limita a efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo sua concretização à uma dicotômica excludente, onde a tutela jurisdicional é analisada sob o viés das escolhas trágicas, posta à mercê da discricionariedade judicial permitida pelo positivismo jurídico nos casos de esgotamento do texto legal.

A compreensão de que o Direito se expande para além do texto legal, encontrando uma compreensão ontológica do significado nele contido, nos leva a uma concepção interpretativa que aspira por constante aprimoramento em verdadeiro espiral hermenêutico, intimamente, ligado aos princípios que norteiam a comunidade personificada.

Esta concepção hermenêutica do Direito, sob uma abordagem principiológica, pode superar sua segregação com a Política e a Moral e esvaziar os critérios dicotômicos das escolhas trágicas ao agregar valores que compõem o horizonte histórico da comunidade, como princípios morais (tal qual a integridade) e políticos (equanimidade

e justiça) sob um viés linguístico apto a uma compreensão mais ampla de seus objetos e finalidades.

Pondo em xeque o paradigma positivo e sua típica discricionariedade judicial, incompatíveis com um regime que se pretende democrático, busca-se uma compreensão constitucionalmente mais adequada dos custos dos direitos, que seja capaz de concretizá-los, dentro dos parâmetros estabelecidos na norma constitucional.

Sob a forte influência metodológica do positivismo jurídico, a categorização dos direitos fundamentais em negativos e positivos, ofuscou a evidência de que todos os direitos demandam uma atuação estatal efetiva, e por isso, depende de recursos, oferecendo, através da teoria da reserva do possível, justificção formalmente válida para a negativa de efetivação do direito fundamental à saúde, quando demandados judicialmente.

Entretanto, sob uma ótica mais apurada, é possível superar o paradigma positivista que obscurece a efetivação dos direitos sociais, e indo para além, desmistificar a ilusão de que a exaustão orçamentária é limite à efetivação dos direitos fundamentais, para encará-los, sob o manto da integridade, como alavanca para sua efetivação, e, por vias de consequência, ressignificar materialmente a cláusula de reserva do possível.

Para tanto, é primordial alcançar uma concepção contemporânea de direito, que pautada em um critério linguístico seja capaz de afastar a discricionariedade judicial e aproximar o Direito à tradição jurídica da sua comunidade, por meio de um horizonte histórico que lançasse bases para a adoção virtuosa da integridade. O que se faz na primeira parte da presente dissertação, por meio de uma análise crítica do paradigma do positivismo jurídico em suas falhas fundamentais.

Na segunda parte, busca-se superar a categorização histórico-prestacional dos direitos fundamentais, com o intuito de demonstrar que todos os direitos demandam a proteção estatal, e por isso possuem custos, para assim, aclarar a carga ideológica

que permeia as escolhas trágicas, minando a base formal da reserva do possível ao expor as pré-compreensões ilegítimas que impregnam o instituto.

Na terceira parte, focando-se primordialmente no direito fundamental à saúde, objetiva-se uma análise do modo com que o Supremo Tribunal Federal vem, ao longo da história, enfrentando a matéria, até chegar ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral do Tema 06, reconhecida no Recurso Extraordinário nº 566.471 do Rio Grande do Norte, que, sob um viés positivista, repristina as pré-compreensões da tradição jurídica, sem conseguir superá-las, cravando-a de ilegitimidade por ausência de integridade.

A opção por limitar o estudo ao direito fundamental à saúde, por ter como plano de fundo o próprio direito à vida, decorre, tanto de sua importância social e individual, como da necessidade de consolidar sua normatividade, impulsionada pela norma constitucional. Alia-se ainda, o fato de que foi recentemente julgado o Tema 06 da Repercussão Geral do STF (março/2021) onde se evidenciou, implicitamente, a manutenção dos preconceitos positivistas que obscurecem a efetivação do direito fundamental.

Não se objetiva um estudo aprofundado quanto às concepções democráticas que fundamentam o paradigma do Estado Democrático de Direito, nem quanto à evolução histórico-jurídico que levaram ao reconhecimento da normatividade aos direitos fundamentais sociais no paradigma do positivismo jurídico. O que se objetiva, com maior ênfase, é desmantelar o embuste metodológico que, decorrente da adoção do juspositivismo, obscurece a efetivação do direito fundamental à saúde, sob o viés de seus custos que enfraquece sua efetivação.

Caminho que se trilhará por meio de uma revisão bibliográfica que compreende análise de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (criteriosamente organizadas na terceira parte do trabalho) e doutrina nacionalmente e internacional reconhecidas. Ambos articulados até a construção de uma síntese final, utilizando-se a própria hermenêutica como técnicas para se alcançar a hipótese pretendida.

No desenrolar dos objetivos propostos, mostrou-se também adequada a utilização do método dialético, por permitir o confronto de teses e ideias para a construção da hipótese de pesquisa, que, agregada à visão sistêmica, típica do pós-estruturalismo, facilitou a exposição dos fundamentos do Direito como Integridade, bem como, a exposição da Teoria do Custo dos Direitos.

Com foco no direito fundamental à saúde, onde o custo dos direitos é voz corrente que obstaculiza a efetivação, articulado judicialmente sob a cláusula da reserva do possível, alinha-se, ao fim da dissertação, às correntes que propõem uma alteração paradigmática no modo de compreender os direitos fundamentais, para integrar os custos à sua própria essência, e assim, ressignificar materialmente a cláusula da reserva do possível e encerrar os custos como alavanca para a concretização.

Por fim, ressalta-se que o alinhamento dos fundamentos que levam à necessidade de uma ressignificação material da cláusula da reserva do possível, seguiu um encadeamento lógico que, partindo, da falta de uma compreensão mais adequada do Direito, ainda visto e aplicado sob o paradigma do positivismo jurídico (objetivo da primeira parte do trabalho), acaba por esvaziar o direito fundamental à saúde (criticamente estudado na segunda parte), ocasionando, assim, verdadeira crise de legitimidade nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (apontado na terceira parte), por desalinhá-las dos princípios constitucionalmente consagrados no texto magno.

PARTE 01:

PARA ALÉM DO MÉTODO: UMA COMPREENSÃO MAIS AMPLA DO DIREITO

*“Não nego o que é óbvio, isto é,
que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa
da qual não podem escapar totalmente”*

RONALD DWORKIN

1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

A compreensão do mundo em que vivemos sempre se fundou em um processo intelectual de atribuição de significados e valores, desenvolvidos ao longo da experiência histórica, que, refletindo padrões de comportamento, de associações, e crenças, ensejaram uma unidade que possibilitou o inter-relacionamento e a comunicação. Neste contexto, a linguagem ocupa um papel fundamental na possibilidade de compreensão mútua, sobre a qual se ergue uma malha de significados e conceitos comuns, capaz de criar um padrão de comportamentos onde é possível compreender e fazer-se compreendido.

Longe de ser entendido de maneira uniforme ao longo da história, o conjunto difuso de pré-compreensões, vitais para a estrutura linguística, por século, foi relegado a um plano secundário, e, até mesmo rejeitado, sob a pecha de contaminação subjetiva da interpretação¹. A centralização da linguagem, nas últimas décadas tem revolucionado o campo das ciências sociais ao considerar o sujeito (e seus preconceitos²) como elemento pleno e ativo do processo de compreensão.

Desde então, a compreensão do que realmente é o Direito e o modo pelo qual os direitos fundamentais são concretizados foi posto à prova, especialmente quando institutos cravados de pré-compreensões, obscurecidos pela tradição, impõe uma repetição cega do modo de agir, tal qual, ocorre no direito à saúde, onde os preconceitos ilegítimos ainda guiam, de forma inconsciente, o modo de julgar da Corte Suprema Brasileira.

A falta de uma compreensão mais ampla da real finalidade do Direito, para as sociedades contemporâneas, reforçada por uma tradição que o mantém ligado a paradigmas positivos é o ponto central a ser flanqueado nesta primeira parte da pesquisa. Expor as estruturas da compreensão e apontar os preconceitos de uma

¹ Especialmente no período Iluminista.

² Deve ser esclarecido, desde já, que o termo é utilizado em seu sentido estrito (hermenêutico), afastando-se o caráter pejorativo atribuído pelo senso comum, como restará demonstrado mais adiante.

ideologia impregnada no próprio ser, para assim, iniciar uma atividade interpretante em busca do *telos* do Direito é o que propõem empreender, neste capítulo inicial.

O instituto que nos interessa aqui desvelar, umbilicalmente agregado ao paradigma jus-positivo, e dele resultante, tomou corpo pelos idos de 1970, na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu que a atuação do Estado, no que se refere à efetivação de direitos sociais fundamentais - tais como à saúde - está condicionada a existência de recursos públicos disponíveis.

O argumento de apoio da doutrina da “reserva do possível” é, a princípio, muito forte: a efetivação dos direitos fundamentais depende da ação do Estado pela promoção de serviços públicos que, em certa medida, estão condicionados à existência de recursos e aos demais limites de execução encontrados na estrutura pública. Porém, estes recursos não são suficientes para todas as expectativas criadas no Estado Social. CORDEIRO (2011, p. 27)

Sustentando haver limites fáticos-financeiros ao dever Estatal de concretizar direitos sociais fundamentais, a cláusula de reserva do possível logo ganhou força em terras nacionais, fundada em uma compreensão paradigmática do Direito, sob o viés positivista. Por meio deste, difundiu-se, até como senso comum, a equivocada ideia de que a exaustão orçamentária estatal é limite à efetivação dos direitos fundamentais, a desembocar em uma espécie de excludente de responsabilidade estatal, quando não observada a sua implantação.

Reflexo da disseminação deste pensar é a crescente judicialização das mais diversas demandas, notadamente, no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais sociais ligados à saúde.

Neste contexto, a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz com a concretização do direito (fundamental social) à saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, que freqüentemente é provocado a manifestar-se sobre questões antes menos comuns, como a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, e até mesmo a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 172)

Entretanto, a alteração no modo de pensar as ciências do espírito introduzida pelos estudos desenvolvidos por Hans-George Gadamer³ acerca do que se convencionou chamar de giro hermenêutico, tem apontado que a tradição positivista obscureceu a compreensão do que realmente é o Direito e de seus institutos.

Ao se analisar o desenvolvimento histórico da hermenêutica e, em particular da hermenêutica jurídica mais contemporânea, é inegável a contribuição e a revolução que a obra e o pensamento de Gadamer produziram. (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 9)

Demonstrando a inaplicação do método científico típico das Ciências Naturais ao estudo das Ciências Sociais, Gadamer, lançou as bases para uma nova filosofia – hermenêutica – criticando a tradição de que as razões metodológicas para justificação do saber, seriam o caminho a uma verdade objetiva, estática e imanente aos fenômenos interpretados. (PEREIRA, 2007, p. 19)

O giro hermenêutico se dá, portanto, quando a disciplina liberta-se da sombra iluminista que, ao invés de esclarecer, oculta a estrutura da compreensão, na medida em que pretende suplantar a História e se confirmar na busca maniqueísta e míope da verdade, tendo como ponto de partida a absolutização do método. (PEREIRA, 2007, p. 19)

De fato, as incansáveis preocupações com as razões metodológicas na busca desta verdade objetiva, estática e imanente impregnaram as ciências desde o final do medievo. Importantes pensados como René Descartes⁴ depositavam a certeza da ciência em um método capaz de neutralizar a visão do pesquisador e purificar o resultado sob um viés racional.

Para se atingir o *status* de verdade era fundamental que o método fosse suficientemente isento de atributos teológicos ou metafísicos. Só assim seria possível a produção de um conhecimento autêntico e digno de ser alcunhado por ciência. As preocupações metodológicas guiaram as ciências, inclusive as ciências humanas⁵,

³ A partir de sua obra mais expressiva, intitulada Verdade e Método, publicado originalmente em 1960.

⁴ Para Descartes a estrita observância dos preceitos metodológicos seriam suportes para se alcançar a verdade, liberta das opiniões e dogmas. Sua afirmação clássica que os sentidos nos confundem reforçava a preponderância do método, tal qual apontado em sua obra mais expressiva: Discurso sobre o método, publicado em 1637.

⁵ Aqui encaradas como produto criativo e social do homem, incluindo-se nesta categoria o Direito.

sob o viés positivista durante vários séculos, induzindo que a verdade somente se alcançaria por meio do método.

Na pureza do método estava a certeza e segurança de uma teoria, não apenas das ciências naturais, mas também das ciências do espírito. Negando qualquer possibilidade de atingir a verdade senão pela observação empírica e equidistante do fenômeno, o agir positivista direcionou as ciências sociais para a metodologia científica e para o empirismo.

A razão científica também impregnou o Direito, chegando quase à universalidade sob o viés do positivismo jurídico, que reinou na tradição ocidental durante a modernidade. Buscava-se a validade e o acerto da norma dentro da própria ciência jurídica, expurgando critérios meta-jurídicos por meio da operacionalização e aplicação metodológica.

Para tanto, o positivismo jurídico concentrou esforços na plenitude da lei (do texto legal) sustentando a cientificidade do Direito por técnicas interpretativas aptas a atingir a vontade do legislador que o criou. O Direito era a verdade expressa permanentemente no texto legal. O mito da perfeição da lei e a sujeição incondicional à normatividade era a característica principal de um sistema (paradigmático) que se pretendia livre da subjetividade.

A universalização da razão se fazia presente no positivismo jurídico por meio de técnicas interpretativas e na potencialidade instrumental de extrair do texto legal seu exato sentido, em sua pureza, impedindo que a interpretação da lei fosse contaminada pelo intérprete. O conhecimento objetivo, seguro e verdadeiro somente se fazia possível pela aplicação do método.

Os métodos clássicos de se extrair o sentido da norma, sem que a subjetividade do agente se fizesse presente, se concretizavam por meio de técnicas interpretativas que partiam de um sentido gramatical, lógico-sistemático, histórico, sociológico e teleológico, em franca consonância com as teorizações positivistas. Descobrir o conteúdo da norma jurídica, na pureza da intenção do legislador, era o papel do intérprete.

A pretensa neutralidade positivista, que deveria ser consequência da aplicação metodológica na busca de objetividade, teve grandes expoentes como John Austin, para quem a certeza do direito estava na transmissão correta do comando precedente de uma autoridade soberana, sob a ameaça de uma sanção.

John Austin, advogado e acadêmico inglês do século XIX, dizia que uma proposição jurídica é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política desde que transmita, corretamente, o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal sociedade. (DWORKIN, 1999, p. 41)

A constante busca do acerto e da certeza, preconizadas pelos positivistas como a essência racional na aplicação do Direito, sempre esbarrou na discricionariedade (e na arbitrariedade) das decisões proferidas nos casos limítrofes em que o texto legal se exauria⁶. A regra maior do positivismo, na qual a atividade jurisdicional pauta-se em um raciocínio silógico onde as leis se amoldam aos fatos do litígio sempre foi um dos pontos nevrálgicos do sistema, especialmente quando o texto legal não é capaz de dar as respostas.

Técnicas e métodos interpretativos, dos mais variados, se acumularam durante vários anos na tentativa de solucionar a falha fundamental decorrente da plenipotência da lei: os casos limítrofes. Onde o texto da lei não era capaz de emprestar o sentido, e, sua aplicação objetiva se esvaia pela impossibilidade de se prever todas as hipóteses concretas, o positivismo permitia o subjetivismo judicial, e a prevalência da vontade do julgador na criação do Direito, sob o manto autorizado da discricionariedade judicial.

As falhas do positivismo se evidenciaram, justamente, pela impossibilidade de fornecer uma ordem jurídica capaz de dar suporte democrático ao pluralismo social do pós-guerra⁷. O compromisso com um sistema jurídico que se pretende democrático, em uma sociedade plural, somente autoriza a criação da lei por meio do respectivo poder legislativo, em franca coerência com os princípios emanados do seio

⁶ A dinamicidade das sociedades contemporâneas deixou ainda mais clara a impossibilidade do legislador de prever e regular todas as condutas possíveis. Este dinamismo expôs, de modo irrefutável, a fragilidade da plenipotência da norma e seu desajuste às sociedades plurais do pós-guerra.

⁷ É crescente a demanda pela legitimidade do Direito nas sociedades contemporâneas que adotam o Estado Democrático de Direito como paradigma legal.

popular, evidenciando que a discricionariedade judicial para decidir os casos difíceis é uma incongruência quando contraposta ao ideal democrático (PEDRON & OMMATI, 2019, p. 51).

As incongruências da aplicação das teorias positivistas, principalmente nas ciências sociais (inclusive no Direito, como acima apontado) possibilitaram a abertura à hermenêutica filosófica, alargando a crítica à ilusão da tradição até então existente que a entendia como mero instrumento metodológico para se alcançar o saber.

Abandonando a concepção de que o caminho para a melhor interpretação passava por técnicas e formas de impedir o mal-entendido na busca de seu sentido original, Gadamer centralizou o intérprete no processo de interpretação iniciando uma verdadeira guinada na forma de compreender.

Passou-se a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo, ou seja, o que ocorre nesta operação humana fundamental de compreender, iniciando o que se denominou de giro hermenêutico (PEREIRA, 2007, p. 17).

O giro hermenêutico centralizou o ato de compreensão proporcionando uma alteração do paradigma cartesiano na busca da verdade metodológica. A tarefa hermenêutica deixou de ser um procedimento voltado para as condições sob as quais surge a compreensão para se tornar imanente ao próprio ser⁸.

As estruturas fundamentais da compreensão concebidas tal qual a hermenêutica filosófica gadameriana consolidaram a tese de que toda forma de compreensão é historicamente situada, de sorte que a sua possibilidade de realização somente se dá no contexto do horizonte daquele que se põe a conhecer, evoluindo a partir daí sua situação hermenêutica com a superação dos preconceitos em verdadeiro ciclo.

“Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc (...) Aquele que não tem um horizonte é um homem que não

⁸ Portanto, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é investigar as categorias a partir das quais passa a se dar a compreensão. (RIBEIRO e BRAGA, 2008, p. 265).

vê satisfatoriamente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas pode ver além disso” (GADAMER, 1998, p. 373)

Ao interpretar qualquer fenômeno já se possui uma compreensão antecipada, ainda que difusa, um pré-conceito, uma antecipação prévia de sentido influenciada pela tradição em que inserido o ser (seu modo de vida, sua cultura), de onde se projetam os significados iniciais. A conjunção do horizonte histórico, da situação hermenêutica e da tradição do intérprete configuram o ponto inicial de onde parte toda e qualquer interpretação⁹, e não de um método isento de “influências externas”, como preconizado pelos positivistas. (PEREIRA, 2007, p. 30)

O pertencimento histórico e a participação contemporânea inserem o ser e o moldam a partir da tradição¹⁰, em uma relação de coimplicação que conduz para dentro do círculo hermenêutico. Considerado como o momento mágico da compreensão caracteriza-se por ser estruturalmente ontológico. É o modo como que sua formação ocorre, é como o entender acontece.

Pereira (2007, p. 34), nos ensina que o círculo pressupõe um enlace dialético em que a compreensão se molda no processo relacional entre a consciência histórica do intérprete (formada pelo conjunto difuso e atemático de preconceitos trazidos da tradição) com a abertura interpretativa permitida pelo objeto a partir de seu mundo particular.

O círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete (PEREIRA, 2007, p. 35)

É dentro do círculo hermenêutico que ocorre a fusão de horizontes, há uma interação entre o mundo daquilo que se conhece (horizonte da experiência no qual foi produzido), e o mundo daquele que se propõe a conhecer (horizonte de experiência no qual se situa o observador).

⁹ É de onde Dworkin inicia o “romance em cadeia”. Cada um dos capítulos historicamente construídos na aplicação e evolução do Direito, como será demonstrado no próximo tópico.

¹⁰ Para PEREIRA (2007, p. 44), o papel da tradição nesse contexto é imprescindível, pois é nela que nos situamos, é dela que recebemos o arsenal de experiências e preconceitos que possuímos e é através de experiências e preconceitos que possuímos, e, é através de seu filtro que podemos querer conhecer.

O acesso ao mundo ocorre por meio de uma apropriação intelectual indireta e mediata das coisas, na medida em que, leva-se, sempre, a carga de pré-compreensões adquirida no fluir da experiência histórica do qual o intérprete faz parte, pela tradição na qual se insere. Referido processo intelectual se caracteriza por outros três elementos da compressão: a mediação, o diálogo e a linguisticidade.

O fenômeno posto à interpretação jamais se mostra em sua pureza objetiva e ahistórica, como isolado e pronto à descoberta em sua forma bruta, mas antes aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que observa.

A compreensão, então, ocorre sempre através dessa mediação em que o fenômeno nunca é visto em sua presença, mas sempre representado (trazido de novo à presença). Assim pode-se dizer que se compreende mediante o que se convencionou chamar de estrutura-como, expressão essa também influenciada heideggeriana: em toda atividade de compreensão, já nos encaminhamos ao objeto com um certo olhar. Significa afirmar que o mesmo é por nós apreendido sob determinado foco e não na totalidade de seu sentido. Ou seja, não se conhece algo em sua plenitude; pelo contrário, conhece-se algo como algo (PEREIRA, 2007, p. 41)

Isso implica dizer que o acesso aos significados é realizado de maneira indireta (mediata). Por meio de uma clivagem de sentidos percebemos algo muito mais em “função de” do que realmente “como”, o que, apesar de poder gerar uma pluralidade de camadas de sentido - por sua mobilidade histórica - induz a um padrão único de pré-compreensão, concebido pela tradição.

Aproximando o mundo (de signos) do sujeito com o do objeto por meio da fusão de horizontes, e abandonando a ideia de que a compreensão é um movimento unidirecional (com origem no objeto e despido de qualquer tipo de compreensão anteriormente elaborada), Gadamer reforça que a abertura para o conhecimento (do novo) se dá através do impulso que nos instiga a conhecer. Um diálogo com o que se quer conhecer por meio da chamada dialética da pergunta e da resposta. Adentrando-se, assim, na difícil tarefa de abrir-se ao conhecimento.

Isto porque, interrogar significa impulsionar a vontade de saber, o que, passa, obviamente, pelo reconhecimento de que não se sabe, ou, pelo menos, de que não se sabe por completo. PEREIRA (2007, p. 47) esclarece que interrogar é entrar nessa

tensão com o objeto, marcada pela certeza de que dele se conhece algo (ainda que difusamente), mas que, lado outro, também se desconhece muito.

Tudo isso ocorre por meio da linguisticidade, último elemento da compreensão¹¹, que longe de ser mero instrumento, ou simples conjunto de signos – cuja função seja reunir palavras que designem objetivamente coisas postas – alcança o próprio ser, na medida em que dela participamos. Gadamer, afirma que o problema hermenêutico não é, pois, um problema do correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre um assunto, que ocorre no médio da linguagem.

Todos os nossos conceitos – e por isso nossos preconceitos – são por ela transmitidos, assumindo facetas distintas conforme a época, o lugar, as circunstâncias. Desse modo, a linguagem não é apenas um mero conjunto de signos cuja função é reunir palavras que designam objetivamente coisa posta ao conhecimento de mônadas individuais. (PEREIRA, 2007, 51)

O mundo que se encontra na linguagem é o que se revela ao homem no processo de compreensão. O poder que a linguagem tem de revelar é tão forte quanto o poder que tem de criar o mundo no interior do qual tudo pode ser revelado, isto porque a linguagem é a raiz de toda compreensão, enquanto modo próprio de existência humana em face dos fenômenos que rodeiam o ser.

Ao reconhecer a linguisticidade como médium universal desta mediação, nossa colocação de seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que se teria que pôr em seu lugar, adquiriu a dimensão de um questionamento universal. Pois a relação humana como o mundo é linguística e, portanto, compreensível em geral e por princípio. Neste sentido, a hermenêutica é, como vimos, um aspecto universal de filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.” (GADAMER, 1998, 688)

De fato, à linguagem é reservada importante papel dentro do círculo hermenêutico, tanto que diversas críticas foram lançadas à sua universalização. A mais proeminente delas, questionou a impossibilidade de superação da tradição, justamente, em razão da dimensão ideológica intrínseca na linguagem que a impregna de preconceitos, nem

¹¹ Autores como Jean Grondin trazem classificações mais complexas, o que, entretanto, estenderia por demais o tema, na medida em que o objetivo do tópico é apenas apontar os pressupôs filosófico básicos para a compreensão da teoria dworkiana.

sempre legítimos¹². O que se convencionou chamar de comunicação ideologicamente perturbada.¹³

Alçando o círculo hermenêutico a um patamar mais alto, Gadamer detalhou as ideias de antecipação do todo, distância temporal, diálogo, situação de aplicação e retórica, pretendendo demonstrar que o processo de compreensão – defendido pela Hermenêutica Filosófica – é capaz de pôr a prova às próprias pré-compreensões do intérprete.

Pela antecipação do todo, a medida em que o intérprete entra em contato com o fenômeno interpretado caminha, paulatinamente, no desenrolar do processo checando seus preconceitos em função de uma constante antecipação de sentido de tal fenômeno em sua totalidade e que, por consequência, acaba por lançar luz sobre os conceitos prévios, ajudando a separar aqueles que fazem jus à verdade do tema em observação e aqueles que devem ser descartados (PEREIRA, 2007, p 64).

Para este amadurecer, Gadamer lançou mão da distância temporal, como ação positiva e construtiva, eis que o momento futuro, pelo choque com o aprendizado capitaneado pelo passado histórico, está apto a iluminar os juízos verdadeiros. Isto realizado na estrutura do diálogo e da relação pergunta e resposta, com uma função nitidamente crítica.

O constante fluxo de interação entre o passado e o presente, vinculado a um conjunto concreto de fatores, interesses, perspectivas passaram a integrar a situação de

¹² PEREIRA (2007, p. 56) bem sintetiza a discordância de Habermas acerca da pretensão de universalidade da hermenêutica, pautada na impossibilidade de distinção entre preconceitos legítimos de ilegítimos presentes na própria linguagem. “A Hermenêutica não teria condições de ultrapassar a força da tradição, já que não possui uma instância crítica que pudesse refletir sobre a carga de pré-compreensões trazidas pelo acontecer histórico e, assim, separar as que são frutos de uma comunicação ideologicamente perturbada e as que devem ser aceitas no processo compreensivo”

¹³ Segundo a crítica, a linguagem é um espaço de dominação que reflete as relações entre trabalho e poder, que constituem o contexto em função do qual toda atividade social pode ser compreendida, sendo por isso impregnada ideologicamente (PEREIRA, 2007, p. 56). Para fugir da afirmação de que a hermenêutica daria azo a uma submissão cega à força da autoridade da tradição e que não seria capaz de distinguir entre preconceitos legítimos e ilegítimos, nem teria competência de ultrapassar condições de comunicação ideologicamente perturbadas, Gadamer realçou e detalhou os elementos que compõem o círculo hermenêutico.

aplicação da mecânica interna da compreensão, visando uma redução da margem de indeterminação na interpretação, por meio da força da argumentação, da retórica.

O aprimoramento do círculo hermenêutico relocou a pré-compreensão advinda da tradição, capitaneando-a como um momento de primeiras aproximações ao fenômeno matizado pelas cores do passado, fazendo assim com que toda atividade de compreensão deva ocorrer por uma aproximação crítica dos preconceitos, pois eles não podem ser compreendidos dogmaticamente.

Passou a ser evidente, como bem apontado por PEREIRA (2007, p. 35) que a concepção inicial de “círculo” hermenêutico não mais representa a essência da compreensão, isto porque, com a possibilidade de perquirir e questionar a própria pré-compreensão, ao final do processo, não se chega ao mesmo ponto inicial. Muito pelo contrário. Ao se findar o “círculo hermenêutico” em busca da melhor compreensão, transmuda-se o entendimento inicial.

Em verdade, ainda que não importe qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma espiral hermenêutica, já que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais concretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais, não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas validades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade. (PEREIRA, 2007, p. 35)

A superação dos preconceitos ilegítimos, enraizada ideologicamente na própria linguagem, pode ser posta em xeque, dentro da estrutura do diálogo, com a validação ou invalidação do próprio preconceito trazido pela tradição, em um movimento espiral, e não, circular (na literalidade introduzida por Gadamer). Nas palavras de Emerich Coreth (1973, p. 90),

Além disso, estritamente falando, não é um círculo no sentido de uma circunferência que se fecha em si mesma, mas antes – para permanecer na linguagem – um acontecimento em espiral, na qual um elemento continua dialeticamente a se determinar e formar no outro. O todo do mundo da compreensão é enriquecido e aprofundado por toda compreensão novamente adquirida, e justamente por isso possibilita uma compreensão mais plena e mais profunda do conteúdo singular de sentido. Emerich Coreth (1973, p. 90)

Autores, como Jean Gondrin (1999, p. 38), falam em constelação de círculos concêntricos para ilustrar o processo de compreensão, evidenciando a circularidade que Gadamer se refere, em função de sua abertura¹⁴. Entretanto, a metáfora do espiral hermenêutico melhor representa o conhecimento que se atinge após o processo de compreensão, principalmente, após o enlace dialético que envolve a própria pré-compreensão.

É inegável a influência das ideias gadamerianas, em maior ou menor grau tiveram na filosofia e a hermenêutica em geral, essencialmente, em razão de seu conteúdo ontológico, constituída na própria prática cotidiana do sujeito que busca compreender algo. Da mesma forma, inegável que a Hermenêutica Filosófica lançou bases para melhor compreender o Direito, caracterizado contemporaneamente pela pluralidade e a necessidade de inclusão, em evidente superação do paradigma positivista.

Os filósofos contemporâneos do Direito, entre eles, Ronald Dworkin, baseiam-se na hermenêutica filosófica, incorporando, sobretudo o viés linguístico caracterizado pela relação sujeito x sujeito, em contraponto às teorias positivas que se pautavam na relação sujeito x objeto. Ao traçar as linhas iniciais acerca do que é o Direito, Dworkin põe à prova a validade dos preconceitos afirmando sua própria ignorância.

“Nossas regras para o uso de “direito” ligam o direito ao fato histórico puro e simples. Não se segue daí que todos os advogados tenham consciência dessas regras no sentido de serem capazes de enunciá-las de alguma forma nítida e abrangente. Pois todos nós seguimos regras ditadas pela língua que falamos, e delas não temos plena consciência. [...] Todos usamos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios.” (DWORKIN, 1999, p. 39)

Dworkin, inclusive, vale-se da crítica desenvolvida por Gadamer, na primeira parte do Livro Verdade e Método, tecida contra a consciência estética tradicional, apontando que é equivocada qualquer pretensão de considerar a obra de arte uma realidade dissociada do observador atingida por uma verdade estática obtida pelo procedimento metódico.

¹⁴ A circularidade que Gadamer se refere, entretanto, é aberta, não retornando a compreensão nunca para o mesmo local de onde partira, expandindo-se continuamente. (GONDRIN, 1999, p. 38 em PEDRON & OMMATI, 2019, p. 21). Na verdade, não se pode identificar a existência de apenas um círculo, mas de uma constelação de círculos concêntricos.

Pereira (2007, p. 22), esclarece que a única verdade obtida pelo procedimento metodológico é a pura satisfação das perspectivas das formas. Gadamer vai defender que o ser da arte não pode ser determinado como objeto de uma consciência estática, por que, ao contrário, o comportamento estético é mais do que se sabe por si mesmo. Vai sustentar, por contraposição, que a obra de arte não pode ser vista em seu isolamento, eis que há uma rede de compreensão compartilhada entre seu horizonte de sentido (da obra) e o do observador. Em igual sentido, Dworkin sustenta que,

A forma de interpretação que estamos estudando – a interpretação de uma prática social – é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretende interpretar algo criado pelas pessoas como uma *entidade distinta* delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação de conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica. (Dworkin, 1999, p. 61)

É justamente a *linguist-turn* que dá suporte ao brilhantismo da teoria dworkiana. Seria impossível a plena compressão de conceitos fundamentais de sua obra, como interpretação construtiva, prática interpretativa, romance em cadeia, comunidade personificada, e, por fim, o próprio conceito de Direito como Integridade se não fossem afastadas as equivocadas teorias positivas (semânticas) que vigoram no século passado.

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas. (DWORKIN, 1999, p. 74-75)

Assim como foi rompido o paradigma teológico de legitimação do *Ancien Régime*, representado pela doutrina do direito divino dos reis, por meio da legitimação racional-individualista no início do Estado Moderno, a ruptura paradigmática parece inevitável. Os debates acerca do paradigma adequado ao pluralismo e complexidade das sociedades contemporâneas são essenciais para a consolidação da função transformada arrogada ao Direito, principalmente, quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Destarte, sob os critérios e dogmas do positivismo jurídico, importantes considerações acerca da natureza jurídica do que é a reserva do possível foram elaboradas, na

grande maioria das vezes, com o intuito de criticar a limitação material que impõe às obrigações positivas do Estado. O jurista português Gomes Canotilho chegou a identificar quatro concepções para a cláusula da reserva do possível.

1. “Reserva do possível” significa total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionais consagrados. 2. Reserva do possível significa a “tendência para o zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais. 3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros. 4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais (CANOTILHO, 2004, p. 107/108).

Todavia, como bem enfatizado por Ronald Dworkin (1999 p. 74), não se nega o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa da qual não podem escapar totalmente¹⁵, e, é exatamente neste aspecto, que a tradição jurídica lastreada no positivismo impera de forma intransponível, obscurecendo a própria realidade, criando um mundo paralelo onde o Direito se desconecta com a sociedade.

A pré-compreensão de que o direito à saúde é realizado mediante atuação do Estado e que por isso depende de dotação orçamentaria para tal, apresenta-se como axioma derivado da própria crise que assolou os Estados Sociais, e, soa como verdadeiro, até mesmo em razão do brocado *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado a coisas impossíveis). Entretanto, a pré-compreensão do instituto está obscurecida pelas categorizações típicas do positivismo jurídico.

Pela força da linguagem as pré-compreensões positivistas da cláusula da reserva do possível se difundiram e tornaram-se verdades incontestas, tal qual, a de que o direito fundamental à saúde, por demandar atuação direta do Estado, somente pode ser concretizada mediante condições materiais (financeiras e estruturais) que possibilitem sua implantação. A aceção é tomada como verdadeira e transmuda-se para a própria realidade, dentro de um contexto da tradição categorizadora.

¹⁵ As quatro concepções da reserva do possível apontadas por Canotilho, claramente, foram elaboradas a partir de um paradigma que tenta solucionar o problema de efetivação dos direitos fundamentais sob a ótica da plenipotência da norma, dentro da tradição positivista. Por isso, a crítica é apontada.

Neste trilhar, duas importantes conclusões iniciais são alcançadas, a primeira, de que a concepção tradicional (positivista) do direito carece de uma compreensão mais ampla do que ele realmente é, a segunda, de que a situação hermenêutica da cláusula da reserva do possível, dentro desta tradição, consolidou a ideia de que a efetivação do direito à saúde depende de um agir estatal, e que, por isso, está vinculada a condições materiais (financeiras e estruturais) para sua concretização, assumindo que a existência de condições materiais representa limite ao direito fundamental à saúde.

Trazer à consciência a existências destas pré-compreensões que rodeiam a efetivação dos direitos sociais fundamentais é o primeiro passo a ser trilhado para uma compreensão mais ampla do que é o próprio Direito, e dos institutos que o compõem, em direção à efetivação do direito fundamental à saúde. Neste caminho, a concepção de Direito como Integridade, proposta por Ronald Dworkin parece lançar luz a estas questões.

2. O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A SUPERAÇÃO DOS PARADIGMAS SEMÂNTICOS

2.1. Súditos do império de qual Direito?

Influenciado pela ruptura do paradigma metodológico o jurista norte-americano Ronald Dworkin empreendeu uma nova forma de pensar o Direito, que, longe da suposta neutralidade positivista, integrou criticamente o sujeito na aplicação das normas, dentro do contexto social, histórico e jurídico em que se encontra a comunidade.

A guinada metodológica¹⁶ proposta por Ronald Dworkin alterou a perceptiva do Direito ao aproximar o historiador, o político e o jurista, contextualizando o sentido do texto jurídico e sua indissociável prática a partir da história, não como mera projeção do passado, mas no sentido de sua atualização, enquanto fusão de horizonte de sentido entre o texto originário e o intérprete atual (OMMATI, 2017, p. 40).

¹⁶ Há autores que sustentam que grande contribuição da teoria de Dworkin está na melhor compreensão do Estado de Direito, e não na guinada metodológica, do que, *data venia*, discordamos.

Na obra *Império do Direito* (1999), Dworkin prefacia sua teoria afirmando que todos somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito e moldados pela conduta imposta por decretos e leis.

Vivemos na lei e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. E espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito. E *discutimos* os seus decretos, mesmo quando os livros que supostamente registram suas instruções e determinações nada dizem; agimos, então, como se a lei apenas houvesse sussurrado sua ordem, muito baixinho para ser ouvida com nitidez. Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto, fazer. (DWORKIN, 1999. p. XI)

A nitidez com que Dworkin aponta a submissão de nossas condutas a um sistema jurídico que a regula, nos leva a importante questão de saber que tipo de direito devemos aclamar como o mais adequado à nossa comunidade? Em outros termos: de qual Direito somos súditos?¹⁷

Para chegar a tal resposta, Dworkin reconhece a importância do Direito como agente transformador, e propõe uma Teoria Geral do Direito¹⁸ que articulando normas jurídicas postas com uma teoria moral seja capaz de legitimar a atuação dos poderes políticos, autorizando assim o uso da coerção estatal, em um estado plural e democrático. Ao fazê-lo, afastou a pretensão do positivismo de explicar o Direito apenas através do próprio Direito (OMMATI e COURA, 2020, p. 320).

Apresentado críticas às teorias semânticas do Direito¹⁹, sobretudo o positivismo jurídico e o realismo, Dworkin destacou que o conceito de Direito não pode pautar-se

¹⁷ Segundo OMMATI (2017, p. 27), ao contrário do que possa parecer, a questão sobre o que significa o Direito está intimamente relacionada como o problema de como realizá-lo e, portanto, com as divergências teóricas da argumentação e suas possíveis aplicações no direito pátrio.

¹⁸ Prescritiva, portanto! Diferente da Teoria Geral do Direito típica do sistema positivista, caracterizada por sua natureza descritiva.

¹⁹ OMMATI (2017, p. 27) ressalta que o termo Direito, envolve muita ambiguidade, pois tal palavra e seus termos equivalentes, seja no inglês ou no português, são usadas de maneira tão diversa que chegam a definir conceitos distintos, e as inter-relações entre estes conceitos são tão problemáticas e polêmicas, que as relações entre direito e justiça muitas vezes representam respostas a tipos diferentes de perguntas.

no desvelamento de qual o melhor conjunto de padrões a definir a palavra “direito”, nem mesmo se limitar a descobrir a melhor técnica interpretativa a ser aplicada.

Os filósofos que insistem em que os advogados seguem, todos, certos critérios lingüísticos para avaliar as proposições jurídicas, talvez inadvertidamente, produziram teorias que identificam esses critérios. Darei ao conjunto dessas teorias o nome de teorias semânticas do direito, mas o termo em si requer uma elaboração. Durante muito tempo, os filósofos do direito embalaram seus produtos e os apresentaram como definições do direito. John Austin, por exemplo, de cuja teoria apresentarei uma breve descrição, dizia estar explicando o "significado" do direito. Quando os filósofos da linguagem desenvolveram teorias mais sofisticadas do significado, os filósofos do direito tornaram-se mais cuidadosos em suas definições, e passaram então a afirmar que estavam descrevendo o "uso" dos conceitos jurídicos, com o que queriam dizer, em nosso vocabulário, as circunstâncias nas quais as proposições jurídicas são consideradas como verdadeiras ou falsas por todos os juristas competentes. Em minha opinião, porém, isso não foi muito além de uma troca de embalagem; de qualquer modo, pretendo incluir as teorias sobre o "uso" no grupo das teorias semânticas do direito, bem como as teorias anteriores, que tinham um caráter de definição mais claro. (DWORKIN, 1999, p. 58)

Sustentou que a prática jurídica é um exercício de interpretação, não apenas quando juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de um modo geral, unindo-se política, arte, literatura e o próprio Direito, de algum modo na filosofia (hermenêutica). Dworkin buscou conceituá-lo segundo concepções interpretativas, como fruto de uma prática argumentativa, reconstruindo o direito sob a melhor luz, a partir de críticas às teorias semânticas e interpretativas do direito.

A base dessa perspectiva é a tese da unidade e independência do valor e a possibilidade de se discutir sobre a verdade e erro nas teorias moral e jurídica, como deixa claro o autor em sua grande obra [A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor]. (OMMATI, 2017, p. 28)

Destarte, diferente dos conceitos baseados em critérios típicos do método aplicado às ciências duras, os conceitos interpretativos necessitam de reflexão acerca de sua própria definição, em verdadeiro espiral (hermenêutico).

Já os conceitos interpretativos são muito diversos, pois nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal construto (DWORKIN, 2014). O Direito é claramente um conceito interpretativo, pois nos estimula a refletir sobre aquilo que é exigido pela prática jurídica que elaboramos, bem como a contestar tal construção, caso ela não se adapte a esta interpretação que entendemos ser a mais adequada. (OMMATI, 2017, p. 28)

Apontando a desconformidade das teorias semânticas quanto ao que realmente é o Direito, Dworkin faz severa crítica ao positivismo e a perspectiva de que nele o Direito

seria formado por um conjunto convencional de regras estabelecidas no passado, tanto pelo Legislativo, como qualquer outra autoridade investida de poder para tanto²⁰, baseado em uma radical distinção com a Moral. No debate que trava com Herbet L.A. Hart (grande autor positivista contemporâneo), o autor norte-americano mostra que a prática jurídica é muito mais complexa do que o desvelar do significado dos termos.

Na verdade, afirma Dworkin, a teoria positiva de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. E isso acontece porque o Direito não é formado apenas por padrões normativos que Hart designa de regras, mas por princípios (OMMATI, 2017, p. 30)

O que na verdade Dworkin está a criticar é a visão semântica do Direito, e sua aplicação por meio de técnicas interpretativas que partiam de um sentido gramatical, lógico-sistemático, histórico, sociológico e teleológico, em franca consonância com as teorizações²¹ que antecederam o giro hermenêutico, onde reinava a preocupação metodológica iluminista.

A concepção da hermenêutica clássica no Direito é performativamente representada pelo pensamento de Francesco Ferrara (2003), jurista italiano de 1921, cuja obra revela o entendimento de uma hermenêutica normativa que muito deposita nos métodos interpretativos. Ferrara (2003) assevera que o intérprete tem apenas o papel de mediador entre a lei e o fato. Para ele, “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica”. No Direito brasileiro, esse pensamento hermenêutico normativo se materializou no nome de Carlos Maximiliano (1999, p. 1), que assim ensinava: “A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar” (RIBEIRO e BRAGA, 2008, p. 268)

²⁰ Deve ser ressaltado que na tradição da Common Law, sistema no qual Dworkin estava inserido e lançou suas teorias, os precedentes judiciais têm importante relevo e força na dicção do que é o Direito.

²¹ Segundo PALMER, 2006, p. 43-44, porque evoluiu nos tempos modernos, o campo da hermenêutica tem sido definido pelo menos de seis maneiras diferentes. Desde o começo que a palavra significou ciência da interpretação, referindo-se especialmente aos princípios de uma exegese de texto adequada. Mas o campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodológica dos Geisteswissenschaften; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e inconoclasticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.

Longe de ser composto apenas por regras, para Dworkin, o ordenamento jurídico deve ser compreendido como conjunto de regras e princípios, em uma perspectiva mais rica e complexa (ontológica), como conjunto coerente que visam garantir o igual respeito por todos.

Dworkin buscou superar a velha tradição de aplicação do Direito pautada na subsunção do fato à norma, afastando o silogismo que reprimonia a cisão entre questão de fato e questão de direito, ao entendê-los como momentos ontológicos da compreensão. A referência Dworkiana volta-se para o modo como que se dá a justificação argumentativa, especialmente, quando da aplicação principiológica (nos casos difíceis), a fim de se manter uma coerência com o contexto global que constitui uma comunidade política.

Afirma que as divergências apontadas pelos positivistas quanto ao que realmente é o direito são meramente ilusórias, e que as teorias semânticas do direito não passam de simples questão de fato, na medida em que, apoia-se em referenciais históricos, e, a única divergência que se tem é empírica, sobre aquilo que as instituições decidiram no passado.

Por incrível que pareça, nossa doutrina não tem nenhuma teoria plausível acerca da divergência teórica no direito. Os filósofos do direito estão, sem dúvida, conscientes de que a divergência teórica é problemática, de que não é claro, à primeira vista, de que tipo de divergência se trata. Mas a maioria deles já se decidiu por aquilo que, como logo veremos, é mais uma evasiva que uma resposta. Afirmam que a divergência teórica é uma ilusão, que na verdade advogados e juízes estão de acordo quanto aos fundamentos da lei. Darei a isso o nome de ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito; aqui está uma exposição preliminar de suas principais alegações. O direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. (DWORKIN, 1999, p. 10)

Seguindo no propósito de demonstrar que as teorias semânticas debatem apenas uma ilusória divergência acerca do que é o Direito e seus fundamentos, Dworkin, pautado na hermenêutica filosófica, reafirma que as regras para o uso da própria palavra “direito” o ligam ao um fato histórico puro e simples. Seja uma decisão tomada anteriormente, seja debatendo a própria validade de uma lei, anteriormente debatida e aprovada pelo legislador.

Para melhor esclarecer este argumento Dworkin suscitou que das proposições jurídicas, isto é “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 1999, p. 6), poderiam emanar dois tipos de discussão: divergências empíricas sobre o Direito (qual a lei a ser aplicada ao caso?) ou divergências teóricas sobre o Direito (concordando com a aplicação de uma determinada lei, discutem se essa esgota ou não os fundamentos pertinentes do Direito). Ainda que, neste último, os filósofos defendem-se tratar realmente de uma divergência de direito, estaríamos, na verdade, rediscutindo fatos históricos e decisões anteriormente já tomadas, seja pelo legislador, seja em decisões judiciais anteriores, em razão da própria acepção e sentido que o uso da palavra nos remete.

Dworkin chega à conclusão diretamente oposta às obtidas pela aplicação das teorias semânticas quando aponta a vinculação das decisões judiciais a questão que extrapolam as regras postas. De fato, a justificação do fundamento da decisão só estará correta se respeitar um todo coerente de princípios em um contexto de integridade.

Isto advém do caráter transcendental dos princípios que nos remete a uma totalidade na qual estamos inseridos, em uma relação sujeito x sujeito. Nas palavras de Ommati (2017, p. 33) “nosso contexto de mundo, de vivências primárias que constituem a significatividade do mundo.”

Encarado como uma questão de princípio, dentro da tradição guiada pelo horizonte histórico, o Direito assim entendido nos impulsiona a interpretar toda a história institucional da comunidade. Ao aplicar o direito deve o magistrado indicar qual o princípio que melhor se amolda ao caso mediante análise interpretativa do que possa justificar a decisão.

Por esta razão que o autor norte-americano sustenta a tese de que há apenas uma resposta correta para cada problema jurídico. Sua concepção de direito afasta a antiga certeza, demasiadamente insuflada pelos positivistas, permitindo uma reflexão acerca da própria estrutura do direito e o modo com que ele é empregado. Não que seja uma tarefa fácil analisar as mais diversas formas de interpretar determinada proposição

jurídica, tanto que metaforicamente, Dworkin nomeia o juiz, em seus exemplos, de Hércules.

O juiz Hércules, visualizando o caso difícil sob o maior número possível de ângulos, buscará a resposta correta mediante a reconstrução dos valores aclamados pela comunidade, ainda que estes não estejam refletidos diretamente no texto legal (de forma expressa na lei). A unicidade histórica é apenas o ponto de partir, o início do espiral hermenêutico, de onde o Juiz Hercules partirá na busca da resposta correta. Ele deve convencer todos os afetados por sua decisão que esta é a única correta, no sentido de ser a única adequada para regular a relação que lhe foi posta. Ao assim fazê-lo afasta qualquer tipo de discricionariedade, pois passa a ser vinculado e limitado pela argumentação (das partes, do caso concreto reconstruído) e pela unicidade histórica da comunidade democrática contemporânea.

Tanto no conceito de Direito de Hart (função criativa do Poder Judiciário, quando existente lacunas), ou mesmo, na tradição da moldura de Kelsen (interpretação autêntica, após o giro decisório, encampada como mantra em terras nacionais), o positivismo emprestava ao magistrado o poder de criar ou descobrir o Direito inovando a ordem jurídica sob o retórico argumento de autoridade, em frontal desarmônica sistêmica em regimes democráticos.

As falhas nesta teoria [positivismo] começam a aparecer quando esse mesmo juiz não é capaz de encontrar regras previamente elaboradas para a aplicação e, com isso, solução dos casos sub judice. (...) Em tal cenário, a solução encontrada pelo Positivismo Jurídico é uma só: autorizar ao magistrado que promova um julgamento discricionário; ou seja, o mesmo estará agora autorizado a utilizar sua consciência e seu senso de justiça para decidir de modo unilateral o caso em concreto. Com isso, estar-se-á admitindo ao magistrado criar direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso em concreto, surpreendo as partes no processo. (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 50).

Para Dworkin, esta falha do positivismo compromete um sistema jurídico que se pretende democrático, em uma sociedade plural, na medida em que somente ao legislador é dada a função de criar o direito. Esta noção, que parece tão clara aos positivistas: de que o magistrado tem discricionariedade para decidir os casos difíceis, é uma incongruência quando contraposta ao ideal democrático (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 51).

Justamente contra as falhas do positivismo que Dworkin apresenta a concepção de Direito como integridade. O juiz não está autorizado a julgar livre e arbitrariamente os casos, sejam fáceis ou difíceis, muito pelo contrário, inserido histórica e moralmente na cultura jurídica da comunidade tem obrigação de encontrar o melhor caminho possível, a decisão sob a melhor luz.

O Direito - sejam regras, princípios, súmulas, precedentes - não pode ser tomado como um dado posto, mas como ponto de partida sobre o qual o magistrado inicia o caminho para a resposta correta. Não se trata de ignorá-lo, mas sim de reconstruí-lo a partir de princípios e diretrizes políticas consolidadas na tradição da comunidade.

A abertura hermenêutica exigiu um diálogo entre todos os participantes do processo do caso e com a História daquela sociedade, além de preservar condições para que os próximos decisores, nos próximos casos, continuem o empenho de melhorar a decisão – e, desta forma, ao se colocar perante o auditório dos que tomarão aquilo que foi decidido no passado, sua sentença também é aberta para o futuro, um capítulo a mais na construção do Direito, e por isso, sua correção será objeto de análise para a confirmação ou refutação em novos casos futuros. (PEDRON e OMMATI, 2019, p 54).

Ademais, é na aplicação concreta que a compreensão do Direito se torna visível. Quando da letra fria do texto legal se extraí sua aplicação, voltada para a regulamentação do comportamento dos indivíduos que compõem a sociedade, bem como das instituições que guarnecem a vida social. Em outros termos: o viés mais significativo da interpretação, da compreensão e da aplicação do Direito se vislumbra nas decisões judiciais. São nelas que a ruptura com o tecnicismo é mais robusta²².

É neste momento que a questão posta torna-se relevante: somos súditos de qual direito? Um direito impregnado de falhas que permitem a discricionariedade, desvelado por meio de métodos interpretativos que buscam o sentido do texto legal no legislador que o criou, ou um Direito onde a superação do método através – e por meio – do círculo hermenêutico permite uma aproximação interpretativa com os sujeitos e a história *efectual* de sua comunidade?

²² Pedron e Ommati (2019, p. 62), explicam que a opção de Dworkin pelo judiciário como ponto de referência, na realidade, por si, compõe parte de sua crítica ao positivismo, pois, para esta tradição, há referência primordial sobre a atividade legislativa, deixando a atividade judicante como situação de segundo plano e de menor relevância.

Parece não haver dúvidas quanto a escolha a ser tomada, se o regime democrático for parâmetro para a comunidade, isto porque a utilização de técnicas metodológicas clássicas, ainda que sob o viés de pretensa imparcialidade e distanciamento da subjetividade²³, acabavam por ocultar os reais motivos da decisão judicial. A interpretação da norma com sua posterior subsunção ao caso em concreto²⁴, com ares de tecnicismos, obscurece o alcance de sentido.

Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, neste período da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que se alcançou esse (elevado) patamar de discussão democrática do Direito, se viesse a depender da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados “casos difíceis”. Dito de outro modo, isso significa substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do Direito – que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista. (STRECK, 2009, p. 69)

Não pode ser mais tolerada a submissão a um Direito que vincula sua aplicação a um dogma, ligado à simples existência formal, decorrente de escolhas do passado. Devemos ser súditos de um Direito que reconheça haver uma qualidade ontológica ligada à coerência de seus significados.

A aplicação de uma lei e o juízo sobre ela, está longe de ser uma tarefa acrítica e incondicionada, ligada a um tecnicismo que sob o manto da imparcialidade é na verdade reprodutora de uma ideologia impregnada e oculta na tradição. O paradigma tecnicista, firmado no Direito pelas teorias semânticas, afasta a coerência e a segurança que se espera de um Estado Democrático de Direito, por permitirem a discricionariedade judicial.

O positivismo kelseniano, agravado pelo giro decisionista, e o convencionalismo norte-americano diminuem o grau de segurança e coerência que se espera de um ordenamento jurídico. Neste contexto, a decisão judicial passa a ser, como bem coloca Dworkin (2017, p. 187), “[...] apenas uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã”. (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 31)

²³ Para STRECK (2009, p. 69), “Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente)”

²⁴ Ainda que em casos fáceis na acepção da teoria dworkiniana. Com efeito, na hermenêutica, essa distinção entre *easy* e *hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica (STRECK, 2009, p. 70)

Dworkin adverte que os defensores das teorias semânticas são vítimas de um agulhão semântico, na medida em que, tem apenas uma imagem acerca daquilo que acreditam ser o Direito, “estamos marcados com seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência” (DWORKIN, 1999, p. 56).

Essas teorias, para utilizar o termo cunhado por Dworkin (2007, p. 55), consistem em verdadeiro “agulhão semântico” por acreditarem que o conceito de Direito está fixado em regras semânticas previamente compartilhadas. Assim o termo “agulhão semântico” é uma crítica a essas teorias que se predem a uma visão positivista do Direito, um verdadeiro ferrão capaz de envenenar aqueles que não são capazes de inserirem uma visão paradigmática adequada à aplicação do Direito à luz do atual paradigma constitucional. (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 31)

Por meio do agulhão semântico é exposta a fragilidade das divergências acerca do Direito que reinam nas teorias semânticas²⁵ (ilusórias como já mencionado). Em sua concepção, a extração do agulhão ocorre por meio da atitude interpretativa, onde se torna possível estruturar abstratamente as regras gerais do direito com a finalidade precípua de compreender e interpretar as normas, de forma construtiva, em sua melhor forma, para assim encontrar o equilíbrio com sua prática.

O império que Dworkin sustenta ser o mais adequado vincula a comunidade a um sistema de responsabilidades que responde a um complexo padrão: autoriza a coerção por decorrerem de decisões anteriores tomadas adequadamente. Para o autor, devemos ser súditos de um Direito (interpretativo) capaz de extrair a discricionariedade e as arbitrariedades ao mesmo tempo em que insere a comunidade histórica na tradição de seus valores morais e políticos, como ponto referencial para uma prática adequada a um regime democrática de homens iguais e livres. Este é o Direito que deveríamos ser súditos.

2.2. A Comunidade Personificada e o Romance em Cadeia: mais uma técnica interpretativa?

O modo mais claro de se compreender o Direito como conceito interpretativo é através da metáfora do romance em cadeia, desenvolvida por Dworkin para revelar a

²⁵ Para Dworkin, as divergências sãoilusórias nas teorias semânticas, como já referido no início do tópico. Quando juízes divergem sobre o que chamam de modalidades teóricas, estão na verdade divergindo sob a melhor interpretação (metodológica) de algum aspecto da jurisdição.

unicidade histórica e a correta compreensão dos princípios e valores da comunidade. Na metáfora, o autor norte americano aproxima-se do espiral hermenêutico ilustrando o Direito como um romance em cadeia, onde cada juiz, na sua função hercúlea, é responsável por escrever um capítulo (e não um conto independente), fazendo-o de forma coerente, atento para o futuro, mas sem perder de vista o contexto histórico.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de "romance em cadeia". (DWORKIN, 1999, p. 275)

Nele, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um escreve seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade desta tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 1999, p, 276).

Isso significa que ao decidir, o Juiz imaginário Hércules, conhece as decisões já tomadas por outros juízes, ainda que não guardem similares características, mas que tratam de decisões afins. Deve então considerar as decisões históricas como parte de uma longa cultura jurídica a ser interpretada e, a partir dela, reconstruída de modo a tornar o sistema jurídico o mais coerente possível.

Assemelhando a interpretação do Direito à construção de um romance escrito em várias mãos Dworkin utiliza-se de um juiz imaginário, e não de um método, para exemplificar a postura que uma sociedade democrática espera dos magistrados. (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 53).

Sob a influência do giro linguístico, Dworkin não propõe uma nova técnica interpretativa, em seu sentido positivista, para a aplicação do Direito, muito pelo contrário, sob as luzes da hermenêutica filosófica propõe que a interpretação seja um momento ontológico, e que seja clara a justificação de como o Juiz Hércules chegou

a sua decisão - o meio argumentativo e democrático de decidir - apresentado em suas peculiaridades, sob o maior número de ângulos possíveis.

Ao invés de enumerar critérios metodológicos de interpretação Dworkin fala em responsabilidades: de unicidade histórica, de continuidade, de adequação, de justificação e de aperfeiçoamento, com nítida influência do *linguist turn*.

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. (DWORKIN, 1999, p. 277)

Melhor elucidando o sentido da metáfora, COURA e ZANOTTI (2014, p. 37) expõem que o romancista de Dworkin é, acima de tudo, preocupado, não só com as regras e princípios altamente presentes no ordenamento jurídico, mas também com a construção de uma complexa história da prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito sob a melhor luz.

Ao contrário da segmentação do Direito, conveniente às teorias semânticas, a unicidade do romance em cadeia impede que as divisões do direito se tornem ilhas isoladas de arbitrariedade, principalmente quando as regras foram elaboradas em períodos distintos da história. O Juiz Hércules encontra a legitimidade de suas decisões, não na autoridade do cargo que ocupa, mas em uma justificativa que levando em consideração a história *efectual* da comunidade mostra-se adequada ao romance que escreve.

As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa, ou que proclamasse um princípio geral de direito privado que exigisse que os ricos compartilhassem sua riqueza com os pobres. (DWORKIN, 1999, p. 305).

A continuidade do romance em cadeia pressupõe que a comunidade como um todo esteja engajada nos princípios de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos. (DWORKIN, 1999, p. 204). Esta integridade política supõe uma personificação profunda da comunidade ou do Estado, como uma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que a compõem.

Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas. (DWORKIN, 1999, p. 204)

A superação do ideal formalista de que a comunidade é apenas a reunião de seus membros faz-se a partir da integridade política, pois assim, é possível personificá-la por meio de seus constructos e princípios históricos, diferenciando-a dos interesses de seus membros e líderes. A comunidade política personificada, como uma personificação atuante, pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos. (DWORKIN, 1999, p. 208).

A personificação da comunidade, por meio da integridade, dá subsídios à identificação dos direitos e deveres que compõe o ordenamento jurídico, a partir da ideia de que foram criados por um único autor, como concepções evolutivas e coerentes de justiça e equidade. Dworkin utiliza-se das regras de cortesia, para ilustrar o modo pelo qual uma comunidade personificada pode aperfeiçoar o entendimento de uma regra.

Nesta sociedade imaginária, dentre as regras de cortesia, há a exigência de que camponeses tirem o chapéu diante dos nobres. Regra obedecida sem questionamentos por um determinado período de tempo, em razão, pura e simples, de sua inserção na tradição, que acabou por automatizar a conduta, retirando-lhe qualquer tipo de reflexão crítica. “Por algum tempo, essa prática tem caráter de tabu: as regras simplesmente estão ali, e ninguém as questiona nem tenta mudá-las” (DWORKIN, 199, p. 57)

Partindo de uma atitude interpretativa, a comunidade imaginária percebe que a regra de cortesia existe com um propósito, uma finalidade, que reforça um princípio e que

evoca juízos de valor decorrentes da tradição daquela comunidade, vinculando conduta prática a um significado segundo aquilo que ela se propõe. Nesta fase, busca-se uma justificativa geral para as regras de padrões das regras estabelecidas, como por exemplo, de que a regra de cortesia é amparada pelo respeito que os camponeses possuem em face dos nobres.

Em uma etapa pós-interpretativa, de forma proativa a regra passa a ser questionada. Sobre ela incidirá análise crítica acerca da adequação da regra com sua finalidade, se há justificativa aceitável, capaz de ser mantida ou se há desconformidade entre a prática e sua real finalidade, dentro do espiral hermenêutico.

Por meio dele, a comunidade personificada pode perceber que ao invés de refletir ato de respeito, a regra da cortesia reforça a ideia de superioridade social imposta pelos nobres aos camponeses, e a partir daí, rejeitar a regra. Ou mesmo, pode entender que o respeito, princípio que embasa finalisticamente a regra, deve ser dirigido a idosos, ou a veteranos de guerra e assim readequá-la retirando-lhe o caráter discriminatório. A atitude interpretativa tem o viés de aclarar a aplicação da norma, evidenciando a relação dinâmica entre sujeitos.

Mesmo nos casos em que a regra de cortesia se mantenha – apesar de argumentativamente alterada – ela não decorre simplesmente de uma ordem estática e previamente determinada; mas sim, baseia-se numa postura proativa dos cidadãos em imporem a ela um significado que foi construído racionalmente com base em uma finalidade, valor ou princípio. (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 33)

O romance em cadeia dworkiano tem por base a interpretação construtiva, e por isso mesmo, de uma teoria hermenêutica crítica onde a decisão de um caso produz um acréscimo (em espiral) dentro da tradição daquela comunidade. Como consequência, o romancista em cadeia não tem liberdade criativa, pois há um dever de escolher a interpretação que, para ele, faça da obra em continuação a melhor possível, fazendo sucumbir a discricionariedade positivista.

Com Hercules, não poderia ser diferente: ele é um membro desta comunidade. Logo suas decisões devem refletir seu comprometimento com essa, demonstrando para ela que compartilha dos mesmos princípios – ou seja, explicitando a sua pertença, para usar a linguagem consagrada por Gadamer. (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 102)

O julgador não é um ser isolado, muito pelo contrário, está ontologicamente inserido na tradição e no horizonte histórico compartilhado pela comunidade. O juiz compartilha de uma compreensão supraindividual e paradigmática do Direito que lhe fornece um estoque compartilhado por todos os membros da comunidade²⁶. Um conjunto de paradigmas alcançados coletivamente que se inserem no horizonte histórico e que norteiam a interpretação, ainda que não estejam a salvo de contestação²⁷. Se rejeitaria, por exemplo, qualquer tipo de interpretação que, simplesmente, desconsidera-se o texto legal e os precedentes.

Tal lógica não é exclusividade da jurisdição²⁸, é também afeta à atividade legislativa, isto porque, para Dworkin o Direito é um produto coletivo de uma comunidade dinâmica, em constante construção, em assim sendo, não é dado ao legislador inovar o ordenamento sem a observância dos postulados interpretativos, dos princípios que emanam da comunidade. Conceber o corpo do Direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas tomadas no passado, integra a ideia do romance em cadeia, seja para o julgador, seja para o legislador.

Ao conceber a interpretação do Direito por meio de uma teoria interpretativa Dworkin reforçou as questões ontológicas inerentes à compreensão (interpretação e aplicação em um único momento²⁹), indo para além das teorias filosóficas da linguagem ao apor uma força política e crítica ao ato interpretativo da prática do Direito.

²⁶ Uma das mais importantes características da hermenêutica filosófica é, justamente, a superação do dilema subjetividade x objetividade no ato de compreender e interpretar.

²⁷ Dworkin (1999, p. 93), cita que para nós, hoje, é paradigmático que punir inocentes seja injusto, que a escravidão seja injusta, que roubar dos pobres para favorecer os ricos seja injusto. A maioria de nós rejeitaria de imediato qualquer concepção que parecesse exigir ou permitir a punição de um inocente.

²⁸ São equivocadas as concepções que reduzem a teoria do direito como integridade à técnica de interpretação voltada exclusivamente para decisão judicial. Estas visões minimalistas da teoria dworkiana, que se difundiu em terras nacionais, a compartimentaliza ao ponto de retirar-lhe a própria essência ontológica.

²⁹ Gadamer rompe radicalmente com a tripartição da hermenêutica clássica em momento compreensivo, interpretativo e aplicativo. Para o filósofo a fusão de horizontes implica a fusão dos momentos. Compreender, interpretar e aplicar fazem parte de um momento único, ontológico, do próprio ser. Nas palavras de PEREIRA, 2007, p. 37, “a interpretação nada mais é do que a forma explícita da compreensão e não um momento distinto desta. Igualmente, a aplicação não se realiza posteriormente a essa, mas integra o próprio ato de compreender. Deste modo, não se compreende primeiro para depois aplicar o compreendido a algo, mas compreende-se aplicando.

Longe das técnicas de interpretação³⁰ que buscam o sentido da norma fora do próprio ser, e da comunidade personificada em que ele se insere, Dworkin supera a segregação dos momentos do ato de compreender, interpretar e aplicar, unindo-se para construção crítica de uma nova perspectiva prática, deixando para trás os critérios de interpretação típicos do positivismo.

Vê-se, portanto, que a aplicação correta do Direito não depende necessariamente de métodos pré-estabelecidos, como pretendem diversas teorias da argumentação [...]. Ao contrário, o trabalho e aplicação do Direito se dá em um encontro com a tradição, para dizer com Gadamer, em um trabalho hercúleo que envolve uma atitude interpretativa no sentido de tentar compreender nossa história jurídica à sua melhor luz, de modo a retirar dela os princípios fundantes de nossa comunidade: a ideia, profundamente contra-fática, mas necessária de ser afirmada, de que, apesar de nossas diferenças e exatamente por causa delas, nos constituímos como uma comunidade de pessoas livres e iguais, pois o que nos aproxima realmente é a nossa diversidade e diferenças que não podem ser negadas, mas devem ser cultivadas e promovidas. (OMMATI, 2017, p. 47)

A fábula do romance em cadeia deixa claro o intento de centralizar a interpretação em seu viés hermenêutico filosófico, validando a compreensão, interpretação e aplicação de modo crítico, como alavanca para uma comunidade melhor. Conceitos clássicos, como o de verdade e os métodos para se chegar a tal, são deixados de lado pela inadequação de sua utilização no seio das ciências sociais, inclusive e principalmente, nas ciências jurídicas.

O conceito interpretativo de Direito supera o império do dogma, e da insensata busca da vontade do legislador, balizando o sistema jurídico no seio dos princípios emanados da comunidade personificada, de forma integral, coerente e contínua como o fluxo histórico. Supera a busca positivista por um método adequado de interpretar, substituindo-o, por uma forma adequada de interpretar.

2.3. Para além da tradição: a superação pela integridade

Para melhor esclarecer o embate entre o método adequado de interpretar e uma forma adequada de interpretar, Dworkin reuniu a tradição do Direito, até então vivenciadas, sob duas concepções antagônicas: o convencionalismo e o pragmatismo; com o

³⁰ Ao utilizar-se da figura de um juiz imaginário para ilustrar a postura de um magistrado em uma sociedade democrática, Dworkin evidencia a rejeição a um método de interpretação aderindo a um modo de interpretação.

intuito de demonstrar a inadequação destas teorias na aplicação do direito, para assim, apontar a concepção do Direito como Integridade como meio de se garantir a melhor aplicação do Direito na sociedade democrática contemporânea.

No convencionalismo a concepção sob o que é o Direito repousa nas convenções sociais, já decididas e ajustadas anteriormente como algo verdadeiro, aceito por todos por força da convenção. Dworkin sustenta que nesta concepção a coerção somente deve usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importando quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 1999, p. 141).

Nesta concepção o Direito é dependente de convenções sociais que irão determinar quais instituições gozam do poder de elaborar as leis e como elas podem fazer isso. Tudo estaria resumido ao respeito às convenções do passado e sua aplicação, considerando a conclusão a que chegaram e nada mais. Mesmo assim, tal concepção reconhece que não haverá Direito completo, capaz de abarcar toda a complexidade da vida social, reconhecendo assim, a discricionariedade como solução para os casos novos que eventualmente possam surgir da complexidade social, replicando a falha fundamental das teorias semânticas.

A solução, portanto, passa pela afirmação da discricionariedade do magistrado no momento da aplicação jurídica: uma vez que reconhece que nenhuma das partes titulariza direitos capazes de amparar suas pretensões – já que podem contar são aqueles previamente fixados pelas convenções – os juízes devem encontrar alguma forma de justificativa, para além do Direito, que apoie a decisão a ser tomada; todavia a questão continua por demais aberta, assim eles poderão pautar-se por questões abstratas de justiça, ou por questões que refiram ao interesse coletivo, ou mesmo uma justificativa que se volte para o futuro. (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 74)

Dworkin ressalta a existência de duas afirmações pós-interpretativas decorrente do convencionalismo. A primeira, de que os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, exceto em situações raras em que não existe direito previamente convencionado, a segunda, de que não existe direito a não ser aquele que é extraído por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção, para o julgamento do caso que se apresenta. A crítica é inafastável: ao decidirem discricionariamente os casos novos, ainda não abarcados pelas

convenções, os juízes convencionalistas criam direito aplicável de forma retroativa às partes envolvidas no caso, fracassando assim como prática jurídica.

Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a. legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro. (DWORKIN, 1999, p. 151).

Muito embora o convencionalismo se distinga das teorias semânticas-positivas, por apresentar-se como uma teoria interpretativa, ainda peca por não fazer uso de um critério linguístico para identificar o que é o Direito. Aproxima-se do Direito como Integridade ao considerar as decisões passadas no processo de compreensão dos direitos presentes, mas, ao mesmo tempo, dele se afasta pelo modo com que os considera.

Pedron e Ommatti (2019, p. 77) ressaltam que é justamente na busca por coerência que se explica a preocupação com o passado, e que esta, se desdobra em dois tipos: a coerência de estratégia e a coerência de princípios. Na primeira, há uma preocupação em ajustar o que já foi estabelecido, como o conjunto de regras deve funcionar para tornar a situação melhor, já a coerência de princípios exige algo mais, exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única de justiça. É neste ponto que o convencionalismo se mostra divergente da concepção de Direito como Integridade: esta aceita a coerência de princípios como uma fonte de Direito, aquela não.

Mas o convencionalismo difere do direito como integridade exatamente porque o primeiro rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos. O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção - que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. (DWORKIN, 1999, p. 164)

Duas críticas se apresentam contra o convencionalismo: a) o pressuposto convencionalista segundo qual qualquer consenso alcançado pelos juristas sobre a legislação e o precedente deve ser visto como uma questão de convenção, ou uma questão de convicção; b) a questão referente a segurança jurídica.

As críticas são pertinentes, o consenso que estabelece determinada convenção independe da convicção acerca do valor intrínseco de determinada regra, ou seja, uma proposição específica sobre a legislação, tida como verdadeira convenção, prescinde de uma razão substantiva para sua aceitação. Se o consenso é de convicção qualquer ataque contra seus argumentos será um ataque contra própria proposição. O consenso, de acordo com o Dworkin, só vai durar enquanto a maioria dos juízes aceitar as convicções que o sustentem. (LAGES, 2001, p. 43).

A atividade interpretativa precisa de atitude interpretativa precisa de paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam ser questões de convenção. Será suficiente que o nível de acordo de convicção seja alto o bastante em qualquer momento dado, para permitir que o debate sobre práticas fundamentais como a legislação e o precedente possa prosseguir da maneira como descrevi no segundo capítulo, contestando os diferentes paradigmas um por um, como a reconstrução do barco de Neurath no mar, prancha por prancha. (DWORKIN, 1999, p. 169)

Já o segundo argumento apresentado contra o convencionalismo, referente à segurança jurídica que este oferece, teoricamente obtido através de um sistema francamente comprometido com a redução da surpresa é, do mesmo modo que as teorias semânticas, uma redundância. A discricionariedade atribuída aos juízes convencionalistas para decidir um caso sobre o qual não há convenção previamente estabelecida revela tal impropriedade. O convencionalismo não pode ser justificado com base no único pressuposto de que a surpresa é ineficiente ou indesejável, na medida em que não é capaz de proteger-se contra ela.

Quanto ao segundo problema, segurança jurídica, Dworkin afirma que a previsibilidade que o convencionalismo alega conseguir ilusória, pois a discricionariedade, que constitui uma premissa interna a essa concepção, coloca em xeque a possibilidade de estabilidade; a expectativa social de segurança (previsibilidade) projetada pelo convencionalismo se desvanece completamente diante da subjetividade judicial. (PEDRON e OMMATI, 2019, p. 78)

Assim como o convencionalismo também o pragmatismo se apresenta como uma teoria interpretativa do direito, não uma teoria semântica. Mais elaborada que o

convencionalismo, o pragmatismo volta-se essencialmente para o futuro e ao que se revela melhor para comunidade como todo. Por essa razão não necessita estar atrelada a nenhuma decisão política do passado.

Para o pragmatismo os juízes devem sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigando de qualquer necessidade de respeitar ou de assegurar a coerência de princípios com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão.

Enquanto um juiz convencionalista volta os olhos para o passado, o olhar de um pragmático se remete ao futuro, podendo, para tanto, deixar de respeitar a coerência de princípios com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão. As decisões do passado são apenas expedientes de convencimento para uma decisão previamente tomada e pautada por uma escola política ou por valores de preferência do jogador. Pelo pragmatismo as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial, que, ao final deve se revelar a melhor para comunidade como todo.

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que tomar uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes. (DWORKIN, 1999, p. 195)

Ao estipular que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro da comunidade, o pragmatismo acaba por desobrigá-los da necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípios. Transforma a decisão judicial em estratégia ao entender os direitos como se fossem direitos, assumindo verdadeira atitude legislativa, sendo, portanto, polêmico e incerto.

Com intuito de superar a tradição e a cultura jurídica pautada nas teorias semânticas, ou mesmo nas incompletas teorias interpretativas do convencionalismo e do pragmatismo, Dworkin, apresenta a concepção de Direito como Integridade. Rompendo com a clássica separação entre direito moral e política, aproxima estas teorias, para acrescentar a integridade como virtude política, além das já consagradas, equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

Ao alinhar a virtude da integridade ao Direito, conclama-se uma aproximação singular e ontológica entre direito e moral. Exigência mais específica que a moralidade política a virtude da integridade ultrapassa a moral pessoal, para torna-se um ideal político.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 1999, p. 202)

Ao assim fazê-lo, passa-se a raciocinar principiologicamente assumindo o compartilhamento entre o Direito e a Moral, exatamente porque os princípios são valores jurídicos, e que, as normas mais fundamentais do Direito são normas morais que não perdem este caráter por terem adentrado no Direito (OMMATI, 2017, p. 33). Ao admitir a existência de princípios comuns que compõem a tradição e a cultura jurídica de determinada comunidade, busca-se afastar a arbitrariedade seletiva na interpretação do Direito proposta pelos positivistas na solução dos casos limítrofes.

A superação do método se dá pela alteração na forma de compreender o Direito com a introdução do viés ontológico. A estrutura da interpretação, compreensão e aplicação do Direito passa a ser integrada por questões de ordem principiológicas decorrente da tradição. Assim encarado, o Direito vincula-se à sua própria história institucional. O subjetivismo (individual) cede lugar ao paradigma da tradição jurídica da comunidade personificada vislumbrada em seus princípios, verdades supraindividuais que se encontram intrinsecamente ligadas à comunidade.

O que se evidencia é a superação da plenipotência da regra e do discurso de autoridade, pela concepção de um Direito interligado com a comunidade personificada de onde emanam princípios (morais, inobstante tenha sido incorporados no

ordenamento jurídico pela história *efectual* do Direito) como estruturas intimamente presentes no ato de compreendê-lo, portanto, inseparáveis no momento da aplicação, tal qual preconizado por Gadamer. A percepção da superação do paradigma positivista é bem captada por Zanotti e Coura (2014, p. 36).

Tanto o positivismo kelseniano, como convencionalismo americano fracassam no exato momento em que deveriam ser mais fortes e coerentes: nos casos difíceis em que o “ordenamento jurídico” não apresenta, de forma eficiente, uma resposta *a priori* para o caso concreto. [...] As regras de um ordenamento jurídico não abrem todas as possibilidades de aplicação e, nos casos difíceis, incide uma forte arbitrariedade seletiva na interpretação para resolver o caso concreto de modo a se qualificar essa decisão como ato de vontade. A partir de um viés positivista, decidir importa em uma escolha, ou seja, na existência de um suposto poder judicante fundamentado no livre arbítrio que se legitima no fato de autoridade estar investida em um cargo (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 36).

Partindo de um ideal fraterno, o Direito como Integridade busca a legitimidade para aplicação da força coercitiva nos princípios que compõem a comunidade personificada, para assim superar a arbitrariedade que, nas teorias semânticas, andam de mãos dadas com o positivismo, e deste modo, superar as teorias que se pautam em uma relação sujeito *versus* objeto, e desconsideram o intérprete na relação de integração compreensiva gadameriana.

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito (DWORKIN, 1999, p. 229).

É esta tradição, pautada na plenipotência da regra e da autoridade, típica das teorias semânticas que ao Direito como Integridade pretende superar. E, para isso, o ponto de partir é o reconhecimento da integridade como virtude política ao lado das já consagradas, pela teoria utópica, da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

Esta quarta virtude não compartilhada pela teoria política utópica, inicialmente, apresenta como clichê segundo qual casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida, posteriormente passa designar-se como virtude política, unindo-se intrinsecamente aos demais, como explica Cintia Garabini Lages (2001, p. 45).

A virtude da integridade aplica-se à concepção de equidade de uma comunidade, de justiça e devido processo legal adjetivo, exigindo, respectivamente, que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada, que os princípios morais necessários para justificar a substância de uma das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do Direito e insistindo em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se considera alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto de direito, levando-se em conta, por exemplo, as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito. Segundo Dworkin, essas diferenças exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesmo. Sugerem que a integridade é a vida do direito tal qual o conhecemos. (LAGES, 2001, p. 45-46).

A virtude da integridade é pressuposto inseparável da necessária coerência de princípios preconizada como pilar da concepção dworkiana de Direito, seja na atividade judicial, seja na atividade legislativa³¹. Nela, espera-se a criação de leis que mantenham coerência com os princípios da comunidade, já a integridade no julgamento, pede que o responsável por decidir o que é a lei a veja e faça cumprir como sendo coerentes nesse sentido.

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. (DWORKIN, 1999, p. 213)

O fundamento maior da integridade, como virtude política, reside na compreensão de que as pessoas apenas serão membros de comunidade genuinamente política quanto aceitarem que seus destinos estão ligados, e são guiados, por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Dworkin (1999, p. 255) esclarece que,

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral

³¹ Reforça-se que a teoria do direito como integridade não é, como já mencionado, mera técnica de decisão judicial. O enfoque dado por Dworkin ao ato de decidir evidencia sua crítica à supervalorização da atividade legislativa pelas teorias semânticas. A perspectiva do direito como integridade decorre do *daisen* e da interpretação, compreensão e aplicação como modo de ser, ontológica. Por isso, não só a metáfora do romance em cadeia deve ser observada durante a atividade legislativa, mas toda a gama de concepções que compõem a integridade.

e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política. (DWORKIN, 1999, p. 255)

A inserção da integridade no Direito vai afastar a concepção de que este seja apenas relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou mesmo, programas instrumentais voltados para uma comunidade melhor, tal qual preconizado pelo pragmatismo jurídico. Ao fundar-se na coerência de princípios o direito como integridade vai exigir que os direitos e deveres decorrente das decisões coletivas do passado sejam construtivamente interpretadas em prol de um propósito finalístico: a melhoria da comunidade, em referência ao espiral hermenêutico.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 1999, p. 271)

O romancista em cadeia deve valer-se de uma interpretação criativa para impor um propósito ao texto legal, aos dados e à tradição que está a interpretar. É uma interpretação finalística, cujo objetivo é atingir a melhor forma de interpretar, a interpretação sob a melhor luz. Adotar o direito como integridade significa, portanto, oferecer tanto uma resposta adequada como justificável para a prática judicial, tanto na sua criação como em sua aplicação.

Lages (2001, p. 47) aponta que, de forma resumida, uma vez tendo o legislador realizado a sua escolha durante o processo legislativo os indivíduos têm direito não apenas a atribuição explícita contida no texto legal, mas também, a extensão a outras atribuições fundadas nos princípios subjacentes a lei, em casos que ainda não foram expressamente solucionados, elevando a patamares normativos os princípios da comunidade.

Assim, de acordo com a teoria da integridade aplicada a legislação, os membros de uma comunidade esperam que seus legisladores atuem com base em princípios e com integridade, e esse objetivo é promovido se a legislação for aplicada a luz não das ambições pessoais que prevalecem entre os legisladores, mais das convicções predominantes na legislatura como todo. (LAGES, 2001, p. 48)

A falha fundamental das teorias semânticas: a discricionariedade (e a arbitrariedade que caminha de mão dada) decorrente da plenipotência da regra, evidenciada nas lacunas do Direito é paradigmaticamente superada na concepção do Direito como Integridade. Isto porque ao aproximar direito, política e moral, congrega-se a efetivação do direito não só por meio das regras, mas também, pelos princípios que norteiam a comunidade personificada.

Muito diferente de utilizar os princípios como técnicas de interpretação, ou mesmo, como métodos para a solução da lacuna - a fim de se alcançar a intenção do legislador - a concepção de direito como integridade os incorpora no processo de compreensão, interpretação e aplicação do direito (reforça-se: momento único) dentro do espiral hermenêutico. Por isso Dworkin fala em interpretação criativa e não em técnica interpretativa.

Ao conceber o direito como uma prática interpretativa, a teoria da integridade, ultrapassa a tradição de um direito que se esgota em um catálogo de regras, cada qual como seu próprio domínio sobre uma esfera de comportamentos, ultrapassa também a concepção de direito pautada no poder de determinadas autoridades de ditar o comportamento da sociedade, para deslocar a legitimidade do direito para uma atitude interpretativa e autorreflexiva capaz de justificar de modo adequado a utilização da coerção.

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p. 492)

À toda prova, no direito como integridade, a superação da tradição é, antes de mais nada, a superação do próprio método positivista. Longe de buscar a pureza jus-positivista do direito, isolado da moral de política, por meios de técnicas interpretativas

que extraíam o sentido da norma diretamente do texto legal, em uma relação sujeito *versus* objeto, a teoria de integridade, incorpora a hermenêutica filosófica e passa a enxergar o direito na relação sujeito *versus* sujeito, dentro de seu horizonte histórico e inserido na comunidade personificada. A ruptura na tradição positivista é uma realidade.

É no trilhar do Direito como Integridade que se propõe uma alteração interpretativa do custo dos direitos e das concepções positivistas que engendram a cláusula da reserva do possível, assim como, os esforços que vem sendo desenvolvidos para garantir um mínimo existencial, protegido e intocável, inclusive judicialmente.

PARTE 02:

A CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ENFRAQUECIMENTO

“O Estado ainda é o mais eficaz instrumento disponível pelo qual uma sociedade politicamente organizada é capaz de buscar seus objetivos comuns, entre os quais o de assegurar a proteção dos direitos jurídicos de todos.”

HOLMES e SUNSTEIN

3. A DESMISTIFICAÇÃO DO PARADIGMA CATEGORIZADOR.

3.1. Uma vinculação ideológica ao positivismo jurídico

Reafirmada pela tradição jurídica nacional, a cláusula da reserva do possível desaguou na percepção de que a ausência de recursos financeiros limita a concretização dos direitos fundamentais, em especial à saúde. Esse vínculo, generalizou a ideia de que o exercício de um direito social depende de robustez orçamentária capaz de lhe garantir condições materiais, ainda que referido direito advenha de um comando constitucional, minando, assim, sua efetividade.

Distanciando-se da decisão alemã³², a importação da reserva do possível foi marcada por graves distorções, que alargaram seu âmbito de influência, na tentativa de blindar o erário público da interferência do Poder Judiciário, fazendo com que a preocupação inicial quanto à proporcionalidade e razoabilidade, fundamentos da Corte Alemã, cedessem lugar para questões de disponibilidade de recursos e custo dos direitos.

O conceito vem se desenvolvendo desde a década de 1970, afirmando que a efetividade dos direitos a prestações estaria sob a reserva de capacidades financeiras do Estado, passando a traduzir a ideia da dependência da real disponibilidade financeira, localizada no campo de atuação discricionária das decisões dos poderes. (OLIVEIRA e CALIL, 2008, p. 3.723)

A construção doutrinária da reserva do possível aderiu rapidamente à ideia de que os direitos sociais só existem quando há dinheiro nos cofres públicos. Fundada na percepção de que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições proporcionais e constitucionalmente justificáveis, e, ligados a um arcabouço teórico estruturado para dar ares de coerência à esta pré-compreensão. Entretanto, obscureceu a vinculação ideológica que prioriza determinados direitos em sacrifício de outros, sistematicamente autorizada por meio de uma abertura discricionária ligada à tradição jurídica.

³² OLIVEIRA e CALIL (2008, p. 3.724), ressaltam que a decisão alemã tratou do tema de forma diferenciada, sendo que a exigência de prestações onerosas do Estado é vista sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão em relação à necessidade de satisfação do direito, sendo que, para “violar” a chamada reserva do possível, a satisfação do pleito teria de “gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social” (OLSEN, 2008, p. 223)

Neste trilhar, a reserva do possível passou a ser classificada em três dimensões: fática, jurídica e negativa - compreendidas, respectivamente, como a completa ausência de recursos financeiros para a concretização do direito; como objeção legal do uso dos recursos, em razão de sua vinculação orçamentária, e; como, proteção ao esvaziamento de uma prestação em detrimento de outra – reforçando uma classificação meramente formal que sequer tangencia o campo ontológico dos princípios que norteiam a comunidade personificada.

A reserva do possível compreende as dimensões fática, jurídica e negativa. A dimensão fática é apresentada como objeção fundamentada na ausência de recursos financeiros. A dimensão jurídica é apresentada como objeção relacionada à impossibilidade de uso dos recursos existentes. A dimensão negativa é apresentada como mecanismo de proteção contra o esvaziamento de outras prestações. (LIMA VAZ, 2016, p. 260)

Isto porque, as dimensões da reserva do possível pressupõem a existência de permissão para as escolhas – discricionária – quanto ao direito a ser implementado, sob o fundamento da escassez. Nestes casos, a autorização para a realização das escolhas ultrapassa a barreira das funções estatais, sendo autorizada até mesmo na esfera judicial, quando, sob a ótica do confronto e da colisão, direitos fundamentais são sacrificados.

Ao lado da caracterização em dimensões, evidenciou-se, com a mesma intensidade, grande debate acerca da natureza jurídica do instituto, havendo quem defendesse tratar-se de uma cláusula aberta, de um princípio jurídico, de um conceito, de uma teoria, ou mesmo de uma doutrina, sagrando-se voz corrente a tese de que a reserva do possível é um limite real à efetivação dos direitos sociais, todas, efetivamente vinculando à crise de efetivação aos custos de sua concretização.

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais (SARLET E FIGUEIREDO, 2007, p. 190).

Destarte, observa-se que tanto em suas dimensões (fática, jurídica e negativa), como no debate envolvendo a natureza jurídica da reserva do possível, centralizou-se, em

maior ou menor grau, uma vinculação direta aos custos dos direitos e a existência de escolhas (trágicas) a serem realizadas na hora de sua concretização.

A estrutura teoricamente erguida “em prol da reserva do possível”, no intuito de atingir ares de certeza e objetividade, o fez sob a pretensa neutralidade, que longe de ser inocente, ocultou a opção ideológica, limitando a concretização dos direitos sociais fundamentais, sob o fundamento da escassez de recursos.

Todavia, não há como permanecer na discussão de que políticas públicas que concretizem direitos fundamentais sociais não são implementadas, tão somente, pela ausência de recursos (LIMA VAZ, 2016. p. 247), há uma opção ideológica que vincula a tradição jurídica, a uma pré-compreensão, que precisa ser posta à dialética linguística.

É inegável, que todo o arquétipo jurídico erguido em torno da reserva do possível, tem como pilar, duas categorizações que sempre andaram de mãos dadas, e sempre obscureceram o seu entendimento, aumentando, consideravelmente, a arbitrariedade (administrativa, legislativa e judicial) quando da aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

A primeira categorização foi preconizada a partir de uma perspectiva histórica-evolutiva dos direitos fundamentais por meio de gerações, tendo como critério classificador, o momento de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Vinculados a marcos históricos importantes, foram classificados em primeira, segunda e terceira geração.

Já a segunda, pautou-se em um critério obrigacional de atuação estatal para sua concretização; uma condição prestacional ativa ou passiva, consubstanciada em um *facere* ou *non facere*; atribuída ao um agir (intervir) estatal para a efetivação. Nesta categoria os direitos fundamentais forma classificados em positivos e negativos.

Seguindo o critério histórico, agrupou-se sob a nomenclatura de direitos fundamentais de primeira geração os ligados à liberdade, entendida em sentido amplo e abarcando

direitos civis e políticos. Os direitos de primeira geração foram marcados por um não fazer, um dever estatal de abstenção e não intervenção na esfera de direitos privados.

Influenciados pelo Estado Liberal e pela política do *laissez-faire* os direitos que compuseram a primeira geração foram classificados como direitos negativos, na medida em que, exigiam do Estado um não fazer, um não intervir, um não atuar (*non facere*).

Neste paradigma, o manto da liberdade individual só seria alcançado mediante a abstenção do controle Estatal, livrando os indivíduos de sua submissão. Seu marco histórico, sem dúvidas, foram as revoluções liberais do século XVIII, abalizadas pelo forte liberalismo e evidente oposição ao Antigo Regime, no Velho Continente, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, no Novo Mundo.

Com a ascensão do pensamento liberal (*stricto sensu*, na Idade Moderna) de matriz individualista, o Estado, passou a reconhecer como direitos subjetivos as liberdades individuais, as quais, positivadas, constituíram direitos públicos subjetivos face ao Estado. Tais seriam os únicos direitos exigíveis do Estado, e que se constituíram em abstenções. (GALDINO, 2002, p. 155)

De acordo com esta categorização, seriam puramente negativos, por exemplo, os direitos de ir e vir, o direito de propriedade, cujo respeito por parte do Estado e seus agentes dispensa qualquer tipo de atuação positiva. Nestes, não se exigiria uma prestação estatal positiva para o exercício destes direitos, bastando apenas a não intervenção.

Já os direitos de segunda geração, ligados aos direitos sociais, econômicos e culturais, que se evidenciaram no Estado Social, assim como os de terceira geração, ligados à solidariedade e à fraternidade, como o desenvolvimento sustentável, meio ambiente, paz social, na contemporaneidade pós-guerras, se constituíram em uma ação direta do Estado, em um agir (*facere*) em prol de sua efetivação.

Se caracterizaram pela atuação direta do Estado (*facere*) no sentido de concretizar os direitos fundamentais, que, não poderiam ser automaticamente exercidos pelos indivíduos de *per se*. Demandariam um agir estatal em forma de prestação positiva para sua efetivação.

Assim, enquanto Estado do tipo Liberal é referido como aquele cuja constituição reconhece apenas direitos negativos (liberdades) - o caráter declaratório é estampado de modo inconfundível na marca da *Declarações de Direitos* do Ocidente – eis que apenas atestava a existência de coisas anteriores no sentido lógico e temporal, e prioritária no sentido axiológico, o Estado Social e sua constituição reconhecem os direitos positivos como substanciados na exigibilidade jurídica (ou justiciabilidade, ou ainda sindibilidade) de prestações estatais positivas, daí porque fala-se que através dessa evolução transita-se de simples pretensão de omissão para a proibição de omissão (GALDINO, 2002, p. 157)

Muito embora seja possível identificar uma linha histórica dos Estados e suas Constituições, a categorização e a fragmentação teórica dos direitos fundamentais, sobretudo, em seu viés obrigacional (direitos positivos e direitos negativos), apenas remonta à historicidade como critério de classificação, sem contextualizá-los ontologicamente, e por isso, fora da dialética linguística.

Tanto, que o traço mais característico, é a própria evolução institucional, por si mesmo. A categorização é marcada inicialmente pela passagem do Antigo Regime para o Estado Liberal - com a ascensão da matriz individual - para em seguida, transpô-lo, pelo Estado Social - como herança dos movimentos socialistas e da própria doutrina social da Igreja - tendo como marcos históricos institucionais a Constituição mexicana de 1917 e a Alemanha de Weimar de 1919 (GALDINO. 2002, p. 156), para ao final atingir os atuais Estados Democráticos de Direitos do pós-guerra, com suas pretensões de inclusão e sociedade fraterna.

Evidencia-se, que a categorização histórico-prestacional, amplamente difundida no meio jurídico, reflete o marco teórico da tradição do positivismo jurídico, ao reforçar a segregação da ciência jurídica de outros sistemas normativos como a política reafirmando os valores formais dos direitos fundamentais e afastando-o de sua imanência. O paradigma do positivismo além de maximizar a discricionariedade e o autoritarismo encobrem e impedem o reconhecimento de que todos os direitos são fundamentais e devem ser concretizados.

O lado mais escuro da categorização metodológica (e não ontológica) se expressa quando de sua aplicação prática, por consequência direta da exclusão causada pela fragmentação, que embute nas concepções geracionais visão apenas parcial daquilo que realmente é o Direito, enfraquecendo a efetivação dos direitos fundamentais.

Pela classificação sob o critério histórico-evolutivo, se obscurece a importância dos direitos de segunda e terceira geração, em decorrência da própria semântica utilizada no critério metodológico. Como no *medium* da linguagem trata-se de direitos de segunda e terceira categoria, ou seja, menos importantes que os de primeira categoria. Todo um constructo linguístico leva, erroneamente, à crença de que a proteção Estatal deve voltar-se, em primeiro lugar, para os direitos de liberdade, e somente se possível, atingir os de segunda e terceira gerações.

Aliada à categorização histórica que obscurece a importância dos direitos de segunda e terceira geração, a categorização obrigacional é ainda severa, na medida em que, obscurece a própria função Estatal de garantir e efetivar os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, ao trazer em si, a concepção de que basta ao Estado não fazer (não intervir) para garantir os direitos de primeira geração.

O agir do Estado para a efetivação dos direitos de segunda e terceira geração, em razão da obtusa classificação, faz crer que apenas estes requerem uma atuação positiva do Estado, e por isso, realizada mediante grandes gastos públicos. A classificação dos direitos fundamentais em direitos positivos e direitos negativos, impede a percepção de que todos os direitos dependem de um agir estatal, e por isso possuem custos para sua efetivação, cobertos pela tributação.

A crítica se revela em toda sua firmeza quando se percebe que a efetivação dos direitos fundamentais esbara nos preconceitos da categorização jus-positivista, e nas dificuldades de se superar a tradição para sua concretização. A dicotomia (positivos *versus* negativos) ao preço de impor uma ordem fácil de compreensão, embuti profundas raízes no pensamento e na expressão da tradição judicial: os direitos negativos, excluem e afastam o Estado, os positivos os incluem e exigem; os negativos, protegem a igualdade, os positivos a promovem; o primeiro protege a esfera privada ao passo que o segundo retribuem os valores arrecadados dos contribuintes (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 27).

Se os direitos negativos nos protegem do estado, os positivos nos concedem serviços do estado. Entre eles inclui-se o direito à propriedade privada, a liberdade contratual e, como é óbvio, o direito de não ser torturado pela polícia; o segundo

englobam os vale-alimentação concedidos pelo Estado, os subsídios habitacionais e os programas de renda mínima. (HOLMES e SUNSTEIN. 2019, p. 27)

A autoridade da dicotômica está tão impregnada na tradição jurídica que impede uma compreensão mais ampla do que realmente é um direito fundamental, ao ponto de vincular a efetivação dos direitos de bem-estar à existência de recursos financeiros capazes de subsidiar o agir estatal.

Com efeito, à primeira vista, parece correto dizer que a conduta meramente omissiva é exigível de plano *ipso facto*, ao passo que a “ação positiva”, também ao menos aparentemente, parece demandar análise prévia das possibilidades reais ou materiais para a sua execução. (GALDINO, 2002, p. 155)

Assim ocorre, porque, longe de ser despreziosa ou inocente, a categorização marca um juízo de valor acerca dos direitos fundamentais, cuja coerência reflete direta e pragmaticamente em sua proteção. A partir da dicotômica criou-se duas categorias de direitos fundamentais: os exigíveis e sindicáveis por si (*non facere*) e os que demandam prévias possibilidades reais ou materiais para sua efetivação (*facere*).

Referida dicotomia, ligada intrinsecamente a uma pretensa neutralidade metodológica, há décadas tem orientado as decisões judiciais e enfraquecido a efetivação dos direitos sociais fundamentais, por defender a existência de direitos exercíveis *contra* o Estado em contraposição aos realizados *por meio* deste, com reflexos diretos em sua justiciabilidade.

Isto porque, a categorização dos direitos fundamentais em positivos e negativos obscureceu a efetivação dos direitos fundamentais ao afirmar que, basta, aos direitos com *status negativus* a abstenção estatal para sua concretização. Interessante exemplo, trazido por HOLMES e SUNSTEIN (2019, p. 3) demonstra que todos os direitos, ainda que categorizados como meramente negativos, dependem para sua consecução de uma atuação estatal.

Em 26 de agosto de 1995, deflagrou-se um incêndio em Westhampton, na extremidade oeste dos célebres Hamptons de Long Island, uma das regiões mais bonitas dos Estados Unidos. Este incêndio foi o pior ocorrido no estado de Nova York no último meio século. Levou 36 horas para ser controlado e, a certa altura, espalhou-se por uma área de 10 km por 20 km. Mas a história tem um final feliz. Num prazo curtíssimo, forças locais, estaduais e federais apresentaram-se para apagar as chamas. As autoridades e funcionários de todos os níveis do governo foram ao local. Mais de 1500 bombeiros locais voluntários se uniram a equipes

militares e civis de todo o estado e do país. O incêndio foi controlado; incrivelmente, ninguém morreu, e a destruição de bens foi mínima. Os voluntários ajudaram, mas, o que possibilitou a ação foram os recursos públicos. O custo final para o contribuinte norte-americano, em nível local e nacional, foi estimado originalmente em US\$ 1,1 milhão, mas pode ter chegado a US\$ 2,9 milhões. (HOLMES e SUNSTEIM, 2019, p. 3)

Abordando os direitos sob uma perspectiva descritiva³³, os autores norte-americanos, apontam que um poderoso contingente financeiro, aplicado diretamente pelo Estado por meio do aparato público de combate a incêndios, foi utilizado para a proteção do patrimônio de indivíduos; em outros termos: para a proteção do direito à propriedade privada.

O que os autores norte-americanos sustentam, em outras palavras, é que para a proteção do direito à propriedade (direito típico de primeira geração, com *status negativus*), o Estado vai para além da simples ausência de intervenção, é preciso sim uma atuação positiva (como disponibilidade financeira para tal) para a manutenção de um aparato estatal que esteja apto a evitar a dilapidação da propriedade.

Assim também o é, quanto à necessidade de proteger a propriedade contra atos de outros indivíduos da própria comunidade, o que é feito pelo efetivo policial e por um sistema judiciário apto a julgar e a punir, com a efetiva manutenção de presídios. Há um agir estatal claro e definido na proteção à propriedade, financiado por meio da arrecadação tributária.

O direito penal (que inflige penas) e o direito civil (que impõe restituição ou indenização) movem em duas frentes uma guerra permanente e financiada com direito público, contra aqueles que transgrediu os direitos de propriedade (HOLMES & SUNSTEIN, 2019, p. 46).

Do mesmo modo, a liberdade também não se efetiva pelo simples “não intervir”, requer uma ação direta do poder público. Ainda que em sua modalidade mais intimamente

³³ Seguindo a regra dos autores de origem anglo-saxônica há certo isolacionismo cultural na obra *The Cost of Rights* (1999), que implica na superestimação da tradição local em desprezo às considerações de direito comparado, traduzindo-se em uma linguagem avessa a teorias amplas e abstratas. (GALDINO, 2002, p. 185)

ligada ao direito privado, como na liberdade para contratar³⁴, exige proteção estatal por seus órgãos para se garantir a incolumidade do que foi pactuado.

O direito do autor de mover ação judicial contra o réu não pode ser adequadamente descrito como direito “contra” o Estado. Não é nem um direito de independência em relação ao Estado nenhum direito que protege seu detentor contra o Estado, mas é, antes, um direito a usar o poder do Estado para dar efeito legal a um contrato privado, para proibir o ingresso de estranhos numa propriedade particular, para recolher indenização compensatória punitiva de alguém que provocou uma lesão por imprudência ou negligência, e assim por diante. Quando mova ação contra alguém no quadro de uma violação de contrato ou dano civil, não tento fazer com o que o governo “me deixa em paz”; quero, pelo contrário, que ele me defenda. No direito privado, o detentor dos direitos não precisa que o estado se abstenha, mas, pelo contrário, que aja. (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 38)

De fato, a dicotomia impõe aos direitos fundamentais categorizados como negativos a errônea concepção de que existem sem a atuação direta do Estado, sem custos, quando na verdade, apreende-se que sem a atuação estatal é impossível a concretização de direitos fundamentais (ainda que denominados de primeira geração). Observa-se que, não só os direitos de segunda e terceira geração exigem a ação estatal direta, mas também, de igual forma os direitos de primeira geração.

A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora que proteção máxima de tais direitos (normalmente os individuais - liberdade e propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância. (GALDINO, 2002, p. 189)

Isto porque, sem a proteção estatal, sem a força coercitiva do Estado, fracassa a tutela de todo e qualquer direito, com a irremediável instalação (ou retorno) ao caos. A escolha do que é efetivamente protegido e tutelado como direitos está intrinsecamente ligado à tradição histórica da comunidade, mediante a incorporação, ao ordenamento jurídico, dos princípios importantes tanto para a convivência pacífica como para o bem-estar social.

³⁴ Também se exige atuação Estatal direta em todas as demais liberdades, como na tradicional liberdade de locomoção, seja quando violada pelo próprio Estado, seja quando vilipendiada por particulares. Optou-se por explicar o tema em foco com a liberdade de contratar por ser esta a expressão máxima da autonomia privada em razão do consagrado na tradição positiva: *pacta sunt servanda*.

A atuação, sempre positiva do Estado, na defesa dos interesses priorizados pela comunidade³⁵, por meio de sua força coercitiva, revela-se na significação social de cada direito aquilatada no *quantum* que os indivíduos estão dispostos a sacrificar para a defesa dos objetivos entendidos como prioridade.

Inobstante o paradoxo contemporâneo da tutela estatal³⁶ o direito de exigir uma atuação efetiva na proteção dos interesses individuais – de exigir a proteção estatal – possui, inegavelmente, a mesma natureza, sejam os direitos categorizados em positivos ou negativos, o que nos leva à compressão de que qualquer direito ou liberdade tem origem e natureza pública, por dependerem fundamentalmente das instituições estatais para sua efetivação.

Em outras palavras, a tutela estatal, repita-se: sempre positiva, e por isso indissociável de seu custo, para além de simples escolhas, representa a essência do que é a comunidade³⁷ e do que efetivamente incorpora como tradição ao direito. A concepção não deve ser compreendida metodologicamente, mas sim, ontologicamente, na aceção do horizonte histórico da sociedade.

Esforços homéricos têm sido despendidos para reconhecer a fundamentabilidade dos direitos sociais, não apenas em uma concepção formal, por constar textualmente na Carta Magna de 1988, mas principalmente, por meio de sua força axiológica, no intuito de reconhecer aos direitos sociais o mesmo regime jurídico constitucional que os direitos individuais, sobretudo quanto a sua justiciabilidade.

Elevar os direitos sociais a um patamar de fundamentalidade, dotando-os de uma supremacia e força axiologicamente superiores, resultou na tendência de se reconhecer a esses direitos o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais, observadas as peculiaridades de cada direito. (LIMA VAZ, 2016, p. 248)

³⁵ Refere-se aqui à concepção clássica de direitos subjetivo, caracterizado como sendo aquele juridicamente protegido, cujo exercício depende do poder de vontade do titular.

³⁶ Proteção estatal dos direitos contra violações do próprio Estado, o que no estado contemporâneo (democrático e de direito) é um dos pilares da crise de legitimidade que se vivencia na atualidade. O tema, apesar de se importante, também se encontra-se limitado no presente trabalho pelo corte metodológico.

³⁷ Personificada, nas palavras de Dworkin.

É dentro desta concepção que a efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles positivos ou negativos) encontra-se, intrinsecamente, ligada à contingência de recursos financeiros-econômicos, capitados junto aos indivíduos singularmente considerados. Chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita (GALDINO, 2002, p. 188).

Todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e imponha quando necessário. (HOLMES & SUNSTEIN, 2019, p. 31)

A liberdade, assim como o direito à saúde, somente se efetiva dentro de um contingente orçamentário capaz de dotar as instituições públicas de meios para sua efetivação. A realidade que se descortina com o afastamento da aplicação cega da categorização metodológica é simples: há uma tradição (jurídica) que protege determinados direitos em detrimento de outros, sob o argumento de que há uma limitação orçamentária que impede uma ação positiva do Estado.

Tanto o é, que a escassez total de recurso, em sua dimensão fática, não irá impedir apenas a efetivação dos direitos fundamentais sociais, irá afetar a própria existência do Estado, que independentemente da categorização, falhará em seu propósito maior. Argumento que se descortina em razão da captação contínua de recurso por meio da tributação. A escassez absoluta de recursos, há séculos, deixou de ser o principal problema, sua distribuição ideologicamente influenciada é que deve ser posta à dialética hermenêutica.

Isto porque, a dicotomia dos direitos fundamentais acaba por encobrir a existência de uma justiça distributiva que privilegia os direitos de liberdade e de propriedade sob a falsa aparência de neutralidade típica do positivismo jurídico, ao passo que, em uma análise mais aprofundada, todos os direitos exigem um fazer, e igualmente, representam um custo.

Destarte, com base na manutenção da distinção, se estabelecem diferentes graus de importância e de exigibilidade entre os direitos classificados como positivos ou negativos, considerando-se a preferência destes sobre aqueles (GALDINO, 2002, p. 204).

Além disto, a categorização envolve uma perigosa orientação moral liberal, que também se diluiu na tradição, qual seja, a de que direitos de bem-estar são potencialmente infantilizadores, e só podem ser exercidos como base em recursos distribuídos gratuitamente pelo governo, enquanto os direitos liberais clássicos são exercidos de forma autônoma por indivíduos fortes e autosuficientes que desprezam o paternalismo e as esmolas do governo (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 28).

Infelizmente, referida classificação, é usada para dar suporte a conclusões judiciais equivocadas que se revestem de discricionariedade judicial, como nos casos limítrofes onde o direito à vida e a saúde envolvem medicamentos de alto custo, e, reiteradamente, se sustenta a ausência de orçamento para custeá-los.

De fato, ao se sustentar a existência de dimensões para a reserva do possível, principalmente, a existência de uma dimensão jurídica, amolda-se o instituto ao pressuposto categorizados clássico dos direitos fundamentais (positivos *versus* negativos), deixando obscuras as pré-compreensões que envolvem a opção ideológica de se proteger os direitos classificados como de primeira geração.

Potencializada pelo princípio da legalidade, a dimensão jurídica desloca o ponto central da escassez de recursos para a existência de prévia de dotação orçamentária, inquestionavelmente, destacado e distribuído a partir de um montante maior, onde a escolha quanto sua aplicação e alocação resta obscurecida.

A categorização dos direitos fundamentais segundo a natureza prestacional acaba por conferir aos direitos de primeira geração verdadeiro salvo conduto quando à eventuais escolhas trágicas a serem realizadas diante da escassez de recurso. Não se questiona quanto do orçamento público é destinado à proteção da liberdade, ou mesmo da propriedade, entretanto, perquiridos e contabilizados os valores destinados à saúde, inclusive, mediante normas constitucionais que criam limites mínimos para tal, a exemplo do art. 198, § 2º da Constituição Federal o de 1988³⁸.

³⁸ Deve ser esclarecido que não é objetivo deste estudo analisar o acerto dos percentuais destinados à efetivação do direito à saúde, mas sim, que as opções e escolhas encontram-se obscurecidas por uma vinculação ideológica que se encontra fora do alcance da dialética linguística, e por isso, reveste-

Já é um costume referir-se, equivocadamente, apenas aos direitos sociais como partes integrantes das necessárias escolhas diante da escassez de recursos, por demandarem prestações públicas positivas, deixando os direitos ligados à liberdade (em sentido amplo) fora deste âmbito (GALDINO, 2002, p. 209).

A conclusão, óbvia, a que se chega é a de que, uma vez demonstrado que todo e qualquer direito representa ações positivas do Estado, que os cria e garante, e por isso possuem custos, distribuídos e arrecadados dos indivíduos, a opção por sua efetivação está completamente a par de sua categorização, seja ela tomada por critérios históricos (gerações), seja tomada por critérios prestacionais (*facere* ou *non facere*).

Na verdade, o reconhecimento da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da distinção positivo negativo viva que obstaculiza a visão de que, tomando-se em consideração os custos, também os direitos individuais podem ser sacrificados em detrimento dos sociais. (GALDINO, 2002, p. 211)

O dilema da concretização dos direitos sociais (principalmente, a saúde, e por vias de consequência, a vida) não pode ser obscurecida pela inadequada apropriação teórica de que os direitos de primeira geração existem por si mesmo e não demandam custos ou atuação estatal direta.

Tal questão impacta de forma direta o modo com que a efetivação dos direitos fundamentais vem sendo debatida na Suprema Corte. Há décadas a discussão volta-se para o equivocado dilema da escassez de recursos, sob a ótica de que políticas públicas de efetivação depende de um agir estatal e por isso demandam gastos públicos, que estão à margem da atuação do Poder Judiciário.

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de

se como preconceito, na concepção de Gadamer. Reconhecer que há preconceitos, para assim, validá-los, ou mesmo, para considerá-los ilegítimos é dar o primeiro passo no espiral hermenêutico.

um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante. (WANG, 2008, p. 539)

Há evidente disparidade entre as previsões normativas de direitos fundamentais e a respectiva distribuição de recursos para a sua efetivação que põe em xeque sua própria efetividade, por desconsiderar, ideologicamente, a escassez e os custos necessários para tanto, ao ponto de situar a comunidade dentro as escolhas trágicas. Por isso que a vinculação ideológica, encoberta pela suposta neutralidade juspositivas, deve ser posta à interpretação crítica, no início do círculo hermenêutico.

3.2. O artifício das escolhas trágicas

Como consequência direta do paradigma que consolidou a categorização dos direitos fundamentais pelos critérios histórico-evolutivo e prestacional, com ênfase na fragmentação e isolacionismo³⁹ do Direito, os Tribunais tem, equivocadamente, adotado quatro modelos teóricos para tentar cumprir com a função jurisdicional: a) o modelo teórico da indiferença (o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico); b) o modelo teórico do reconhecimento (a produção intelectual funda-se no reconhecimento institucional de direitos a prestação, ditos sociais, o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade destes novos direitos; c) modelo teórico da utopia (a crítica ideológica e crença em despesas sem limites iguala direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas um elemento curto é desprezado); d) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos (o custo assume caráter fundamental de tal arte que mantida tipologia

³⁹ Em áspera crítica, mas não equivocada GALDINO (2005, p. 333) afirma que “E o problema está em que muitos estudos jurídicos se encontram divorciados da realidade em medidas muitas vezes insuportáveis. Com efeito, já temos advertido nossos alunos de que muitos estudos jurídicos são dotados de elevado grau de esquizofrenia; é a *esquizofrenia* jurídica. (...) Em vez de amoldarmos nossos conceitos à realidade concreta, procuramos fazer o caminho inverso, o que, infelizmente, nem sempre é possível. E a viagem torna-se cada vez mais difícil à medida que aumenta a distância entre os mundos jurídico e real. Alguns operadores do Direito não voltam ao mundo real. Na imagem do jusfilósofo, substituiu a fórmula cartesiana penso, logo existo (*cogito, ergo sum*), pelo enunciado penso, logo é (*cogito, ergo est*), como se as nossas mais simples cogitações tivessem o condão de conformar a realidade. E essa postura esquizofrênica produz um afastamento da realidade incompatível com um agente público que pretende interferir na realidade social. É importante ter em vista que o Direito não existe apenas para enunciar valores que consideramos relevantes ou dignos de serem observados. O direito existe para regular a vida das pessoas. Para tentar tornar essas vidas mais felizes. E, para alcançar essa finalidade, de quase nada adianta construir *realidades artificiosas*...”

positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível). (GALDINO, 2002, p. 164)

Muito embora os modelos teóricos acima apontados emprestem uma certa “evolução” no reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, pecam em sua essência por manter pressuposto ideológico e teórico pautado na categorização dos direitos sob o viés prestacional.

Destarte no primeiro modelo, da indiferença, reconhece apenas como direitos os imanes ao homem, e por isso, anteriores até mesmo ao próprio Estado, de tal sorte que este apenas os declara, tal qual a liberdade, sem qualquer espaço para prestações estatais de caráter social. O viés jusnaturalista torna irrelevante a categorização (positivo ou negativo), da mesma maneira que torna impertinente o debate acerca dos custos para a efetivação dos direitos.

Já no modelo teórico do reconhecimento, alcança-se a juridicidade dos direitos positivos de segunda e terceira gerações com o conseqüente reconhecimento de que algumas situações jurídicas demandam prestações positivas do Estado elevando-os ao patamar de direitos subjetivos⁴⁰.

“Dizer ‘surgem os direitos sociais’ quer significar o reconhecimento da juridicidade de determinadas situações subjetivas previstas na Constituição em favor dos indivíduos. Ainda não se coloca - no momento inicial o problema da efetividade de tais direitos, ou, mais precisamente, da força normativa das normas convencionais, dentre as quais se destacam as atributivas de direitos fundamentais. (GALDINO, 2002, p. 166)

No modelo teórico da utopia, acredita-se que a diferença entre direitos fundamentais sociais e os individuais é meramente ideológica. Tal conclusão, típica dos Estados de Bem-Estar Social, beirava a fantasia, ao firmar-se na ausência de limites às prestações públicas. Fincado na premissa maior de que os recursos públicos são inesgotáveis há uma evidente despreocupação com os pressupostos de natureza econômica, transformando os custos financeiros em algo absolutamente externo ao conceito de direito, sendo todos os direitos fundamentais, de pronto exigíveis.

⁴⁰ Compreendidos aqui pelo *médium* da linguagem: aqueles que podem ser exigidos e obtidos judicialmente.

Já no último modelo, o da verificação da limitação de recursos (diga-se de passagem: amplamente difundida em nossos tribunais), a distinção entre direitos fundamentais positivos e negativos torna-se ainda mais forte e relevante, especialmente, em razão da expressa admissão (judicial, na maioria das vezes) da impossibilidade material de efetivação da dicção normativa do direito fundamental.

Interessante notar que neste modelo teórico os custos financeiros da efetivação de um direito fundamental apresentam-se como óbice à sua concretização, fazendo como que elementos externos (assim considerados em razão da segregação positiva) ao conceito de direito ditem o que realmente ele é. (GALDINO, 2002, p. 176).

Os autores salientam que se deve extrair o conceito do direito das regras constitucionais, conforme a respectiva “densidade normativa”. ou seja, partindo da ideia de que a regra positivada (*rectius*: constitucionalmente positivada), desde que preveja a prestação (o objetivo) e os respectivos meios de consecução, e atribua um direito subjetivo ao indivíduo (ou mesmo à coletividade na hipótese de direitos difusos ou coletivos), cria uma situação jurídica sindical pelo indivíduo, e, diante dessa situação inteiramente configurada, tem-se as reservas materiais – *i.e.* as possibilidades econômicas e financeiras, como único limite à efetivação dos direitos. é comum dizer-se que a efetivação dos direitos econômicos e sociais - positivados por excelência - depende da “reserva do possível”. (GALDINO, 2002, p. 175)

Todos os quatros modelos partem da premissa comum de que os direitos fundamentais devem ser classificados segundo critério prestacional: ora segregando e impedindo sua concretização; ora garantindo-o integralmente a sua prestação; ora considerando a existência de custos; ora entende-os irrelevantes. Em suma: a classificação apoia-se na tradição categorizadora do positivismo jurídico.

O paradigma teórico fincado na categorização prestacional leva a indesejável condição de escolhas trágicas, ao permitir que as decisões judiciais em casos limítrofes sejam tomadas sob o dilema do sacrifício. Entretanto, observa-se com clareza que a referida teoria da reserva do possível funciona como limite tão somente em relação às prestações estatais positivas, deixando de existir tal dilema quando em voga direitos ditos de primeira geração.

[...] tem-se que a referida “reserva do possível” funciona como limite tão somente em relação às prestações estatais positivas (usualmente referente aos direitos fundamentais sociais). Os direitos da liberdade, tidos como meramente negativos (ou demandando apenas prestações não fáticas), podem assim ser integralmente

garantidos e efetivados, sem as amarras sempre severas das reservas orçamentárias (GALDINO, 2002, p. 182).

É evidente que a escassez de recursos, materialmente verificada, irá exigir a realização de escolhas, principalmente no seio de uma demanda judicial onde se pretende a concretização de um direito fundamental. Contudo, ela somente se torna trágica porque obscurecidas pelo manto ideológico da categorização, que encobre a consolidada tradição (em seu sentido hermenêutico) pela proteção dos direitos categorizados como negativos, em contraponto aos direitos positivos.

O que a categorização realmente oculta é que a “escolha” já foi tomada, qual seja: completa proteção estatal aos direitos de primeira geração, em especial à propriedade e a liberdade. Daí a constatação de que sendo limitados os recursos, sua alocação nos direitos de primeira geração é prioridade. Freire Junior (2005, p. 73), faz importante questionamento: “reserva do possível para quem?”

Todavia, antes de se reconhecer singelamente a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder. (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 73)

Sem entrar, neste momento, no mérito das decisões (se boa, ou não, a proteção emprestada aos direitos de primeira geração), a questão central do presente capítulo reside na falsa concepção de que os Tribunais estejam diante de escolhas trágicas, quando diante de situações jurídicas que demanda a efetivação de direitos de segunda e terceira gerações. A utilização de fundamentos tradicionais, pautados nos modelos teóricos acima listados são completamente incompatíveis com um Direito que se pretende agente transformador.

Destarte, é a opção valorativa camuflada na categorização que transforma a decisão em trágica, e, impede sua materialização sob o inseparável pressuposto material: são necessários recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais. Os recursos, e sua insuperável limitação, não podem ser encarados como óbice a efetivação dos direitos fundamentais. Nas palavras de Flavio Galdino (2002, p. 189),

A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os individuais – liberdades e propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância (GALDINO, 2002, p. 189).

Na verdade, antes mesmo dos custos se revestirem de inimigo, ou mesmo de um mero artifício ideológico para denegação de direitos fundamentais, a correta compreensão da escassez de recursos, através da análise do custo-benefício, significa um meio de converter o Direito em um poderoso instrumento de transformação social, que vai para além de simples justificativa. (GALDINO, 2005, p. 252)

Para tanto, uma compreensão muito mais profunda do que a mera semântica, decorrente da vagueza vocabular, deve ocorrer. A tradicional afirmativa de que os direitos de primeira geração “não tem preço” e os de segunda e terceira “são custosos” não é somente uma imprecisão: também estimula a ilusão de que os tribunais podem negar eficácia aos direitos sociais sob o fundamento de que possuem custos, ou pior: o receio de estarem diante de escolhas trágicas encontram-se impregnado no subconsciente do julgador, por advir de uma tradição que as retira da dialética hermenêutica, consolidando-o como um preconceito ilegítimo.

Se tanto os direitos classificados como de primeira geração como os de segunda e terceira geração são garantidos e efetivados mediante gastos públicos, não é aceitável que o custo financeiro para a efetivação dos direitos sociais seja o fundamento a justificar a negativa prestacional.

A dissonância da suposta neutralidade econômico-financeira dos direitos de defesa, em relação aos direitos sociais, é bem percebida por SARLET e FIGUEIREDO (2007, p. 187)

É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não

é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 187)

A par da esquizofrenia jurídica, ressaltada por Flavio Galdino (2002, p. 333), não há mais como conceber o Direito como uma ciência “pura” dentro dos parâmetros que a racionalidade positiva impõe. A realidade, materialmente considerada, aflora de forma impositiva, infringindo ao Direito uma crise (permanente) de legitimidade, que somente pode ser vencida quando derrubadas as premissas positivas que o impregnam.

Não há dúvidas que os passos iniciais desta caminhada já foram dados, a exemplo da superação de classificações tradicionais, como a de Jose Afonso da Silva⁴¹, que reverberou na doutrina nacional após a publicação da Carta Cidadã de 1988, ao defender a existência e normas constitucional sem eficácia plena, ou mesmo, a classificação lusa de José Joaquim Gomes Canotilho quanto a natureza mera programática das normas constitucionais, que vinculariam apenas o legislador ordinário.

Entretanto, de uma maneira inexplicável, ainda hoje, o Supremo Tribunal Federal dá voz a classificações que limitam a eficácia dos direitos fundamentais sociais, como a introduzida, no século passado, em nosso ordenamento jurídico por Rui Barbosa, inspirada no Direito norte-americano, que as separam em norma *self-executing* e *not self-executing* (KRELL, 1999, p. 243).

É, justamente, a tradição jurídica positivista que empresta a sustentabilidade teórica das escolhas trágicas. O aspecto formal dos direitos fundamentais sociais não foi, até o momento, suficiente para alterar a tradição positivista incorporada à ordem jurídica nacional, ainda que por meio dele os direitos sociais tenham alçado hierarquia superior (constitucional) e restringidas as possibilidades de revisão e retrocesso.

O aspecto material que se envereda pelo campo axiológico ainda engatinha, obstado pela pré-compreensão de que o direito e moral devem andar em lados opostos, como

⁴¹ Normas constitucionais de eficácia imediata, de eficácia contida, e, de eficácia limitada.

água e óleo. Reconhecer fundamentabilidade aos direitos sociais, não é apenas lançá-los no texto magno (escrito), é conferir-lhes a singular característica de compor-se como princípio da comunidade personificada, a serem observados em pé de igualdade aos direitos de primeira geração, sem o viés ideológico que os distingue, ou melhor, aclarando-se a ideológica por meio de uma prática interpretativa.

A fundamentabilidade dos direitos, sejam eles positivos, sejam negativos, está na proteção que o Estado empresta para a efetivação destes direitos, na medida que reconhecidos como valores comunitários compartilhados pela sociedade, o que se reverte em sindicabilidade, individual, ainda que a obrigação fundamental seja realizada por meio de políticas públicas.

A doutrina reconhece a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais e, vias de consequência, igualmente, dos direitos fundamentais sociais. A dimensão objetiva é relacionada a objetivos e valores comunitários vislumbrados pela sociedade. A dimensão subjetiva se relaciona com a possibilidade de exercício desses direitos por parte do indivíduo enquanto direitos subjetivos. (LIMA VAZ, 2016, p. 251)

Um ordenamento jurídico que limita os direitos fundamentais sociais, mediante o fundamento de seus custos, e, simultaneamente, atribuiu proteção plena os direitos de primeira geração, protegidos sem qualquer menção aos valores para isso despendidos, carece de lógica-jurídica, e até mesmo de racionalidade. Em outros termos, é admitir que há distinção e níveis de direitos fundamentais.

É insustentável um arquétipo teórico onde os direitos fundamentais de caráter positivo são medidos por seus custos, e por eles limitados, enquanto os direitos negativos são, indistintamente, tutelados e garantidos, sem qualquer menção aos valores que demandam. A incongruência é evidente, e a escolha acerca do que o Estado efetivamente protege é ideológica, e por isso, deve ser realizada interpretativamente, e não obscurecida pelo método.

Construções teóricas sólidas, e de repercussão importante, com a teoria interna dos direitos fundamentais de Peter Häberle, ou mesmo, a consagrada teoria de sopesamento e ponderação de Robert Alexy, mesmo que “internalizadas” fora do contexto em que foram concebidas, têm contribuído para amenizar as distorções do

paradigma do juspositivismo nacional, permitindo uma compreensão um pouco melhor dos direitos fundamentais, mas, ainda assim, insuficientes⁴².

Isto porque, em sua grande maioria, partem da existência de colisão entre direitos reforçam a necessidade de confrontar e não de integrar. Com precisão José Emílio Medauar Ommati (2017, p. 31) sustenta que,

Alexy e Dworkin operam com diferentes conceitos de norma e o caráter deôntico dos princípios é dada de maneira distinta em cada um deles. Para Alexy, o princípio tem caráter deôntico porque, como mandado, participa, ao lado das regras, do gênero da norma. Para Dworkin, a normatividade do direito se manifesta concretamente na própria prática interpretativa e não em um sistema lógico delimitado, sendo, portanto, o conceito de norma remetido a um nível pragmático – e não meramente semântico com quer Alexy. Deste modo, não há na obra de Dworkin conceito prévio e abstrato de norma jurídica. Os princípios são normativos em Dworkin porque acontecem, interpretativamente, no interior desta atividade interpretativa que é o direito. (OMMATI, 2017, p. 31).

Diferente da colisão, sob a virtude da integridade, altera-se consideravelmente a perceptiva das escolhas trágicas, retirando-lhe o condão de tudo ou nada, mesmo na falaciosa dimensão fática do reserva do possível. Desmistificar o paradigma categorizador, nada mais é do que iniciar a atividade interpretativa, é pensar na finalidade da categorização, e, assim como na metáfora dworkiana, perquirir os motivos pelos quais se retirar o chapéu diante dos nobres. É, em análise crítica, questionar a adequação da categorização histórico-prestacional na sociedade contemporânea.

4. OS CUSTOS SOB O VIÉS DA INTEGRIDADE

4.1. A alteração interpretativa das dimensões da reserva do possível

⁴² Importante discussão se formou acerca da compreensão dos direitos fundamentais, debatido no ângulo da possibilidade de restrições. Sob uma concepção interna, defendida por exemplo, por Peter Haberle, afirma-se inexistir distinção entre direito fundamental, de um lado, e eventual restrição a este direito de outro, advogando a tese de que ambos compõem a mesma face de um direito fundamental com conteúdo determinado, e, a teoria externa, defendida por Robert Alexy, que partindo de base uma principiológica, admite a restrição de direitos fundamentais mediante operações de sopesamento, por meio de elementos externos, considerando-se a relatividade dos direitos fundamentais, de modo que o conteúdo do direito fundamental advém desta relação – direito *prima face* x restrição (LIMA VAZ, 2016, p. 256).

Sob o viés das escolhas trágicas, nossos Tribunais têm sacrificado os direitos fundamentais de segunda e terceira geração ao argumento da escassez de recursos para implementá-los, entendendo a reserva do possível como condição externa de realização dos direitos fundamentais sociais. Agarram-se, ora, à retórica de que ocorreu a exaustão orçamentária, ora, à semântica de que a garantia constitucional se volta a políticas públicas de saúde, ambos, inadequados ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

A constatação de que todos os direitos possuem custo impõe-se de forma tão firme que é impossível emprestar validade à tese dominante de que a exaustão orçamentaria (seja ela fática, jurídica ou negativa) pode se constituir como elemento externo ao Direito, a limitar tão somente os direitos sociais fundamentais, e assim, condicionar a efetivação do direito fundamental à saúde.

Nossas liberdades em relação à intromissão do Estado não são menos dependentes do orçamento nacional do que nosso direito à assistência do Estado. Ambas as liberdades precisam ser interpretadas. Ambas são implementadas por autoridades públicas que, recorrendo ao tesouro público, dispõe de amplo poder discricionário para implementá-las e protegê-las (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 96)

A existência de custos para a implementação dos direitos sociais fundamentais, longe de ser um óbice, tal qual constantemente utilizada para justificar a ausência de concretização dos direitos fundamentais, deve ser encarada como forma de promover a conscientização e a responsabilidade no exercício dos direitos, aclarado por uma interpretação construtiva. A verdade é que todos os custos ostentam um caráter biface, tanto podem ser vistos como óbices quanto como pressupostos. (GALDINO, 2002, p. 212).

Para se chegar a esta primeira conclusão, e assim refinar a interpretação de modo construtivo, como prática social, é essencial, em uma etapa pré-interpretativa, reconhecer, como regra padrão – vigente como pré-compreensão – a limitação dos direitos prestacionais sob o fundamento da escassez de recursos, muito embora os reconheça formalmente como direitos fundamentais.

A constatação deste padrão de comportamento, consolidado pela repetição automatizada desta conduta, lhe retirar a necessária reflexão, fazendo desaparecer os reais motivos e justificativas deste agir⁴³. Encontrar a justificativa geral desta conduta repetida inconscientemente é dar o primeiro passo na direção do espiral hermenêutico, em busca da conveniência ou não desta prática generalizada. Nas palavras de DWORKIN (1999, 81)

Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral (DWORKIN, 1999, 81).

De fato, a concepção do custo dos direitos como limites à efetivação dos direitos prestacionais, visão hoje consolidada pela teoria da reserva do possível, além de transformar a escassez de recursos em obstáculo a ser superado dentro das angústias das escolhas trágicas, isola metodologicamente o Direito, afastando-o de outras áreas como a moral e a política. A constatação interpretativa se faz na observação de que o método tem sido aplicado indistintamente, sem a abordagem ontológica da hermenêutica filosófica.

É incontestável, por exemplo, que a captação de recursos públicos é realizada de forma constante e permanente, de modo que o completo exaurimento é algo impensável, principalmente, pela dinâmica temporal, o que esvazia a credibilidade da chamada dimensão fática da reserva do possível.

Da mesma forma, ainda que seja possível, por determinado período, falar-se em exaustão orçamentária (momentânea), para a implementação dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, tal fenômeno decorre do deslocamento dos recursos para a implementação de outros (via de regras: liberdades individuais e propriedade), preconizando a dimensão negativa da reserva do possível.

⁴³ Como na fábula do peixe na bandeja, onde após ser questionada pela já idosa bisavó quanto ao motivo de cortar a cabeça e o rabo do peixe - prato tradicional da família - antes de assá-lo em uma bandeja no forno, a bisneta afirmou que sua mãe assim preparava o alimento e que desta forma ficava "mais gostoso". Ficou surpresa ao saber que sua bisavó cortava o peixe, não por causa do sabor, mas porque a única bandeja disponível para o preparo não cabia o peixe inteiro.

Deveras, o que realmente frustrar a efetivação de um direito fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política de não gastar com a proteção deste ou aquele direito.

A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a exaustão orçamentária que impede a realização de um determinado direito. (GALDINO, 2002, p. 214)

Longe de serem trágicas, as escolhas quanto à alocação de recursos para a efetivação deste ou daquele direito, tem caráter político e demandam coerência principiológica na sua distribuição, segundo critérios advindos da comunidade personificada, hipótese que a segregação entre a moral, a política e o direito, intrínseco ao positivismo jurídico, impede de reconhecer.

A consciência de que todos os direitos demandam um fazer, e depende de recursos financeiros para tanto, ressignifica a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, dentro do espiral hermenêutico, especialmente quanto a adequada alocação das verbas públicas, de modo a refletir o horizonte a ser alcançado pela comunidade.

A reformulação da racionalidade padrão, na direção de adequá-la ao que é justificável e aceito, constitui etapa pós-interpretativa, onde o intérprete “ajusta sua idéia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 1999, p. 82)

A conclusão preliminar de que todos os direitos demandam um custo, e, por isso, podem ser vistos tanto como óbice, como alavanca para sua implementação decorre, hermeneuticamente, do avançar na construção interpretativa. Na luz da consciência de que a categorização está ideologicamente impregnada e que as razões desta classificação devem, constantemente, serem posta à prova, centrando-a na linha temporal.

Dentro do paradigma interpretativo da integridade, a escolha quanto a alocação dos recursos, interpretativamente considerada, passa a refletir os anseios da comunidade

quanto àquilo que realmente deve ser efetivado e garantido como direito. A partir de sua normatização (por meio dos orçamentos) alcançam contornos jurídicos, impulsionado como guia mestra. Os custos passam a ser encarados como alavanca que impulsionam a efetivação e não como óbice.

Neste passo, como bem mencionado por HOLMES e SUNSTEIN (2019, p. 188), é importante rememorar que os direitos são invenções institucionais mediante as quais as sociedades liberais procuram criar e manter as precondições necessárias ao desenvolvimento individual, e também, resolver problemas comuns, solucionando conflitos e facilitando respostas inteligentes e coordenadas a desafios, calamidades e crises que atingem todos.

Infelizmente, os debates desenvolvidos pela doutrina pátria quanto a natureza jurídica da reserva do possível, tem trilhado um caminho diferente ao considerá-lo como fator externo, limitador da efetivação dos direitos fundamentais; como limite fático à efetivação dos direitos fundamentais. Isto porque, pressupõem uma segregação não condizente com uma compreensão mais ampla do que efetivamente é o Direito (na contemporaneidade).

Via de regra, buscam a efetivação dos direitos fundamentais sociais na proporção daquilo que o indivíduo pode racionalmente exigir do Estado, materializado no que se denominou ser o mínimo existencial, assim consideradas como as condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado, e que exigem prestações estatais positivas (TORRES, 1989, p. 29). Dentro desta concepção, um núcleo mínimo de direitos está “a salvo” das restrições condicionantes da reserva do possível.

Argumentos racionalmente consistentes são desenvolvidos no interior deste modelo teórico para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, como o elaborado por SARLET e FIGUEIREDO (2007, p. 201), ao sustentar que a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetros mínimos desta efetividade, a impedir, tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos autores estatais.

(...), em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dois deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p 201).

O esforço teórico e filosófico empreendido na defesa dos direitos fundamentais, sob o prisma do positivismo jurídico, prossegue ao se tentar definir um conteúdo material ao que se denomina mínimo existencial, passando por diversos prismas, como a universalidade e a isonomia para a concretização, exercidos mediante juízos de racionalidade e proporcionalidade, inclusive considerando a possibilidade de relativizar a separação dos poderes e do próprio direito, em si.

Entretanto, ao excepcionar e proteger um núcleo mínimo de direitos fundamentais, nomeando-os de mínimo existencial, reforça-se a ideia de que a reserva do possível é óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais, reafirma-se sua condição de limite à efetivação, e, simultaneamente, afasta-se de uma percepção interpretativa que o enxerga como agente impulsionador de inclusão social.

O mínimo existencial, assim posto, nada mais é do que uma resposta racional, dentro do próprio paradigma dos juspositivismo à discricionariedade das escolhas quanto à alocação dos recursos públicos⁴⁴, e, é exatamente neste ponto que reside a guinada metodologia proposta por Ronald Dworkin.

É ingênuo afirmar que a vagueza dos preceitos constitucionais pode ser densificada por meio de dicções que segregam política e direito, como se este fosse um poço de neutralidade, ahistórico, sem dicção ideológica. Ainda que, eventualmente, se obtenha semelhante resultado pragmático, uma justificativa constitucionalmente válida, à luz do Estado Democrático de Direito, deve passar pela virtude da integridade e assim ser capaz de convencer por sua racionalidade hermenêutica.

⁴⁴ É uma proteção sistêmica em prol da efetivação dos direitos fundamentais, sob o paradigma do positivismo jurídico.

Para tanto, em etapa pós-interpretativa, é fundamental compreender o custo dos direitos como meio de sua implementação, e não como barreiras que a impedem. HOLMES e SUNSTEIN (2019, p. 166) relembram que longe de constituírem proteções negativas contra a intromissão do Estado, os direitos civis (dentre eles, por exemplo, direito ao voto e a um julgamento justo), são meios pelos quais os indivíduos são reintroduzidos na comunidade. É neste sentido que os autores norte-americanos afirmam que tanto os direitos de propriedade, quanto os direitos de bem-estar social representam esforços para integrar diferentes categorias de cidadãos numa vida social comum.

Na mesma linha, superar a falaciosa dimensão fática da reserva do possível é o primeiro passo. Em tal situação, o próprio estado desaparece, sendo demagogo o argumento de que existe uma dimensão fática da escassez que impede, tão somente, a efetivação de direitos fundamentais sociais. A dimensão fática, ou seja, a escassez total de recursos, afetará de igual modo os direitos fundamentais, sejam eles categorizados como positivos ou negativos. Sem a estrutura estatal toda a ordem jurídica se desmantela, a barbárie se instaura, e o uso indistinto da força passa a ser fator social determinante. Por isso que é demagogo o argumento, ainda que hipoteticamente possível em casos extremos, como guerras⁴⁵.

De outra monta, toda a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais na dimensão jurídica da reserva do possível, onde as escolhas são realizadas e materializadas pelas vias do orçamento público, reside na pré-compreensão de que o instituto é uma condicionante externa dos direitos fundamentais, que demandam escolhas trágicas.

A escolha de como alocar os recursos, tem natureza política, e longe de ser utópica, é erguida sob uma organização pré-existente, onde já consolidados padrões e ideias de imparcialidade, vislumbrado em uma justa distribuição de recurso e oportunidade, e, um processo equitativo de fazer vigorar as regras e regulamentos que os

⁴⁵ Fora do escopo do presente estudo, em razão do corte metodológico realizado, analisa-se criticamente os problemas teóricos e filosóficos da reserva do possível no Estado Democrático de Direito, em períodos de normalidade.

estabelecem (DWORKIN, 1999, p. 200). Por isso, interpretativamente considerada, desagua na ideia magna defendida pelos norte-americanos HOLMES e SUNSTEIN (2019, p. 91) de que garantir direitos é distribuir recursos, ou mesmo, na versão nacionalidade de que direitos não nascem em árvores acunhada por GALDINO (2002, p. 215).

A opção politicamente estabelecida passa a incorporar o ordenamento jurídico por meio do orçamento público, e sua legitimidade deve ser erguida não apenas nas virtudes tradicionais da política utópica (equanimidade e justiça), mas também, pela virtude da integridade.⁴⁶

Neste ponto, profunda alteração ontológica deve ser promovida para que se adeque o direito às necessidades inclusivas, plurais e complexas da contemporaneidade: a expectativa de efetivação dos direitos fundamentais (negativos ou positivos) deve passar pelo prisma do sacrifício que se espera, racionalmente, dos demais membros da comunidade, dentro de critérios de justiça, equanimidade e integridade⁴⁷, e não, pela escassez de recursos orçamentários decorrente de escolhas discricionárias do Estado, minimizados pela existência de um mínimo existencial.

Em um estado que se pretende democrático de direito, a escolha quanto a distribuição de recurso (e, conseqüentemente, escolha do que proteger e impulsionar) passa ao largo de escolhas arbitrárias e justificadas por argumentos de autoridade, sejam elas realizadas politicamente, sejam elas realizadas na concretização da norma, diretamente no caso em concreto.

⁴⁶ É importante observar que a comunidade personificada já aceita como princípio norteador a possibilidade de controle judicial das opções politicamente realizadas, em análise do caso em concreto. Esta significativa alteração, por si só, é resultado da resignificação das funções do Judiciário, em etapa pós-interpretativa, que vem considerando a possibilidade de controle das opções políticas, em casos extremos, onde omissões se convertem em abuso de direito, por negligenciarem injustificadamente valores constitucionais (REsp. 1.889.201/SC).

⁴⁷ A escolha acerca do direito que deve ser impulsionado é histórica e temporalmente situada, tomando-se em consideração o estágio de desenvolvimento em que a comunidade se encontra, mas não é por eles determinada. Os objetivos que uma sociedade pretende alcançar apenas partem deste pressuposto histórico, que considerados em uma concepção principiológica, lança bases para uma atitude interpretativa.

Por certo, que dentre os direitos fundamentais, liberdade e propriedade, devem ser priorizados, pois constituem pilar da sociedade liberal contemporânea. A par, e em igual importância, o direito à saúde, por vindicar a própria vida, é tão importante quanto os primeiros (ou mais). Sem a vida, não há de se falar em qualquer outro princípio, entendê-los sem nivelá-los, tomando-os em pé de igualdade uns com os outros, é sem dúvida uma atitude interpretativa.

Infelizmente, toda a retórica construída em prol da exaustão orçamentária é fortalecida por fundamentos semânticos, costumeiramente utilizados para se esvaziar o direito fundamental à saúde, que, extraídos da própria dicção constitucional: “realizado mediante políticas públicas”⁴⁸, passam a justificar a discricionariedade na efetivação dos direitos fundamentais.

Discricionariedade esta, que na via judicial, remete à aplicação de técnicas interpretativas apoiadas na segregação tradicional do direito entre questões de fato e de direito, que, ao desconsiderar os fundamentos da hermenêutica filosófica, resvala negativamente nos direitos fundamentais, esvaziando sua sindicabilidade ao blindar do controle judicial as medidas tomadas mediante arbítrio do Estado.

Deverás, o que mais salta aos olhos, e por isso requer verdadeira atitude interpretativa é a proteção que positivismo jurídico empresta à discricionariedade. Autoriza-se a discricionariedade política quanto à escolha - como e onde alocar os recursos - ao mesmo tempo em que a protege, judicialmente, sob o manto de sua segregação com o direito. O resultado é inevitável: enfraquecimento dos direitos fundamentais.

A guinada metodológica altera a percepção do custo dos direitos, fazendo com que eles sejam meio de promoção dos direitos, transmudando, sua natureza. Tal alteração traz grande reflexo na sindicabilidade dos direitos fundamentais, alterando, significativamente, a concepção de direito subjetivo para incluir a possibilidade material de concessão, por reduzir a discricionariedade.

⁴⁸ Art. 196 da CF/88. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

Visto sob o prisma linguístico, não é demais lembrar que o juízo de valor impregnado nas classificações não está ligado a critérios de correção, mas sim, ontologicamente, à sua utilidade no seio social, mediante sua coerência *factual*. Referida observação nos leva à sugestiva expressão utilizada por HOLMES & SUNSTEIN (2019, p. 17) de que os direitos assim reconhecidos “tem dentes”, na medida em que encarnam a possibilidade de serem exigidos judicialmente por meio de um remédio jurídico apto a concedê-lo em caso de violação.

Os direitos (...) não são nem dons de Deus nem fruto da natureza; não se garantem por si mesmo e não podem ser protegidos de modo confiável por um Estado insolvente ou incapaz; não constituem um estímulo ao egoísmo irresponsável; não implicam que os indivíduos sejam capazes de assegurar sua liberdade pessoal sem a cooperação da sociedade; e não são pretensões inegociáveis (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 187)

Assim veiculados, exige-se uma prestação jurisdicional capaz de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, mediante tutela que incorporem os princípios que norteiam a distribuição dos recursos públicos, proferida tal qual na metáfora do Juiz Hercules.

Isto significa contextualizar historicamente os direitos a serem tutelados, tomando-os como opções políticas e morais, devidamente agregadas ao conjunto normativo da comunidade. E mais, impõe como estritamente necessária a justificação da decisão judicial com o exaurimento dos argumentos postos a jurisdição⁴⁹ de modo a dar coerência principiológica ao romance escrito, agregando e afastando, a tese de que somente os direitos fundamentais possuem custos.

Deve, inegavelmente, analisar as restrições orçamentarias como um todo, que afetam tanto os direitos de primeira como de segunda e terceira gerações, para rechaçar o mito de que somente estes demandam os limitados recursos públicos. Deve, na verdade, encarar a natureza política das escolhas para compreendê-la com conseqüência do próprio direito vindicado.

Isto porque, segundo HOLMES e SUNSTEIN (2019, p. 192), o custo dos direitos não se limita a suscitar questões de transparência democrática e prestação de contas no

⁴⁹ COURA (2009, p. 270), relembra que “diferentemente da prática atualmente consolidada, juízes e tribunais devem levar em consideração os argumentos apresentados pelas partes e seus advogados, exigência que deverá ser garantida pela análise e efetivo controle da fundamentação de cada decisão.”

processo de destinação dos recursos; também nos introduz inesperadamente no próprio âmago da teoria moral, propondo-nos questões de equidade e justiça. Do mesmo modo, é ainda imprescindível que o juízo de valor empregado na decisão seja aberto e claro o suficiente a críticas, revisões e debates na ordem democrática, inclusive a autorizar seu controle por meio de freios e contrapesos.

A propósito de uma conclusão do presente tópico, o que se está a enfatizar é que a manutenção do paradigma jus-positivista, ainda que busque a efetivação dos direitos fundamentais sob viés do mínimo existencial e sua proteção contra a discricionariedade (por meio do mínimo existencial) somente reforça a condição limitadora do custo dos direitos, sempre encarado na perspectiva das escolhas trágicas, do tudo ou nada.

O que se propõe é uma reorientação filosófica da reserva do possível que vislumbrada sob a ótica hermenêutica, necessita de uma interpretação construtiva para que alavanque os direitos fundamentais dentro dos princípios que norteiam a comunidade personificada, reforçando assim, a opção democrática e de direito do Estado contemporâneo.

4.2. A virtude da integridade e o custo dos direitos

O desalinhamento das escolhas políticas quanto à alocação de recursos, constatado pelo evidente enfraquecimento dos direitos fundamentais, principalmente os prestacionais, alinhado à proteção judicial dada à discricionariedade quanto as escolhas tomadas diante de recursos limitados, é um dos motivos da crise de legitimidade pela qual passa o Estado Democrático de Direito.

Significativa alteração na compreensão do que, realmente, é o Direito pode se traduzir em um caminho que reaproxime os ideais de justiça, equanimidade e integridade, na busca de uma sociedade que garanta o “mínimo existencial”, sem que os limites decorrentes da escassez sejam encarados sob a ótica de sacrifícios, de escolhas trágicas.

A significativa redução da discricionariedade (legislativa e judicial) é uma via que pode ser alcançada pela hermenêutica filosófica, ao se ressignificar o direito (e seus

institutos) como prática interpretativa, e, uma das formas de compreendê-lo, é por meio da metáfora dworkiana do Juiz Hercules e do romance em cadeia, abordados na primeira parte.

DWORKIN (2002, p. 36) enfatiza que a metáfora do Juiz Hercules somente é possível se for superada a segregação do direito com política e moral, agregando-se a virtude da integridade ao direito para compreendê-lo como uma concepção interpretativa, principalmente, nos casos difíceis, onde comumente se recorre a padrões que não funcionam como regra, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vai promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

As demandas judiciais que exigem a efetivação dos direitos fundamentais, sobremaneira o direito a tratamento que demandam medicamentos de alto custo, possuem natureza complexa, por colocarem em xeque a distribuição dos recursos nas duas acepções: política e jurídica. É neste aspecto que a tradição positivista se mostra incapaz de dar solução (legítima) aos casos postos a jurisdição, dando azo à criação e expansão da teoria contrafactual da reserva do possível.

A dicotomização do debate judicial entre direito a vida *versus* questões orçamentarias, ou mesmo entre, direitos individuais *versus* direitos coletivos, leva à indesejável posição das escolhas trágicas, como já mencionado. Por certo, diante deste tipo de entendimento, nada mais há a fazer do que dar-se ao sacrifício de um dos direitos. A opção tudo ou nada passa a ser a única.

O modo subsuntivo de aplicar o direito reduz o ângulo de efetividade da norma, enquadrando-o na tradição dicotômica que leva ao caminho das escolhas trágicas, do confronto e da colisão dos direitos. A compreensão da escassez de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, em uma acepção interpretativa pode integrar os custos aos anseios da comunidade personificada e assim evitar que se chegue a

incomoda posição das escolhas trágicas. Isso é possível pela via da integridade, na medida em que a atitude interpretativa incorpora normativamente os princípios (e fundamentos) repensando a sua efetividade não apenas em termos normativos, mas como prática social.

Traçando alcance distinto para os argumentos de princípio, vinculados à toda a comunidade, DWORKIN (2002, p. 36) estabelece que estes visam atingir um estado de coisas, um senso, tomado por decisões estratégicas. Tal distinção, em uma visada descuidada, levaria a equivocada crença de que o direito fundamental à saúde é desprovido de normatividade e revestir-se-ia, apenas, em mera política pública, em razão da apropriação semântica do texto constitucional.

Ao contrário, esse arranjo teórico não esvazia o caráter normativo do direito à saúde. Ele, conforme já ressaltado, possui carga normativa bem mais densa que o conceito tradicional de Política.

Sua aplicação, e concessão individual por meio das tutelas judiciais, não pode ocorrer por meio de simples subsunção dos fatos à norma⁵⁰. Neste aspecto, a integridade passa a ser fator de distinção metodológica que pode dar suporte às necessidades de legitimação. A compreensão de que os direitos devem ser reconhecidos e efetivados depende de seu alinhamento como os princípios e políticas que norteiam a comunidade, por meio da atitude interpretativa tanto na atividade legislativa, como na atividade judiciária. Tudo por meio da virtude de integridade

A natureza ontológica da linguagem é a linha mestra da efetivação do direito. Sua normatividade é resultante do movimento de integração ao direito, com fim precípuo de estabilização, situação muito distinta da subsunção dos fatos à norma - típico do positivismo. Em outros termos: o dilema das escolhas decorre do modo estante de se interpretar, compreender e aplicar o direito sem que seus custos sejam observados corretamente.

⁵⁰ Premissa maior: (a) a saúde é direito de todos e dever do Estado; premissa menor (b) existe a necessidade individual de tratamento à saúde de alto custo; conclusão (c) deve ser concedida a tutela.

A percepção hermenêutica de que os momentos são únicos e inseparáveis (dentro do círculo hermenêutico) altera consideravelmente o empreendimento político ao passo que a compreensão da *policy* dworkiana torna inseparável o direito de seus custos. A efetivação e custos passam a ser vistos do mesmo lado da moeda, e não em lados opostos.

A virtude da integridade, como virtude política, insiste que cada cidadão aceite as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas, por esta razão, a integridade, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania (DWORKIN, 1999, p. 230).

Trata-se de uma acepção axiológica, onde os valores a serem protegidos devem guardar intrínseca relação de fundamentabilidade com a comunidade personificada, ao ponto de serem formalmente garantidas por meio de um texto magno, em íntima relação entre política, moral e direito.

Por esta razão que o reconhecimento (e, por ser um momento ontológico único, a efetivação) de um direito fundamental, admitido como tal pela comunidade personificada não impõe, necessariamente, um sacrifício, mas sim um objetivo a ser alavancado, dentre vários existentes (ainda que isso signifique uma renúncia temporária de proteção a outros direitos). São indissociáveis da própria existência e finalidade do Estado, como já mencionado: estão do mesmo lado da moeda, não são antagônicos.

A dimensão axiológica dos direitos fundamentais sociais é melhor compreendida na metáfora do romance em cadeia, ao se reconhecer, como firme fundamento (como princípio) a proibição de retrocesso⁵¹ na concretização dos direitos fundamentais.

⁵¹ Não é exagero afirmar que o princípio da proibição ao retrocesso atingiu patamares de universalidade ao ser encampada por todas as correntes teóricas e filosóficas do Direito Contemporâneo, sendo, inclusive textualmente reconhecido em Pactos Internacionais, como o art. 2.º-1 do PIDESC (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), no qual os Estados Partes se comprometem a “assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos contidos no presente Pacto...”.

Este, sem sombra de dúvidas, é o primeiro e mais importante princípio a ser considerado na concepção do direito como prática interpretativa, vinculada à efetivação dos direitos fundamentais.

Cada romancista deve avançar na história trilhando o caminho que impede o retorno, que impede o retrocesso no encadear do romance. Isto significa que, além de proteger o pouco já existente, tem o dever de, progressivamente, concretizar os direitos fundamentais e garantir sua contínua efetivação.

Os capítulos que garantiram e efetivaram os direitos de primeira geração já foram escritos, e incorporados ao horizonte histórico da sociedade, de tal modo, que debates acerca dos custos destes direitos foram, claramente, superados e deixados no passado, na consolidação dos fundamentos que nortearam a formação do Estado Liberal⁵². A lição transposta para o próximo romancista é cristalina: os custos não são óbices à efetivação dos direitos, mas sim meio para sua concretização.

Defender a ideia de que o custo dos direitos sociais, por representarem prestações positivas representam óbice à sua efetivação, e ainda, sustentar que a existência de um núcleo mínimo de direitos que estaria a salvo da cláusula da reserva do possível, aferível judicialmente mediante controle de omissões e abusos estatais é retroceder no romance. É apresentar uma justificativa apenas formalmente válida, na medida que reforça a ideia de limitação.

Ainda que se amplie o conteúdo material do mínimo existencial, nele incluindo o conjunto de prestações que assegurem uma vida digna, a ser alcançada para além da sobrevivência, ainda assim, estar-se-á diante de uma exceção, que apenas reforça a regra padrão limitadora.

Por mais esta razão, a legitimidade das decisões judiciais, tomadas no Estado Democrático de Direito, não pode limitar-se à plenipotência da regra, tal qual no

⁵² Importante crítica apresentada por SARLET (2015, p. 476) deve ser ressaltado: “no embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta para a afirmação do Estado necessário (...)”

paradigma liberal, mas sim, uma comunhão hermenêutica-existencial de valores reconhecidos, recíproca e publicamente, pela comunidade personificada.

O custo da efetivação dos direitos fundamentais, se historicamente situados, dentro do horizonte histórico da sociedade, não é um óbice à sua fruição, é na verdade meio para sua concretização. Em interessante passagem GALDINO (2002, p. 197), aponta como esta vinculação é intrínseca

Um exemplo é sugestivo, justamente a propósito de uma prestação hoje entendida como direito fundamental social - o direito à assistência médica. Se hoje tal direito é entendido como fundamental, assim não ocorria há alguns séculos, época em que a assistência religiosa situava-se muito acima daquela na hierarquia valorativa da sociedade, sendo preferida a assistência de um padre a de um médico. Nesta sociedade, sendo (como de fato eram) escassos os recursos públicos (na medida em que a expressão é aceitável em relação ao período histórico em questão), a sociedade escolhia sem desassombro a prestação religiosa em detrimento da médica.

As prioridades e os recursos para implementação do direito fundamental à saúde – transvestida em proteção judicial – são diretamente influenciados pelo tempo, lugar e hábitos (horizonte histórico) da comunidade personificada. Do mesmo modo, influenciam diretamente a concepção de direito, moldando sua essência. Por isso o reconhecimento do custo dos direitos como parte integrante do próprio direito induz uma compreensão mais ampla do que a fornecida pela tradicional dicotomia positivista.

Os limites daquilo que deve (ou não) ser implementado, bem como, a forma de controle (pela via judicial) da aplicação os limitados recursos, não podem estar materialmente fundados na plenipotência da norma e na permissividade da discricionariedade das escolhas (tanto jurídica, como política).

Esta é a guinada paradigmática necessária à adequação aos anseios da comunidade no Estado Democrático de Direito. Demonstrado que os direitos fundamentais possuem um custo, sua imperiosa efetivação não depende de sua caracterização como individual ou coletivo, como positivos ou negativos, muito pelo contrário, devem ser vistos como um único elance, interligados umbilicalmente para sua concretização.

Isto porque, sob uma concepção interpretativa, sua intrínseca condição linguística-hermenêutica é idealizante, e fonte de concretização, nas palavras de Menelick Carvalho Netto (2004, p 26),

Ora, se, superando os supostos de uma filosofia da consciência, tematizarmos a condição humana como condição linguística, discursiva, hermenêutica, veremos que a nossa própria realidade cotidiana e inafastável é permeada de idealidades, de pretensões idealizantes, constitutivas da capacidade linguística como tal. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 26)

Renomado autor, reforça ainda que o incremento da atividade judicial, decorrente do paradigma do Estado Democrático de Direito, demanda decisões que retrabalhem construtivamente os princípios e regras do Direito vigente, a fim de satisfazer, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença, tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como na certeza do Direito, como sentimento de justiça realizada.

Neste sentido, a discricionariedade judicial, aplicada inexoravelmente quando do esvaziamento do texto legal, no paradigma positivo, cede lugar ao dever de racionalidade e segurança necessária à efetivação dos direitos fundamentais. A racionalidade em que se funda a decisão deve ser reflexiva e os paradigmas que a sustentam confrontados na própria decisão judicial (de forma hercúlea). O próprio eixo de sustentação epistemológico deve ser posto à validação e conformação com os princípios da comunidade personificada, sobretudo, da integridade.

É a reflexibilidade acerca dos pilares fundamentais da sociedade que os esclarece. Pela atitude reflexiva, a permissibilidade das decisões discricionárias pode ser posta à prova, principalmente, quanto à atividade judicial. A exposição clara das razões da escolha é que permite o mais democrático dos controles: o realizado racionalmente pela comunidade personificada.

O que realmente é intransponível, tanto na atividade legislativa, como a judicial é a necessidade de uma justificação apropriada para a decisão tomada, tendo por base a expressiva importância que o direito protegido tem para a comunidade personificada. É isso que torna a decisão adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, protegendo os direitos fundamentais sociais, inclusive, quanto ao retrocesso.

Também na atividade legislativa (ainda que enraizada culturalmente a possibilidade de discricionariedade), deve ser incorporada a virtude da integridade, como meio racional de justificação, de modo a permitir o controle das atividades em caso de retrocesso, omissões e abusos, que afetam a efetivação dos direitos prestacionais.

Nada está a impedir que em uma atitude interpretativa mais aguda, até mesmo a tradicional proteção judicial dada às escolhas políticas, sejam mitigadas e permitido o controle judicial, por meio das justificativas a elas emprestadas – até mesmo porque, de maneira lenta e gradual, esta direção já foi tomada ao se permitir o controle em casos extremos de retrocesso e de omissão, como decidido no julgamento do REsp 1.889.201/SC⁵³.

Muito embora a possibilidade seja utópica, e demandaria uma reflexão mais profunda quanto à concepção democrática e o modo com que o controle das funções estatais é realizado, é da própria essência da atividade interpretativa a reflexão crítica dos institutos, com a conseqüente conformação com os princípios aclamados como fundamentais⁵⁴.

Em considerações finais, referente ao presente tópico, as concepções paradigmáticas do positivismo enfraquecem a efetivação dos direitos fundamentais, ao permitirem a oposição da reserva do possível ao direito fundamental à saúde (e por vias finais, à vida). A estabilização desta teoria em níveis subconsciente naturalizou a certeza de que a ausência de recursos é um óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais, constituindo verdadeiro *topos* de onde as decisões são tomadas.

A validade da cláusula da reserva do possível, sob este viés, é apenas formalmente sustentável. O fundamento de que não há recursos disponível para a efetivação dos

⁵³ Referenciado anteriormente na nota de rodapé nº 46, cuja parte da ementa aqui nos interessa foi assim publicada: "VIII. O acórdão recorrido, à luz dos fatos e circunstâncias presentes nos autos, concluiu que, embora a intervenção judicial excepcional, no âmbito das políticas públicas do Executivo, não "seja aprioristicamente vedada, (...) convém reconhecer um legítimo campo de atuação prioritária do Executivo: a definição das políticas públicas que serão desempenhadas pela Administração. Em casos extremos, de omissão que se torne praticamente um abuso de direito, negligenciando injustificadamente valores constitucionais, a intervenção jurisdicional não é apenas admissível, mas imprescindível. Na espécie, porém, não está demonstrada essa ofensa transcendente"

⁵⁴. Estudos que, no presente momento, estão limitados pelo corte metodológico.

direitos sociais fundamentais, sobretudo, à saúde mediante a dicotomia que nos leva a escolhas trágicas, é materialmente inconsistente. A proteção estatal à vida (digna, portanto, saudável) é razão existencial do Estado, sua proteção constitui a sua essência diante do caos e da insegurança que a ausência estatal pode provocar.

A ressignificação da cláusula da reserva do possível, de forma interpretativa e construtiva não permite concebê-la como óbice à efetivação, nem mesmo, como mecanismo de enfraquecimento dos direitos sociais fundamentais. Ela vai ocorrer, inevitavelmente, no âmbito do Estado-Juiz⁵⁵, quando violados o direito à saúde, e inacessíveis os tratamentos médicos essenciais para tal.

Ao conceber materialmente o que é possível executar, diante daquilo que o Estado, em sua própria existência significa, torna-se primordial a observação do que a comunidade personificada compreende como princípio norteador, inclusive em suas acepções moral e política. Neste aspecto, o retorno à concepção de Estado que seja indiferente à efetivação dos direitos fundamentais sociais é algo impensável dentro do espiral hermenêutico, por constituir verdadeira negação das virtudes da equanimidade, do devido processo legal, e sobretudo, da virtude da integridade.

⁵⁵ Ainda que a integridade legislativa possa (e deva) ser o caminho para a evolução do ordenamento, é no judiciário, mediante o caso em concreto, que a aplicação do direito se torna efetiva.

PARTE 03:

AS PRÉ-COMPREENSÕES E A SAÚDE NA CORTE SUPREMA

“O significado da Constituição e a garantia dos direitos fundamentais dependem do processo hermenêutico que atribui sentido aos textos normativos em cada contexto de aplicação, à luz do paradigma sob o qual se constrói a jurisdição constitucional”.

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

5. O DESENCADEAMENTO DO ROMANCE

5.1. A coerência estratégica das decisões do STF.

O descompasso das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao custo dos direitos se evidencia, sobremaneira, quando o tema analisado é o direito fundamental à saúde. A ausência da correta compreensão do custo, decorrente de uma tradição eivada de preconceitos ilegítimos, mostra-se relevante, principalmente, nos casos limítrofes de tratamentos de alto custo onde a existência de um suposto dilema entre o direito à vida e questões de ordem financeira-orçamentária evidencia a tradição jurídica e os preconceitos ilegítimos por ela obscurecidos.

Muito embora grandes avanços têm sido alcançados quanto ao tema, ao longo dos mais de 30 anos de uma Constituição Cidadã, o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, talvez seja a ultrapassada atitude de interpretar a constituição em base formais, fruto do jus-positivismo, e da prevalência de operações meramente silógicas, em prejuízo à finalidade precípua da constituição (KRELL, 1999, p. 249)

A natureza político-social dessas normas [constitucionais] impõe a necessidade de métodos de interpretação específicos. O modelo dominante no Brasil sempre foi de perfil “liberal-individualista-normativista”, que nega a aplicação das normas programáticas e dos princípios da nova Constituição. Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política do Judiciário”, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo desse modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material, ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico (KRELL, 1999, p. 250)

A toda evidência, no caminho da efetivação do direito fundamental à saúde, a prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que nos interessa no presente tópico, revela-se em fase de expansão qualitativa e quantitativa, ao exigir uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e de seu respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma resposta constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais (SARLET e ZOCKUN, 2016, p. 136)

Alçado ao patamar constitucional o direito fundamental à saúde universalizou-se a ser garantido pelo Estado, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988), transmudando-se em verdadeiro direitos subjetivos⁵⁶.

Inobstante à incorporação, também no texto constitucional, do modo de financiamento do sistema de saúde, unificado em todo território nacional, através de um sistema complexo de tributação, que toma por base de cálculo a atividade produtiva da comunidade como todo, o direito à saúde tomou corpo e condição de exigibilidade sempre que negados no plano fático, os tratamentos necessários à efetivação do direito à saúde.

O financiamento da saúde por meio da tributação na forma disposto no art. 195 da Constituição Federal de 1988⁵⁷, repercutiu na tradição jurídica, e reforçou o critério categorizador ao trilhar caminho “racional” de que havendo contribuição (tributação) a efetivação do direito à saúde está intimamente ligada a seu custo. De fato, reforçou-se a ideia de que somente os direitos de segunda e terceira geração possuem custos (e por isso cobertos por tributos específicos). Tanto que, foram criadas as respectivas fontes de custeio, como garantidora da atividade estatal⁵⁸.

Neste campo, as decisões iniciais, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, do Supremo Tribunal Federal para fins de garantir os direitos fundamentais à saúde, mediante o fornecimento de medicamentos e tratamento de alto custo (casos limítrofes) refletiram, os modelos teóricos pautados na categorização prestacional, decorrente de uma tradição positiva que além de discricionária (e longe de trazer segurança jurídica), caracteriza-se pela completa inadequação aos fins que se propõem. Nas palavras de Flavio Galdino (2005, p. 270)

⁵⁶ Na acepção de Holmes e Sunstein (2019), direitos que possuem “dentes” – aqueles que podem ser exigíveis e que, caso violados, desencadeiam a coerção estatal.

⁵⁷ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

⁵⁸ A força da tradição é tão intensa que não se fala, no texto constitucional de custeio para as atividades estatais que garantem direitos de primeira geração. Muito pelo contrário, é nítida a omissão neste sentido, e obscuras as formas de custeio estatal destas garantias.

A inadequação do sistema jurídico brasileiro é patente e acarreta semelhante ineficiência na distribuição de recursos, em um espaço em que miséria e desperdício traçam linhas surreais de combinação. Há décadas decanta-se a crise do sistema jurídico brasileiro, que já atravessou movimentos democráticos e até a promulgação de uma construção dirigente e ainda é dito: o direito brasileiro está em crise. Crise permanente. (GALDINO, 2005, p. 270-271)

Antes mesmo de ser reconhecida a repercussão geral do tema⁵⁹, em 2007 (julgada em 11/03/2021) as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁰ caminharam do modelo teórico da utopia, com o reconhecimento dos direitos sociais pautada na crença da inesgotabilidade dos recursos públicos, para o modelo teórico da verificação da limitação dos recursos, por simples ato discricionário, sem qualquer critério racional hermenêutico.

As decisões representativas deste primeiro período⁶¹, além de afastar a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de medicamentos ou tratamento médico, deixam claro que o direito à saúde é entendido como jurisdicionalmente tutelável e que deveria ser efetivado pelo Estado de forma “plena” e “universal”, cabendo ao judiciário atuar quando o Poder Público fosse omissivo de forma “anômala”, “arbitraria”, intolerável, ou por comportamento “desviante” (WANG, 2008, p. 544).

Acórdão redigido pelo Ministro Celso de Mello, relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 271.288 AgR/RS, julgado em 12/09/2000 pela Segunda Turma, bem representa o

⁵⁹ O Tema 06 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal trata do “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”.

⁶⁰ Para fins metodológicos, é importante esclarecer que, partindo dos estudos realizados por Daniel Wei Liang Wang (2008), e, publicados na Revista de Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008, foram agrupadas e recolhidas as seguintes decisões RE-AgR 271286, RE 393.175, RE 242859, RE 267612, RE 195192, RE 256327 e o RE-AgR 268479. Alcançadas por pesquisa realizada na seção “Jurisprudência? Pesquisa de Jurisprudência”, pela expressão “direito adj3 saúde”, de onde foram selecionados o RE-AgR 255627, o RE-AgR 259508, e o RE 226835. Já no acompanhamento pelo “Sistema Push” do Tribunal, houve acesso ao RE-393175, à ADPF 45, à STA 91 e às SS 3231, 3158, 3183, 3073 e 3205, ambas limitadas temporalmente entre janeiro de 2000 e junho de 2021. A partir dessas decisões, foi feita uma pesquisa em busca de precedentes por eles citados.

⁶¹ AgRg no RE 273834, RE 198265 e RE 232335. As decisões proferidas nestes processos são por diversas vezes citadas em outras, inclusive como fundamento principal, sendo, por esta razão o melhor representativo deste modelo teórico (utópico).

modelo da utopia aqui apontado, exatamente pelo enorme número de vezes em que é citado por outros Acórdãos⁶².

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

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

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

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

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

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Entendendo os custos financeiros como algo externo ao Direito, o Supremo Tribunal Federal, neste primeiro momento, reconheceu que os direitos subjetivos fundamentais precediam e eram independentes de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização.

⁶² Citado como precedente pelo RE 248304, AgRg no RE 271286; ADPF 45/DF; AI 570455/RS; AI 462563/RS; AI 537237/PE; AgRg no AI 486.816-1/RJ; AgRg no RE 259508/RS; RE 297276/SP; RE 342413/PR; RE 353336/RS; RE 393175/RS.

Mesmo que superando os paradigmas semânticos criticados por Dworkin (para reconhecer a normatividade dos direitos fundamentais), as decisões proferidas pelo Supremo, nesta primeira fase, não ultrapassavam o convencionalismo, ligado ao dever estatal de conceder o integral suporte às prestações socialmente reconhecidas na Constituição, seguindo o paradigma do Estado de Bem-Estar Social, independentemente de seus custos.

Tanto que tutela dos direitos à saúde já era analisada e concedida sob o viés do tradicional tríduo da responsabilidade, reforçando o convencionalismo e autorizando a intervenção judicial somente em casos de ilicitudes (inclusive omissivas), sem qualquer menção direta ao custo dos direitos. WANG (2008, p. 545), como relação a este período inicial ressalta que

[...] na visão do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde, apesar do seu *status* de direito fundamental constitucionalmente consagrado, poderia não ser tutelado pelo Poder Judiciário quando a sua não realização pelo Estado fosse devido a um comportamento não arbitrário, tolerável, não anômalo ou por comportamento não desviante. Aparentemente estes adjetivos não faziam referência à questão dos custos envolvidos na efetivação dos direitos à saúde e nem à escassez de recursos (WANG, 2008, p. 545)

O modelo teórico da utópica foi ressaltado em importantes decisões como na Pet 1.246, onde o Ministro Sidney Sanches afirmou que “em matéria tão relevante como a saúde, descabe disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”. No RE 342.413/PR, onde a Ministra Ellen Gracie defendeu que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”.

Seguindo na mesma linha, o Ministro Marco Aurélio no RE 195.192/RS afirmou que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”, e o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do AI 537.237, “a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito”.

A evidente desconformidade do modelo utópico, sobremaneira utilizado neste período inicial, se justificava, apenas e tão somente, pela indistinta aceitação fantasiosa do

ideal do Estado Social de Bem-Estar, tomado como verdade inegável, como *topos*⁶³, de onde partiam as decisões judiciais.

O isolacionismo do Direito, em relação às demais ciências, marcou este primeiro momento até o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Melo, e posteriormente, da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91 e da Suspensão de Segurança (SS) nº 3.073, estes de relatoria da então presidente do STF, Ministra Ellen Grace⁶⁴, quando então, inaugurando a adoção do modelo teórico da verificação das limitações dos recursos, foi encampada a teoria da reserva do possível.

A STA 91 de 02.2007 foi decidida de forma qualitativamente diferente quando comparada com as decisões anteriores do STF envolvendo pedido de medicamentos [...] todas as decisões concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. [...] até então, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico (WANG, 2008, p. 543)

Encarando o custo financeiro como limite à efetivação dos direitos à saúde, dentro do respectivo modelo teórico, a Sustação de Tutela Antecipada nº 91 desobrigou o Estado do fornecimento de medicamentos de alto custo, em razão da necessidade de se racionalizar os gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Sob este modelo teórico, revigorou-se o interesse na categorização prestacional dos direitos fundamentais e nas palavras de Flavio Galdino (2002, p. 174)

O operador jurídico, ainda sem conseguir incluir de tudo a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta ao menos as impossibilidades materiais das prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações sejam expressamente previstos no texto constitucional e, nesta qualidade, sejam reconhecimento em sede jurisdicional. (GALDINO, 2002, p. 174)

Mesmo como o alargamento da análise e dos fundamentos decisórios, a justificativa emprestada para legitimar as decisões passaram longe de serem adequadas ao paradigma da integridade (entendida como o melhor para o Estado Democrático de

⁶³ Um catálogo de *topoi* pressupõe a existência de um lugar comum onde enunciados são aceitos como verdadeiros, ainda que baseados em opiniões, exemplos ou indícios. A concordância quanto aos tópicos os tornam, de forma cega e obscura, parâmetros inquestionáveis sob os quais se iniciam os silogismos subsequentes (ADEODATO, 2018, p.130).

⁶⁴ Os dois últimos, de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgados em fevereiro de 2007.

Direito). Voltando os olhos para a eficiência no trato com os recursos públicos, as decisões proferidas no STA 91 e na SS 30.373, evidenciaram a aproximação com o pragmatismo dworkiano.

Na decisão da STA 91, a Ministra Ellen Gracie, textualmente, reconheceu que “a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”, demonstrando sua preocupação com a eficiência do sistema de saúde, em um futuro próximo. A preocupação com os resultados da decisão e a busca pela eficiência, alcançada de maneira prospectiva foi a tônica da decisão proferida na STA 91. Tentou-se introduzir, ainda que desastrosamente e sob viés ideológico obscuro, a realidade material para dentro do raciocínio jurídico. Nas palavras de GALDINO (2005, p. 261)

Ocorre que o raciocínio de eficiência e de resultados é um raciocínio prospectivo, para o futuro, que envolve a análise de inúmeras variáveis e racionalidades não precipuamente jurídicas – o traço fundamental da administração gerencial é a ênfase no controle de resultados, em vez de centrar-se no controle de procedimentos (que evidentemente não pode ser completamente desconsiderada). (...) Não se pode admitir a construção de uma eficiência no plano jurídico que seja divorciada das condicionantes sociais, políticas, econômicas, como se fora uma *teoria pura* da eficiência no Direito, pois isso retiraria as melhores perspectivas da eficiência que laboram justamente no sentido de se constituir o canal de comunicação entre as análises econômicas e as jurídicas (GALDINO, 2005, p. 261).

Indo além da ponderação abstrata da irrelevância das questões financeiras-orçamentárias – típico do modelo teórico da utopia – após o julgamento da STA 91, questões envolvendo as consequências econômicas das decisões ganharam espaço, mas, ainda com pouca clareza de argumentação para fundamentá-las (WANG, 2008, p. 552).

A mudança do modelo teórico, ocorrida a partir do julgamento da STA 91, foi precedida pelo debate ocorrido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, onde o Ministro relator considerou a existência de limites financeiros ao reconhecimento do direito à saúde (pela primeira vez), muito embora, não o tenha admitido como óbice.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a

incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Ainda ligada ao modelo teórico anterior (da utopia), apesar de apontar para uma realidade limitadora, nela o STF rechaça a tese do reserva do possível, nas palavras do Ministro relator

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Os critérios de coerência da decisão que preconizaram a alteração do modelo paradigmático, esboçados na ADPF 45, pautaram-se na consistência sistêmica (dentro do *topos* de efetivação dos direitos fundamentais) e da congruência social (necessidade de ser reconhecer limitações de ordem prática), vinculados ao modelo convencionalista que preconiza a segurança como meta inabalável.

O *topos* integrante do pré-conceito, e entendido como verdade pela tradição se fez presente na convenção (ou mesmo na convicção) de que o Estado se reveste no papel de provedor. Assim, apesar de reconhecer a existência da limitação de recursos, somente se fez, para reafirmar a tradição já consolidada.

Diferentemente, no julgamento da STA 91, o STF além de reconhecer a existência da limitação, esta foi o elemento racional que deu sustentabilidade à tese da reserva do possível para afastar a obrigação estatal de custear tratamento de alto custo. Distantes três anos, uma da outra (ADPF nº 45 foi julgada em abril de 2004, e a STA 91 em fevereiro de 2007), as decisões, longe de representarem uma evolução (dentro do espiral hermenêutico) representaram apenas a *doxa* da corte suprema. Ilhas tematicamente isoladas.

Fato é, que tanto as decisões que se pautavam no modelo teórico da utopia, como os posteriores que passaram a reconhecer a ausência de recursos como limites da prestação estatal, pautaram-se em fundamentos positivistas (categorizadores) que

evidenciam a disparidade (e isolacionismo) existente entre os direitos fundamentais e a realidade da escassez de recursos na sociedade brasileira.

A suposta alteração paradigmática, que resultou no reconhecimento da repercussão geral (Tema 06), evidenciou o embate de opiniões isoladas, em verdadeiro exercício retórico, desconexo com a necessária coerência de princípios que encadeiam o romance dworkiano, criando situação curiosa em que a Corte Suprema mostra ter ciência da relevância das questões envolvem a limitação de recursos, mas, preso a uma necessidade categorizadora, não consegue superar os preconceitos.

A descontinuidade do romance evidencia-se pela ausência de coerência principiológica e da adoção alternada de sistemas convencionalista e pragmáticos que não são capazes de dar uma resposta adequada à demanda dos direitos fundamentais. Tanto que a repercussão geral foi reconhecida sob o viés das dicotomias: individual x coletivo; custo x direito.

REPERCUSSÃO GERAL - COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO - ADMISSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

Novamente, a categorização segregadora impõe falsa dicotomia e leva o debate para a discricionariedade quando à escolha de como efetivar os direitos fundamentais, ao colocar em posições antagônicas, em momentos distintos: os custos e a efetivação do direito, e; a proteção aos direitos individuais contra a proteção coletiva, como se fizessem parte de sistemas isolados e incomunicáveis. Nas palavras de PEDRON e OMMATI (2019, p. 51), “O raciocínio e a argumentação jurídicos apenas serviriam para filtrar aberrações, elaborando uma moldura de decisões racionais (portanto, para ele [positivismo] legítimas”.

Em vez de pautar-se em uma visão única a refletir o conceito de justiça traçado pela comunidade personificada, as decisões que precederam o Tema 06 evidenciaram apenas uma coerência estratégica, sejam no modelo utópico – um ajuste ao que convencionalmente está posto – seja no modelo da verificação da limitação - uma adequação ao que se pressupõem ser o melhor para o futuro da sociedade. Ambas ignoram a necessária coerência de princípios.

A coerência de princípio é uma outra questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia, de fato, como os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado (DWORKIN. 1999, p. 164).

Ao invés de representarem um romance em cadeia e evidenciar os princípios que advém da comunidade personificada, as decisões anteriores ao Tema 06, representaram contos isolados que, por ignorarem a virtude da integridade, mantiveram o formalismo típico do juspositivismo, apoiando-se em aspectos lógicos - formais que blindaram a interpretação de questões valorativas-principiológicas, impedindo o aflorar do verdadeiro sentido da norma constitucional.

Mais que isso, ao manter uma coerência apenas estratégica, para assim dar ares de racionalidade jurídica à decisão, reafirma-se que a concretização do direito fundamental à saúde está muito mais ligada a questões de ordem ideológica e moral do que jurídica-racional. Onde a concepção formalista da interpretação jurídica, fruto do juspositivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir (BOBBIO, 1995, p. 221)

A coerência apenas estratégica das decisões é evidente, e ainda que reconheçam a fundamentabilidade dos direitos sociais, não se desvincularam de um sistema pautado no perfil “liberal-individual-normatista”, baseado na neutralidade política do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, ao aplicar o direito de maneira lógica-

dedutiva, fortalecendo assim a “segurança jurídica”. Nas palavras de KRELL (1999, p. 249)

Normas constitucionais sobre direitos fundamentais contêm, por natureza, conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas valorativas, as quais não podem ser interpretadas adequadamente mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. (KRELL, 1999, p. 249)

É, exatamente neste ponto, que aflora a crise de legitimidade vivenciada pela tradição positivista. Os intérpretes jurídicos no Brasil, ora entendem que os textos jurídicos são objetivos e descrevem uma realidade externa e objetiva, ora entendem que os textos jurídicos não são dotados de qualquer significação, podendo o intérprete atribuir qualquer sentido aos textos (OMMATI, 2017, p. 39).

A segurança jurídica, no paradigma jus-positivista, evidenciada pela plenipotência da norma, foi personificada na concepção montesquiana, *bouche de la loi*, onde a indeterminação dos conceitos e institutos jurídicos é enxergada como um problema a ser extirpado pelo ordenamento, por meio de prática interpretativas que buscam a intenção do legislador, deixando para um plano secundário, questões de justiça social.

Pontuando que o aumento da preocupação dos juízes e tribunais para com as questões de justiça, COURA (2009, p. 266) evidencia a problemática ideia de que o direito vigente pode ser considerado empecilho à solução de tais questões, principalmente nas sociedades plurais da contemporaneidade. Dilema que desaparece na concepção dworkiana de direito.

[...] segurança jurídica e justiça são conciliados pela abertura hermenêutica do processo de interpretação do Direito ao contexto de aplicação normativa demonstrando que a questão apresentada constitui um falso dilema. Dessa forma, juízes e tribunais, conscientes da indeterminação estrutural do Direito, podem assumir o compromisso de preservar e conciliar disto pilares do processo decisório, quais sejam: a observância do direito vigente e a busca pela justiça da decisão (COURA, 2009, p. 267)

Alcançada de forma engenhosa no paradigma do positivismo, por meio de uma dedução formalmente lógica, a prestação do mínimo existencial foi vinculada aos direitos fundamentais de primeira geração, estendendo-lhes a proteção judicial consolidada pela tradição, como bem apontado por KRELL (1999, p. 247)

A teoria engenhosa que liga a prestação do “mínimo social” aos direitos fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I). Não há dúvidas que ela parte de um direito fundamental a um “mínimo vital”. Ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”, mas por meio de uma “casuística gradual e cautelosa” (KRELL, 1999, p. 247)

Por meio deste modelo teórico, normas constitucionais acerca do direito à saúde, em razão de sua abertura principiológica, foram classificadas como programáticas, para assim servirem como álibi para de um Estado que responde apenas formal-normativamente aos problemas reais da comunidade (NEVES, 1994, p. 37). Criando-se uma ilusão pela qual é possível blindar o sistema político.

Foi pelo caminho da coerência estratégica que o Supremo Tribunal Federal trilhou até se reconhecer a reserva do possível como óbice à efetivação do direito à saúde, representado pela negativa de medicamentos de alto custo.

5.2. O embuste metodológico e o fortalecimento do positivismo. O preconceito das limitações orçamentárias.

Sobre a robustez do paradigma do positivismo jurídico, em março do corrente ano (2021), o Supremo Tribunal Federal julgou o Tema 06 da Repercussão Geral, definindo que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo, solicitados judicialmente, quando não estiverem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em situações excepcionais que ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral.

O Ministro Relator Marco Aurélio, de forma objetiva, assim sintetizou o caso em julgamento,

Eis as balizas do processo: o Estado do Rio Grande do Norte recusou-se a fornecer à recorrida *Sildenafil 50 mg*, destinado ao tratamento das enfermidades “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar”. Segundo entendeu, o alto custo e a ausência de previsão no Programa de Dispensação de Medicamentos

seriam motivos suficientes para a recusa, impugnada por meio de ação de obrigação de fazer formalizada pela recorrida.

Na sequência, apontou os argumentos lançados pelo Estado, para assim bem delinear o tema posto à julgamento,

No extraordinário, o Estado alega, em síntese, que a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde.

Muito embora o julgamento ainda não tenha encerrado, na medida que ainda resta definir quais são as situações excepcionais que justificam a tutela judicial, evidenciou-se uma considerável alteração do posicionamento inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente, se levados em consideração os julgados que se alinharam ao modelo utópico (antes do julgamento da STA 91).

Os votos de maior expressividade, proferidos pelo relator Ministro Marco Aurélio e do Ministro Gilmar Mendes, convergiram (assim como os demais votos) em importantes pontos: a) há limitações decorrente do custo dos direitos, muito embora, textualmente, se afaste a cláusula de reserva do possível; b) é reconhecida a normatividade do direito à saúde, na acepção de HOLMES e SUNSTEIN (1999, p. 17) “*rights in that legal sense have teeth*”, com condicionantes fáticas pautadas em argumentos políticos.

Entretanto, independentemente das críticas meritórias quanto ao acerto ou erro da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, o fator mais preponderante é, sem dúvidas, a aferição da adequação dos fundamentos ao paradigma do Estado Democrático de Direito, sobretudo, na percepção mais adequada aos princípios que norteia a comunidade personificada.

Em outros termos, se o positivismo da tradição jurídica, eivado dos preconceitos ilegítimos da discricionariedade judicial e da categorização prestacional dos direitos fundamentais obscureceu a efetivação dos direitos fundamentais? O que parece ser o caso.

Nesta linha, a primeira e mais importante questão a ser perquirida, nesta parte final, é justamente saber se: a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, aqui analisada pelo voto dos Ministros Marco Aurélio (Relator do RE 566.471) e o voto-vista, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, alinham-se ao paradigma hermenêutico, vislumbrando normatividade nos princípios? A questão é complexa e implica a superação da plenitude da regra com a compreensão principiológica do Direito.

No início de seu voto, o Ministro Marco Aurélio situa temporalmente o dever estatal de proteger os direitos fundamentais, citando importante passagem de Norberto Bobbio, dando, de imediato, o tom da necessária proteção aos direitos fundamentais, em breve aproximação com as teorias linguísticas.

Em 1964, em encontro promovido pelo Instituto Internacional de Filosofia, ocorrido na França, o grande e saudoso Mestre Norberto Bobbio já advertia “que o problema grave de nosso tempo em relação aos direitos humanos não era o de fundamentá-los, senão o de protegê-los” (BOBBIO, Norberto. *Presente y porvenir de los derechos humanos. Anuário de Derechos Humanos*. Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 9). Este recurso versa a advertência de Norberto Bobbio, feita há mais de 50 anos: o dever estatal de efetivamente proteger e promover direitos fundamentais.

Ainda nesta primeira parte, faz importantes questionamentos, com nítido intuito de tentar esgotar todas as hipóteses e argumentos possível para o caso em tela, em franca aproximação com a tarefa hercúlea dworkiana,

Os fundamentos do acórdão recorrido e as razões do extraordinário revelam as perplexidades decorrentes de decisões dessa natureza: teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? É possível a fixação de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país?

A abordagem inicial do voto do Ministro Marco Aurélio, além de demonstrar preocupação com a historicidade, apontou a necessidade de esgotar as hipóteses possíveis para o caso afastando a simples subsunção dos fatos à norma. Do mesmo

modo o voto do Ministro Gilmar Mendes, também trilhou o caminho de uma teoria interpretativa, afirmando, inicialmente que,

Parece sensato concluir que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto preñado de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

O Ministro Gilmar Mendes prossegue afirmando que “Enfim, muitos lados, cada um com suas verdades, na busca da concretização de um dos maiores e mais ambiciosos ‘planos de saúde’ do mundo, o SUS – Sistema Único de Saúde (universal, igualitário e integral).”

Entretanto, referida aproximação é desmantelada pela manutenção dos preconceitos positivistas, evidenciados pela discricionariedade judicial nos casos limítrofes de esgotamento do texto legal, como afirmado categoricamente pelo Ministro Gilmar Mendes; “Diante deste cenário estou convencido de que precisamos fazer um esforço contínuo de arrumação do Sistema Único de Saúde, assim como já vem sendo feito há uma década pelo menos”, se referindo a diversas decisões já tomadas pelo STF neste período, em especial o julgamento dos temas 500⁶⁵ e 793⁶⁶ da Repercussão Geral.

Em franco argumento de autoridade, referido trecho, extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes demonstra a força da interpretação autêntica kelseniana, ainda viva na tradição jurídica brasileira, conquanto evidencie a utilização (ou ameaça de utilização) de força coercitiva revestida nas decisões judiciais mediante a simples

⁶⁵ Tema 500 da Repercussão Geral do STF, julgado no RE nº 657718. 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

⁶⁶ Tema 793 da Repercussão Geral do STF, julgado no RE nº 855178. Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

vontade do julgador. A tradição positiva também é evidenciada pela manutenção da categorização dos direitos fundamentais pelo critério prestacional, como no voto do Ministro Marco Aurélio

Nesse contexto de reafirmação de liberdades atrelada à busca por igualdade material e justiça social, vieram à balha os direitos socioeconômicos, classificados como direitos de segunda geração, impondo ao Estado realizar prestações positivas na área da saúde, assistência social, educação, trabalho, alimentação, moradia.

A oscilação metodológica dos fundamentos e justificativas, ora com viés semântico-positivista, ora como viés hermenêutico-linguístico é forte evidência de que o momento é de uma guinada paradigmática. O próprio reconhecimento da normatividade do direito fundamental à saúde, presente em ambos os votos, mediante uma interpretação construtiva que permite a concessão da tutela judicial nos casos individuais, ajustando e moldando o art. 196 da Constituição Federal, é vivo exemplo desta oscilação.

Se, em várias passagens dos votos analisados é possível verificar a linguisticidade como viés metodológico, em outros ainda impera o silogismo clássico, como se verifica da parte final do voto do Ministro Gilmar Mendes, onde se apresenta a premissa maior:

“O fato de o medicamento ser de alto custo e destinado a tratar doenças raras que acometem poucas pessoas no Brasil não libera o Poder Público de estabelecer políticas públicas para atendimento da pequena parcela da população atingida”,

a premissa menor:

“É claro que precisamos racionalizar essa ação estatal. Devemos estar atentos para as políticas públicas existentes, privilegiando que medicamentos de alto custo sejam a elas incorporadas, de modo a baratear o próprio custo de sua aquisição pelo Estado⁶⁷.”,

para se atingir a conclusão geral:

“Enquanto não atingimos a situação ideal, na linha do que já decidimos na STA 175, entendo que o dever do Estado nas prestações de saúde está vinculado às políticas públicas existentes no SUS. Assim, no caso do medicamento de alto custo

⁶⁷ Observa-se que, também nesta passagem, o Ministro Gilmar Mendes apresenta o fundamento pautado tão somente na autoridade.

que não conste da lista de medicamentos dispensados, a princípio, não há dever do Estado de fornecê-lo.

E depois modulá-la:

É lógico que, com base no próprio princípio da justiciabilidade, excepcionalmente, poderá o Judiciário vir a reconhecer o dever do Estado brasileiro para com determinado cidadão, mesmo que o medicamento/tratamento demandado ainda não tenha sido incorporado ao SUS, atendidas as condicionantes: prova documentada da necessidade do paciente; laudo pericial indicando a eficiência do tratamento; inexistência de substituto terapêutico no SUS; incapacidade financeira do paciente.

A estrutura lógica do pensamento positivo também se evidencia em várias passagens do voto do Ministro Marco Aurélio sob a redução dicotômica na dualidade direitos sociais mínimos *versus* direitos sociais máximos, com o intuito de reduzir as possibilidades e facilitar a escolha.

Os direitos sociais, [...], são plenamente fundamentais na dimensão do mínimo existencial. Os direitos são destinados à cobertura dos riscos da existência, como a falta de saúde, incapacidade laboral, desemprego, pobreza, miséria. Revelando-se a dificuldade de indivíduos ou de grupos de indivíduos à existência digna, ante a implementação desses riscos, estará configurada a dimensão de mínimo existencial dos direitos sociais.

Os “direitos sociais máximos”, de acordo com o autor, não de ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Não obstante, configurada ameaça ao mínimo existencial em casos particulares, com violação da dignidade humana e ausência de condições iniciais da liberdade, os direitos sociais apresentam-se como plenamente judicializáveis, merecedores de amplas garantias institucionais, independentemente de reservas orçamentárias (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 53-54).

Interessante notar no voto do Ministro Marco Aurélio que houve apenas a alteração das antigas dicotomias (individual *versus* coletivo e custo *versus* efetivação) por uma nova dicotomia (direitos sociais mínimos *versus* direitos sociais máximos), para assim excluir da esfera de apreciação do Poder Judiciário a proteção ampla, dos direitos sociais máximos, em razão da segregação entre direitos e políticas.

Não há dúvida de que esses serviços dependem de políticas públicas, nas quais devem constar as diretrizes para assegurar o acesso universal a medicamentos indispensáveis. Por isso, Ricardo Lobo Torres falou em “direitos sociais máximos”, a serem alcançados por meio de escolhas políticas e orçamentárias materializadas na formulação e implementação de políticas públicas.

[...]

Entretanto, não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas

políticas. Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas. Em casos do tipo, não se admite a alegação alusiva ao caráter puramente programático das normas constitucionais versando o direito à saúde.

Retomando a primeira questão posta nesta fase final, depreende-se dos votos dos Min. Gilmar Mendes e Marco Aurélio, até com certa clareza que, há critérios linguísticos na interpretação da norma constitucional. Contudo, a racionalização silógica revela quão profunda é a influência do positivismo jurídico, e, o preconceito (ilegítimo) decorrente da tradição. Tanto que, mesmo afastando textualmente a cláusula da reserva do possível⁶⁸, as distinções e limitações que compõem sua estrutura impregnam os fundamentos da decisão, em ambos os votos.

Em interessante passagem o Ministro Gilmar Mendes, ainda que de forma indireta e subliminarmente, ao mencionar o custo decorrente do acionamento da proteção judicial aos direitos, parece coadunar com os estudos de HOLMES & SUNSTEIN (2019) quanto a incorreção da classificação dos direitos em positivos e negativos.

A judicialização da saúde traz impacto financeiro direto para o Estado, quando determina a aquisição de medicamentos, mas também impacto indireto, decorrente do acionamento do Poder Judiciário e dos custos de um processo.

Tanto que, diferente do voto do Ministro Marco Aurélio⁶⁹, o voto do Ministro Gilmar Mendes sequer menciona a categorização dos direitos fundamentais em positivos e negativos, do mesmo modo que, passa ao largo da classificação em gerações com critérios histórico-evolutivo, demonstrando-se consciente quanto a impropriedade de tais classificações.

Isso nos leva à segunda questão a ser enfrentada nesta parte final, tão fundamental quando a primeira, e dela decorrente: o Supremo Tribunal Federal resignou o princípio

⁶⁸ No voto do Ministro Marco Aurélio: “A tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar”.

⁶⁹ O trecho mencionado do voto do Ministro Marco Aurélio: “A positivação progressiva dos direitos fundamentais está associada à evolução do papel do Estado – do Liberal ao Social, chegando ao Democrático – frente aos indivíduos e à sociedade. Tem-se, atualmente, a busca de um modelo de organização político-constitucional no qual, em equilíbrio, a atuação do poder público, de um lado, deve ser contida em nome de liberdades essenciais do homem e, de outro, revela-se imprescindível para a satisfação de certas necessidades sociais. Antes, falava-se em direitos contra o Estado; hoje, além desses, em direitos por meio do Estado.”

da reserva do possível, à luz da integridade? Ou estamos apenas diante de um embuste metodológico?

Inobstante a característica linguística dos votos proferidos, o que leva a decisão tomada pelo Supremo para além das teorias semânticas, e por isso capaz de reconhecer a normatividade do direito fundamental à saúde, não se evolui para mais do que isso. Convencionalismo e pragmatismo impregnam os votos aqui analisados de coerência estratégica e disfarçados como argumentos de política, ora vinculados a tradição, ora tentando voltar-se para o futuro.

À toda evidência, a decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator e do voto-vista, equivoca-se no mais fundamental de todos os pressupostos do paradigma hermenêutico⁷⁰: a significação (principiológica), que advém do próprio ser, é a sua essência. Por isso, raciocinar principiologicamente não significa ponderar princípios, no intuito de maximizar sua aplicação, utilizando-os na medida do possível em seu maior grau (OMMATI, 2017, p. 33), como apontado pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto,

Parece sensato concluir que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Os princípios possuem caráter transcendental, e diferente das regras, nos remete a significações primárias da vida cotidiana de existência e convivência social, e, longe de serem ponderados, constituem a essência e significação do direito. É dentro desta concepção interpretativa que a virtude da integridade (vista como um projeto coletivo que leva a sério a pretensão em que homens livres e iguais podem dar-se normas para regular suas vidas em comunidades) deve ser vista como norte a ser observado.

O que é, em sua essência, entendido com direito (exigível), somente o é, se houver uma predisposição fundamental da comunidade para efetivá-lo, independentemente de qualquer categorização. A significação principiológica é inerente à própria

⁷⁰ Do qual decorre o direito como integridade

existência do direito. Assim, sua concretização está ligada a quanto efetivamente a comunidade está disposta a sacrificar (inclusive em termos individuais) para que determinado direito nasça e seja efetivado.

Esta intrínseca relação não permite a distinção do que é normativamente protegido daquilo que é efetivamente concretizado. As proposições andam de mãos dadas e compõem o mesmo núcleo. Por isso o custo dos direitos são a eles indissociáveis se houver o levantamento do véu positivista, e, a compreensão linguística do Direito.

Não se rompeu as amarras do convencionalismo. As barreiras que segregam a política do direito permaneceram intactas, e os conceitos de mínimo existencial, que impedem a aplicação da cláusula da reserva do possível foram o fundamento da decisão, expressamente delineado em ambos os votos, reforçando a regra geral.

De todo sorte, é inegável que se atingiu, ainda que sob uma justificativa inadequada, considerável grau de efetividade, mediante a fixação de importantes pontos no desencadeado romance. O mais importante deles, foi reconhecer que é possível (ainda que em casos concretos, e de forma excepcional), atuação judicial no controle de políticas públicas, justamente para garantir e reforçar a normatividade do direito fundamental à saúde. Nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio:

Argumentos, genéricos, ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes não possuem sentido prático em face de casos de inequívoca transgressão a direitos fundamentais. Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável.

A tese parcialmente fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgando do Tema 06, mantém vivo o positivismo ao estabelecer que o “Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente quando não estiverem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em situações excepcionais que ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral”

Em outras palavras, após reconhecer e incorporar modelo teórico da verificação das limitações financeiras para a concessão de um direito fundamental, implicitamente aderindo à cláusula da reserva do possível, a decisão do Supremo Tribunal Federal inverter a regra geral de ampla efetivação para, valendo-se da discricionariedade judicial ditar, quais os casos em que a tutela jurisdicional ocorrerá. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes,

Enquanto não atingimos a situação ideal, na linha do que já decidimos na STA 175, entendo que o dever do Estado nas prestações de saúde está vinculado às políticas públicas existentes no SUS.

Assim, no caso do medicamento de alto custo que não conste da lista de medicamentos dispensados, a princípio, não há dever do Estado de fornecê-lo.

O descompasso com a integridade é tão evidente, que até mesmo quando há concordância (dentro da tradição da subsunção do fato à norma) quanto à questão principal, qual seja, inexistência do dever estatal de fornecer medicamento de alto custo não listados pela agência nacional, cada Ministro encontra sua própria solução para os casos excepcionais em que o direito deve ser tutelado, dentro do âmbito de sua discricionariedade. Sendo esta, inclusive a razão pela qual o enunciado relativo ao tema não se concluiu.

Como exemplo, o Ministro Marco Aurélio, incluiu em suas “condições fáticas” para o reconhecimento do direito de obter tratamento de alto custo, a capacidade financeira do enfermo, e de seus familiares, solidariamente responsáveis pelo tratamento.

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

O custo dos direitos, continuam a ser evidenciados como limitação à efetivação dos direitos fundamentais, mediante coerência estratégica que atingiu o objetivo de racionalização do paradigma positivista. E não, mediante sua integração à essência do direito, principiologicamente integrado à sua efetivação.

DWORKIN (1999, p. 405), quanto à aplicação da integridade esclarece que

A integridade exige que ele [juiz Hércules] elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem.

Na concepção do Direito como Integridade, o Julgador deve levar em consideração, tanto as justificativas políticas quando as de princípio, especialmente para se buscar a finalidade da lei. Pela integridade, seria possível, por exemplo, perquirir o motivo pelo qual determinado medicamento não consta da lista de disponíveis na rede pública, e assim, verifica o acerto (ou desacerto) de sua não inclusão, ao invés de pressupor o acerto do Estado em não o incluir. Em outros termos, verificar o motivo da decisão é materialmente convergente com os princípios constitucionais.

A maneira como o Tema 06 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal foi decidido, evidenciada na análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, transparece a manutenção da tradição positivista, lacunosa em razão de uma categorização que dicotomiza os direitos fundamentais em positivos e negativos, abrindo margem para a discricionariedade judicial, indesejável nos regimes democráticos. Como afirma CATTONI DE OLIVEIRA (1997, p. 131)

A legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e como o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais (CATTONI DE OLIVEIRA. 1997, p. 131).

Destarte a complexidade acerca da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito, demanda, de forma ainda mais latente, a necessidade de se observar o consagrado princípio certeza jurídica, almejando legitimidade à decisão.

Referida complexidade, tal qual bem apontado por COURA (2009, p. 273) precisa conciliar dois critérios no processo decisório: o princípio da certeza jurídica, que requer decisões consistente, não apenas em relação ao tratamento anterior de casos análogos, mas também, de acordo com o quadro da ordem jurídica vigente, e; a

pretensão de legitimidade, que requer decisões racionalmente fundadas na integração do caso concreto à interpretação normativa.

Num contexto em que se percebe claramente o crescente incremento de complexidade em relação às sociedades atuais, marcadas por um pluralismo de formas de vida e visões de mundo, o desafio de se realizar, por meio do Direito, um “processo de integração social”, em que os membros da sociedade situam-se, a um só tempo, destinatários e coautores das normas, deve ser considerado não apenas no plano da criação e justificação delas, mas também na discussão dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito (COURA, 2009, p. 273)

De fato, e por guias de conclusão, isto somente será possível se, houver consciência dos preconceitos que norteiam a interpretação, dada a já indeterminada estrutura linguística do Direito. Como mencionado na primeira parte do presente trabalho, as reflexões introduzidas por Gadamer, ao constatar a relevância do preconceito para a produção da verdade científica, vinculou sua própria noção a um conjunto de valores e crenças arraigadas no horizonte histórico da comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais de duas décadas após a promulgação da Constituição Cidadã, o direito fundamental à saúde, nos termos do art. 195 da CF/88, ainda clama por efetivação. A judicialização decorrente dos anseios pela concretização, vislumbrado essencialmente na concessão de medicamentos de alto custo (casos limítrofes), revela uma assustadora manutenção da tradição positivista.

Ainda que não tenha finalizado o julgamento do RE 566.471, Tema 06 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente quando não estiverem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em situações excepcionais que ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral.

Mesmo superando as teorias semânticas do direito, e, reconhecendo a normatividade do direito fundamental à saúde, a Corte Suprema ainda mantém a tradição jurídica da plenipotência da norma e da utilização da discricionariedade judicial nas hipóteses de esgotamento do texto legal, evidenciados, no presente trabalho, no voto dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

O faz por meio do reconhecimento implícito do modelo teórico da verificação das limitações dos recursos, sob o manto das escolhas trágicas onde a cláusula da reserva do possível ganha força e apresenta-se como óbice à concretização dos direitos fundamentais.

Longe de ser adequada ao paradigma dos regimes democráticos, a cláusula da reserva do possível pressupõe uma dicotomização entre a efetivação do direito *versus* seus respectivos custos, sob o manto obscurecido da categorização dos direitos fundamentais em positivos e negativos.

Evidenciando que todos os direitos possuem custos, independentemente de serem classificados como positivos ou negativos, a efetivação não está atrelada a limitações

orçamentarias, mas sim, às escolhas, que somente se tornam trágicas em razão da carga ideológica que protege os direitos negativos (primeira geração) em contraposição aos direitos positivos (segunda e terceira geração).

De fato, a força dos preconceitos no qual se insere o intérprete dita o modo pelo qual se compreende o mundo, sua alteração, pela linguagem, é uma alteração do próprio ser, do modo com que enxerga a realidade à sua volta. Por isso uma concepção interpretativa do direito, com base principiológica, adequa-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Uma concepção de Direito como integridade, capaz de reaproxima-se à moral e política, pode dar o suporte teórico a um paradigma que compreenda os custos dos direitos como parte essencial deste, evitando a dicotomização positivista, e esvaziando a validade formal da cláusula da reserva do possível.

Os regimes democráticos demanda uma concepção mais ampla para a utilização da coerção estatal do que a mera autoridade decorrente do cargo, na medida da uma função estatal que representa, por si só, não é mais capaz de justificar racionalmente seu uso. A coerência principiológica dá esta resposta de forma mais apropriada do que a discricionariedade judicial, obscurecida pelas escolhas ideológicas.

Em um Estado que se almeje democrático e de direito, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, pela via judicial, é incompatível com um paradigma que legitime a discricionariedade judicial e valide a cláusula da reversa do possível ao enxergar os custos dos direitos como barreiras à sua implementação.

Como consideração final, parece correto afirmar que a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, continuará sendo um cachimbo novo, para uma boca já torta, se não houver luz aos preconceitos obscurecidos por uma tradição que permita metodologicamente que a norma constitucional seja letra morta.

REFERÊNCIAS

ADEOADATO, João Maurício. **Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, v. 10, n.2, p. 128-137. 2018

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garsón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em jun/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 06 da Repercussão Geral do STF: **Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Canotilho, J.J. Gomes (coord.). **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

CANOTILHO, Jose J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CARVALHO NETO, Menelick. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In CATTONI, Marcelo (Org). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORDEIRO, Manoel Ilson. A doutrina da reserva do possível e a garantia dos direitos fundamentais sociais. **Ciência ET Praxis**, [S. l.], v. 4, n. 07, p. 27–38, 2017. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/praxys/article/view/2204>. Acesso em: 4 ago. 2021.

CORETH. Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. São Paulo: EPU/Edusp. 1973.

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

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Interpretação Constitucional e os Desafios para a Jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em: 20 maio 2017.

COURA, Alexandre de Castro. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). **A diversidade do pensamento em Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, v. 1, p. 131-140.

COURA, Alexandre de Castro; BEDÊ JUNIOR., Américo. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, [online], n. 41, p. 681-695, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n41/a20.pdf>>. Acesso em: 20 abril de 2021.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. Pós-Positivismo Jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. **Revista Nomos**. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 53-69, 2014. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufc.br/>>. Acesso em: 20 abril 2021.

COURA, Alexandre de Castro; ROCHA, Lívia Avance. Tutela Jurisdicional do meio ambiente e o fenômeno da colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e do STJ. **Revista de Direito Ambiental**, [online], v. 19, n. 76, p. 37-61, out./dez. 2014. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufc.br/>>. Acesso em: 20 abril 2021.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. (Pós)positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 34.2, p. 53-69, jul./dez. 2014

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica Filosófica e Direito**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 4, n.2. p. 117-139. Out/2011/mar/2012. Disponível em https://sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/downloads/hermeneutica_filosofica_e_direito.pdf. Acesso em 06/2020.

DESCARTES, René. **Discurso do método**; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas. 2. ed. Tradução: J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. Disponível em <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/68> . Acesso em 07 de julho de 2021.

GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998

GALDINO, Flavio. **O Custo dos Direitos in Legitimação dos Direitos Humanos**. Org. TORRES, Ricardo Lobo. Rio de Janeiro. Ed: Renovar. 2002.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em arvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa**. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/545>. Acesso em 04 ago 2021.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

HÄBERLER, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti: Petrópolis: Vozes, 1988

HOLMES Stufen, SUNSTEIN, Cass. **O CUSTO DOS DIREITOS: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LAGES, Cíntia Garabini. **A proposta de Ronald Dworkin em O Império do Direito**. Rev. Fac. Min. de Direito. Belo Horizonte, v.4, n. 7 e 8, p. 36-49, 1º e 2º sem. 2001.

LIMA, Fernando Gomes Correia, MELO Viviane Carvalho de. **O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde**. Disponível em http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:

[o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46](#). Acesso em 20/07/2020.

LIMA VAZ, C. A. A Aplicação Limitada da Reserva do Possível. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/301>. Acesso em 04 ago 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Revista de informação legislativa, v. 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560>. Acesso em 06/2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Rafael Sergio de Lima. CALIL, Mario Lúcio Garcez. **Reserva do possível. Natureza jurídica e Mínimo existencial: paradigmas para uma definição**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Brasília-DF. Anais. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/11_369.pdf. Acesso em: 04 ago. 2021.

OMMATI, Jose Emílio Meaduar. **O que é Direito? in Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito**. Org. OMMATI, Jose Emílio Meaduar; Magalhães, José Luiz Quadros de; OLIVEIRA, Laura Alves de; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OMMATI, Jose Emílio Meaduar. **A Teoria Jurídica de Ronaldo Dworkin: o Direito como integridade. in Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Org. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Meaduar. **Teoria do Direito Contemporânea: uma análise de teorias jurídicas de Robert Alex, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günter e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERLINGEIRO, Ricardo. A reserva do possível constitui um Limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? **Viga. Socio-Juríd**, Bogotá, v. 16, n. 2 P. 181-212, dezembro de 2014. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792014000200007&lng=en&nrm=iso>. acesso em 06 de julho de 2021. <https://doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06>.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. **A aplicação do direito na perspectiva, hermenêutica de Hans- Georg Gadamer**.

Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar. 2008. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160157>. Acesso em 07/2020.

SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em <https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>. Acesso 04 ago 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. ZOCKUN, Carolina Zancaner **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais. 2016. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/0> . Acesso em 04 ago 2021.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 37ª. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf . Acesso em: 04 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Heremenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1):65-77. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137> . Acesso em 06/2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV [online]. 2008, v. 4, n. 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>>. Epub 04 Nov 2009. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>. Acesso em 04 ago 2021.