



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM HERMENEUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANA MARIA LAMMOGLIA JABOUR

ACERCA DA RACIONALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JURISDICIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE
PÚBLICA NO BRASIL À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA DO
DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS: UM DIÁLOGO COM O STF

JUIZ DE FORA

2012

ANA MARIA LAMMOGLIA JABOUR

**ACERCA DA RACIONALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JURISDICIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE
PÚBLICA NO BRASIL À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA DO
DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS: UM DIÁLOGO COM O STF**

Dissertação apresentada por Ana Maria Lammoglia Jabour ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Presidente Antônio Carlos para obtenção do título de mestre em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JUNIOR.

JUIZ DE FORA

2012

Ana Maria Lammoglia Jabour

**ACERCA DA RACIONALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES JURISDICIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA NO
BRASIL À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN
HABERMAS: UM DIÁLOGO COM O STF.**

Dissertação apresentada por Ana Maria Lammoglia Jabour ao
Programa de Pós-Graduação da Universidade Presidente Antônio Carlos para
obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Prof. Doutor Lúcio Antônio Chamon Junior.
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Membro interno:

Prof. Doutor Alexandre Travessoni Gomes Trivissano
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Membro externo:

Prof^ª. Doutora Cíntia Garabini Lages.
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Dedico este trabalho à minha mãe, Maria, pelo incentivo de sempre e às minhas filhas, Ana Claudia e Ana Clara, minha razão de ser.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu orientador, Lúcio Antônio Chamon Junior, pela persistência; à amiga pianista Maria Alice Mendonça, por compartilhar comigo sua brilhante inteligência e ao estagiário Pedro Henrique Reis e Souza, pela boa vontade.

A diferença entre dignidade e ruína
pode depender de um simples
argumento que talvez não fosse tão
poderoso aos olhos de outro juiz,
ou o mesmo juiz no dia seguinte.

Ronald Dworkin

RESUMO

Este trabalho pretende criticar a jurisdição sobre saúde pública emanada do Supremo Tribunal Federal à luz de uma teoria da argumentação jurídica, para evidenciar que argumentos externos ao Direito vêm sendo utilizados por aquele tribunal, de maneira a afastar a decisão judicial do código do Direito – licitude/ilicitude. Foi utilizada como objeto de pesquisa a decisão proferida pelo tribunal pleno no agravo regimental aviado na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, o qual adotou a técnica de ponderação de princípios para concluir que a questão dos direitos sociais envolve juízos de ponderação diante do conflito entre direitos individuais e bens coletivos. Em sentido diverso, concluímos pela certeza de que a dimensão individual do direito à saúde, uma vez judicializada, merece a adequada (melhor, correta) resposta ao caso concreto, e não uma das respostas possíveis e que o argumento econômico vem tomando proporções inadequadas dentro do Poder Judiciário. Trabalhamos as teorias de Niklas Luhmann, Ronald Dworkin, Klaus Günther e, principalmente a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas, onde Direito e Moral apresentam uma relação de complementariedade e não de subsidiariedade, mais apta à fundamentação da decisão judicial.

Palavras-chave: Saúde, medicamentos, jurisdição, justiciabilidade, ponderação de princípios, integridade, Direito, economia, sistemas autopoieticos, eficácia da norma Constitucional, mínimo existencial, reserva do possível, supremacia do interesse público, políticas públicas, discurso de justificação e discurso de aplicação da norma jurídica, separação de poderes, teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas.

ABSTRACT

This work aims to criticize the jurisdiction on public health emanated from the Supreme Court in the light of a theory of legal argumentation, to show that arguments outside the law have been used by that court in order to avoid the judicial code of law - legitimacy / illegality. As the subject of this research, it was used the decision by the full court on AgReg used to suspend an anticipated decision (175/Ceará), related by Minister Gilmar Mendes, which adopted the technique of weighting principles to conclude that the issue of social rights involves weighting judgments in the conflict between individual rights and collective goods. In a different sense, we conclude by the certainty that the individual dimension of right to health, once prosecuted, deserves proper (better, correct) response to the case, and not one of the possible answers, and that the economic argument is taking inadequate proportions within the Judiciary. Working alongside Niklas Luhman, Ronald Dworkin, Klaus Günther and, obviously Jürgen Habermas's theory of Law, Discourse and Democracy, where Law and morals have a relationship of complementarity, apt to the best reasoning of a court's decision.

Keywords: Health, medicines, jurisdiction, justiciability, weighting of principles, integrity, Law, economics, autopoietic systems, effectiveness of Constitutional Rule, existential minimum, possible reserve, supremacy of public interests, public politics, speech of justification and speech of application, separation of powers, Jürgen Habermas's theory of Law and Democracy.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO..... | 14 |
| 2 DO INTERESSE PÚBLICO: A DOCTRINA TRADICIONAL: | 36 |
| 3 EXPOSIÇÃO DOS TEMAS QUE PERMITIRÃO A RECONSTRUÇÃO DO CASO CONCRETO | 56 |
| 3.1 A eficácia das normas constitucionais e sua implicação na reserva do possível e mínimo existencial | 56 |
| 3.2 Paralelo entre a perspectiva do direito à saúde que confunde políticas públicas com aplicação do direito e a perspectiva que assume o direito em sua integridade. Contraposição à ponderação dos princípios. | 69 |
| 3.3 Diferença entre discurso de justificação e discurso de aplicação da norma jurídica e sua implicação na teoria clássica da separação de poderes. | 77 |
| 3.4 Pode ou não o judiciário instituir políticas públicas? | 91 |
| 4. RECONSTRUÇÃO DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO..... | 175 93 |
| 5 CONCLUSÃO | 106 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 109 |

INTRODUÇÃO

Há algumas décadas o tema da saúde pública passou a ser enfrentado pelo Poder Judiciário mediante o ajuizamento dos mais diversos pedidos em face do SUS – Sistema Único de Saúde – personificado pelos entes da federação - União, Distrito Federal, Estados e Municípios, o que passou a ser chamado de judicialização da saúde¹. No âmbito do Poder Judiciário a questão vem sendo trabalhada sob a forma de processos jurisdicionais individualizados visando a obtenção de prestações concretas na área da saúde por parte do Estado (gênero) ou, em menor número, por intermédio de processos jurisdicionais coletivos iniciados principalmente pelo Ministério Público, destacando-se, também, a atuação da Defensoria Pública. No primeiro caso passaram a ser corriqueiros pleitos jurisdicionais objetivando a entrega de toda sorte de medicamentos, insumos terapêuticos, exames médicos, cirurgias e internações hospitalares quando não disponibilizados pelo SUS; na segunda vertente convivemos com iniciativas visando a interferência do Poder Judiciário na elaboração ou execução de Políticas Públicas inexistentes ou precárias².

O interesse pelo assunto nasceu da nossa experiência frente à jurisdição da Vara de Fazenda Pública Municipal da Comarca de Juiz de Fora/MG nos últimos quatro anos, onde foi observado que o perfil da prestação jurisdicional se deslocou das matérias classicamente enfrentadas pelo juízo especializado, na grande maioria tributária e administrativa, para a que ora se aborda, exigindo do julgador um viés interpretativo que somente uma Teoria da Argumentação Jurídica pode proporcionar. Neste contexto de idéias fez-se necessária a superação da

¹ Cf. ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 20 [1]: 33-55, 2010. “Observa-se que a efetivação do direito à saúde envolve a preservação da continuidade das políticas públicas por meio do diálogo. Deste modo, os conflitos políticos sofrem muito mais uma *juridicização* (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico) do que uma *judicialização* (ao máximo, se evita levá-los ao Judiciário), pois a intenção consiste em evitar a via judicial e adotar múltiplas estratégias e pactuações extrajudiciais”.

² A prática jurisdicional no âmbito da Justiça Estadual nos informa uma preferência pelo manejo do mandado de segurança (individual) para a obtenção de medicamentos e insumos, bem como para a disponibilização de vagas em UTI, embora não seja pacífico o entendimento do seu cabimento em detrimento do emprego do rito ordinário. Entretanto, o que se observa é o crescente êxito das medidas deferidas em cognição sumária, seja pela via de liminar em mandado de segurança, seja pela antecipação dos efeitos da tutela, indicando que as decisões judiciais em matéria de saúde são, preferencialmente, deferidas em caráter de urgência. Já no que tange aos processos jurisdicionais coletivos, observamos iniciativas principalmente do Ministério Público, por intermédio de ação civil pública, visando instituir ou adequar uma determinada rotina prática de saúde pública na Administração Municipal ou Estadual.

compreensão oriunda do neopositivismo jurídico de que “a validade das normas jurisdicionalmente criadas para os específicos casos concretos não seria controlável ou criticável pela Ciência do Direito, desde que a autoridade se movesse no campo de sua competência”³ ensejando o que se chama de decisionismo jurisdicional – postura, aliás, bastante corriqueira no tocante a medidas jurisdicionais de saúde destituídas de fundamentação adequada, vulgarmente chamadas de “decisão caridosa” (quando deferidas) ou, no caso de indeferimento, baseado em “argumentos privados” (assim entendidos os pertencentes à esfera íntima do julgador). O caminho trilhado por esta Teoria da Argumentação Jurídica possibilita a assunção da idéia de que “há sempre, para todo e qualquer caso, uma resposta correta; uma solução capaz de passar pelo crivo reconstruído das exigências modernas da razão prática no campo jurídico-normativo, ao contrário das inúmeras respostas possíveis assumidas como igualmente válidas para a solução de um mesmo caso”⁴. É buscando esse giro hermenêutico operado na Filosofia e trazido para o campo do Direito após a segunda metade do século passado que passamos a entender acerca da importância do processo discursivo de aplicação do Direito como adequado ao grupo de pesquisa “Fundamentos e Fronteiras do Direito” e à linha de pesquisa por nós escolhida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito oferecido pela Universidade Presidente Antônio Carlos: “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo”.

Nossa convicção inicial, talvez fruto do pragmatismo profissional⁵, de que ao Judiciário seria perfeitamente cabível a dicção de políticas públicas ao Executivo,

³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica in Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Coord. Geral Alexandre Travessoni, LTr 2011, p. 396.

⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica in Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Coord. Geral Alexandre Travessoni, LTr 2011, p.396 & 397.

⁵ Conforme lecionam EISENBERG, José e POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, Direito e Política*. Novos Estudos CEBRAP nº62, Março/2002, PP 107-121. “De acordo com Peirce (Charles Sanders 1839-1914), considerado fundador da doutrina, o pragmaticismo (como ele chamava) consiste em ver as crenças humanas como hábitos da mente, algo que move as pessoas à ação. A mente seria simplesmente um termo ‘guarda-chuva’ para as capacidades dirigidas à ação do corpo humano, e entender a mente significaria entender quais hábitos dela são gerados e mobilizados para quais ações humanas. A esse consequencialismo Pierce acoplava um contextualismo, já que as capacidades de adaptação e transformação é que melhor definiriam o âmago da mente, de modo que o ambiente sociocultural seria a principal variável explicativa das configurações da personalidade dos homens. O processo de conhecimento, de acordo com Pierce, sempre se iniciaria a partir do estado da mente no qual já se encontra o homem conforme um determinado contexto, inevitavelmente tomado de uma enorme massa de cognição já formada e não questionada (...)”. Os autores mencionam a escola do realismo jurídico, ou jurisprudência sociológica, formada por muitos juizes norte americanos que incorporaram o pragmatismo buscando não a verdade, mas uma crença justificada pela necessidade social, entendendo que a causa final do direito seria o bem-estar da

cedeu espaço à dúvida e à inquietação a partir de uma leitura hermenêutica do Direito na Alta Modernidade e do Pós Positivismo. Não bastasse, aprendemos com CHAMON JUNIOR que “a Teoria da Argumentação Jurídica não descarta a importância do processo discursivo de aplicação do Direito”⁶. Assim vemos a Teoria do Direito, do Estado e da Democracia à luz do Princípio do Discurso formulado por Jürgen Habermas como nosso marco teórico, na medida em que nenhuma das outras vertentes da Teoria da Argumentação Jurídica - como aquelas apresentadas por Klaus Gunther⁷, Robert Alexy⁸, e Ronald Dworkin⁹ – se mostra capaz de dispensar o discurso como forma de “defender a normatividade dos princípios jurídicos”. Gunther e Dworkin, entretanto, fazem parte deste trabalho na medida em que são grandes interlocutores de Habermas, mas, como veremos, dele divergindo na relevante questão para o nosso tema que é a relação de dependência (para Gunther) normativa do Direito em relação à moral; Dworkin, por sua vez, pela sua grande empreitada, desde *Levando os Direitos a Sério* até *O Império do Direito* em rechaçar o positivismo e, de grande importância para nós, lutar contra a *discricionariedade judicial*.

A reflexão se fez possível a partir das aulas e da obra do Prof. Doutor Lúcio Antônio Chamon Junior nos dois anos de amadurecimento rumo a este trabalho, com foco na validade e legitimidade do Direito na Modernidade. A visão de CHAMON JUNIOR, como enfatiza REDONDO¹⁰, “é clara, precisa, sucinta. Precisamente porque é sucinta, CHAMON radicaliza os conceitos de Habermas. CHAMON retira-os às vezes do contexto, mas para devolvê-los ao seu contexto livre da névoa e da obscuridade que, por vezes, têm em Habermas...”.

sociedade, implicando uma concepção distinta de interpretação do direito: o juiz passava a ser criador do direito e a interpretação tornava-se uma tarefa criativa e não meramente contemplativa (...). Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento.

⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica in Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Coord. Geral Alexandre Travessoni, LTr 2011, p. 395 a 399.

⁷ GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo, 2004: Landy editora.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 2ª edição & *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, 3ª edição.

¹⁰ REDONDO, Manuel Jiménez. *Estudo prévio: Princípio da liberdade e princípio do discurso no pensamento jurídico de Jürgen Habermas in Teoria da Argumentação Jurídica - Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Tradução: Ilka Valle de Carvalho. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro: 2009, PP XIII: XLIX.

Deste modo, a dificuldade anterior de entendermos possível a propositura de um processo jurisdicional individual como necessário à garantia do direito social à saúde, considerado de maneira singular a cada cidadão, deu lugar à certeza de que a dimensão individual desse direito, quando levada ao Judiciário, merece a “melhor” (“correta”, “adequada”) resposta para cada caso concreto e não uma dentre as “respostas possíveis”. Ou seja, passamos a discernir a atuação do juiz diante do caso concreto individual como situação diversa daquela como, via de regra, vem sendo entendida: de ingerência do Poder Judiciário na confecção das políticas públicas governamentais e, por conseguinte, na esfera de atuação dos demais Poderes, principalmente pelo argumento econômico-financeiro (custo da prestação para o Estado), desde que reconstrutiva e discursivamente abordada.

Como consequência será necessário trabalhar a distinção entre “juízos jurídicos e juízos morais de correção normativa”, visto que “a Teoria da Argumentação Jurídica se vê desonerada em considerar as questões de aplicação do Direito como atrelada a questões morais”¹¹. Abordaremos, então, a relação de complementaridade entre Direito e Moral, questionando entendimentos como o de Ronald Dworkin que afirma haver subordinação entre tais sistemas. Criticaremos, outrossim, a argumentação utilizada pelos Ministros do STF nos votos proferidos na STA 175, principalmente a do Relator Ministro Gilmar Mendes, que defende a aplicação de “juízos de ponderação entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”, afirmando que “Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais” A respeito, enfocamos a opinião de CHAMON JR e FORTINI para os quais

Não podemos também incorrer nos riscos de uma argumentação como a de Robert Alexy, a defender a decidibilidade dos casos vislumbrando os princípios como comandos otimizáveis, realizados, portanto, de maneira *aproximativa* diante das *limitações* apresentadas pelo caso (ALEXY, 2002). A questão é que vislumbrar os princípios como comandos otimizáveis mantém a compreensão do Direito presa à compreensão paradigmática de bem-estar, substituindo a lógica normativa por uma lógica da *eficiência*, fazendo com que as decisões sejam decisões pragmático-utilitaristas a despeito de se tratar de uma fundamentação ou motivação ilegítima, porque

¹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria da Argumentação Jurídica. Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito. Coord. Geral Alexandre Travessoni, LTr 2011, p. 395 a 399.

inadequada, da salvaguarda, execução e proteção dos direitos e garantias fundamentais (...) ”¹².

Assim introduzido, nosso trabalho será dividido em cinco capítulos, sendo que no primeiro apresentaremos um caso concreto decidido pelo STF, onde enfatizaremos algumas considerações que pretendemos desenvolver nos demais capítulos, a partir da decisão que marca o entendimento daquele Tribunal acerca do direito ao fornecimento de medicamento pelo poder público ao particular. Nosso interesse é reconstruir os argumentos utilizados no voto do relator, Gilmar Mendes, com base numa Teoria da argumentação jurídica que leve em conta o princípio discursivo na aplicação do Direito, dando ênfase aos seguintes aspectos: aplicabilidade das normas constitucionais; a intelecção do que sejam políticas públicas; a exata colocação das teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”; a interpretação dos princípios da supremacia do interesse público e da separação dos poderes; a consequência da utilização da técnica da ponderação de princípios; a visão do Direito como Integridade em Ronald Dworkin e, ainda, a complementaridade entre os sistemas do Direito e da Moral, envolvendo a temática de Klaus Günther quanto aos discursos de justificação e de aplicação normativa. Tais temas serão mais detidamente abordados nos capítulos segundo e terceiro sendo que, finalmente, nos dois últimos faremos a reconstrução da fundamentação apresentada no caso concreto à luz da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas para apresentarmos nossas conclusões.

¹² FORTINI, Cristiana; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55581>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2010,

1 APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO

A discussão judicial acerca da saúde pública no Brasil passou a ser corriqueira a partir dos anos 90, uma vez que a Constituição Federal de 1988 erigiu a saúde como direito fundamental¹³ e universal, ou seja, destinado a todos, e não mais apenas aos trabalhadores segurados na Previdência Social, bem como dever de todas as esferas do governo, e não somente da União Federal, como era até então. A exigibilidade deste direito subjetivo (que tanto é público como individual), sob a forma de prestação positiva (e não de defesa da esfera de liberdade pessoal dos indivíduos) por parte do Estado, fez com que a inexistência ou a precariedade dessa prestação o levasse aos Tribunais, admitindo-se a sua justiciabilidade. SARLET expõe críticas contra a classificação dos direitos fundamentais como direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos), evidenciando que

nem todos (muito embora talvez ainda a maioria) identificam os direitos sociais como direitos a prestações estatais, visto que boa parte das normas definidoras de direitos sociais – pelo menos na ordem constitucional pátria – encerram direitos de caráter negativo (defensivo), o que, de resto, também se verifica no âmbito da doutrina constitucional estrangeira. (...) Por outro lado – e nisto reside a nossa principal objeção aqui sustentada - a afirmação de que os direitos fundamentais sociais nada mais são do que políticas públicas (que eles certamente também são, como importa reconhecer),

¹³ Aqui não nos preocuparemos em conceituar direitos fundamentais ou a compartimentá-los em dimensões (gerações) ou tampouco classificá-los. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, 2012, 11ª ed., considera relevante a lição de Menelick de Carvalho Netto de que “o art. 5º, par. 2º da nossa Carta Magna traduz a noção de que a Constituição se apresenta como ‘a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais’, com o que simpatizamos. Com relação a uma classificação funcional SARLET entende adequada, p. 166 e 167, aquela proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), salientando que a ambos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos derivados e os direitos originários a prestações, que ainda será objeto de nossa atenção”. Em nota de rodapé o autor afirma que é também a classificação recentemente adotada por G. F. Mendes, *in*: *Hermenêutica Constitucional e Direitos fundamentais*, p.200 e ss, Importante, portanto, para o nosso trabalho, porque muito considerada por diversos autores, é compreender a dupla dimensão, positiva e negativa dos direitos fundamentais, o que fazemos conforme lição de Canotilho, exposta por SARLET, *op. cit.*, p. 168 e 169: “A título de síntese, e de acordo com a plástica formulação de Gomes Canotilho, ‘os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”

acaba por desconsiderar que há direitos sociais cujo objeto também consiste em abstenções por parte do destinatário, isto sem falar na circunstância de que existem direitos sociais a prestações cujo destinatário é uma entidade privada ou até mesmo uma pessoa física (...) 14.

Esta compreensão nos é importante, como veremos adiante, uma vez que a grande discussão doutrinária a respeito do direito à saúde decorre exatamente da sua natureza prestacional e dos custos que dela decorrem. Todavia atualmente esta tradicional distinção vem ficando superada, na medida em que tem se entendido que tanto os direitos prestacionais (positivos) como os negativos (direitos de defesa) acabam por acarretar custos públicos, razão de ser da distinção.

O tema da saúde pública passou a ser enfrentado pelo Poder Judiciário mediante o ajuizamento de ações em face do SUS – Sistema Único de Saúde – personificado pelos entes da federação- União, Distrito Federal, Estados e Municípios, visando os mais diversos tipos de medidas como entrega de medicamentos, internações e exames de toda sorte, sempre em caráter de cognição sumária. A via judicial para a solução de conflitos desta natureza tem se mostrado possível tanto individual como coletivamente, exatamente em função da titularidade – individual ou coletiva – dos direitos sociais. SARLET enfatiza o vínculo dos direitos sociais com a dignidade da pessoa humana e os correlaciona com o mínimo existencial, lecionando que tais direitos “surgiram e foram incorporados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada”¹⁴. Portanto, se dizem respeito à pessoa humana em sua individualidade, podem e devem ser perseguidos em Juízo individualmente, de modo que considerar que os direitos individuais são puramente defensivos, tais como os civis e políticos não corresponde à realidade atual.

Concomitantemente com a sujeição do tema saúde pública aos Tribunais vivenciou-se a expansão do protagonismo judiciário, também chamado de judicialização da política ou politização da justiça, na verdade fenômeno crescente na medida em que as “políticas sociais” ou políticas públicas, instrumentos do Estado para a efetivação da generalidade dos direitos sociais, são muitas das vezes falhas, de difícil execução ou simplesmente inexistentes.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, cit., p. 216.

Com efeito, um direito originário a prestação, poderá mesmo resultar, para além de gerar uma pretensão (individual ou coletiva) à satisfação do bem assegurado pela Constituição, na condição de direito subjetivo, na exigência de políticas públicas que precisamente irão ter como finalidade assegurar a fruição de tal prestação. Se, por sua vez, um titular de direito fundamental for excluído do âmbito dos beneficiários da política pública, o fato de ter assegurado um direito fundamental, lhe assegura, em princípio, a possibilidade de acionar o poder público e exigir acesso à prestação¹⁵.

Frente a esse contexto os juízos monocráticos e tribunais do país são instados, a todo momento, a decidir acerca da matéria, sendo que o Supremo Tribunal Federal, em 17 de março de 2010, em seção plenária, decidiu pelo indeferimento do pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União Federal objetivando a reforma da decisão oriunda da 7ª vara federal do Ceará, a qual havia determinado à União a entrega individual de medicamento não fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS. O pedido foi feito em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, na qualidade de substituto processual, em favor de paciente que buscava obter o medicamento ZAVESCA (Miglustat) para tratamento de patologia denominada Niemann-Pick Tipo C. A decisão, embora provisória, desponta no cenário jurídico como emblemática ao definir parâmetros de fundamentação utilizados pela mais alta corte do país a respeito de assunto ainda por demais controvertido, e foi assim ementada:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁶.

Neste trabalho não enfatizaremos as questões processuais abordadas no julgado, visto não ser o seu desiderato. Nem tampouco nos dedicaremos a historiar o direito à saúde no Brasil ou avaliar a efetividade de sua prestação como serviço

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia os Direitos Fundamentais*, cit., p. 217.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 10/03/2012.

público essencial. O nosso interesse, como já frisamos, é de cunho analítico da fundamentação apresentada pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175. O que nos interessa mais de perto é concluir até que ponto a fundamentação desenvolvida pelos julgadores pode se prestar tanto ao deferimento como ao indeferimento do pleito, e de que maneira podemos chegar à produção legítima (válida, racional) da decisão judicial. Neste sentido, procuraremos demonstrar a necessidade de um trabalho hermenêutico diante do caso concreto afastando a postura imposta pelo Positivismo Jurídico.

Nossa discussão gira em torno do voto do Relator do pedido de suspensão de tutela antecipada acima mencionado, Ministro Gilmar Mendes, embora no decorrer do trabalho façamos incursões pelos votos de alguns dos demais Ministros que participaram do julgamento, a saber: Ellen Gracie, Celso de Mello, Eros Grau, Ayres Britto e Marco Aurélio.

MENDES relata minuciosamente¹⁷ a decisão que deferiu antecipadamente a entrega de medicamento e os argumentos do agravante.

¹⁷ A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, em consonância com o prévio parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 135-149 e 162-163) por não se constatar, no caso, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, ressaltando-se os seguintes fundamentos, no que aqui nos interessa: “[...] No caso dos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito: a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29); b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfalga (fls. 29); c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30); d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$52.000,00 por mês; e e) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108).

A decisão impugnada, ao deferir a antecipação de tutela postulada, aponta a existência de provas quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado, nos seguintes termos:

“ (...) No caso concreto, a verossimilhança da alegação é demonstrada pelos documentos médicos que restaram coligidos aos autos. No de fls. 24, consta que ‘o miglustato (Zavesca) é o único medicamento capaz de deter a progressão da Doença de Niemann-Pick Tipo C, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente’. A afirmação é seguida de indicação das bases nas quais se assentou a conclusão: estudos que remontam ao ano 2000. Além dele, convém apontar para o parecer exarado pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação – Associação das Pioneiras Sociais, sendo essa instituição de referência nacional. Nessa manifestação (fl. 28) consta: ‘Atualmente o tratamento é, preponderantemente, de suporte, mas já há trabalhos relatando o uso do Zavesca (miglustat), anteriormente usado para outras doenças de depósito, com o objetivo de diminuir a taxa de biossíntese de glicolipídios e, portanto, a diminuição do acúmulo lisossomol destes glicolipídios que estão em quantidades aumentadas pelo defeito do transporte de lipídios dentro das

Ao analisar o que denomina “questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde” MENDES enfatiza acerca da persistência de fortes divergências doutrinárias no âmbito de proteção da norma

células; o que poderia possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida dos pacientes acometidos pela patologia citada’. Acrescente-se que o medicamento pretendido tem sido ministrado em casos idênticos. (...) Esse quadro mostra que há prova pré-constituída de que a jovem CLARICE é portadora da doença Niemann-Pick Tipo C; de que a medicação buscada (miglustat) é considerada pela clínica média como único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida do paciente com uma certa qualidade; de que tem sido ministrado em outros pacientes, também em decorrência de decisões judiciais.” (fls. 107-108)

O argumento central apontado pela União reside na falta de registro do medicamento Zavesca (miglustat) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, conseqüentemente, na proibição de sua comercialização no Brasil.

No caso, à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento ZAVESCA ainda não se encontrava registrado na ANVISA (fl. 31).

No entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, verifiquei que o medicamento ZAVESKA (princípio ativo miglustate), produzido pela empresa ACTELION, possui registro (nº 155380002) válido até 01/2012.

O medicamento Zavesca, ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Apesar de a União e de o Município de Fortaleza alegarem a ineficácia do uso de Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C, não comprovaram a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS.

Por outro lado, os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos (fl. 166).

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o cesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

A análise da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e da ilegitimidade passiva da União e do Município refoge ao alcance da suspensão de tutela antecipada, matéria a ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a presente medida.

[...] (fls. 180-183)

Manteve-se, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES.

O agravante requer a reforma da decisão (fls. 193-229), renovando os argumentos antes apresentados para buscar demonstrar a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas (fls. 193-229).

Alega que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas (fls. 199-204).

Sustenta tanto a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências (fls. 204-205), como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa (fls. 205-218).

Por fim, argumenta que só deve figurar no polo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará; deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador (fls. 223-229).

É o relatório.

constitucional do direito à saúde. Afirma que levou em conta, na análise do caso, as experiências e os dados colhidos em Audiência Pública¹⁸ realizada em maio de 2009 pelo STF:

É recorrente a afirmação acerca da feição meramente programática¹⁹ das normas que consagram o direito constitucional à saúde. Defendemos que, ao lado da alimentação, inserido em decorrência da Emenda Constitucional 64/2010²⁰, o direito à saúde, umbilicalmente atrelado ao direito à vida, é direito fundamental individual de aplicação imediata. A despeito de entendimentos divergentes, inclusive de abalizada doutrina, juízes monocráticos e órgãos colegiados dos mais diversos tribunais do país caminham no sentido de concretizar a prestação dos serviços de

¹⁸ A feição da audiência pública no âmbito do Poder Judiciário enseja tanto a visibilidade e participação popular como o recrutamento de informações técnicas a respeito do tema em debate. Tanto as normas como a experiência prática da realização de audiências públicas no STF são muito recentes, o que não permite que se tenha conclusões a respeito. A Lei 9868/99 permite ao ministro relator dos processos de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e de ação declaratória de constitucionalidade (ADC) “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos” (art. 9º, par 1º e art. 20, par 1º). Já a Lei 9882 do mesmo ano de 1999 permite ao ministro relator dos processos de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), “se entender necessário, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 6º, par 1º). O Regimento Interno do STF sofreu Emenda, de nº 29, em 19/02/2009, inserindo-lhe dispositivos que permitem ao Presidente da Corte “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal” e “decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas” (art. 13, XVII e XVIII). O Regimento, portanto, não limita as classes processuais em cujo âmbito o Presidente do STF pode convocar audiências públicas. Regras procedimentais instituem o dever de ampla divulgação e a publicidade tanto da convocação quanto da própria audiência, a garantia de participação de diversas correntes de opinião sobre a matéria objeto da audiência, a obrigação do depoente de limitar sua exposição ao tema ou questão em debate, o dever de registro e juntada dos trabalhos das audiências nos atos do processo ou nos arquivos da Presidência e a atribuição do ministro que convocar e presidir a audiência de selecionar as pessoas que serão ouvidas bem como de divulgar a lista dos habilitados, determinar a ordem dos trabalhos, fixar o tempo que caberá para as manifestações e resolver os casos omissos (art. 154, I a VII). O assunto guarda muita pertinência com o tema do nosso trabalho, conforme veremos na abordagem dos discursos de aplicação da norma jurídica. No contexto do discurso de aplicação entendemos que a audiência pública pode dar margem à absorção de argumentos éticos, morais e pragmáticos pelos julgadores, o que não coaduna com o nosso entendimento.

¹⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, p. 137, 138 & 139, localiza as normas programáticas entre as de eficácia limitada, adotando definição de Crisafulli segundo o qual são “aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado, assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades”.

²⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (NR)

saúde perseguidos pelos cidadãos frente à limitada ou inexistente atuação do Estado (gênero), consolidando a tese de que a norma contida no artigo 196 da Constituição Federal possui eficácia plena e aplicabilidade imediata²¹. Nesse sentido MENDES enfatiza que dentre os direitos fundamentais encontram-se “cada um daqueles direitos a exigir máxima efetividade possível, de modo a situar o primado da dignidade humana no mais elevado patamar ético-jurídico de nossa comunidade política”²².

Como realçamos no início, MENDES imputa a existência de divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional que garante o direito à saúde à sua natureza prestacional, acrescentando, ainda, a dificuldade de “compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’”²³. Verificamos, portanto, que a consideração, por alguns, da feição meramente programática das normas constitucionais que definem o direito à saúde relaciona-se com as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como na técnica da ponderação de princípios de ALEXY²⁴.

Na lição de TORRES²⁵ a teoria do mínimo existencial, originalmente, representava uma maneira de “aliviar a tributação dos pobres e transferir para o Estado a sua proteção por meio de imunidade fiscal”, transmudando-se, com o tempo, para mecanismos assistencialistas de prestações positivas ou auxílio estatal como forma de garantir “condições mínimas de existência humana digna”. Trata-se de uma teoria que “não tem dicção constitucional própria e carece de conteúdo específico”. Sua idéia é defender a parcela disponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. Sua base filosófica pode ser atribuída à obra de RAWLS²⁶ sendo ALEXY quem oferece uma estruturação da mesma no modelo de ponderação, “ao distinguir entre o mínimo

²¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, p. 101 &102, conceitua normas constitucionais de eficácia plena como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade”.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit.

²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 1ª edição. Rio de Janeiro: 2009.

²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

existencial ou direitos jusfundamentais sociais mínimos e os direitos fundamentais sociais”²⁷, como adiante veremos. O que se pode dizer, entretanto, é que o entendimento do qual partilhamos, amparados em Habermas, é o de que “não há espaço para uma Teoria da Justiça, mas, apenas, para uma Teoria do Direito, que se desenvolve dentro da visão do ordenamento jurídico. As questões orçamentárias e financeiras são resolvidas a partir dos direitos fundamentais, que têm dilargados os seus limites”²⁸.

Mínimo existencial e reserva do possível são expressões que passaram a ser muito utilizadas no Direito brasileiro mas, na verdade, a doutrina do mínimo existencial floresceu e foi sedimentada no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Fundamentavam-na, os juristas alemães, na dignidade humana, na cláusula do Estado Social /princípio da igualdade ou estabelecendo sua diferença frente aos direitos sociais. Em acórdão famoso a Corte alemã firmou a doutrina da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual a entrega de prestações sociais fica sujeita à opção da maioria, mas a reserva do possível aplica-se melhor aos direitos sociais do que ao mínimo existencial. A expressão – mínimo existencial – foi utilizada pela primeira vez “no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados”²⁹. Ou seja, a limitada disponibilidade de recursos públicos não deveria privilegiar apenas uma parte da população, deixando sem atenção outros interesses importantes da coletividade, o que se consideraria uma afronta ao mandamento de justiça social que é concretizado no princípio da igualdade. Além da Alemanha a idéia do mínimo existencial passou a ser utilizada também em Portugal, até ser “importada” para o Brasil, mas com sentido totalmente diferente do original alemão. TORRES descreve aquilo que parte da doutrina brasileira convencionou denominar “reserva do possível fática” (ausência de recursos orçamentários) em contraste com a reserva do orçamento (reserva jurídica), ou seja, falta de previsão orçamentária para determinado gasto particular”. A distinção é importante porque o autor vai concluir que a interpretação assim dada “desloca a expressão original (*reserva do possível*)

²⁷TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 58.

²⁸TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 59.

²⁹TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 64, 65, 103, 104 & 106.

da órbita dos direitos sociais para os direitos fundamentais e o *mínimo existencial*, ocasionando a *desinterpretação* da expressão³⁰.

É o que se constata nos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, e um exemplo vivo é o voto em comento quando sempre se enfatiza a questão da escassez dos recursos públicos ou então se considera o custo do medicamento para a sua entrega, alegando-se a “inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais”, para, como veremos, lançar mão, afinal, de *juízos de ponderação* para viabilizar a decisão. TORRES³¹, entretanto, apesar de ter trazido esse entendimento da distorção da utilização das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível em tribunais brasileiros, quando discorre sobre a judicialização da política afasta-se da posição por nós adotada na medida em que critica “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, situação que, acredita, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países”. Aplauda a Ministra Ellen Gracie, cujo posicionamento criticamos, reproduzindo trecho de decisão daquela Magistrada, sobre a mesma matéria, onde afirma que “o direito à saúde refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. Enfim, TORRES introjeta claramente posições valorativas na medida em que compreende a questão como uma distribuição casuística de bens públicos “em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, o que, a seu juízo, contribuirá para a perda dos direitos humanos no Brasil”³². A propósito, TORRES critica a decisão proferida na STA175, ora em comento, mas sua crítica é completamente diferente daquela que assumimos neste trabalho. Entende que a questão do mínimo existencial deveria ser atacada em sua delimitação, “com o reconhecimento do direito dos pobres e miseráveis e com a obrigação estatal de garantir a medicina preventiva e de urgência”³³. Expõe:

³⁰ Cf. TORRES, são eles: Ingo Sarlet, Ana Paula de Barcellos, Marcos Maselli de Gouvêa, Fernando Facury Scaff e Mariana Filchtiner Figueiredo. p. 107 & 108.

³¹TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p.129.

³²TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 135.

³³TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 255.

O STF, a nosso ver, não avançou muito na decisão proferida nas STA's 175 e 178. Assumindo o ônus de traçar os limites da política pública de saúde, não estabeleceu a *rationale* ou a sentença jurídica genérica que pudesse orientar a atuação dos poderes políticos, como se exige de um ato típico de legislador positivo. Restringiu-se a adjudicar o direito pleiteado (medicamentos), estabelecendo vagos parâmetros. Nada disse sobre o mínimo existencial ou a situação de miséria e exclusão social do demandante, ao contrário do que aconteceu em inúmeros julgados anteriores³⁴.

Nossa crítica, por outro lado, conforme desenvolveremos neste trabalho, é diferente daquela trazida por TORRES quanto ao “mínimo existencial”. Não defendemos que a outorga judicial de medicamentos em processo jurisdicional seja definida por critério de pobreza ou miserabilidade nem tampouco que o direito à saúde se restrinja a medidas preventivas e de urgência, porque assim não dispõe a Constituição Federal. Muito pelo contrário, o artigo 196 fala em *acesso universal igualitário*.

Em contrapartida, FORTINI e CHAMON JUNIOR³⁵ afirmam que “um dos grandes desafios pelo qual a Teoria do Direito passa, e ainda passará por muito tempo, é a construção de concepções jurídico-normativas coerentes com a prática legítima do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que diz respeito a problemas afetos à Administração Pública”. Os autores supra defendem “a adoção do paradigma³⁶ procedimental do Estado Democrático de Direito como a melhor compreensão da prática jurídica da Modernidade”. Para interpretar o sentido

³⁴TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 135 & 136.

³⁵ FORTINI, Cristiana; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas*, cit.

³⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*. 1ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 134, 135 & 136, explica que “Habermas entende as visões paradigmáticas como ‘as imagens-modelo que uma determinada comunidade jurídica acolhe para a questão de como podem ser realizados o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito no contexto percebido de uma dada sociedade’. Partiremos da classificação de Habermas (1996) segundo a qual podem ser delineados, desde a formação do direito na modernidade, três paradigmas do direito: 1. O direito formal burguês (ou modelo liberal do direito); 2. O direito materializado do Estado social; 3. O Estado Democrático de direito, denominado pelo autor como o paradigma procedimental do direito (...) Os paradigmas do direito procuram configurar certas formas de compreender-explicar o direito moderno, contrapondo-as a uma idéia de direito pré-moderno, que se caracterizava por ser uma ordem normativa ‘dada’, transcendental, atemporal e universal, cujo conjunto de normas se confundia com a religião, a moral e as tradições secularizadas. A ruptura com essa ordem fundou a modernidade e os paradigmas do direito que lhe sucederam. O Estado Democrático de Direito foi o paradigma do direito adotado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual deve dirigir a hermenêutica que devemos fazer, não só do texto constitucional, como, ainda, da legislação infraconstitucional e do movimento de Reforma do aparelho do Estado. Como não existe qualquer consenso acerca dos horizontes conceituais e compreensivos do Estado Democrático de Direito, apresentaremos a proposta do paradigma procedimental do direito no esteio da Teoria discursiva do Direito e da democracia de Habermas (1996).

normativo da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais lançam mão de “uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito”, e não somente do argumento principiológico. Melhor explicando, enfatizam que “a aplicabilidade dos princípios garantidores dos direitos fundamentais decorre não apenas de um dispositivo constitucional, mas de algo subjacente ao Direito da Modernidade, ou seja, a consecução do ideal de realização e garantia de iguais direitos fundamentais a todos os concidadãos”. É a partir da proposta do paradigma procedimental do Direito da teoria discursiva do Direito e da democracia habermasiana que vamos interpretar “qual o é sentido normativo quando a Constituição da República de 1988 estabelece que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’”, no entendimento já lecionado acima, por José Afonso da Silva, como sendo aquelas “dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade”.

A digressão aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial é fundamental neste trabalho, uma vez que se apresentam como a base da fundamentação da quase totalidade das pretensões e decisões acerca de provimentos de saúde no Brasil. Verificamos que no tocante à argumentação da decisão judicial, a utilização aproblemática destes princípios limita o intérprete e subtrai a possibilidade de se alcançar uma argumentação firmada na legitimidade do Direito. Nossa pretensão no decorrer desta exposição é alargar a fundamentação das decisões judiciais envolvendo o tema da saúde pública para além da garantia do “mínimo existencial”, princípio que, de qualquer forma, deve ser aferido caso a caso, bem como afastar o princípio da “reserva do possível” como principal argumento à não efetivação da tutela jurisdicional individual, quando pleiteada. Não consideramos legítima a aferição da reserva do possível na medida em que esbarrar em dificuldade de caixa do tesouro não pode subtrair garantia de direito constitucionalmente consagrado e também porque não há como aferi-la em cada caso concreto considerado. Ademais, é preciso deixar bem claro que a reserva do possível não é princípio constitucional brasileiro, sendo que TORRES afirma que nem tampouco trata-se de um princípio jurídico:

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador.

Não se confunde com a expressão “reserva de orçamento”, à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo Legislativo. Por isso J. Isensee diz que as prestações sociais dependem da “soberania orçamentária do legislador” (Haushaltssouveranität des Gesetzgebers) e observa que a proteção dos direitos sociais depende da conjuntura econômica (Wirtschaftskonjunktur) e que “normas constitucionais não afastam as crises econômicas (Verfassungsnormen banen nicht Wirtschaftskrisen)³⁷”.

Voltando à análise dos argumentos do voto, MENDES passa a abordar a “dimensão prestacional (positiva) - direitos a prestações em sentido estrito, ou seja, prestações materiais sociais - dos direitos sociais como o principal argumento contrário à sua judicialização”. Vê-se que a questão econômica ganha relevância extrema na abordagem do assunto, uma vez que admite que a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Assim, enfatiza o Relator:

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’³⁸.

Neste ponto a fundamentação passa a explorar a questão dos custos públicos gerados quando se decide pela garantia das prestações positivas do direito fundamental à saúde, abordando, sem refutá-la, a posição daqueles que defendem “que a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas (as políticas públicas), violaria o princípio da separação dos poderes”. Duas situações, nesse particular, demandam reflexão. A primeira delas é a recorrente colocação, por parte dos julgadores, disso não escapando o Ministro Gilmar Mendes, acerca das “consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte,

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 135.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, p. 79.

com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, 2001)”; a segunda é a alegada violação do princípio da separação dos poderes.

Com relação à primeira colocação, como já enfatizamos, não raro a medida jurisdicional de saúde tem sido negada com fundamento no custo da prestação do serviço (individual) de saúde, do insumo ou do medicamento que se pleiteia, embora, neste caso, MENDES, no início do relatório, tenha enfatizado que “o alto custo não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento (...)”. Socorre-se, via de regra, o julgador, do argumento econômico como forma de embasar a decisão judicial, de modo que argumentos afetos à Economia passam a ser sobremaneira valorizados no Direito. Para desenvolver esse raciocínio e até mesmo poder criticá-lo, é interessante lançar mão da noção de “sistemas” estudada pela Sociologia, principalmente da forma como Niklas Luhmann concebeu o fenômeno social quando da formulação da sua Teoria dos Sistemas Autopoieticos, que trouxe a noção de diferenciação funcional oriunda da biologia, no sentido de autorreprodução.

LUHMANN buscou compreender a diferença entre sistema e ambiente, como “uma forma composta por dois lados: sistema/ambiente”, e para ele “a diferença entre sistema e meio (ambiente) resulta do simples fato de que a operação se conecta (enlaça) a operações de seu próprio tipo, e deixa de fora as demais”³⁹.

Luhmann afirma que

(...) dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação. Esta operação única consegue configurar dois acontecimentos fundamentais, dentro do sistema: a auto organização e a autopoiesis. Auto-organização significa construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão enclausurados (fechados) em sua operação, elas não podem conter (importar) estruturas. Eles mesmos devem construí-las: por exemplo, numa conversa, o que se diz por último é o ponto de apoio para dizer o que se deve continuar dizendo; assim como o que se percebe no último momento constitui o ponto de partida para o discernimento de outras percepções. A presença corporal em um espaço específico é o eixo fundamental para captar a normalidade da continuidade da percepção. Portanto, o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas⁴⁰.

³⁹ LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, Vozes, 2009, p 89.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, Vozes, 2009, p 112, 113.

Daí decorre o mecanismo do fechamento (clausura) operacional, que para LUHMANN “traz como consequência que o sistema dependa de sua própria organização”, bem como do “acoplamento estrutural”, que nada mais é do que a forma como um sistema entra em relação com o ambiente. Assim,

As causalidades que podem ser observadas na relação entre sistema e meio (ambiente) situam-se exclusivamente no plano dos acoplamentos estruturais – o que significa dizer que estes devem ser compatíveis com a autonomia do sistema. Tal tipo de conceituação reafirma o já especificado, em aulas anteriores, acerca do significado preciso do conceito de autopoiesis: um sistema não pode ser mais ou menos autônomo, e mais ou menos autopoietico. Os acoplamentos estruturais podem admitir uma diversidade muito grande de formas, desde que sejam compatíveis com a autopoiesis. A ênfase reside, portanto, nessa compatibilidade⁴¹.

De posse desta teoria e aplicando-a à nossa análise, entendemos como CADEMARTORI e BAGGENSTOSS que

Para a evolução do sistema jurídico e, por conseguinte, a sua correspondência com o meio em que se insere (sistema social), a sua referência interna deve obedecer ao mecanismo de fechamento operacional, que implica ausência de condicionamento do que ocorre no ambiente. E de outra parte, ao mecanismo de abertura cognitiva, que estabelece a inserção de um elemento cognitivo do ambiente pauta-se na seleção daquele que é tolerado pela estrutura do sistema, que já o percebeu a priori como uma das probabilidades atuantes no movimento sistêmico⁴².

Assim, pretendemos demonstrar que numa leitura de Habermas, se valendo de elementos de Luhmann, a decisão aqui em comento representa a adoção de códigos de outros subsistemas, provocando a introdução de elementos não jurídicos na decisão judicial, e, por conseguinte, no sistema jurídico.

Colho do voto do Ministro Celso de Mello a assertiva que enfatiza a sua preocupação com a questão econômica, não obstante o voto tenha sido pela manutenção da entrega do medicamento, externando uma preocupação do julgador com aspectos econômicos diante da imaginável limitação de recursos do erário público a qual não se manifesta em outras searas de decisão envolvendo o poder público. Dizemos imaginável porque sempre alegada e nunca comprovada, na prática, a impossibilidade material da prestação singular por parte do ente público

⁴¹ LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, Vozes, 2009, p 130.

⁴² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart & BAGGENSTOSS. Revista Sequência, n. 62, jul. 2011.

demandado. O mesmo se observa em inúmeros outros julgados pelo Brasil afora, vez por outra inviabilizando a garantia do direito subjetivo individual à prestação de saúde pleiteado ao argumento do seu alto custo. Não se encontra, todavia, este argumento tão facilmente em pleitos que não os de saúde pública, ou seja, em diferentes condenações impostas ao Estado, quer oriundas de vínculo obrigacional ou não. Assim sendo, indagamos se não estariam os julgadores, além de ignorar a diferenciação sistêmica, utilizando-se de parâmetros distintos quando, ao condenarem o Estado às demais sortes de obrigações, não levarem em conta o fundamento econômico. Também se indaga a respeito da definição do que seria medicamento ou tratamento de alto custo e a quem caberia fixar tal definição.

MELLO assim se manifesta na STA 175:

É certo, tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular ou de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real do direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

(...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significado relevo ao tema pertinente à “reserva do possível (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não poderá razoavelmente exigir, então considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política ⁴³.

Verifica-se que são argumentos que denotam toda a preocupação econômica do julgador, outrora utilizados por MELLO também ao proferir seu voto na ADPF 45/DF, no ano de 2004, que versava sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto emanado do Presidente da República que, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art.59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004⁴⁴.

O autor daquela ação constitucional sustentava que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde e que foi julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Alinhavada em seus pontos principais a questão econômica, passamos à segunda situação articulada como cerne da argumentação de ambos os Ministros (MENDES e MELLO), qual seja, a alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes. CATTONI DE OLIVEIRA desde há muito enfrenta o tema, enfatizando a resistência ao novo por parte do Supremo Tribunal Federal como, por exemplo, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107, onde, segundo CATTONI DE OLIVEIRA:

Assentou o entendimento segundo o qual não caberia regulamentar, para e em cada caso concreto submetido à sua apreciação, o exercício desses direitos (direitos constitucionais), sobre a justificativa de que, se assim, procedesse, estaria rompendo a separação dos poderes e assumindo o papel do legislador positivo (...). Vencia, mais uma vez, o entendimento tradicional segundo o qual “normas programáticas, dependentes de regulamentação legislativa”, não teriam eficácia plena e aplicabilidade imediata, mesmo em face do enfático dispositivo do parágrafo primeiro, do art. 5ª, da Constituição⁴⁵.

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit., p. 111.

⁴⁴BRASIL, ADPF 45-9 – Distrito Federal, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

⁴⁵CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e

A alegada infringência ao clássico princípio da separação dos poderes sustenta a inaplicabilidade imediata das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais- visão equivocada, que vem aliada à desgastada imposição de supremacia do interesse público (entendido como estatal ou governamental) sobre o interesse privado como modo de justificar a inatividade do poder Judiciário. Nos próximos capítulos tentaremos discorrer a respeito do que considera CATTONI DE OLIVEIRA

como não somente uma interpretação inadequada da separação dos poderes, como, em razão de uma compreensão da norma jurídica reduzida à regra, não reconhece ao ordenamento o seu caráter principiológico, carente não somente de concreção legislativa mas também jurisdicional, pois cada uma dessas distintas tarefas cumpre papel próprio e específico no processo de possibilitar que a liberdade e a igualdade que reciprocamente nos reconhecemos tenham garantida a chance de se enraizarem em nossa vida concreta cotidiana de tal sorte a efetivamente regerem as expectativas de comportamento internalizadas e por nós compartilhadas⁴⁶.

O trecho acima vai de encontro a outro ponto que a seguir será explorado que é o da ponderação de interesses tão em voga no Supremo Tribunal Federal. É neste diapasão que, retornando ao voto de MENDES observamos que é corriqueira hoje no STF a utilização da técnica do sopesamento entre princípios, tanto para deferir como para indeferir uma pretensão, como se vê do voto que cita ALEXYY:

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, 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. Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais, da seguinte forma:

“Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição

intransponível realidade político-social). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 08 de abril de 2012.

⁴⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social), cit.

alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”⁴⁷.

Abordagens que utilizam a técnica da ponderação de interesses são frequentes no STF, sendo que este trabalho pretende refletir acerca da sua aplicabilidade nas decisões envolvendo saúde pública e até que ponto a mesma implica na adoção de uma grande margem de discricionariedade. É o que CATTONI DE OLIVEIRA chamou de

entendimento judicial que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. E tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo”⁴⁸.

A questão restou colocada no sentido da colisão entre direitos individuais e bens coletivos ao se conceder o medicamento requerido, quando, na verdade, o que havia a ser levado em conta diante do caso concreto apresentado seria a ocorrência ou não de lesão ao direito individual à saúde da litigante.

Após trabalhar claramente a técnica da ponderação de interesses, atribuindo pesos ao que chamou de “contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”, MENDES caminha rumo ao desfecho, passando a analisar *per si* cada um dos elementos constantes no artigo 196 da Constituição.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, p. 82.

⁴⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social), cit.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) 'direito de todos' e (2) 'dever do Estado', (3) garantido mediante 'políticas sociais e econômicas' (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos', (5) regido pelo princípio do 'acesso universal e igualitário' (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação⁴⁹.

Ao comentar a expressão “direito de todos” o julgador admite que a norma coteja “tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde”, atribuindo-lhe, portanto, efeito concreto. Assim afirma que:

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do agr-RE nº 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que ‘a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente’, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que ‘a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)’, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (Agr-RE N. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000)⁵⁰.

Descortina-se um horizonte com tal afirmação, o qual, entretanto, é embaçado pela conclusão seguinte de que a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*⁵¹, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

Entendemos que não há como e não se trata de demonstrar e fundamentar de forma clara e concreta, caso a caso, o não comprometimento do funcionamento do SUS e sim de garantir ou não o direito individual pleiteado. Existe uma impossibilidade óbvia de se comprovar, em cada processo, em que medida a decisão ali proferida comprometeria o funcionamento do sistema de saúde como um todo. A afirmação sobre a certeza do caráter individual da prestação seguida do seu condicionamento aos parâmetros acima se mostra, antes de tudo, inverossímil.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit. p. 84.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit p. 85.

⁵¹ Prima Facie: O que admite exceções. Cf ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Martins Fontes, 2012. p. 280. Conforme ALEXANDER, Robert. Teoria... p. 104: Princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

Também na decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45/DF, como verificamos, ficou consignada a necessidade da ocorrência do binômio razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado, a caracterizar o deferimento do pleito individual, visto que não há qualquer parâmetro a fundamentar a razoabilidade da pretensão. Volta-se a condicionar o direito individual à prestação jurisdicional em matéria de saúde à disponibilidade financeira do Estado.

Ao analisar a expressão “dever do Estado” MENDES reconhece que há claramente a imposição de um dever de outorgar prestações de saúde por parte do Estado, dever este solidariamente repartido entre os gestores municipal, estadual e federal.

A garantia mediante políticas sociais e econômicas, no entender de MENDES,

ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada⁵².

Embora no início do voto reconheça a dimensão individual do direito à saúde, os argumentos acima se referem, tão somente, à dimensão coletiva. Da mesma forma, a alusão a políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos refere-se apenas à dimensão preventiva do direito à saúde, também de caráter coletivo. Em suma, tal argumento não é racional para o caso concreto *sub judice*.

Quando comenta o objetivo ao acesso universal e igualitário de tais políticas MENDES contradiz o que havia expressado até então, pois passa a defender a posição da Ministra Ellen Gracie em outro julgado, qual seja, pedido de suspensão de tutela antecipada sobre o mesmo tema – saúde, a STA 91, onde a então Ministra ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit. p. 88.

todo. Importante frisar que a posição da Ministra Ellen Gracie, em 2007 e também no julgado de 2011 é a mesma, e daquele seu voto colhe-se o seguinte trecho:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...) (fl.26) dos associados, está se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade⁵³.

Assim como outrora, ao proferir seu voto na STA 91, entendemos que na STA 175 a Ministra Ellen Gracie se contradiz, pois utiliza argumentos contrários e profere voto pela manutenção da entrega do medicamento, desafiando a racionalidade da decisão.

A promoção, proteção e recuperação da saúde é analisada sob a ótica da implementação e da manutenção das políticas públicas já existentes, levando MENDES concluir que a questão tem mais relação com a execução administrativa das políticas públicas pelos entes federados do que propriamente com a inexistência de tais políticas ou de uma política pública específica. Assim, afirma que:

o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes⁵⁴.

(...) Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece evidente⁵⁵.

(...) Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 de 26 de fevereiro de 2007. Diário de Justiça nº 43 de 5 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 12 de Maio de 2012.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit. p. 92.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit. p. 92.

omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação⁵⁶.

Enfim, as demais considerações explanadas no voto ou retomam pontos anteriormente já comentados ou não possuem interesse à abordagem deste trabalho, como a questão de registro de medicamento na ANVISA, por exemplo. Dos três tópicos acima discriminados como capazes de embasar a não prestação da providência de saúde administrativamente vale ressaltar que a omissão legislativa, como colocada por MENDES, não pode ser matéria cogitada em ações judiciais nos moldes das que aqui comentamos, sendo destituída de sentido no contexto da decisão. Já a omissão administrativa, no nosso entender, é exatamente a mencionada *inexistência de tratamento na rede pública*. Na prática o que se vê nos pleitos judiciais são situações tanto de inexistência do tratamento ou medicamento na rede pública como de decisão administrativa de não fornecê-los (os tratamentos e medicamentos), máxime pela incipiente disponibilidade dos mesmos no âmbito do SUS, ainda que existente a política pública que preveja sua dispensação.

A nossa abordagem, voltamos a enfatizar diante da finalização deste capítulo, é de cunho da fundamentação das decisões judiciais, na busca da sua verdadeira racionalidade.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit. p. 93.

2: DO INTERESSE PÚBLICO NA DOUTRINA TRADICIONAL: UM CONCEITO QUE INTROJETA INTERESSES POLÍTICOS. O DOGMA E A SUPERAÇÃO DA IDÉIA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Neste capítulo pretendemos questionar a principal base teórica do Direito Administrativo, qual seja, a idéia da supremacia do interesse público sobre o particular. Em rápidas pinceladas abordaremos a própria noção de “interesse” como valor, perspectiva desenvolvida por um dos autores clássicos da Teoria Geral do Direito – Rudolf Von Ihering, a qual não se limitará ao Direito Privado, alcançando a atividade legislativa na interpretação da “vontade geral”. A teoria do interesse, ou Escola da Jurisprudência dos Interesses, no século XIX, cujo maior expoente foi Ihering, imprimiu aos direitos subjetivos uma perspectiva utilitarista, ao considerar os direitos como “interesses juridicamente protegidos”. Para Ihering “utilidade, bem,

valor, proveito e interesse representam a substância dos direitos subjetivos”⁵⁷. Esta concepção valorativa - interesse/utilidade –

implica, justamente, uma compreensão teleologizante dos direitos capazes de serem assumidos como meios para um fim da vontade tanto individual quanto geral, na medida em que pressupõe um compartilhamento ético comum. Assim, a introjeção desta compreensão dos direitos na interpretação dos mesmos acaba por permitir a infiltração de determinados valores a serem tomados em conta enquanto aqueles “eleitos pelo legislador” e que, assim, e por todos, deveriam ser assumidos enquanto valores capazes de estabelecer nossos interesses e o que a nós é útil⁵⁸.

Segundo essa teoria, portanto, “direito público seria aquele que representasse o interesse geral, sendo destinatário da norma o Estado; e direito privado, por conseguinte, aquele que representasse o interesse individual, sendo destinatário da norma o indivíduo”⁵⁹. Ao trabalhar com a vontade geral para limitar as vontades individuais, esta concepção será determinante para a definição de interesse público no Estado Social e a positivação do nosso Direito, “permitindo, como assevera Habermas, um alargamento desta concepção de direitos subjetivos para além do “Direito Privado”, capaz de agora abarcar também quaisquer direitos”⁶⁰. “A vontade do Estado surge de uma conexão com a vontade geral”, expressa CHAMON JUNIOR no seu Estudo Prévio – Dignidade e Diferença: há futuro para os direitos da personalidade⁶¹? – “e o direito subjetivo, enquanto devedor à vontade do Estado, é passível de ser tomado em conta como um fragmento da vontade geral”. Embora aqui não estejamos enfocando o Direito Privado, a proposta de Ihering nos é útil em termos críticos à implementação ética ocorrida no Direito, o que se denominou “ethos compartilhado”, noção tão cara à compreensão de Habermas no que toca à questão da não justificação do Direito na Moral. “Esse ethos da

⁵⁷ MAIA, Bruno Alberto. Anencefalia e antecipação terapêutica do parto: uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54. Dissertação de Mestrado do programa de Pós-Graduação em Direito da Unipac – Juiz de Fora. UNIPAC, 2012, p. 63.

⁵⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno – Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86 e 87.

⁵⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*. 1ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 70 e 71.

⁶⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno – Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*, cit., p. 88.

⁶¹ CHAMON JUNIOR in FIUZA, César (Coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: Atualidades IV: teoria e prática no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

sociedade global que perpassa as camadas da população, interligando as diferentes ordens sociais”⁶², segundo Habermas⁶³.

De qualquer forma, já enfatizamos que não basta associar a idéia de interesse público com a do interesse da maioria, ou da coletividade, vez que na sociedade moderna, considerada “sob o prisma de uma democracia pluralista”, há que se garantir “a inclusão da perspectiva de todos os envolvidos”⁶⁴. Das críticas dirigidas à teoria dos interesses⁶⁵ destaca a de que “não é possível distinguir interesse geral e interesse singular; ou, ainda, que não haveria, de modo absoluto, interesses contrastantes entre o individual e o social ou mesmo a interpenetração de interesses”.

Essa análise crítica da supremacia do interesse público, contudo, é pouco expressiva na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois ainda campeia o dogma da superioridade absoluta do Estado na sua relação com os administrados. O tema nos toca de perto na medida em que a argumentação utilizada no curso dos processos judiciais onde se pleiteiam provimentos de saúde esbarra, dentre tantas outras alegações, naquela que assume a dicotomia entre o interesse particular do postulante *versus* o interesse público considerado tão somente como a viabilização das políticas públicas pertinentes, direcionada a um universo de pessoas, em detrimento do que se postula individualmente. Não necessariamente há contraste entre o interesse social às políticas públicas na área da saúde e o acolhimento do

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.

⁶³ No paradigma jurídico-social, a justificativa do Direito estava enraizada em um pretensão *ethos* social compartilhado pelos cidadãos que se reconheceriam – enquanto partículas de uma massa – em um ideal de vida boa assumido como norte e parâmetro de interpretação das relações interpessoais. Uma tal concepção a firmar a autodeterminação ética como aquilo no que a prática jurídico-moderna estaria enraizada, viabilizou funcionalmente a realização de determinadas finalidades jurídico-políticas assumidas como indispensáveis. Afinal, o Estado haveria de assumir seu papel de gerente e viabilizador desse ideal de vida boa, implementando políticas públicas, fiscalizando a atividade dos indivíduos e intervindo onde os excessos do paradigma jurídico-liberal ainda se faziam incoerentes em face da nova compreensão paradigmática. Não tardou a se construir jargões do discurso jurídico da Modernidade. A ideia segundo a qual “o interesse público seria superior ao interesse privado”, como no campo do Direito Administrativo, ou ainda no sentido de que existiriam “normas de ordem social, no Direito Privado, permitiu de maneira extremamente flexível a realização jurisprudencial de malabarismos interpretativos a moldar a prática do Direito rumo à consecução de determinadas finalidades previamente selecionadas, escolhidas, por aquele que teria a autoridade conferida para desenvolver seu papel decisório. No caso da jurisdição, tal perspectiva levou, e leva, ao constante cerceamento das liberdades individuais sob argumentos que fazem prevalecer, sobre todos, leituras axiológicas sempre particulares e não generalizáveis.

⁶⁴ PEDRON. Flávio Quinaud. *O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu Abrandamento pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Através da Técnica da Ponderação de Princípios*. DPU nº 28 – Julho & Agosto 2009: Estudos Jurídicos.

⁶⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 71.

direito individual a um determinado provimento não contemplado nestas políticas ou contemplado, e, todavia, não atendido.

A questão hermenêutica acerca do interesse público, como enfatizamos, é até hoje pouco discutida visto que a idéia da sua supremacia é aceita pela doutrina clássica como um postulado inabalável. O dogma da supremacia, entretanto, obstaculiza o exercício de direitos fundamentais: indagamos até que ponto a saúde individual, ao lado da saúde pública, também não deve fazer parte do ideal de interesse público, ou melhor, como a noção da prevalência do interesse público sobre o privado pode representar riscos à violação de direitos fundamentais, vez que dotada de função ideológica relevante, considerando as múltiplas interpretações possíveis.

Sob a ótica por nós enfocada, qual seja, aquela decorrente de uma perspectiva principiológica e, portanto, lançando mão de uma argumentação consonante com o Pós Positivismo, procuraremos defender que a própria concepção de interesse público, antes mesmo de se entender pela sua supremacia, é calcada numa visão positivista, discrepante do Direito que defendemos para a Modernidade, como também se pode dizer da noção de discricionariedade da Administração Pública – onde se faz conveniente a colocação do interesse público como dogma intransponível.

Analizando a teoria unilateralista da função pública, segundo a qual, “na formação e no desenvolvimento da relação de emprego público, conta apenas a vontade do Estado”⁶⁶, COELHO defende essa visão crítica no âmbito da relação laboral com o Estado, e seus argumentos se prestam aos demais aspectos do Direito Administrativo, afinal, o dogma da supremacia do interesse público se adequa a todas as relações travadas com a Administração, quer laborativas, contratuais ou quaisquer outras. Assim, enfocando o servidor público, mas abrangendo toda a atuação administrativa, COELHO afirma que:

para legitimar a negação de uma *esfera de vontade* ao servidor, ao mesmo tempo em que atribui ao outro polo da relação laboral uma *esfera de vontade ilimitada*, a teoria unilateralista da relação de função pública opera com o pressuposto de que o interesse público se concentra por inteiro no polo Estado-Administração. Segundo esta doutrina, ele é a própria encarnação do interesse público. Trata-se, como veremos, de uma

⁶⁶ COELHO, Rogério Viola. *A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*. São Paulo: LTr, 1994, p. 36

proposição apriorística, articulada ao discurso legitimador do Estado burguês, fundada na crença de que a separação irreduzível entre o Estado e a sociedade, instaurada com o advento da modernidade, operou a subsunção dos interesses do conjunto sociedade nos interesses do Estado, que estaria assim investido dogmaticamente na titularidade absoluta do interesse público⁶⁷.

COELHO entende a dicotomia entre o que seja o interesse público, de titularidade do Estado, interesse social ou, finalmente, interesse da sociedade, da mesma forma como aqui pretendemos abordar – uma questão a qual “os administrativistas em regra não discutem”.

Partindo da constatação de que os publicistas e, de forma geral os administrativistas, ainda trabalham o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular como algo implícito na ordem jurídica brasileira, de modo a “justificar uma série de prerrogativas titularizadas pela Administração Pública”⁶⁸, vejamos o que defende a doutrina tradicional.

Hely Lopes Meirelles sugere *que* “o intérprete se valha da utilização analógica das regras do Direito Privado” para chegar ao conceito de interesse público, “devendo considerar, necessariamente, três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público”⁶⁹. Explica a referida desigualdade jurídica no Direito Público como inversa à igualdade das partes na relação jurídica de Direito privado, exatamente em decorrência da supremacia, “o que resulta em inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público”. Disso decorre que um possível conflito entre o direito individual e o interesse da comunidade se resolve a favor “do objetivo primacial da Administração que é o bem comum”. Quanto à discricionariedade administrativa, MEIRELLES afirma que reconhecida a sua existência legal “cumprido ao intérprete e aplicador da lei delimitar seu campo de atuação, que é o do interesse público”⁷⁰. Afirma que “o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia

⁶⁷ COELHO, Rogério Viola. *A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*, cit., p. 44.

⁶⁸ PEDRON. Flávio Quinaud. *O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu Abrandamento pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Através da Técnica da Ponderação de Princípios*. DPU nº 28 – Julho & Agosto 2009: Estudos Jurídicos.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 49.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 50.

do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”⁷¹.

Para BANDEIRA DE MELLO o princípio da supremacia do interesse público, aliado ao da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, se constituiria nas “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo sendo colocado como um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. Necessário observar que a expressão “moderno Direito público” nada tem a ver com a Modernidade na qual nos consideramos inseridos, como processo que ainda não esgotou suas possibilidades, e cujas propostas por nós são trabalhadas a partir da teoria do discurso.

O termo axioma é utilizado na literatura jurídica, como ensina ÁVILA,

para explicar tipos de raciocínio jurídico aceitos por todos, e por isso mesmo não-sujeitos ao debate. A veracidade dos axiomas é demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se fossem auto-evidentes. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é definido como um axioma justamente porque seria auto-demonstrável ou óbvio”⁷².

A decorrência principal do axioma é, portanto, “a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares” ⁷³, donde se extrai, no âmbito do Direito administrativo, até os dias de hoje, a noção de “verticalidade nas relações entre a Administração e os particulares, sempre objetivando o “bem comum”. A doutrina tradicional trabalha a *função administrativa* como exercício daquele que está “investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem”⁷⁴. Herdamos da doutrina estrangeira, fonte inspiradora do Direito Administrativo Brasileiro, a distinção entre interesse público primário (o coletivo, do conjunto da sociedade) *versus* interesse público secundário (o da Administração). No magistério de ALESSI,

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 101.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, Setembro/Outubro/Novembro de 2007. Disponível em:

⁷³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 29.

l'interessi secondari Che si fanno sentire in seno Allá collettività, e Che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e Nei limiti di siffatta coincidenza, com l'interesse coletivo primário. La peculiarità della posizione giuridica della publica amministrazione sta appunto in cio, che quantunque essa sai, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di um próprio interesse secundario personale, La sua funzione non è quella di realizzare l'interesse coletivo, pubblico, primário, mentre l'interesse secundario, personale, Del soggetto amministrativo può essere realizzato, AL pari di ogni altro interesse secundario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e Nei limiti della coincidenza, com l'interesse pubblico⁷⁵, (...)

De posse da diferenciação primária e secundária, a qual afirma não ser estranha à ordem jurídica brasileira, BARROSO vai explicitar que “o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade”⁷⁶; já o interesse público secundário é identificado pelo constitucionalista como o próprio interesse do erário, o qual jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Adiante veremos que ainda que não se considere a supremacia do interesse secundário, de qualquer modo a questão será sempre resolvida no julgado do STF que ora se critica de forma valorativa, na busca pela ponderação dos interesses em jogo. Ademais, a própria doutrina do administrativista italiano Renato Alessi apresenta a possibilidade de conflito entre o interesse da coletividade e o da Administração (secundário); MEDAUAR apresenta em seu Direito administrativo em evolução a possibilidade de “multiplicidade de interesses públicos”. Tudo isso nos traz uma certeza de que a noção de “interesse público” tanto merece discussão quanto é certa a possibilidade de conflitos tanto intrínsecos quanto extrínsecos a ela.

COELHO afirma que “uma vez estabelecido – com Alessi – que o interesse público não coincide com o interesse do Estado-Administração mas com o interesse da coletividade, com o interesse conjunto da sociedade, é necessário investigar-se a forma pela qual é determinado pelo direito este interesse, bem como a legitimidade

⁷⁵ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1953, p. 152 e 153. in COELHO, Rogério Viola. *A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*. São Paulo: LTr, 1994, p. 46.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. xiii.

deste processo de determinação”⁷⁷. Encontramos o gérmen do Direito Administrativo nas origens do Estado moderno: “o marco decisivo é o reconhecimento da existência de direitos inalienáveis que se impõem ao Estado e que são preexistentes e superiores a ele. Nesse momento, os interesses do Estado, que correspondem ao interesse público secundário, na equação de Alessi, deixam de ser absolutos”⁷⁸. Não é por acaso que historiando a evolução do Direito Administrativo MEIRELLES afirma que “o impulso decisivo para a sua formação foi dado pela teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu (L’Esprit des Lois, 1748) visto que até então o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do Soberano não permitiam o desenvolvimento de quaisquer teorias que visassem a reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do Príncipe”⁷⁹.

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais, veio ensejar a especialização das atividades do governo, e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos parlamentos, mas, posteriormente, reconheceu-se a conveniência de desligar-se as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a justiça administrativa, e, como corolário lógico, foi estruturando um direito específico da Administração e dos administrados para as suas relações recíprocas. Era o advento do Direito Administrativo⁸⁰.

Grande avanço ocorreu no plano do Direito Público com o pensamento iluminista vez que haverá a substituição da *voluntas* – representação da vontade do Monarca absoluto, senhor das leis – pela *ratio legis*, expressão da vontade geral. “Mas a *voluntas* remanesce como ideologia na concepção veiculada pelos administrativistas, que descrevem o Estado como um ser unitário, transcendente e dotado de uma vontade onipotente, reduzindo a ordem jurídica e os atos da Administração a uma sucessão de exteriorizações da vontade desse ente antropomorfizado”⁸¹. Não obstante a superação do Estado Monárquico, na doutrina dos administrativistas essa vontade onipotente do Estado permanece presente e “através de múltiplas formas é veiculada para reforçar no imaginário social a idéia do

⁷⁷ COELHO, Rogério Viola. *A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*, cit., p. 46.

⁷⁸ COELHO, Rogério Viola. *A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*, cit., p. 47.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 35.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 35.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 47.

Estado do bem comum, titular absoluto do interesse público”⁸², em face do qual outros interesses devem ceder.

Com a consagração do Estado de Direito a ordem jurídica vai cuidar de manifestar o interesse público, vale dizer, “o Estado-Administração, no Estado de Direito, deve realizar o interesse público, na medida em que está obrigado a realizar as finalidades da lei” – o que dará ensejo à subjetivação do interesse público na vontade geral e objetivação desta vontade geral nas normas legais. Sendo a “vontade geral” termo sobremaneira vago, assim como o “bem comum”, sua apropriação, no Estado Democrático de Direito, poderá acontecer “em desconformidade com os princípios consagrados pela Constituição, ou se revelarem carentes de legitimidade. Ademais, se o conceito de interesse público é indeterminado, não basta à lei objetivá-lo: sua construção deverá acontecer principiologicamente”⁸³. Ocorre que essa problematização não se resolve assim tão facilmente, pois se na doutrina tradicional, positivista, é a lei que define o interesse público, sua concretização se dará por intermédio da ação do ente estatal; na prática, tanto a Administração Pública como o Judiciário, quando invocado, podem ser considerados os intérpretes do sentido de interesse público. Nosso enfoque é para a maneira pela qual se equaciona esta operação, visto que tanto um quanto outro imprimem, via de regra, opção valorativa na busca do sentido de interesse público. Não sem explicação, portanto, a preferência pelo juízo de ponderação entre interesses individuais e coletivos, opção adotada por grande parte da doutrina e magistrados brasileiros para fazer frente a questões controvertidas que envolvam interesses em conflito. A teoria da argumentação de Alexy reconhece a supremacia dos princípios, que para ele, juntamente com as regras jurídicas, são espécies do gênero norma jurídica. Contudo, eles se distinguem:

As regras são mandados definitivos, ou seja, são aplicados diante da regra do tudo ou nada. Logo, diante de um campo de incidência, somente uma regra será aplicada. Eventuais conflitos só poderão ser resolvidos em razão de critérios temporais (a regra ulterior afasta a anterior), hierárquico (a regra superior afasta a inferior) e da especialidade (a regra especial afasta a geral). Assim, a noção de validade é essencial para as regras, pois são tidas por razões definitivas. Os princípios possuem um campo de incidência impreciso/indeterminado. Ao contrário das regras, que seriam metaforicamente cartas comuns num jogo de buraco, os princípios podem

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 48 e 49.

⁸³ COELHO, Rogério Viola. *A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*, cit., p. 51.

ser equiparados a coringas, ao poder serem empregados nas mais distintas situações. São, pois, mandados de otimização conforme Alexy⁸⁴, razões *prima facie*, vez que podem ser cumpridos em diferentes graus. Seu conflito resolve-se na dimensão do peso, envolvendo um processo de ponderação racional dos princípios envolvidos. E ela será racional “[...] se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente [...], segundo Alexy⁸⁵, ou seja, se a argumentação contiver razões que justifiquem a preferência de um pelo outro⁸⁶.

Já os princípios são proposições normativas de um tal nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas, e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas, os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons⁸⁷.

Alexy assumiu os princípios como valores, conforme leciona CRUZ, residindo nisto a maior parte das críticas que sofreu, na medida em que

ficou claro que ele tratava os princípios axiologicamente. Ademais, no instante em que a ponderação de valores implicava a criação de uma regra de aplicação, não só para o caso concreto, mas para com todos os outros que se assemelhavam jurídica e faticamente, Alexy (2001) identificava como qualitativamente idênticas as funções judiciária e legislativa, ampliando a desconstrução da teoria da separação dos poderes operada inicialmente pelo normativismo kelseniano⁸⁸.

A esta identificação entre jurisdição e legislação nos reportaremos no próximo capítulo, mediante a dissertação acerca dos discursos de justificação e aplicação normativa, segundo Klaus Günther.

Foram as teorias hermenêuticas contemporâneas que enfatizaram a não acomodação de parcela de juristas com o dogma intransponível do passado, se propondo a analisar criticamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Seu argumento é exatamente propor uma maior problematização da questão dessa supremacia por parte da comunidade de publicistas que, como vimos, “igualam a dimensão do público à coletividade e, outras vezes, ao estatal (governamental)”⁸⁹.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 86.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*, cit., p. 159.

⁸⁶ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 1ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 164.

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*, cit., p. 147.

⁸⁸ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição Constitucional Democrática*, cit., p. 171, 172 e 173.

⁸⁹ PEDRON. Flávio Quinaud. *O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu Abrandamento pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Através da Técnica da Ponderação de Princípios*.

Assim como Ihering propôs a distinção com foco no interesse, Jellinek, a partir das teorias do sujeito da relação jurídica e da subordinação e coordenação, fundamentou a classificação do Direito em público ou privado segundo o sujeito desta relação: se o sujeito for o Estado, classifica-se como público e se for o indivíduo singularmente considerado, a relação será de Direito privado. “As relações de coordenação, por sua vez, pressupõem pessoas iguais entre si, enquanto nas de subordinação há uma pessoa dominante (o Poder Público) e outra dominada”⁹⁰.

DIAS nos propõe demonstrar “os principais aspectos da obra de Jürgen Habermas que auxiliam na compreensão de uma (re) construção da distinção entre o público e o privado e que rompem, definitivamente, com o pensamento teórico anterior sobre o tema”⁹¹. Afinal, conclui a autora que tanto a posição de Ihering quanto a de Jellinek “se originaram no liberalismo e a principal crítica a elas é que, no paradigma do Direito materializado do Estado social, por meio das prestações sociais do Estado, há um maior oferecimento de serviços à comunidade e o cidadão passa a participar das atividades do Poder Público”⁹².

A partir da reprodução das diferenças entre o público e o privado na teoria geral do Direito, DIAS entende necessária a inserção de “perspectivas filosóficas e sociológicas na compreensão das relações entre o Estado e a sociedade”. A autora explica que o surgimento da dicotomia entre direito público e direito privado remonta ao *Digesto*, com Ulpiano, traçando seu desenvolvimento histórico:

A divisão do direito em público e privado assenta, primordialmente, na máxima cuja autoria é atribuída a Ulpiano, apresentada pelo *Digesto* romano, segundo a qual: “... direito público é o que corresponde às coisas do Estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas”. Essa passagem a que praticamente todos os autores fazer referência, extraída do Livro I, Título I, Lei I, § 2^a, do *Digesto* romano, insere-se no tema da discussão sobre a ciência jurídica, na qual se colhem outras afirmações, nem sempre referenciadas pela doutrina. Nessa passagem, diz ainda Ulpiano: “Esta ciência abraça duas partes: uma é o direito público, outra o direito privado. O público é o que tem por objeto o governo da República Romana. Privado é o que pertence ao proveito de cada indivíduo em particular; porque há algumas coisas úteis a todos e outras aos particulares. O direito público compreende as coisas sagradas, as do sacerdócio e as da magistratura. O privado é de três maneiras, por estar composto de preceitos naturais, ou das gentes, ou civis”⁹³.

⁹⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 7.

⁹¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 90 e 55.

⁹² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 35.

⁹³ DIAS, pp 56, e 57

Afirma DIAS que quando da Idade Média a dicotomia praticamente desapareceu, “em face do grave colapso do Estado”, passando pela abrangência crescente do direito senhorial, o período do desenvolvimento das trocas mercantis, a fase da consolidação do Estado Absoluto até o momento contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito de tradição marxista DIAS encontra, na pensadora alemã Hannah Arendt, a análise filosófica e sociológica almejada, concluindo que surgiu, então, uma outra dicotomia, para além daquela entre o público e o privado: a do social e do individual, culminando na esfera social da modernidade. ARENDT enfatiza que “a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional”⁹⁴.

A análise desta distinção entre público e privado é importante para o nosso trabalho na medida em que o Direito Administrativo, conforme conclusão de DIAS, ainda hoje retrocede à tradição romana de que o público tem por objeto o governo, naquela dimensão estatal antes comentada e que rouba a consideração acerca da coletividade, enfim, da sociedade.

A par das várias correntes de pensamento acerca da distinção entre o Direito público e o privado, DIAS reconhece na teoria discursiva do Direito e da democracia de Habermas “uma relação de tensão entre as autonomias públicas e privadas e sua necessária relação de co-originalidade”⁹⁵. Sua abordagem analisa detidamente a evolução do pensamento habermasiano começando pela obra que foi sua tese de pós-doutorado - *Mudança Estrutural da Esfera Pública* - até atingir a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, antes enfocando alguns aspectos da intermediária Teoria da ação comunicativa. “A tese de pós-doutorado de Habermas (1984), *Mudança estrutural da esfera pública*, gira em torno da discussão sobre o problema da passagem do Estado Liberal, no qual se define a formação da esfera pública burguesa, para o Estado da social-democracia, que enseja, claramente, uma alteração não só das funções fundamentais do Estado, como a conformação da

⁹⁴ ARENDT Hannah, *A Condição Humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. Ed., Rio de Janeiro Forense Universitária, 1981, p 31 32 33, 37).

⁹⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 93.

relação entre as autonomias públicas e privadas – que Habermas (1984) visualiza como consequência de uma ‘mudança estrutural’ da esfera pública”⁹⁶.

MAIA sintetiza melhor esta obra investigativa e descritiva de Habermas, sendo suas as considerações que mais interessam para o nosso trabalho acerca desse espaço público discursivo:

– a esfera pública – focalizado no momento da emergência do Estado de Bem-estar Social, em fins do século XIX, acelera o processo de degeneração do espaço público. A intervenção, por vezes paternalista, desse novo modelo de Estado contribui para a desmobilização dos cidadãos, que passaram a se relacionar com o aparelho estatal mais como clientes, na busca da atenção de suas necessidades materiais mínimas, do que como cidadãos – no sentido de ativos partícipes na formação da vontade coletiva. (...) Importa frisar o papel capital desempenhado pela categoria de espaço público nos últimos desenvolvimentos teóricos de Habermas. Ao esboçar a sua filosofia do Direito e da política, em *Faticidade e Validade*, esse conceito é articulado com a discussão acerca do modelo procedimental de democracia, bem como com o papel desempenhado pela sociedade civil nas modernas democracias constitucionais de massa do ocidente. Nesse momento, privilegia-se também a dimensão normativa. (...) Deve-se pensar o espaço público como uma arena na qual se realiza a mediação entre o Estado e a sociedade, em que o público se organiza como um portador de opinião⁹⁷.

No entendimento de Habermas, naquele momento de seu pensamento (1984) “na consolidação da esfera pública burguesa, público e privado são categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua visão romana, segundo a qual o espaço doméstico se contrapõe à participação política dos cidadãos, constituindo dois campos distintos de ação para os indivíduos, como havia sido descrito por Hannah Arendt (2000)”⁹⁸. O filósofo alemão afirma que “durante o século XVIII, a esfera pública assume feições políticas, mas o modo de ser da própria função só pode ser entendido, naquela fase específica da evolução da sociedade burguesa, como um todo, em que intercâmbio de mercadorias e trabalho social grandemente se emancipam de diretivas estatais”⁹⁹. Na visão de Habermas a mercantilização significava um “pressuposto social dessa esfera pública desenvolvida que vai completar a privatização da sociedade burguesa”. Dessa privatização decorre o sentido “positivo” de privado, como operação capitalista.

⁹⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 93.

⁹⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 201, 202 & 207.

⁹⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 93.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 93.

Enfim, as funções políticas, jurídicas e administrativas restam reunidas no poder público, e o privado era o setor separado dessa esfera pública. Da relação privada entre as pessoas sob a forma de troca de mercadorias advêm, necessariamente, os contratos privados.

Com as liberdades básicas do sistema de Direito Privado, também se articula a categoria da capacidade jurídica universal, garantia para o posicionamento jurídico da pessoa; esta já não é mais definida conforme o estamento e o nascimento. O *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae* cedem lugar ao *status naturalis*, que, agora, passa a ser aplicado genericamente a todos os sujeitos de direito – o que corresponde ao princípio de igualdade dos donos de mercadorias no mercado e das pessoas cultas na esfera pública¹⁰⁰.

Habermas entende que não apenas a conotação política caracterizava a esfera pública naquela época: também fazia parte daquela fase de evolução da sociedade burguesa as relações de comércio e sociais. A codificação do Direito burguês passa a traduzir essa realidade, com um sistema de normas que assegura uma esfera privada, estabelecendo mercados, ao passo que o público irá organizar a esfera estatal.

O poder público se consolida em algo antitético e que apenas é tangenciável por aqueles que lhe são meros subordinados e que, de início, só encontram nele a sua própria definição negativa. Pois eles são as pessoas privadas que, por não terem qualquer cargo burocrático no Estado, estão excluídos da participação no poder público. Neste sentido estrito, “público” se torna sinônimo de estatal; o atributo não se refere mais à “corte” representativa, *com uma pessoa investida de autoridade, mas antes ao funcionamento regulamentado, e de acordo com competências, de um aparelho munido do monopólio da utilização legítima da força. O poderio senhorial transforma-se em “polícia”; as pessoas privadas, submetidas a ela enquanto destinatárias desse poder, constituem um público*¹⁰¹.

DIAS enfoca que para Habermas foi a comunicação pública que proporcionou “uma nova mudança estrutural na esfera pública, fazendo com que se interpenetrassem Estado e sociedade após o paradigma do Direito materializado do Estado social¹⁰². Considerando paradigma como “a constelação de crenças

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa*, cit., p. 93.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa*, cit., p. 31 e 32.

¹⁰² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós Moderno*, cit., p. 100.

comungadas por um grupo”¹⁰³, Habermas, ao discorrer sobre paradigmas do Direito, pontua sobre a importância do “olhar objetivador do historiador, que focaliza os contextos sociais nos quais o Direito está inserido enquanto sistema de ação, e os quais alimentam implicitamente as concepções que servem de pano de fundo à justiça e à doutrina jurídica contemporânea”, ao passo que a teoria do Direito distancia-se do trabalho de interpretação judicial. Munido desta perspectiva, Habermas vai concluir que “a mudança de paradigmas foi discutida inicialmente no âmbito do Direito privado”¹⁰⁴, cuja materialização, afirma, foi iniciada numa linha predominantemente autoritária, envolvendo deveres de proteção social. Essa foi a colocação desenvolvida por DIAS, a qual acima descrevemos, com base no pensamento de “sobreposição e a substituição do modelo jurídico liberal pelo do Estado social”, havendo que se colocar “o Direito privado também a serviço da realização da justiça social”. Desta maneira, “as transformações ocorridas no Direito privado são devidas a mudanças nos paradigmas do Direito, que passam a entender a autonomia privada de modo diferente: junto com ela, o indivíduo recebe o status de sujeito de direito com as implicações daí decorrentes - a proteção jurídica a garantia de um status jurídico negativo (com a pretensão a uma correspondente proteção jurídica individual)”. Mas apenas isso não foi suficiente, na medida em que

as condições de um capitalismo organizado, dependente de planejamento e de realizações de infra-estrutura por parte do Estado, bem como o aumento da desigualdade de posições do poder econômico, dos valores de capital e de situações sociais, manifestaram mais claramente o conteúdo jurídico objetivo dos direitos subjetivos privados. E, num contexto social tão modificado, o status negativo de sujeitos do direito não podia mais ser garantido apenas através do direito geral a liberdades subjetivas iguais. Por isso, tornou-se necessário especificar, de um lado, o conteúdo das normas do direito privado existente e, de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais, capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade)¹⁰⁵.

Decorrências surgem para a juridificação, as quais, segundo Habermas, “são colocadas na conta do poder administrativo, que não é neutro e passa a ser tido como o médium das intervenções do Estado”¹⁰⁶. Esse Estado *social providente* é o

¹⁰³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Martins Fontes, 2012.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol II. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 123, 132, 133 e 137.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 139 e 140.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 144 e 145.

objeto do nosso tema, visto que as prestações de saúde previstas constitucionalmente ao Estado são das mais importantes prestações positivas impostas, já que, como dissemos alhures, implicam diretamente no direito fundamental à própria vida. Habermas vai concluir que neste contexto “perde-se de vista o nexos interno que existe entre autonomia privada e autonomia do cidadão e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica, onde a disputa de paradigmas ainda perdura”¹⁰⁷.

Ora, desde a Teoria da ação comunicativa, assim considerada como sendo “o uso da linguagem orientada para se alcançar o entendimento”, Habermas vai entender que o Direito irá funcionar como um dos mecanismos de integração social nessa sociedade moderna que se tornou complexa em virtude da diferenciação dos sistemas, não mais homogêneos como na sociedade medieval. A modernidade cria “mundos da vida diferenciados”¹⁰⁸. Envolve, agora, não mais o parentesco, mas os estratos sociais, que tornam-se “atributos relacionados com a participação na dominação política”. Da análise das patologias da modernidade Habermas saca o conceito de colonização do mundo da vida, “o que é importante para a identificação do papel do sistema administrativo no processo de legitimação do Direito e no processo de circulação do poder político”¹⁰⁹. Já salientamos diversas vezes que é neste contexto que se insere a atual exigência de providência Estatal na área da saúde, limitada na consecução de políticas públicas que não atendem às demandas da população ensejando a sua jurisdicionalização ora em estudo.

DIAS coloca muito bem a realidade da distinção entre o Direito público e o privado no Estado social,

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 146.

¹⁰⁸ Segundo Abagnano: Em Habermas o M. da Vida é introduzido como conceito complementar ao agir comunicativo, ou seja, estruturado do ponto de vista linguístico, simbólico e cultural e entendido como dimensão que se diferenciou progressivamente das formas organizativas e das instâncias de racionalização funcionalista supra individuais peculiares dos sistemas sociais. Sistema (System) e M. da vida (Lebenswelt) constituem dois níveis complementares da sociedade (cf. *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, vol II, p. 171-293; trad. It., 1986, vol II, p. 697-809). O M da vida, em seus componentes (cultura, sociedade e estruturas da personalidade), representa 1) o horizonte contextual difuso dentro do qual se desenvolvem e se reproduzem as comunicações intersubjetivas destinadas ao entendimento e à compreensão e no qual se formam espontaneamente as convicções fundamentais aceitas e compartilhadas coletivamente; 2) o “reservatório” no qual se conservam e se transmitem os resultados das interpretações realizadas nos processos do agir por parte das gerações precedentes e o conjunto das formas de mediação simbólica através das quais se reproduzem as tradições culturais e onde se estabiliza a integração social e se confirmam as identidades individuais. Sempre que se criam tensões entre “M. da vida” e “sistema” social criam-se condições de crise que nas sociedades modernas e complexas desembocam em formas (objetivas e subjetivas) de reificação e colonização da práxis comunicativa cotidiana.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pos Moderno*, cit., p. 142.

No Estado social, o Direito privado, assim como o público, apresenta-se, agora, como mera convenção e a distinção entre eles é tão somente didática, e não mais ontológica. Isso faz com que o Estado subsuma toda a dimensão do público, pois deve prover todos os serviços de segunda geração, tais como saúde, educação, previdência, etc., além de garantir ordem e segurança, fomento, planejamento, dirigismo, prestação e cobertura de necessidades financeiras públicas. (...) O Direito materializado do Estado social representa, como vimos, a crise da modernidade e o início de uma ruptura de vários preceitos que justificaram o surgimento dos princípios basilares do Direito Administrativo¹¹⁰.

Adentrando o Estado Democrático de Direito DIAS enfoca a Administração Pública, seu crescimento desmesurado, sua ineficiência, o aumento da burocracia e o agravamento das contribuições exigidas dos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estatal, assim o descrevendo:

No Estado Democrático de Direito, é o princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Deve haver, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade do Estado e da Administração Pública. A esfera pública não pode mais se confundir com a esfera estatal, mas deve consistir numa estrutura intermediária entre o sistema político, por um lado, e os setores privados do mundo da vida e os sistemas funcionais, por outro, segundo a perspectiva da teoria habermasiana. Essa nova conformação da esfera pública é dada no intuito de substituir a autonomia privada do indivíduo pela autonomia social dos participantes nos procedimentos¹¹¹.

É sob este enfoque que pretendemos considerar em que medida o conceito de interesse público para a doutrina tradicional introjeta interesses políticos e como pode ser superada a idéia de sua supremacia sem que isto signifique risco para as relações jurídicas entre a Administração e os administrados. Neste ponto, observamos que DIAS expõe uma série de falhas do sistema administrativo na modernidade, se considerada a sua legitimação no poder comunicativo tal como proposto por Habermas. Arrola, dentre elas,

a centralização do poder administrativo, sobretudo no paradigma do Direito materializado do Estado social; o fechamento do sistema administrativo à comunicação pública; a inversão do curso da comunicação pública, que, geralmente, começa no centro do sistema político e é por ele regido, e não se inicia na periferia social por meio de um curso espontâneo de comunicação e, finalmente, o não planejamento¹¹².

¹¹⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pos Moderno*, cit., p. 144 & 145.

¹¹¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pos Moderno*, cit., p. 151.

¹¹² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pos Moderno*, cit., p. 160.

Com a análise a partir da teoria do discurso, entendemos, em consonância com o que exprime DIAS, que “a principal solução que emerge é a instituição do paradigma procedimental do Direito em substituição aos modelos de Direito, de Estado e de Administração Pública vigentes, o que tem por escopo restabelecer a comunicação pública em todas as suas instâncias e, sobretudo, no sistema administrativo”¹¹³.

O paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, entretanto, está longe de se consolidar na práxis das administrações públicas brasileiras, e neste contexto se enraíza a noção de interesse público e dos interesses políticos que lhe são subjacentes, o que se torna propício à violação de direitos fundamentais. Não é fácil instituir ou incrementar a influência da sociedade civil na esfera pública e no nosso sistema administrativo, como propõe a teoria do discurso, mas o que podemos observar é que, quanto ao direito fundamental à saúde, há um caminho iniciado neste sentido, na medida em que a atenção ao mesmo está sendo reivindicada pela sociedade que se utiliza como arma, além de todo o aparato social que circunda a efetivação das políticas públicas – como realização de audiências públicas, instituição de conselhos comunitários de saúde, etc. – a perseguição jurisdicional. Não se observa, ainda hoje, com relação às demais políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais, tamanha judicialização como nas questões de saúde, onde, sem sombra de dúvida, direitos subjetivos são lesados a todo momento em função da omissão da administração.

Entendemos que trazer a questão para a análise do Judiciário já significa a contextualização de um espaço público sobre o tema. Nesse sentido, Habermas colocou a autonomia pública dos cidadãos como dependente da garantia de sua autonomia privada, o que começa a ser proporcionado na medida em que individualmente, o cidadão pode pleitear judicialmente uma prestação de saúde, cujo objeto será discursivamente construído no processo judicial e o provimento se destinará não só a ele, mas a toda uma sociedade, redimensionando os direitos como relações sociais. É de Habermas a afirmação de que “os beneficiários não se contentam em gozar das prestações garantidas de modo paternalista, engajando-se

¹¹³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pos Moderno*, cit., p. 161.

na interpretação dos critérios segundo os quais é possível estabelecer a igualdade jurídica face às desigualdades de fato”¹¹⁴.

“Na programação da prática da administração, a lei, em sua forma clássica, já não é mais suficiente”¹¹⁵, o que traz consequências para a divisão funcional de poderes principalmente no que tange às “indeterminações do Direito”. É, por exemplo, o que estamos neste capítulo analisando, acerca da possível indeterminação do conceito de interesse público, para parte da doutrina contemporânea administrativista, que enseja, ademais, uma aplicação de proporcionalidade.

Uma administração que se programa a si mesma tem que abandonar a neutralidade no trato com normas, prevista no esquema clássico da divisão de poderes. Sob este aspecto, não se observa nenhuma tendência à objetivação. Na medida em que a administração assume as tarefas do legislador político e passa a desenvolver programas próprios, ela tem que decidir por conta própria a questão da fundamentação e da aplicação de normas. Todavia, essas questões práticas não podem ser decididas sob o ponto de vista da eficácia, pois exigem uma abordagem racional de argumentos normativos. Uma administração que trabalha seguindo o estilo cognitivo não possui os pressupostos comunicacionais, nem os procedimentos necessários. A negação tecnocrática e a redefinição empirista das questões práticas a serem decididas em contextos imediatos não levam necessariamente a uma elaboração objetivadora dos problemas, pois delas resulta a naturalidade secundária de uma “compatibilização de complexos de valores, destituída de critérios” (Gunther)¹¹⁶.

A autonomia das pessoas só se dará “na medida em que puderem se entender também como autoras do Direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias”¹¹⁷. A autonomia pública depende de se assegurar a autonomia privada, o que se mostra possível com a tematização do “nexo existente entre as formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada”¹¹⁸. Nessa ordem de idéias, para que haja o exercício dos direitos faz-se necessária a produção legítima de normas que proporcionem o seu gozo e exercício. Legislação e jurisdição precisam se amparar em concepções paradigmáticas reais, atuais, e não ultrapassadas, sendo necessária a compreensão procedimentalista do Direito diante da crise do Estado de Direito.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 170.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 174 e 175.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 180.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 146.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*, cit., p. 147.

3: EXPOSIÇÃO DOS TEMAS QUE PERMITIRÃO A RECONSTRUÇÃO DO CASO CONCRETO

Neste capítulo trabalharemos o desenvolvimento de temas que permitirão a reconstrução do caso concreto almejada neste trabalho. Procuraremos expor criticamente que a consideração da norma constitucional que garante o direito à saúde como programática implica imprimir-lhe uma visão política e econômica e como tal se relaciona com a reserva do possível e o mínimo existencial.

Por outro lado, desenvolveremos a distinção entre aplicação do direito e elaboração de políticas públicas para considerar que na solução do caso concreto individual não está o judiciário instituindo políticas públicas. Ademais, abordaremos a diferença entre discurso de justificação e discurso de aplicação da norma jurídica como forma de enfatizar esta conclusão e discernir acerca da alegação de ofensa ao princípio da separação de poderes.

3.1 A eficácia das normas constitucionais e sua implicação na reserva do possível e mínimo existencial

Referência no tema da eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva¹¹⁹ afirma, com os dizeres de COSSIO, que os juristas recorrem a diversas palavras, como positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade para aludir à existência do Direito. SILVA não adota os termos como sinônimos para tentar resolver a questão, a exemplo de COSSIO, uma vez que entende que “se é verdade que a positividade não se pode desligar da vigência e da eficácia, tais termos têm conotações próprias e não se confundem numa sinonímia jurídica”¹²⁰. O constitucionalista pátrio afirma que na perspectiva do sociologismo jurídico o problema da vigência reduz-se à eficácia, considerando-se vigente “o Direito que obtém aplicação eficaz”, perspectiva que atine às normas programáticas, as quais não adquirem vigência até que uma lei ordinária ou complementar as atue efetivamente.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 6ª ed., 3ª tiragem, p. 63.

¹²⁰ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 64.

O normativismo, por sua vez, vai distinguir com precisão vigência de eficácia, donde Kelsen dirá que a vigência da norma pertence ao dever ser. Assim, para KELSEN,

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever-ser” num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita¹²¹.

Segundo lição de SILVA, “Kelsen dá nítida prevalência à vigência, desde que entende que esta pertence à ordem do dever-ser, isto é, da norma como objeto do Direito, enquanto a eficácia pertence à ordem do ser, dos fatos”¹²².

Por seu turno, a positividade não se confunde nem com a vigência nem com a eficácia. Por eficácia tem-se a capacidade da norma de “atingir os objetivos nela traduzidos; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”¹²³.

Partindo da premissa de que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia” SILVA ensina que “o que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”¹²⁴. O constitucionalista pátrio propõe a divisão discriminada das normas constitucionais em três níveis: normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, desde a entrada em vigor da constituição, visto que este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os efeitos queridos,

¹²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 8ª Ed. 2009, p. 11.

¹²² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 64.

¹²³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 66.

¹²⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 81 & 82.

mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. E o terceiro abarca as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado¹²⁵. Estas últimas, as de eficácia limitada, foram divididas pela doutrina em normas programáticas – que versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiros programas de ação social - e normas de legislação.

Ao enumerar as normas de eficácia limitada na nossa Constituição SILVA inclui dentre elas a norma do art. 196, referente ao direito à saúde, sob o argumento de que quando a Constituição diz “dever do Estado” não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e devem ser atendidos. E inclui a mesma dentre as normas programáticas.

Analizando detidamente estas normas constitucionais de princípio programático SILVA nos remete à noção da dupla dimensão, positiva e negativa dos direitos fundamentais, sendo a negativa com a finalidade de “proteger o indivíduo contra a usurpação e os abusos do Estado”¹²⁶, como já tivemos a oportunidade de analisar no primeiro capítulo deste trabalho. Abordando a historicidade das constituições, afirma que “a *constituição dirigente*” seria uma forma de traduzir princípios de direitos económicos e sociais que o Estado Liberal se utilizou para restringir os fins estatais. Mas somente as prestações negativas não foram suficientes visto que o Estado não era o único opressor - a pressão económica crescente impunha uma libertação – e a evolução do Estado gera a ampliação de sua atividade e a intervenção na vida económica e social, o que repercute nos textos das constituições contemporâneas. Para SILVA “a Constituição de 1988 é exemplo destacado de constituição dirigente enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática, cuja minuciosidade e compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social gerou em suas normas, muitas vezes, grande imprecisão,

¹²⁵ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cit., p. 82 & 83.

¹²⁶ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cit., p. 135.

comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente”¹²⁷.

SILVA considera que as normas programáticas estão “sempre vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais; já as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta”¹²⁸ donde concluímos que o constitucionalista não considera o direito à saúde como individual. Aliás, ao discorrer sobre a natureza dos direitos sociais ele os caracteriza como “imposições constitucionais” na medida em que os define como “prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição, o que depende do estabelecimento de instituições”¹²⁹. Invoca, portanto, a noção da dimensão institucional de um Direito consagrada por Canotilho e deixa isto claro, no que pertine ao direito à saúde, ao expor o pensamento do constitucionalista português:

Em outra obra Canotilho exprime-se ainda com maior precisão, fazendo distinções que conduzem a um entendimento mais adequado das normas constitucionais com dimensão programática. Eis o seu texto: “O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais iminentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, considera-se que, em geral, esta prestação é objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjetivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”¹³⁰.

Observa-se que a posição de SILVA, com base em CANOTILHO, é da necessidade de positivação - intervenção do legislador ordinário - quanto aos direitos sociais inseridos na constituição, como normas programáticas. Condicionam a fruição do direito à saúde à existência de Instituições voltadas para tal e portanto não o consideram direito individual e nem admitem a sua justiciabilidade conforme estamos defendendo. A questão traz à baila a necessidade de noções acerca do que seja instituição, seu papel e a conexão que guarda com as políticas públicas.

¹²⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 136 & 137.

¹²⁸ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 140.

¹²⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 151.

¹³⁰ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 152.

Maria Paula Dallari Bucci é, mais uma vez, uma das poucas juristas nacionais a cuidar do assunto. Na sua concepção, “o uso do conceito de instituição no Direito também é um tanto controvertido, uma vez que as leituras e aplicações da noção foram as mais diversas, tanto no aspecto teórico, relativo a sua abrangência e aplicação, como no aspecto político das visões a que esteve associada como referencial epistemológico”¹³¹. A autora expressa, em poucas linhas, a questão da vontade geral como soma das vontades dos indivíduos colocando que “segundo o institucionalismo, os processos de decisão coletiva, isto é, as instituições, não são neutros, mas produzem desvios sobre as preferências individuais singelamente consideradas”¹³². Tece considerações a respeito de como “o peso das instituições interfere nas decisões de interesse coletivo”¹³³, o que nos remete ao interesse público, aos paradigmas do Direito e à materialização do Direito os quais exploramos no decorrer deste trabalho. Habermas vai afirmar que

Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da “crise do Estado social” residia na “insensibilidade” das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado social simétrica à da “cegueira social” do Direito formal burguês. No entanto, desde os anos 70, a discussão em torno dos paradigmas transcorreu num certo nível reflexivo. Pois a atualização histórica da mudança de paradigmas fez com que a compreensão paradigmática do Direito perdesse o caráter de saber regulador intuitivo, que serve apenas como pano de fundo. De sorte que a disputa acerca da correta compreensão paradigmática do Direito transformou-se num tema explícito da doutrina jurídica¹³⁴.

BUCCI afirma que o neo-institucionalismo histórico tem estudado “o peso das instituições em relação às decisões de interesse coletivo”. Interessa-se por “questões que se situam no espaço intermediário entre macropolítica e os micro-

¹³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas, possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 223. ISBN 978-85-7700-155-2.

¹³² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas, possibilidades e limites*, cit., p. 235.

¹³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas, possibilidades e limites*, cit., p. 236.

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol II. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 125.

processos decisórios no interior do aparelho do Estado”¹³⁵. É bastante pertinente com a visão dos paradigmas externadas por Habermas.

Voltando à questão das normas programáticas, José Afonso da Silva propõe-se responder à seguinte questão, posta por Canotilho: “em que medida pode um lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e da sociedade. Mais concretamente: como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômico-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”¹³⁶. Mas ao analisar a juridicidade das referidas normas constitucionais programáticas, SILVA a considera existente só pelo fato de constarem de um texto de Lei¹³⁷, e, invocando CRISAFULLI, afirma que as mesmas “regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhe são objeto”, donde enseja a sua bilateralidade, visto que “tais comportamentos e comandos, delas resultantes, criam uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância”¹³⁸.

A propósito das condições gerais de aplicabilidade das normas programáticas José Afonso da SILVA expressa que “como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”¹³⁹. Assim sendo, explica que quando o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, quer isso dizer que as mesmas “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento, e que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação

¹³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas, possibilidades e limites*, cit., p. 236.

¹³⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 140 & 141.

¹³⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 153.

¹³⁸ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 153 & 154.

¹³⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 164.

concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”¹⁴⁰.

Em suma, na doutrina de José Afonso da Silva as normas constitucionais que se destinam a proteger a saúde possuem caráter de programas que vinculam não somente o legislador, mas também ao Estado - administrador e juiz, condicionando a atividade discricionária da Administração e a atividade jurisdicional, as quais, segundo o autor, “não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas”¹⁴¹.

Afirma que “tais normas criam situações subjetivas de vantagem, regulam juridicamente certos interesses, interesses estes juridicamente relevantes, mas nem sempre têm capacidade para tutelar diretamente direitos particulares desde logo exigíveis. Mas certamente produzem situações subjetivas de vantagem que podem caracterizar simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e até direito subjetivo”¹⁴². O autor admite que através do controle de constitucionalidade das leis as normas programáticas são aptas a proteger a situação subjetiva de exigir uma abstenção do Estado, já que não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo. Com ele não podemos concordar, e hoje grande parte da doutrina nacional defende a aplicação imediata da norma que garante o direito à saúde, não havendo se falar em aplicabilidade até o limite das possibilidades institucionais.

CATTONI DE OLIVEIRA registra alguns apontamentos críticos à teoria das normas constitucionais programáticas afirmando, de início, que “o debate teórico constitucional acerca das assim chamadas normas constitucionais programáticas estrutura valor, eficácia e aplicabilidade”.¹⁴³ Como bom habermasiano, CATTONI DE OLIVEIRA anota a influencia de “uma diversidade de pré-compreensões acerca do Direito e da sociedade, a se moverem do paradigma jurídico-formal do Estado Liberal ao paradigma jurídico-materializante do Estado do Bem-Estar Social”.¹⁴⁴ Nesta crítica CATTONI inclui os trabalhos de José Afonso da Silva e José Joaquim Gomes Canotilho que acima exploramos, como uma forma de utilização de valores, que possibilitam uma aplicação “gradual”, “ponderada” ou na “medida do possível”

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cit., p. 165.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cit., p. 175.

¹⁴² SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cit., p. 176.

¹⁴³ CATTONI, p. 185

¹⁴⁴ Idem.

das normas constitucionais definidas como programáticas, ou seja, dentro da conveniência do intérprete. O autor afirma que

Alçando a “modelo de normas”, quer ainda as regras (programas condicionais do tipo “Se A é, deve ser B”, que possibilitariam uma aplicação “tudo ou nada”), quer os valores (programas de fins otimizáveis, que possibilitariam uma aplicação “gradual”, “ponderada” ou na “medida do possível”), as muitas teorias semânticas das normas constitucionais irão, ao formular o conceito de norma programática, buscar compreender a crise e a mudança de paradigmas processada na sociedade do pós-primeira guerra e não somente no Direito Constitucional¹⁴⁵.

Especificamente no Brasil, CATTONI DE OLIVEIRA entende que não é diferente, onde a teoria das normas jurídicas não avançou na superação dos dilemas com os quais as diversas compreensões semânticas do Direito se envolveram:

Mas se já era antiga a inadequação de vários desenvolvimentos doutrinários a uma compreensão não-autoritária do paradigma do Estado Social, dentre outros motivos, por manterem intacto o velho modelo liberal das regras ou por tratarem as políticas públicas como valores e razões de Estado, muito mais inadequadas ao paradigma (procedimental) do Estado Democrático de Direito, da (já tão mutilada) Constituição Cidadão de 1988. Tem-se mostrado recorrente a falta de efetividade dos direitos fundamentais em nosso País, no tratamento dado não só pelos nossos tribunais – e o Supremo Tribunal Federal é um grande exemplo – mas também pela administração pública e pelo legislativo, a questões não somente de bem-estar social, mas a novos direitos e a novos movimentos sociais. E quantas vezes as mais diversas teorias das normas programáticas, banalizadas ou não, legitimaram o descompromisso e a pouca atuação por parte, por exemplo, do Poder Judiciário, quer na sua atividade de controle dos outros poderes, quer na sua atividade de concretização de novos direitos e políticas constitucionais!...¹⁴⁶.

Toda esse desenvolvimento doutrinário a respeito de normas programáticas remete a significações semânticas de cunho político e econômico, na medida que a não aplicação imediata (efetiva) da norma constitucional vai servir a argumentos externos ao Direito, como a Política e a Economia, ensejando, como tivemos a oportunidade de abordar no primeiro capítulo, a intromissão de sistemas alheios ao do Direito, conforme o sentido de corrupção deste pela interferência dos argumentos econômicos lançados.

Aludimos à Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann no primeiro capítulo deste trabalho quando nos referimos ao fato de que não raro o

¹⁴⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2001, p. 185 a 186.

¹⁴⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*, cit. p. 187.

provimento jurisdicional de saúde tem sido negado com fundamento no seu (alto?) custo. Na STA 175 o Ministro Gilmar Mendes afirma que “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento (...)”. É verdade que o deferimento da medida foi mantido, e assim votaram todos os Ministros, mas a decisão deixa perceber a preocupação e a possibilidade de assim não acontecer, pela força do argumento econômico. O Ministro Celso de Mello, por sua vez, ressalta a gradualidade do processo de concretização dos direitos fundamentais, a depender de um “inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”. Ou seja, é voz corrente que em algum momento ou em alguns casos o argumento econômico pendeu ou penderá para o indeferimento da pretensão.

Deixamos exposto, com a teoria de LUHMANN, que o Sistema do Direito obedece ao mecanismo inerente a todos os demais sistemas: o da clausura (ou fechamento) operacional, que impede a inserção no seu âmago daquilo que ocorre no ambiente. Nessa linha de raciocínio, CADEMARTORI E BAGGENSTOSS bem expressam que

A codificação, dessa maneira, é essencial para que exista uma separação entre o Direito e os aspectos morais ou políticos, visto ser a partir dos procedimentos eleitoral, legislativo e judicial do Estado de Direito que ocorre a filtragem e a imunização do sistema jurídico quanto às influências contraditórias do entorno – com a diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna. Em virtude disso, é possível um dissenso entre o Direito e outros valores e interesses. Essa possibilidade torna os procedimentos democráticos do Estado de Direito (que implicam o princípio da legalidade) uma exigência sistêmico-funcional e uma imposição ética da sociedade complexa atual. Para tanto, deve-se atentar para a possível porta de entrada de elementos não jurídicos: a abertura cognitiva (heterorreferência) do sistema jurídico, sob o prisma da atual instituição do Estado Constitucional de Direito¹⁴⁷.

É o próprio LUHMANN que irá afirmar, acerca da grande orientação do mundo contemporâneo no dinheiro, que “não é possível apreciar como esta evolução é interpretada pelo Direito. A história recente do Direito mostra que a primeira reação consistiu numa grande generalização de certas instituições, sobretudo aquelas da propriedade e do contrato, como se fosse um caso de se

¹⁴⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart & BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *A coerência do sistema jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial*. Revista Sequência, n. 62, p. 323-359, jul. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/2177-7055.2011v32n62p323/18581>; acesso: 02/09/2012

reproduzir no interior do Direito a mobilidade do dinheiro”¹⁴⁸. Entendo, portanto, que o incontrolável avanço de argumentos não jurídicos no sistema jurídico pode ocasionar o que Luhmann denominou de corrupção do sistema, visto afastar-se do seu código de operação – lícito/ilícito. Tais argumentos situam-se não somente na direção econômica, como no caso específico do medicamento oneroso/não oneroso, mas também no que CARDEMARTORI e BAGGENSTOSS denominaram “códigos sociais alienígenas, tais como os critérios econômicos baseados no código ter/não ter; os políticos, no binômio poder/não poder, e os morais, traduzindo preferências subjetivas passíveis de gradação, para a aceitação individual e social”¹⁴⁹. A esse respeito entendemos que não cabe ao julgador, em processos individuais que buscam prestações de saúde individualizadas do Estado (gênero), qualquer juízo de custo ocasionado aos cofres públicos, diante da imaginável e nunca comprovada limitação de recursos do erário público: a uma, porque tal argumento não se manifesta em outras distintas decisões condenatórias contra o poder público; a duas, porque a definição a respeito do que seria um medicamento ou tratamento de alto custo ficaria sempre ao bel prazer do julgador, inexistindo critério para tanto. Ademais, observa-se que não existe nos pleitos judiciais de provimentos de saúde possibilidade de análise alocativa dos recursos do orçamento do ente público demandado visto que o mesmo não proporciona referida análise, sendo certo que ao mesmo caberia o ônus da prova. Que os recursos são ilimitados, não se faz necessário provar; todavia, a efetiva alocação de tais recursos na direção do mínimo existencial, de acordo com as políticas públicas priorizadas pelo administrador público, deverá ser comprovadamente esgotada. Antes que tal aconteça nos processos judiciais a respeito, as prestações individuais que comprovadamente impliquem na garantia da saúde e/ou retirada do risco de morte individual deverão ser deferidas.

Paulo Bonavides, discorrendo acerca da interpretação dos direitos fundamentais, afirma que o Direito Constitucional foi um direito sem interpretação até meados do século XX, sendo que somente a partir dos anos 50 houve uma

¹⁴⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart & BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *A coerência do sistema jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial*, cit. p.353.359

¹⁴⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart & BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *A coerência do sistema jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial*, cit. p.353.359.

“ascensão hegemônica da Hermenêutica na esfera do Direito Constitucional”¹⁵⁰ Desconhecia-se a dimensão positiva dos direitos fundamentais, “circunscrito ordinariamente a uma esfera negativa e subjetivista de puro teor antiestatal”¹⁵¹. Ele parte da afirmação de que

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito, onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição¹⁵².

A teoria material, segundo BONAVIDES, é aquela que trata a constituição como Direito, e não só como uma lei, como fazia o positivismo legalista. “Ela é a hermenêutica mesma do Direito Constitucional, que fez arcaico o formalismo metodológico da Teoria Pura do Direito”. Considerando que “os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições”, BONAVIDES cita Böckenförde, para quem os mesmos “extrapolam aquela relação cidadão-Estado, e adquirem uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõem a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto Direito Constitucional de cúpula”¹⁵³. Advogando a existência de “um novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais em contraposição ao velho Direito Constitucional da separação de poderes”. BONAVIDES vai concluir que hoje os direitos fundamentais ocupam posição estrutural culminante que no passado envolvia as relações entre os Poderes¹⁵⁴. Assim,

podemos sintetizar que, ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o Estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 595.

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 596.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 596.

¹⁵³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Apud*: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 603.

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 599.

racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar. Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante¹⁵⁵.

Tais conclusões nos permitem entender que resulta dessa nova hermenêutica a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas defendido por José Afonso da Silva, implicando na verdadeira concretização desses direitos. BONAVIDES leciona que “na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; na Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada”¹⁵⁶. Embora BONAVIDES nos auxilie não podemos perder de vista que sua Nova Hermenêutica é a do Estado Social.

A par de todos esses ensinamentos não podemos continuar acreditando que a reserva do possível possa interferir na recusa da “concretude integrativa”¹⁵⁷ da norma constitucional que garante o direito à saúde, dando-lhe feição meramente programática, reduzindo a dignidade humana à feição de simples abstração. A entrega de prestações sociais sujeita à opção da maioria, conforme o mínimo existencial, não se coaduna com a concretude da norma constitucional. Nem tampouco se coaduna com tal concretude a invocação da reserva do possível. Escassez de recursos públicos ou alto custo da prestação devida nunca foram argumentos para que o Estado deixasse de cumprir com outras obrigações oriundas de mandamento jurisdicional, agora invocados no que tange aos provimentos individuais de saúde. Introjeta-se posições valorativas com as quais não concordamos.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 601 & 602.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 606.

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 657.

Não é sem razão que o grande interlocutor brasileiro da teoria do mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres¹⁵⁸, afirma que a mesma é *vinculada à moral*, e aí retornamos também à sua vinculação à teoria da ponderação de valores Alexyana, escola seguida por TORRES. A sujeição dos direitos sociais a prestações positivas à reserva do possível – “falta de recursos orçamentários ou de previsão orçamentária para a despesa proveniente da prestação positiva pleiteada judicialmente” - e a redução da jusfundamentalidade dos mesmos ao mínimo existencial - “quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para viver com dignidade”¹⁵⁹ - são as defesas mais alegadas frente à saúde judicializada, e não tiveram o condão de acarretar o indeferimento da grande maioria dos pleitos.

Contrapondo as teorias de Robert Alexy com a de Habermas, TORRES afirma que

na teoria de Alexy, os direitos fundamentais sociais *prima facie*, que são princípios que contêm exigências normativas, se transformam e direitos definitivos pela intermediação do legislativo, pois um legislador que cumpre princípios jusfundamentais (*grundrechtliche Prinzipien*) situados além do domínio do definitivamente devido cumpre normas de direitos fundamentais (*Grundrechtsnormen*), mesmo que a tal não esteja definitivamente vinculado e, por isso, não possa ser obrigado por um Tribunal Constitucional. No pensamento crítico de Habermas não há espaço para uma Teoria da Justiça, mas, apenas, para uma Teoria do Direito, que se desenvolve dentro da visão do ordenamento jurídico. As questões orçamentárias e financeiras são resolvidas a partir dos direitos fundamentais, que têm dilargados os seus limites¹⁶⁰.

Concluimos que dependendo da orientação que o intérprete der à eficácia das normas constitucionais, com a admissão ou não da sua programaticidade, resultará na assunção ou não das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Em concreto, diante de um pleito de saúde judicializado a consideração da norma disposta no art. 196 da Constituição Federal como de eficácia plena e aplicação imediata afasta a assunção das referidas teorias.

¹⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 1ª edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 26.

¹⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 53.

¹⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, cit., p. 58 & 59.

3.2: Paralelo entre a perspectiva do direito à saúde que confunde políticas públicas com aplicação do direito e a perspectiva que assume o direito em sua integridade. Contraposição à ponderação dos princípios.

Ao proteger o direito fundamental à saúde no artigo 196 a Constituição Federal expressa que o mesmo “será garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Segundo lição de BUCCI “as políticas públicas não se reduzem às políticas sociais”, donde concluímos que o termo políticas públicas é mais abrangente que políticas sociais, sendo que “a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas”¹⁶¹. Na medida em que consideramos que os direitos sociais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata e são aptos a exigir a máxima efetividade possível, o tema políticas públicas passa a interessar mais ao Direito, posto que o fracasso (ou a inexistência) das mesmas ensejará a busca jurisdicional pelo seu objeto – ao que alguns chamam de justiciabilidade das políticas públicas.

MOREIRA NETO ao discorrer sobre as regalias do poder executivo, no que tange aos controles externos, destaca “a unidade conceptual – política e administrativa – que se atribui às políticas públicas, que prestigia o político em detrimento do jurídico, resistindo ao controle judicial, sob a justificativa da independência do Poder Executivo no exercício dessa função, não obstante mista, como sob o pretexto ultrapassado da suficiência do controle democrático formal, pelas urnas, para legitimar suas decisões”¹⁶². O autor entende, entretanto, que tais justificativas já não mais procedem: “tanto pela releitura contemporânea da separação de poderes quanto pela emergência do conceito material e valioso de democracia”.

CARVALHO FILHO igualmente relaciona o tema das políticas públicas “com o sistema das instituições políticas e das instituições administrativas”, considerando duas etapas na fixação das políticas públicas: “uma relativa à função legiferante, cabendo ao legislador o lineamento das ações e metas a serem alcançadas e outra

¹⁶¹ FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Fórum. Belo Horizonte: 2008. p. 254 & 255.

¹⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 52 & 53.

atinente a enunciar os mecanismos de implementação das políticas já planejadas”¹⁶³.

LOPES, tratando da interpenetração das atividades legislativa, governativa e executiva com a formulação das políticas públicas, afirma que

A eficácia dos direitos sociais depende, mais que da possibilidade de se agir em juízo, em face do Estado, da própria ação concreta do Estado. A questão da justiciabilidade das políticas públicas colocaria duas séries de perguntas para o jurista: Em primeiro lugar, trata-se de saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, judicialmente, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Em segundo lugar, trata-se de saber se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas¹⁶⁴.

A primeira pergunta é, sem sombra de dúvida, respondida de forma positiva, visto que o que ocorre hodiernamente é que a inexecução de uma política pública existente ou a inexistência de uma política específica acerca de um determinado serviço de saúde vêm sendo questionadas via judicial de modo que a plausibilidade desta chamada justiciabilidade ficou muito clara. Os pleitos judiciais visando a outorga de prestações de saúde se multiplicaram como já dissemos alhures, quer do ponto de vista individual, quer coletivo, não sendo, de maneira alguma, repudiados pelo Judiciário. Aqui nos interessa tratar, é bom lembrar, das ações individuais, como aquela problematizada no primeiro capítulo, concernente à entrega de determinado medicamento a uma paciente pela via jurisdicional, vez que negada pela via administrativa. Isto não deve ser confundido com as duas formas que o direito à saúde foi colocado no artigo 196 da Constituição Federal: uma de âmbito coletivo – que nada tem a ver com ação judicial coletiva - representada pelas medidas genéricas, preventivas ou curativas, como campanhas sanitárias e de vacinação e outra de âmbito individual, concernente ao tratamento de cada doente particularmente considerado, por meio de consultas, exames, intervenções, internações e fornecimento de medicamentos e/ou insumos médicos – sugerindo uma atuação personalizada do Estado quanto à saúde particularmente considerada.

¹⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 109 à 111.

¹⁶⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Saraiva, 2006, 1ª edição, p. 272.

A primeira remonta aos tempos do surgimento do “sanitarismo-campanhista”¹⁶⁵ que perdurou em nosso país nas décadas de 30 e 40 e a segunda, mais ao estilo do Estado Social, coroado com a Constituição de 1988 que passou a conceber a assistência de forma integral, ou seja, preventiva e curativa – daí a possibilidade de prestação individual de tratamentos de saúde por parte da Administração aos administrados.

Talvez seja exatamente por este caráter duplo de prestação - coletiva e/ou individual - de saúde por parte do Estado que, na prática jurídica, venha ocorrendo toda a sorte de confusão nas interpretações doutrinárias e jurisdicionais acerca da titularidade da confecção das políticas públicas de saúde com a aplicação do Direito a cada caso concreto. Aqui pretendemos esclarecer a equivocada e recorrente interpretação de uma grande parte da comunidade jurídica brasileira de que toda vez que exerce a jurisdição a respeito de provimentos de saúde estaria o juiz a ditar políticas públicas, e, por conseguinte, a assumir o papel dos poderes legislativo e executivo, a quem cabem a definição e a execução destas políticas, o que não corresponde à realidade. CARVALHO FILHO analisando “a possibilidade jurídica do pedido judicial determinativo concernente a políticas públicas” afirma que

é verdade que algumas pretensões determinativas positivas comportam pedidos juridicamente possíveis. Entretanto, a possibilidade jurídica pressupõe que a obrigação a ser cumprida pela Administração seja efetivamente factível, vale dizer, seja suscetível de ser executada sem subversão dos instrumentos regulares de administração pública. A obrigação de fazer para atender a direitos individuais, por exemplo, é normalmente possível, mas no que tange à obrigação de fazer em prol de grupos sociais, nem sempre estará presente tal possibilidade¹⁶⁶.

O autor se refere a pedidos coletivos em ações civis públicas e entende que “não há como aceitar que um órgão não administrativo institucionalmente, como é o caso do Poder Judiciário, possa impor a realização de atividades genéricas próprias da organização administrativa estatal”. Na verdade, não somente genéricas, mas abstratas, inespecíficas e indiscriminadas, como já tivemos a oportunidade de

¹⁶⁵ PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. *Políticas Públicas de Saúde no Brasil*. Revista Espaço para a Saúde. Londrina, v. 8, n. 1, p. 13-19, dez 2006. Disponível: <http://www.ccs.uel.br/espacoparasaude>. Acesso em 05/08/2012.

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 118 à 120.

assinalar”¹⁶⁷. No que tange a pedidos individuais de medicamentos, CARVALHO FILHO entende, com o que comungamos, que o mesmo atende a direitos individuais: “quem formula o pedido determinativo positivo é o interessado na obtenção do remédio. O fato, desse modo, não se caracteriza como política pública”¹⁶⁸.

Para melhor aferição da questão da justiciabilidade, entretanto, é necessário se chegar a um conceito de política pública, assim definida por Muller e Surel, na sua dimensão prática, como “programa de ação governamental para um setor da sociedade ou um espaço geográfico”¹⁶⁹. BUCCI, em obra anterior, conceitua da seguinte forma:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados¹⁷⁰.

A autora explica que o conceito acima transcrito foi contextualizado com a afirmação do caráter interdisciplinar da matéria, sendo que ao fazer parte de grupo de pesquisa no sentido de obter um conceito jurídico de política pública passou a substituir “programa” por “arranjos institucionais complexos”. Em obra posterior expõe que

adotar a concepção das políticas públicas em Direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública¹⁷¹.

¹⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 121.

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 123.

¹⁶⁹ MULLER, Pierre & SUREL, Yves. *L'analyse des politiques publiques*. Paris: Montchrestien, 1998. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Saraiva, 2006, 1ª edição, p. 251, 252.

¹⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 241 & 242.

Ou seja, a política pública genericamente considerada e em especial aquela concernente à saúde, origina-se pela ação do poder legislativo, mas é sobretudo na atividade do poder executivo que se desenvolve, na medida em que lhe compete seu planejamento e execução: é uma atividade que resulta de um conjunto de atos e/ou normas – não necessariamente os dois, como veremos a seguir, por parte dos poderes legislativo e executivo. Depende, o seu sucesso, da atuação de legisladores e executores, sendo que é no seio da Administração Pública que será gerido seu processo de formulação e execução. DIAS denominou essa questão como a discussão do “lôcus da elaboração das políticas públicas num modelo de tripartição de funções do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e face às atribuições conferidas pela Constituição da república ao Ministério Público”¹⁷². A autora não discorreu acerca do Ministério Público, e nem é nosso interesse fazê-lo. Interessamos os poderes Executivo, Legislativo e, na abordagem do controle judicial e da constitucionalidade das referidas políticas, o Judiciário. COMPARATO, citado por DIAS, fala no “papel hegemônico que incumbe ao Poder Executivo, na medida em que realiza as políticas públicas como programas de ação governamental, faltando-nos uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, que dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais”¹⁷³. BUCCI entende que “o balanço entre a parcela da decisão que recai sobre o Executivo e o Legislativo depende de vários fatores, até mesmo do regime de governo, distinguindo entre a atuação do Parlamento como espaço de representação das forças sociais e, no caso do Presidencialismo, a dependência do vigor da representação política no Poder Legislativo”¹⁷⁴.

Um ponto que aqui deve ser realçado porque interessa de perto à nossa análise é que “as omissões”¹⁷⁵ também podem integrar a política pública. Seja a omissão do governo intencional, seja resultado de impasse político ou consequência da não execução das decisões tomadas...”. Como instrumentos de ação dos

¹⁷² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado — legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 268.

¹⁷³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado — legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. In: FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, cit., p. 269.

¹⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristina. *Políticas públicas possibilidades e limites*, cit., p. 251.

¹⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 251.

governos, as políticas públicas falham. Podem ser confeccionadas e não executadas, no todo ou em parte, ou até mesmo não confeccionadas diante de uma evidente demanda, como sói acontecer na seara da saúde. Ademais, nem toda política pública provém obrigatoriamente de uma norma, podendo ser ordenada por um ato administrativo ou até mesmo no sentido pós-convencional – não é o fato de não se ter convencionado uma norma que significa que ela não exista. A autora enfatiza que

a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo¹⁷⁶.

Divergimos da citada doutrinadora na medida em que não temos dúvidas a respeito da justiciabilidade das políticas públicas de saúde. Embora ela não negue que a justiciabilidade existe, diante do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, defende que quanto aos modos de exercê-las, “alguns são mais compreensíveis pela ordem jurídica em vigor”¹⁷⁷, como é o caso da ação civil pública. Nosso entendimento é diverso, pois entendemos que o direito individual ao provimento de saúde deve ser perseguido por ação individual, sendo a ação civil pública uma exceção. Na prática a ação civil pública tem se prestado a pleitos individuais feitos pelo Ministério Público, como substituto processual, por exemplo, de idosos e crianças, e também a pedidos de condenação do poder público a efetivar esta ou aquela providência coletiva, como por exemplo, construção de hospitais, aumento de vagas em UTI, etc. Com relação às políticas públicas podemos afirmar que a toda evidência não cabe ao juiz construí-las em sua decisão, mas quando chamado a se pronunciar visando à garantia do direito individual, considerado e reconstituído no caso concreto, cabe-lhe acatar ou não o pedido, desde que numa decisão válida, racional, à luz dos princípios constitucionais, porque não estará tratando de interferir na ou determinar a consecução desta ou daquela política pública mas sim da garantia constitucional à saúde como direito subjetivo individual e inegociável. Não poderia ser diferente visto que políticas públicas são indissociáveis dos direitos fundamentais.

¹⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 257.

¹⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 258.

Então não há que se falar em confusão entre dicção de políticas públicas com aplicação do Direito quando se determina um provimento jurisdicional individual, como por exemplo, a dispensação de um determinado medicamento não previsto nas listas do “governo” ou previsto para outra finalidade (patologia diversa da apresentada pelo requerente), ou ainda, previsto para a finalidade que se demanda e não ofertado administrativamente. E neste particular dois pontos devem ser esclarecidos: a existência de um processo judicial individual aonde seja garantida, simultaneamente, a autonomia privada e pública do cidadão, assim entendidas, respectivamente, como a possibilidade de almejar projetos e realizações próprios, dentre eles, o cuidado e a manutenção de sua saúde e a de participar da esfera pública onde se erigem as políticas de saúde - com o que retornamos á noção do princípio do discurso, neutro em face do Direito e da Moral, mas conformado mediante os cinco elementos que amparam o Direito Moderno: Estado de Direito, democracia, Constituição , direitos fundamentais e dignidade. Ou seja, na solução do caso concreto temos que buscar como o sujeito é tratado no nível da igualdade e também levar em consideração que aquela decisão, embora dirigida ao particular, se direciona a toda a sociedade na medida em que a norma geral aplicada num caso concreto se traduz na criação de uma norma, na linha da teoria do discurso. Ou melhor colocado: política pública é valor, antes de ser norma. E, finalmente, que a legitimidade da decisão advém do respeito ao contraditório, da garantia de um juiz imparcial e da possibilidade de ampla argumentação, cujo autor da decisão deverá proporcionar.

Outra questão a ser colocada e que gera margem a confusões é que uma política pública de saúde pode apresentar caráter de orientação coletiva para a ação do Estado, como por exemplo as tabelas governamentais de dispensação de medicamentos excepcionais, que no entanto, assumem feição individual quando não praticadas, na medida em que é o indivíduo *per si* que irá cobrar a entrega do medicamento. Então não se pode dizer que na análise do caso concreto deste postulante o juiz estaria ditando uma política pública na área de medicamentos, mas tão somente garantindo a sua aplicação, caso existente, ou, mesmo que o medicamento não fosse contemplado na listagem confeccionada pela Administração, ou fosse contemplado para finalidade (patologia) diversa daquela para a qual está sendo requerido ou, ainda, mesmo que esta listagem não existisse como norma ou ato administrativo, visando garantir a vida do requerente.

Problematizando para melhor compreensão temos alguns exemplos extraídos da nossa prática jurisdicional: o pleito de provimento do medicamento Viagra, ajuizado por pessoa do sexo feminino; o pleito de hormônios femininos, ajuizado por pessoa do sexo masculino.

BUCCI ensina que “frequentemente as políticas públicas se exteriorizam através de planos, embora com eles não se confundam”. Embora organizada em três funções que a sustentam - planejamento, orçamento e execução – a política pública não pode ser reduzida ao plano que a exterioriza: “a política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa”¹⁷⁸. Avançando um pouco mais, entendemos que essa transcendência há que ser levada em conta na atividade de aplicação do Direito ao caso concreto, ou melhor, que a política pública pode transcender a própria lei que a institui, no sentido pós convencional. Afirma que

Especificamente no que diz respeito ao Direito, o modelo das políticas públicas, concebido como forma de implementação do Estado do bem-estar, pairou acima ou ao lado das estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido completamente integrado ao ordenamento normativo. A própria discussão, hoje posta em segundo plano, mas bastante intensa à época, sobre o caráter “programático” (que se entendia como sinônimo de não-vinculante) das normas do plano revela essa não integração¹⁷⁹.

Na concepção da autora a mesma refutação produzida quanto à ausência de força normativa dos princípios constitucionais aplica-se às regras do plano, e, no caso brasileiro, agravado pela sua descontinuidade e “reduzida força executiva”¹⁸⁰. Entendemos que se dotada de um sentido pós convencional, a norma que institui uma política de saúde pública sofrer descontinuidade em consequência da troca de governantes, não pode fazer da política pública um objeto de realização pessoal deste, na medida em que existente um mandamento constitucional.. DIAS é mais enfática ao dar importância ao problema do controle de constitucionalidade das políticas públicas, “haja vista a dificuldade de se confrontar política pública com norma jurídica e ainda o fato de as políticas públicas incorporarem leis, mas com elas não se confundirem”¹⁸¹.

Quando falamos em força normativa dos princípios constitucionais invocamos o ideal de Integridade trazido por Ronald Dworkin, que se propôs a criticar a teoria

¹⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 259.

¹⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 262.

¹⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 264.

¹⁸¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 269.

jurídica embasada no positivismo tendo como principal arma uma visão principiológica do Direito. No dizer de Adrian Sgarbi “Direito como integridade expressa, em primeiro plano, a alternativa dworkiana às concepções convencionalista e pragmática do Direito”¹⁸² no sentido da busca de uma coerência tanto do legislador como do aplicador do Direito com uma estrutura principiológica. Além da abordagem argumentativa e procedimental exposta em *Levando os direitos a sério*, SGARBI afirma que na nova fase de DWORKIN com *O Império do Direito* “a resposta certa decorre da atenção prestada ao critério da racionalidade prática que a tese da integridade envolve”.

3.3: Diferença entre discurso de justificação e discurso de aplicação da norma jurídica e sua implicação na teoria clássica da separação de poderes.

A ótica que se pretende adotar neste capítulo é a da abordagem reflexiva em torno da “tensão entre legitimidade e discricionariedade jurisdicional” operada com o constitucionalismo moderno, o que guarda total pertinência com a avaliação que aqui se faz da prestação jurisdicional em matéria de saúde pública.

Procuraremos demonstrar que sob o paradigma do Estado Social não foi possível resolver, satisfatoriamente, sob a ótica da separação de poderes, a questão da construção de políticas públicas de saúde por meio da decisão judicial. A todo momento e em todas as instâncias a argumentação que se utiliza nos processos judiciais é que estariam os juízes ditando políticas públicas ao conceder provimentos de saúde, introjetando, portanto, justificativas políticas em suas decisões, como escolhas pessoais (foro íntimo), materializando-as na sentença, função somente atribuível ao legislador. Socorre-nos CHAMON JUNIOR, historiando:

antes de 1789, esclarece-nos PERELMAN que em face da ausência de uma teoria e prática da separação dos três poderes, eram oferecidas diretrizes ao julgador para que esse pudesse cumprir com seu papel decisório. Isso implicava, assim, poder se socorrer, na constatação da ausência de uma regra aplicável, a questionamentos de ordem divina, aos peritos locais, como uma pesquisa em torno dos costumes locais, bem como ainda decidir com base em seu foro íntimo. Somente mais tarde é que passaram a ter a possibilidade de se socorrer ao Direito romano ou de evocar o processo

¹⁸² SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006, p. 187.

diante do rei, fonte de todo Direito: afinal, no juiz supremo, no rei, estavam reunidos todos os poderes de maneira ilimitada¹⁸³.

Ou seja: a partir do advento do Estado Liberal surgiu a concepção das atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. A primeira, voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta; a segunda, à aplicação do Direito pela iniciativa da própria administração e a terceira à *atuação da vontade concreta da lei*. Para HABERMAS, “enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução”¹⁸⁴.

Mas os poderes, embora autônomos, nunca foram soberanos ou independentes, e vez por outra intervêm no funcionamento um do outro. Até porque possuem funções preponderantes, mas não exclusivas, e se quem legisla é o Legislativo, isto não quer dizer que não haja funções normativas no Judiciário e no Executivo; da mesma forma, há funções jurisdicionais em órgãos da administração do Executivo e do Legislativo, o que denota que as constituições contemporâneas atribuem funções “típicas e atípicas aos poderes constituídos”. Mas essa não é a questão que nos interessa abordar de perto no que tange ao princípio da separação de poderes. O que nos desafia é analisar a ocorrência de agregações de outros atributos às competências de origem do Poder Judiciário com relação ao que se convencionou chamar Judicialização da Política (a materialização referida por Habermas), principalmente no que tange à saúde pública, e para tanto é necessário o passeio histórico.

Ora, sabendo-se que no Estado Liberal os direitos subjetivos eram meros direitos negativos, assim entendidos como “direitos de defesa ou de abstenção, exigindo dos agentes públicos somente condutas negativas (obrigações de não fazer)”, e que apenas com o advento do Estado Social os direitos subjetivos (individuais) passaram a ser completados pelos direitos sociais, chega-se ao momento em que o cidadão passa a ter contra o Estado *direito a ações positivas*. Não podemos deixar de ter em mente que os direitos sociais nascem para proteger

¹⁸³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol I*. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 232.

os direitos individuais, e toca diretamente ao nosso tema a questão da vida e da saúde, porque aquela não existe sem essa. Ou melhor, a partir da idéia de indissociabilidade dos direitos fundamentais, o fato é que qualquer “perda” de direito fundamental irá comprometer gravemente o exercício dos direitos individuais. Nesta seara, as políticas públicas de saúde enquanto direito social não deixam de ser, também, um direito individual, de modo que não se trata de fazer sobrepujar o direito à vida sobre o direito à saúde. Quando HABERMAS fala no direito a liberdades subjetivas, ele enfatiza que não se pode limitar apenas a garantir liberdades subjetivas em geral, mas principalmente “iguais liberdades subjetivas”. Ou seja: “a liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos, segundo uma lei geral”. Para HABERMAS

Os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas. De modo semelhante, a proibição de extradição, o direito de asilo e, em geral, o status material de deveres, o status de prestações, a cidadania, etc. significam uma concretização do status geral de um membro numa associação livre de parceiros do Direito. E as garantias do encaminhamento do Direito são interpretadas através de garantias processuais fundamentais e de princípios do Direito (como é o caso da proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido do mesmo delito, a proibição de tribunais de exceção, bem como a garantia da independência pessoal do juiz, etc.)¹⁸⁵.

Vamos compreender, portanto, no Estado Social, o indivíduo como membro de uma sociedade, e segundo Habermas detentor não somente de liberdade subjetiva mas de liberdade subjetiva igual à de seu concidadão. Não basta ser livre: é fundamental ser livre e igual (iguais liberdades subjetivas). O Estado passa a ter que garantir os direitos fundamentais e o Judiciário é chamado a se manifestar diante da cobrança pela concretude desses direitos. E a maior dimensão desse reconhecimento de igualdade a todos é o reconhecimento do direito de acionabilidade jurisdicional em defesa e garantia dos direitos subjetivos e para o cumprimento dos deveres. Mas não se pode deixar de ter em mente é que o instrumental teórico e jurídico do Estado Liberal se demonstrou insuficiente para superar os problemas advindos com o Estado Social, principalmente no que toca aos direitos individuais. Nesse universo insere-se a nossa discussão acerca da

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol I*, cit., p. 157.

separação de Poderes, sob a ótica da atuação do Estado-juiz, quando poderemos observar que outra alternativa não foi utilizada senão a assunção do positivismo como forma de cultivar a liberdade da lei. E, ainda, como a prática positivista se prestou a confundir legitimidade com eficácia, reduzindo a primeira à segunda e de que forma podemos superar tal herança deixada na teoria e na prática do Direito, reconstruindo as noções de legitimidade e eficácia.

CHAMON JUNIOR aborda o problema das lacunas da lei como sendo a principal referência à limitação do Poder Judiciário “em face da assunção de uma teoria da separação dos poderes”¹⁸⁶. Melhor explicando, era o Juiz considerado mero instrumento de aplicação da lei durante o Estado Liberal, porque foi a partir dos abusos do poder absolutista e monárquico ocorridos durante o Antigo Regime que se concebeu a diferenciação de funções do Estado, conforme já exposto, de modo que não se poderia, naquele contexto, deixar de considerar “a preponderância da lei do Poder Legislativo”. Nesse raciocínio CHAMON JUNIOR adverte que

A tradição, desde há muito tempo, nos dá mostras de já ter percebido que o que se encontra por detrás dos problemas das chamadas lacunas do Direito é uma adequada compreensão e prática do Direito moderno e de seu constitucionalismo, da função jurisdicional e, por conseguinte, da separação dos poderes, bem como questão concernentes à democracia e à legitimidade, pois do próprio Direito¹⁸⁷.

Ou seja: as lacunas do Direito guardam enorme pertinência com a função jurisdicional e a questão da separação de poderes. Para refletirmos, portanto, sobre a questão da separação de poderes nosso interesse se volta primeiramente para a teoria das lacunas no Direito e num segundo momento para a teoria das Fontes, as quais CHAMON JUNIOR buscou revisar na sua Teoria da Argumentação Jurídica. Entende o autor que a forma jurídica moderna não pode conviver com os conceitos de fontes e lacunas da maneira como foram, de forma convencionalista, colocados pelas teorias firmadas ao longo dos tempos. Portanto, intitula seu Capítulo 1 como “Acerca das lacunas no Direito e de um Teoria que devora a si mesma”. Vejamos seus porquês. CHAMON JUNIOR afirma, logo de início, que

¹⁸⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 42.

¹⁸⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 7 & 8.

o que está em jogo é a superação de uma leitura convencionalista do Direito no reconhecimento de seu caráter principiológico e argumentativamente aberto, o que nos remete imediatamente à teoria do Discurso, que prega a assunção normativa da construção de uma Sociedade de homens livres e iguais. Ele considera fundamental buscar a superação do reconhecimento expresso, ou velado, de uma discricionariedade jurisdicional mediante uma escoreita compreensão do que as funções legislativas e jurisdicionais nos cobram em face da modernidade do Estado Democrático de Direito buscando, finalmente, compreender e realizar a práxis jurídica em busca de sua legitimidade¹⁸⁸.

O foco é sempre a Modernidade como um processo no qual estamos inseridos, que no momento atual CHAMON JUNIOR chama de “alta Modernidade”. Na teoria clássica traz a lume o pensamento de Ernst Zitelmann enfocando a intimidade entre a questão das lacunas e a aplicação jurisdicional bem como a compreensão do Direito como sistema normativo, e a forma como o problema não foi adequadamente enfrentado. Perpassa pelo “realismo ingênuo”, denominação dada por Carlos Cossio àquela corrente que atribuía uma falha no Direito a cada situação não prevista pelo Legislativo bem como a cada nova situação prática apresentada, conectando o problema das lacunas ao das Fontes do Direito, como acima enfatizamos. Tudo isso para colocar em evidência, “o convencionalismo na interpretação e prática do Direito que, de maneira reiterada em sede de Teoria do Direito, não vem permitindo a superação de dificuldades e, na verdade, de muitos falsos problemas que se colocam à Teoria e prática jurídicas como a própria Teoria das Lacunas do Direito”¹⁸⁹, concordando com COSSIO no tocante ao grande equívoco do realismo ingênuo: “ter caído em um casuísmo que o levou a vislumbrar lacunas no Direito em razão de enxergá-lo como um ‘catálogo de casos abstratamente assinalados nas leis”¹⁹⁰.

Volta-se, então, CHAMON JUNIOR para a questão da adequada compreensão do Direito como sistema de princípios a que recorrentemente nos voltamos neste trabalho: não perdermos de vista que ainda que seja o Direito moderno fundamentalmente escrito, positivo, isso não significa que deva ser

¹⁸⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 08.

¹⁸⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 10.

¹⁹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 11.

reduzido apenas a textos legais, sob pena de tal convencionalismo não nos proporcionar enxergar os princípios como tais, sem abrir mão da positividade, mas sob uma visão pluralista, de forma a distinguir princípios jurídicos de regras jurídicas pela lógica da natureza de orientação que oferecem. O autor analisa a questão da incompletude do ordenamento jurídico na clássica visão de Norberto Bobbio e a inexistência de uma norma para regular qualquer caso - chegando à proposição de Chaim Perelman, para quem a incompletude trata-se de uma tensão entre “lógica formal” e “lógica jurídica”, esta sendo “capaz de fornecer ao intérprete-aplicador um instrumental intelectual capaz de auxiliá-lo quando a ‘lógica formal assim não se apresentasse capaz”. Nem com Bobbio nem com Perelman, CHAMON JUNIOR vai concluir que

O que desde já podemos reafirmar, mais uma vez, é que toda a problemática em torno das supostas lacunas no Direito refere-se a uma adequada Teoria das Fontes do Direito – que, por sua vez, acrescente-se, deve ser compreendida na superação de um convencionalismo e de seu co-dependente pragmatismo por, ambos, pressuporem o Direito como um ‘sistema de regras’, na expressão de Ronald Dworkin¹⁹¹.

A conclusão, portanto, é que não há se falar em lacunas na medida em que se assume a visão principiológica do Direito, de forma que a dificuldade da incompletude perde o sentido quando os princípios jurídicos são “seriamente assumidos em sua força normativa”¹⁹². A menos que se deixe de entender norma como convenção não se chega a essa conclusão, e vários autores ainda analisados por CHAMON JUNIOR e aqui não mencionados malograram na tentativa de solucionar a questão das lacunas ou da (in) completude do ordenamento jurídico. Como afirma, “não compreendem, pois, que os princípios são normas, e que não são constatações indutivas daquilo que seriam “as” normas, isto é, os dispositivos normativos convencionados legislativa ou consuetudinariamente”¹⁹³.

No tocante à teoria das fontes, é com a escola da Exegese que o pensamento jurídico se desenvolveu no sentido de assumir “a lei como fonte exclusiva e suprema do Direito”, obra dos juristas franceses que, ao longo do século

¹⁹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 13.

¹⁹² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 32.

¹⁹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 34.

XIX, comentaram o Código Civil francês de 1804¹⁹⁴. Reduzido estritamente à lei positiva, editada pelo Estado, do Direito codificado não se podia extrair “qualquer elemento que não pudesse ser considerado expressão da vontade do legislador”. A seu respeito CHAMON JR chama a atenção para o fato de que “um convencionalismo exacerbado da Escola da Exegese não teria como alternativa senão o reconhecimento de uma discricionariedade judicial casada com uma flexibilização pragmatista da aplicação do Direito, ainda que melhores fossem as intenções normativas e de legitimidade que se encontrassem por detrás das propostas desses autores”¹⁹⁵.

Apreende de seu maior expoente, Julien Bonnecase, as características mais expressivas da referida escola, quais sejam, “o culto ao texto da lei, o predomínio da intenção do legislador sobre o alcance literal dos textos legais na elaboração do Direito positivo, uma compreensão altamente estatista do Direito, a contradição interna à Escola entre a crença na onipotência do legislador e uma certa noção metafísica do Direito e, finalmente, o respeito excessivo ao argumento de autoridade no que se refere às autoridades e predecessores”. Dentre eles o apelo quase “religioso” à “intenção do legislador” significou, para os seguidores da escola da Exegese, uma obstinada perseguição desta vontade, que, na verdade implicaria na busca de uma “vontade suposta” ou “presumida” quando não fosse possível encontrar a verdade real, “reduzindo, mais uma vez, a validade do Direito à faticidade das decisões convencionalmente firmadas em sede do Legislativo”¹⁹⁶.

A formatação da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação desenvolveu-se no pensamento de Klaus Günther para quem “questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada”, conforme pretendemos desenvolver no desenrolar deste capítulo.

A evolução do pensamento de Habermas acerca da relação entre Direito e Moral pode ser observada no decorrer de sua obra sendo questão que nos interessa de perto, porque concluindo pela diferenciação funcional entre os sistemas do Direito

¹⁹⁴ COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Escola da Exegese*, in TRAVESSONI, Alexandre. São Paulo, LTR Editora, 2011. *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*.p. 146 & 147.

¹⁹⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 62.

¹⁹⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 68.

e da moral o grande filósofo contemporâneo nos auxilia na compreensão da justificação do Direito Moderno e, porque não, da fundamentação das decisões judiciais na seara da saúde.

Desde a Teoria da Ação Comunicativa (1981) até *Faticidade e Validade* (1992) a obra de Habermas passa por momentos onde entende o Direito ora fundamentado na Moral, ora não, mas sempre considerando a existência de uma relação interna, uma complementaridade funcional entre ambos. Uma das principais sustentações a respeito encontradas em *Faticidade e Validade* é enfatizada por CHAMON JUNIOR, quando afirma:

Isso nos leva ao terceiro ponto chave para se entender a relação entre Direito e Moral sustentada em *Faticidade e Validade*, qual seja, a compreensão de Habermas de que o Direito, apesar de não mais se justificar na Moral, apesar de não mais ser assumido como um 'caso especial da argumentação moral', não é, em razão disso, moralmente neutro. Em outras palavras: apesar de o Direito não se justificar na Moral, isto não significa que princípios morais não sejam infiltrados e irradiados pelo Direito, uma vez que seu processo legislativo-democrático está constantemente aberto a essas razões morais, bem como, igualmente, a razões éticas (referentes a valores) e a razões pragmáticas (referentes a meios adequados para se alcançar uma certa finalidade)¹⁹⁷.

Invocar a interpenetração entre Direito e Moral é de grande importância para o nosso trabalho, bem como a diferença entre os discursos de justificação e de aplicação da norma jurídica. Partindo da assertiva da diferença funcional entre Direito e Moral, visto que àquele cabe a função de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, atuando sob o código lícito/ilícito e a esta cabe a realização da justiça, portanto, sob o código justo/injusto, poderemos concluir que argumentos nem sempre apropriados vêm sendo utilizados nas decisões jurisdicionais prolatadas nos pleitos envolvendo pedidos referentes à saúde pública. Aliás, não é incomum mesmo dentro da comunidade jurídica pressupor que ao Judiciário cabe declarar o justo ao invés do lícito, abrindo caminho a toda sorte de discricionariedade judicial. Pretendemos demonstrar e concluir que mais do que nunca, na seara das decisões sobre saúde, o Judiciário vem lançando mão de

¹⁹⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Estudo Comemorativo Modernidade e Racionalidade entre Moralidade e Democracia – O caminhar da legitimidade do Direito na obra de Jürgen Habermas, por ocasião de seus 80 anos, inserido em Filosofia do Direito na Alta Modernidade*. Inscursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 3ª ed, p. 12.

argumentos éticos, morais e pragmáticos e muitas vezes decidindo pelo código justo/injusto, conveniente/inconveniente, devido/indevido, pouco oneroso/muito oneroso, etc., argumentos estes que só têm cabimento no processo legislativo e não quando se resolve o caso concreto. Pretendemos, ainda, neste gancho, esclarecer que quando se afirma que o princípio da separação de poderes está sendo desrespeitado no tocante a decisões judiciais em matéria de saúde, tal afirmação nem sempre atinge o ponto crucial da questão, que é a utilização, pelo julgador, de fundamentação inerente ao discurso de justificação, cabível ao legislador e não ao juiz. A argumentação mais comum é quando se afirma que o judiciário estaria roubando o assento do executivo, a quem cabe a confecção e execução de políticas públicas; ou seja: o que estaria afrontando o princípio da separação dos poderes: o juiz-legislador ou o juiz-executor? Ou os dois?

Neste contexto insere-se ainda a importância da abordagem sociológica cuja dimensão de observador Niklas Luhmann trouxe na formulação da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos. Com Luhmann passamos a compreender que a partir de diferentes operações temos sistemas diferenciados – Direito, Moral, Religião e Economia - e que a sociedade é, na verdade, não apenas um grupo de indivíduos, mas, sobretudo, um emaranhado recursivo de comunicação que opera o sistema social.

Assim, entende-se o Direito na Modernidade como um sistema de princípios e que todas as normas jurídicas são principiológicas, ou seja, diante de um caso concreto são, em princípio, aplicáveis. Já com a Teoria Discursiva do Direito vamos entender que “a problemática acerca da interpretação jurídica é, no fundo, uma questão em torno de uma disputa de paradigmas do Direito, assim traduzidos pelas pré-compreensões que informam a própria decisão jurisdicional ou a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito”.

Quando inicia o capítulo IX de Direito e Democracia entre faticidade e validade Habermas constata que a teoria do Direito é distante do trabalho de interpretação judicial, deixando claro que “os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual”, de modo que “a

interpretação do Direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social, percebida de certa maneira”¹⁹⁸.

A partir daí Habermas expõe que “um paradigma jurídico é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade (visão social)”. Enfim, no mundo da jurisdição e na dicção dos juízes através dos tempos se constrói um senso do que seja a sociedade em questão, o *mundo da vida* - um significado que transcende a própria decisão e irá fazer parte dos círculos seguintes de interpretação e aplicação do Direito. Paradigma, então é um conceito básico na obra de Habermas na medida em que se traduz como uma visão de mundo compartilhada pela sociedade, e a ruptura paradigmática se dará quando o mesmo não for capaz de resolver os problemas que surgem no interior das suas concepções. Quando fala de paradigmas do Direito, Habermas afirma que no Estado social “o novo catálogo de tarefas do Estado e o domínio ampliado de funções da administração geram problemas para a divisão de poderes”¹⁹⁹. O que analisaremos mais à frente no tocante ao princípio da separação de poderes.

E contextualizada, no momento atual, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a atividade de aplicação do Direito traduzida como decisão jurisdicional ganha importância na medida em que operacionaliza a tensão entre faticidade e validade, que nada mais é do que a *tensão entre a positividade e a legitimidade do Direito*.

No caminho da decisão racional o aplicador da lei deve partir do pressuposto de que todas as normas legisladas são válidas na busca pela norma adequada ao caso concreto. Entretanto, aquela que não encontrar aplicação, embora válida, irá ceder espaço a uma outra, que seja adequada, e neste processo participam o juiz e as partes, sendo a decisão uma construção de todos os envolvidos cuja destinatária final é, também, a sociedade.

Segundo GUNTHER

Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol II*, cit., p. 123.

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol I*, cit., p. 127.

Eles “recontextualizam” a norma, extraída do se contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo. Desse modo, emerge uma dinâmica que a cada circunstância acrescenta uma surpreendente quantidade de aspectos, nuances ou mudanças imprevistas ao conteúdo semântico de diversas normas aplicáveis, obrigando a modificações, restrições ou deslocamento de pesos, a fim de, por aproximação, fazer jus à pretensão de uma consideração adequada de todos os sinais característicos. Discursos de fundamentação devem fazer essa dinâmica parar e, em disposição hipotética, para além da situação concreta, generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento, com a finalidade de examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação. Só depois de olhar para todos os lados, cautelosamente, é que então cada um deverá mergulhar no caso concreto, aqui e agora”²⁰⁰.

SOUZA CRUZ observa que “no discurso de aplicação, o operador do Direito pressupõe que as normas legisladas são válidas. O que se discute, em regra, é sua referência/adequação a uma situação concreta”²⁰¹.

O discurso de aplicação é, portanto, aquele onde os participantes, assim que nele ingressam, “têm que abandonar a perspectiva das circunstâncias serem iguais em toda situação, pressuposta com a validade da norma – daí o termo normas *prima facie* aplicáveis, significando que será insuficiente argüir que uma norma válida é aplicável a determinado caso, pois a cláusula *prima facie* contém um ônus recíproco de argumentação” - e assumir esse ônus da argumentação. E o argumento não é dirigido contra “a validade da norma em colisão, mas contra sua adequação, levadas em consideração todas as circunstâncias da situação”.

No dizer de SOUZA CRUZ o discurso de aplicação “viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo”²⁰². Pois bem, o autor observa uma característica fundamental do discurso de aplicação, que é a ocorrência de ação estratégica das partes, melhor explicando: não há, no processo judicial, obrigação de ação cooperativa das partes em busca da verdade, muito pelo contrário, as mesmas se servem de argumentos estrategicamente conduzidos no sentido de obter

²⁰⁰ GUNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral. Justificação e Aplicação. Forense. 2ª edição, 2011. tradução Claudio Molz.

²⁰¹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Habermas e o Direito Brasileiro. Belo Horizonte. 2006 Lumen Juris, pg 181.

²⁰² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Habermas e o Direito Brasileiro. Belo Horizonte. 2006 Lumen Juris, p.188.

decisão que lhes seja favorável. Como exemplo, temos a fase processual da produção de provas, que demonstra claramente a necessidade de estratégia dos litigantes rumo ao desfecho que lhes interessa. Faz parte do jogo. Está implícita tal atitude entre os participantes de um processo judicial. São palavras do próprio Habermas: (...) “os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade (...)”²⁰³.

Partindo do pressuposto de que todas as normas legisladas são válidas, o aplicador busca pela norma adequada ao caso concreto. Aquela que não encontrar aplicação, embora válida, irá ceder espaço a uma outra que seja adequada. Neste processo participam juiz e partes, e a decisão é uma construção de todos os envolvidos cuja destinatária final é a sociedade. Este sentido é assumido por Habermas quanto ao princípio do discurso, que preconiza que na Modernidade as normas somente são válidas na medida em que todos os seus destinatários são igualmente seus autores, sendo papel da Constituição, em sentido amplíssimo, garantir as condições de produção legítima do Direito e os direitos fundamentais.

A respeito da colisão de normas durante o discurso de aplicação observamos, no primeiro capítulo quando da exposição do caso concreto, afirmativa do Relator MENDES de utilizar-se da ponderação material de comandos otimizáveis propugnada por ALEXY. SOUZA CRUZ entende que

“as argumentações pragmática e ético-política, construídas pelo legislador político, frutos do balanceamento de valores e interesses, devem ser, de regra, tomadas como válidas *prima facie* pelo Judiciário. Ele não pode proceder a um novo discurso de fundamentação (justificação) Ao contrário, deverá examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto”²⁰⁴.

CATTONI DE OLIVEIRA entende que

O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não é indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual um juiz ou tribunal toma suas decisões. A questão acerca da possibilidade e do papel

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol I*, cit., p. 293.

²⁰⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Habermas e o Direito Brasileiro. Belo Horizonte. 2006 Lumen Juris, p. 190

que uma argumentação racional joga no Direito assume, portanto, status jurídico-constitucional²⁰⁵.

Observa-se que vários autores criticam a forma utilizada pelos julgadores, principalmente do STF, na implementação do discurso de aplicação.

Se no discurso de aplicação, como já vimos, busca-se encontrar a norma adequada dentre as normas válidas, quanto ao discurso de justificação, às vezes traduzido como discurso de fundamentação (SOUZA CRUZ), “ trata-se de perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*, utilizando-se, para tanto, de um teste de universalização – a partir do princípio do discurso”²⁰⁶.

Observamos que GUNTHER, na verdade, trabalhou a diferenciação aqui abordada como forma oferecer uma resposta aos casos de “colisão de princípios” em sintonia com o pensamento de HABERMAS.

Passamos, então, a considerar o que sejam paradigmas de Direito, que são nada mais nada menos que “pré-compreensões acerca de como se deve interpretar e aplicar o Direito”. Ora, Habermas dispensou um importante capítulo de *Faticidade e Validade* para discorrer sobre os paradigmas do Direito, exatamente porque vai concluir com Gunther que a interpretação argumentativamente fundada no caso concreto, o qual considera único, irrepetível, será a adequada quando se leva em conta a reconstrução paradigmática que se faz do Direito vigente. Esse é um ponto crucial para a crítica que pretendemos realizar neste trabalho na medida em que é exatamente nesse momento em que o julgador se depara com o que se convencionou chamar de colisão de normas, que grande parte dos julgadores passaram a aplicar a ponderação material de comandos otimizáveis de Alexy. Trata-se da argumentação majoritariamente utilizada pelo STF a qual Habermas criticou, com amparo em Gunther. Em *Faticidade e Validade*, Habermas, na verdade, paraleliza com habilidade seu pensamento com os de Günther, Alexy e também Dworkin, nos permitindo entender, afinal, a lógica do discurso jurídico, o que será mais bem analisado no próximo capítulo. Aqui, como enfatizamos, pretendemos afirmar que a teoria de Alexy, utilizada pelo STF no caso concreto que acima foi

²⁰⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*, cit. p. 75.

²⁰⁶ PEDRON, Flávio Quinaud, A distinção entre jurisdição e legislação no pensamento de Klaus Günther, *Revista DEJ*, Brasília, Ano XII, n 41, p 59 66, abril/junho 2008.

exposto e em vários de seus julgados dos últimos anos traduz-se, na verdade, em perigosa argumentação política que dá azo a toda forma de discricionariedade. Ao hierarquizar os princípios os mesmos passam a ser confundidos com valores, o que, diante de um caso concreto onde se colocam em jogo dois princípios a técnica passará a perseguir o que é preferível, não o que é devido. Dessa maneira não há como dissociar o ato da aplicação das concepções pessoais do aplicador (juiz), que na verdade irá expressar quais valores (seus) são mais importantes. É uma crítica formulada por vários autores, conforme vimos, dentre eles CHAMON JUNIOR, SOUZA CRUZ e CATTONI DE ANDRADE.

É CHAMON JUNIOR quem nos ajuda a entender a concepção de Robert Alexy quanto à utilização dos princípios como mandatos de otimização, ou seja, “mais ou menos satisfeitos, permitindo, portanto, a verificação de variados graus de cumprimento”:

Inerente à noção alexyana de normas-princípio é o grau de satisfação e de cumprimento a serem observados. Enquanto seriam os princípios obrigações de otimização, as regras possuiriam um caráter de obrigação definitiva. Somente assim, entende ALEXY, é que se poderia explicar porque a ponderação seria, então, sempre relacionada à aplicação dos princípios – o que abre a perspectiva argumentativa de Alexy a uma interpretação da legitimidade de aplicação do Direito por aproximação, já que se poderia satisfazer com o grau mais alto **possível** de aplicação normativa²⁰⁷.

Na verdade o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado como uma panacéia, bem ao modo positivista e tendente ao decisionismo judicial, impondo sérios riscos de se transformar o Poder Judiciário em órgão autoritário. E outra não é a conclusão de CHAMON JUNIOR para quem

Tratar os princípios como pretende ROBERT ALEXY é submeter o Direito, e sua aplicação, a uma questão de preferências frente a fins que não segue uma ótica capaz de ser defendida como válida perante um sistema de direitos fundamentais. A operação de ponderação é, assim, alheia a qualquer critério de racionalidade normativa, se transformando em uma discussão que chega, para HABERMAS, a resultados discricionários e arbitrários. A norma, podemos dizer, não é maios ou menos realizada ou ordenada. Ela submete a uma noção binária. Pela visão de ALEXY, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse um grau ótimo em sua aplicação, o que corresponderia dizer que a norma fora mais ou menos cumprida. Ora, o Direito ou é obedecido, ou não o é. O direito subjetivo não pode ser mais ou menos: ele não se submete a um peso gradual que pode

²⁰⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal. Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 58.

ceder tanto perante outros direitos, bem como também a metas coletivas, bem contrariamente a DWORKIN²⁰⁸.

Enfatizamos que no caso do discurso de justificação não há, implicitamente, a necessidade do agir estratégico, embora o mesmo não possa ser excluído pelos participantes, exemplificando SOUZA CRUZ as hipóteses de “lobbies e grupos de pressão” que agem estratégica e articuladamente para a realização de seus interesses. Habermas adverte, contudo, que “caso a influência do dinheiro e da burocracia prevaleçam sobre a solidariedade e a racionalidade argumentativa, o discurso de fundamentação desnatura-se, tornando-se incapaz de conferir legitimidade à legalidade”²⁰⁹.

A visão de GUNTHER quanto à distinção entre as funções do julgador e do legislador é clara, não assumindo a possibilidade de que o poder judiciário e principalmente as cortes constitucionais sejam entendidos como legislador concorrente ou Poder Constituinte Originário anômalo. Essa questão tem relação direta como a maneira do exercício da Jurisdição Constitucional e a não caracterização do juiz como legislador e pressupõe uma leitura do princípio da separação dos poderes sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, onde se leva em consideração “a exigência do reconhecimento, na maior medida possível, de iguais liberdades fundamentais a todos os concidadãos”.

3.4: Pode ou não o judiciário instituir políticas públicas?

O Direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo²¹⁰.

De tudo o que foi observado acerca do tema políticas públicas a principal consideração a ser feita é que o artigo 196 da Constituição Federal proporciona a

²⁰⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal. Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois*, cit. p. 64.

²⁰⁹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. (Belo Horizonte, 20??). Lumen Juris, p.189.

²¹⁰ BÖCKENFÖRDE, E.W. *Apud: HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol I*, cit., p 114.

garantia do direito à saúde visto de dois ângulos: um coletivo, alicerçado em políticas públicas e outro individual, representado pelo “tratamento de cada doente em sua situação peculiar, por meio de consultas, exames, intervenções, internações e fornecimento de medicamentos”²¹¹. Assim sendo, não se caracteriza, a garantia prestacional deferida pelo Judiciário em processo judicial individual, como intervenção nas políticas públicas organizadas e planejadas pelos entes estatais, cuja dimensão coletiva não está afetada pela entrega jurisdicional individual.

Observamos que dentre os votos proferidos na STA 175 a maioria dos ministros do STF entende que o exercício da jurisdição num pleito de medicamentos insere o judiciário na dicção das políticas públicas, com o que não concordamos. A atenção a um direito individual invocado nada tem a ver com a instituição de políticas públicas governamentais. Uma coisa é o judiciário ser chamado, por intermédio de uma ação civil pública ou outra coletiva, a interferir na elaboração de listas de medicamentos, por exemplo, atividade tipicamente administrativa; outra coisa é ser instado a determinar a entrega individual de medicamento que assegure a vida saudável do peticionário, esteja ou não o fármaco inserido em uma lista governamental oriunda de uma determinada política pública. Desde que devidamente fundamentada, a entrega da providência não significa intromissão de um poder na esfera de atuação do outro.

Não defendemos, de maneira alguma, que todos os pleitos devam ser deferidos, mas não há que se falar em intromissão, pelo judiciário, nas atividades dos demais poderes quando diz o Direito diante de um caso concreto deferindo um provimento de saúde em procedimento revestido das garantias acima expostas e construído comunicativamente, legitimado pela inclusão do primado da Democracia e da assunção dos pressupostos da modernidade. As teorias até o momento apresentadas como defesa do ente estatal quando demandado, discutidas neste trabalho, não têm consistência para, por si mesmas, inviabilizarem a pretensão daqueles que comprovadamente demandam do aparelho estatal a manutenção de sua vida com a dignidade da saúde física e mental. A grande fundamentação é individual, caso a caso, em processo discursivamente trabalhado.

²¹¹ COSTA MACHADO, Antônio Claudio da. Organizador. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, Coordenadora. *Constituição Federal Interpretada*. São Paulo: Manole. 2010, p. 1083.

4: RECONSTRUÇÃO DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO.

Pelo teor da ementa²¹² da decisão exarada no pedido de suspensão de tutela antecipada 175 emanada do STF vê-se que pretenderam os Ministros fixar parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde, se utilizando aquele tribunal, pela primeira vez, de subsídios colhidos em Audiência Pública – Saúde, realizada com a participação dos diversos setores da sociedade envolvidos no tema. Em nota de rodapé no primeiro capítulo expusemos que pelo ineditismo da medida, considerando que tanto as normas respectivas como a experiência prática da realização de audiências públicas no STF são recentes, não há, ainda, muitas conclusões a respeito. De qualquer sorte, conforme consta do dispositivo permissivo da convocação da audiência pública inserto no Regimento Interno daquela Corte, a sessão se prestou a “ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”. Foram debatidos nos seis dias de sessões públicas “o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário, as questões relativas à responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), a gestão e a legislação do Sistema Único de Saúde bem como a universalidade do sistema, questões relacionadas ao registro de medicamentos e insumos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), as políticas públicas de saúde e a integralidade do sistema e a política de assistência farmacêutica do SUS”²¹³. Não duvidamos da excelência dos esclarecimentos prestados pelas autoridades que lá estiveram para debater a saúde pública no Brasil e oferecer conhecimentos naquela sessão amplamente divulgada, o que há de servir para toda a comunidade jurídica.

²¹² EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

²¹³ VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. *A audiência pública sobre a judicialização da Saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Sanitário, vol. 11, nº 3, São Paulo, fev. 2011.

Entretanto, vemos com cautela a utilização de alguns dos subsídios ali colhidos para fundamentar uma decisão judicial colegiada, prestada num determinado caso concreto, como a que ora comentamos.

Da análise detalhada da decisão emanada do STF na STA 175 evidencia-se a preocupação dos julgadores em ministrar ensinamentos aos profissionais do Direito que lidam com a matéria e a balizar futuras decisões judiciais. Assim, visível a intenção do STF em “redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, destacando pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão”²¹⁴. Decisões desta natureza acabam por trazer o risco de incorrer o magistrado em juízos de valoração ética, moral ou pragmática com os quais não concordamos encontrar no discurso de aplicação da norma jurídica, pelos motivos à saciedade expostos no capítulo anterior.

No capítulo terceiro afirmamos, com Klaus Günther, que “questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada”, abordando a diferenciação entre os discursos de justificação e aplicação da norma jurídica com vistas a concluir que alguns dos principais argumentos utilizados pelo legislador não podem sê-lo pelo juiz, ao decidir o caso concreto. Assim, Habermas, analisando os princípios do Estado de Direito e a lógica da divisão dos poderes (aplicação e justificação) diz:

Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso, porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos e premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não

²¹⁴ BERTAGNOLLI, Ilana. *Judicialização do Direito Fundamental à Saúde: Uma análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada*.

sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos do direito privado²¹⁵.

Ficou claro que a audiência pública realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, portanto, pretendeu reunir subsídios para o exame não somente da STA 175 como também de outros processos envolvendo a matéria saúde, daquela e de outras Cortes do país. Da mesma forma, a decisão em comento evidenciou a pretensão dos Ministros daquela Corte de criar parâmetros decisórios para toda a magistratura nacional. Entendemos que códigos externos ao Direito, como justo/injusto, conveniente/inconveniente, devido/indevido, pouco oneroso/muito oneroso, etc., foram invocados, e há que se ter cuidado na utilização desta gama de conhecimentos angariados na audiência pública uma vez que a jurisdição não os poderá absorver, como seria possível ao legislador e ao administrador público.

Não concordamos com a posição dos que defendem que ao decidir acerca de provimentos individuais de saúde, deferindo-os, o judiciário estaria invadindo a seara do gestor público (Executivo) e, por conseguinte, ferindo o princípio da separação de poderes pelo fato de adjudicar um direito prestacional ao jurisdicionado. O que aqui externamos é que o princípio da separação de poderes poderia estar em perigo, outrossim, exatamente pela utilização, pelo julgador, de fundamentação inerente ao discurso de justificação, exclusivo do legislador.

O voto do Ministro Gilmar Mendes ressalta que “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”²¹⁶. Na verdade, o argumento mais apropriado para afastar a invocação do custo do medicamento não é o fato de que já existem remédios caros nas políticas públicas de dispensação, mas sim que a questão econômica não deve interferir na concretização individual do direito pleiteado, como enfatizamos no capítulo anterior. Ademais, a definição do que seria medicamento ou tratamento de alto custo em si já envolve uma opção valorativa – já se trata de uma decisão pelo código da Economia, e não do Direito.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 239.

²¹⁶ MENDES, Gilmar (VOTO). BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit.

O relator enfatizou que “os elementos componentes do binômio razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”²¹⁷.

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*²¹⁸, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso²¹⁹.

A dificuldade apresentada é que a grave lesão à economia e à saúde públicas, não têm como ser comprovadas no caso concreto individual. Também do voto do Ministro Celso de Mello colhe-se a mesma posição, de necessidade de comprovação da incapacidade econômico financeira do Estado como forma de obstaculizar o provimento individual pleiteado:

Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política²²⁰.

Infere-se que no bojo dos autos em que se deu a STA 175 não há mecanismo de aferição da atividade financeira da União – pólo passivo naquela ação judicial. O ônus da comprovação objetiva da impossibilidade orçamentária cabe ao próprio ente estatal demandado, conforme regra processual elementar, e, nos casos específicos, simplesmente entendemos que tal prova não tem como ser produzida. A esse respeito muito pouco se discute na doutrina, mas não é crível que,

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em julho 2012.

²¹⁸ *Prima Facie*: O que admite exceções. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Martins Fontes, 2012. p. 280. Conforme ALEXY, Robert. *Teoria...* p. 104: Princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará.

num processo judicial que se pleiteia uma obrigação de fazer do Estado (gênero) se possa demonstrar a destinação dos recursos daquele ente estatal ou mesmo que suas alocações orçamentárias estariam ou não de acordo com a Constituição.

Resta, portanto, concluir pela absoluta falta de racionalidade do argumento do alto custo da prestação de saúde nas decisões judiciais.

Não parece ter sido diferente na STA 175. Nem tampouco foi por acaso que na audiência pública o assunto foi debatido, sendo destacado por participantes que os municípios – entes da federação mais demandados judicialmente nas questões de saúde - estão sobrecarregados financeiramente. VALLE e CAMARGO relatam:

no segundo dia da sessão da Audiência Pública, foram abordadas as questões relativas à responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Estiveram presentes (*omissis*). Os depoimentos foram quase uníssonos no sentido de que os municípios se encontram sobrecarregados com os serviços de saúde, que sempre necessitam de maiores investimentos²²¹.

Ora, deve-se analisar com clareza que não é papel do magistrado, na análise do caso concreto em face da fazenda pública (municipal, estadual ou federal) avaliar a onerosidade da pretensão, mas tão somente a sua licitude, com base no código do sistema do Direito (licitude/ilicitude), sob pena de se subverter, aí sim, o papel de cada um dos poderes da República. Uma coisa é o legislador avaliar o impacto econômico resultante da aprovação de um ato normativo, ou o gestor público com relação ao orçamento público. Outra, muito diferente, é impor ao magistrado considerar o impacto que o cumprimento de suas decisões causará aos cofres públicos, e por causa deste impacto se passar a indeferir pretensões lícitas.

Nem tampouco o “mínimo existencial - aquela parcela disponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade” - possui mecanismo processual de aferição, visto que estabelece pressuposição comparativa entre situações que não são objeto do caso concreto analisado.

A crítica do insigne jurista Ricardo Lobo Torres ao julgado que ora comentamos é diametralmente oposta ao nosso entendimento. TORRES aborda “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada,

²²¹ VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. *A audiência pública sobre a judicialização da Saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federa*, cit.

situação que, acredita, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países”²²². Sua visão traduz uma concepção não somente apenas coletiva do direito à saúde, mas também circunscrita à atuação legislativa ou executiva, ao passo que a natureza individual e prestacional deste direito vem sendo cada vez mais admitida na seara do judiciário. Nossa posição é exatamente contrária à de TORRES, visto que enxergamos com cautela a atuação jurisdicional que visa à implementação de uma política pública de certa forma concebida pelo autor da ação coletiva, ao passo que defendemos que o direito individual, garantido constitucionalmente, não pode ser negado quando comprovadamente existente, num processo judicial com todas as garantias constitucionais modernas: contraditório, ampla defesa e devido processo legal e, principalmente, “através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente”.

Habermas enxerga a relação entre Justiça (Poder Judiciário) e legislação como problemática e destaca que “a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e Justiça (jurisdição); e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”²²³. Assim,

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo.. A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe de competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o Direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei²²⁴ ...

O que Habermas quer dizer é que o poder executivo é controlado pelas atividades legislativa e judicial, mas o oposto não acontece. E no exercício da jurisdição constitucional não há como conferir se os argumentos utilizados pelo

²²² TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: 2ª tiragem, Renovar, 2009 p. ()

²²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 298.

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 300 & 301.

juízes foram aqueles mesmos utilizados pelo legislador, de maneira presumidamente racional, ou outros carregados de ideologia. Portanto, é por esse motivo que Habermas defende que “a interpretação correta deve ser encontrada, isto é, elaborada numa argumentação racional”²²⁵. “Toda ordem jurídica que se justifica a partir de princípios depende de uma interpretação construtiva”²²⁶.

Habermas se propõe analisar o problema da racionalidade da jurisdição, e para tanto se vale da teoria de Dworkin. Sendo seu modelo procedimentalista, transpõe “as exigências idealizadoras que acompanham a formação da teoria para o conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários ao discurso jurídico”²²⁷. Para ele “as decisões judiciais devem satisfazer, simultaneamente, a critérios da segurança do Direito e da aceitabilidade racional”, restando resolver uma questão: “de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que a Justiça (Poder Judiciário) lance mão de competências legisladoras”²²⁸?

A pergunta vem a calhar a esta análise da decisão oriunda do STF onde podemos observar que argumentos de competências legisladoras foram utilizados pelos julgadores. Analisando criticamente a jurisdição constitucional, Habermas aponta que a mesma se reduz quase sempre “à disputa pelo princípio da divisão dos poderes”.

Habermas prossegue afirmando que “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, mas este não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o Direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei, e a transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa”²²⁹.

É justamente no tocante à colisão entre direitos fundamentais que importa o tribunal constitucional, e Habermas vai afirmar que “a interpretação correta deve ser ‘encontrada’, isto é, elaborada numa “argumentação racional”²³⁰.

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 303.

²²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 313.

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 297.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 297.

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 301.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 303.

Para os Ministros do STF essa interpretação, como se vê bem nítido em seus votos, é a dos referidos “juízos de ponderação”. MENDES afirma, calcado na visão de CANOTILHO, que “os juristas não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas de toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis neste contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”²³¹.

No primeiro capítulo afirmamos ter-se utilizado, o STF, da técnica da ponderação entre princípios, tanto para deferir como para indeferir pretensões levadas a juízo. Nesta convicção, MENDES vai afirmar que

Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais”. Então passa a sopesar, de um lado, “o princípio da liberdade fática, e do outro, os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”²³².

Igualmente o Ministro CELSO DE MELLO invoca esse “processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde”²³³.

Habermas critica essa posição que “adere à proposta de Alexy, a qual consiste em interpretar princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade”:

Essa interpretação vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores”, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará.

²³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512 In: MENDES, Gilmar (VOTO). BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, p. 82.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará, cit., p. 111.

pode ser extraída da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do Direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos: “Concretização é o preenchimento criativo, apenas conforme à orientação ou ao princípio, de algo determinado, que no mais continua aberto, necessitando da determinação complementadora para se transformar numa norma exequível. Hans Huber já chamou há muito tempo a atenção para o fato de que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais – entendidos como normas de princípio – que resulta de sua universal validade, amplitude e indeterminação, não pode ser confundida com necessidade de interpretação.. E é preciso acrescentar, por motivo de clareza, que essa legislação referida a casos, uma vez que surge como interpretação da constituição, atinge o nível de constituição, representando, pois, legislação constitucional²³⁴”.

Para Habermas, aliás, o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do Direito a valores, exatamente o que se verifica na decisão do STF:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema²³⁵.

MENDES afirma que

²³⁴ BÖCKENFÖRDE, E.W. *Apud*: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p 316.

²³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 316 & 317.

a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito, sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos, com base na teoria de Alexy. A respeito da liberdade fática, colhe-se da lição de Robert Alexy que a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas²³⁶.

A distinção tem relevância para Alexy na medida em que ao tratar da colisão entre direitos fundamentais sociais com outros direitos fundamentais sociais bem como da colisão entre direitos fundamentais sociais e interesses coletivos, o princípio da liberdade fática vai ser sopesado com “os princípios da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”. O modelo baseado no sopesamento, segundo Alexy, fez com que o Tribunal Constitucional Federal Alemão estendesse aos direitos a prestações envolvidos numa questão de colisão a fórmula da “tensão indivíduo/comunidade”. Nessa linha de raciocínio MENDES vai afirmar que “a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)”, ou seja, vai propor o balanceamento entre o direito fundamental social à saúde e o interesse coletivo de que o SUS não pare de funcionar em função do possível desfalque orçamentário ocasionado pela outorga da pretensão individual.

Aqui se encontra o ápice da nossa dissertação, quando invocamos Habermas que vai afirmar que “pouco importa se, no caso singular, há colisão entre vários direitos fundamentais, ou se simples leis colidem com outros direitos fundamentais à luz de um direito fundamental: em muitos casos e em todos os níveis da jurisprudência entram em jogo princípios que envolvem uma interpretação construtiva do caso particular, no sentido de Dworkin”²³⁷. Habermas explica que “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do Direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do Direito, não estão se

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará.

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre faticidade e validade. Vol I, cit., p. 303.

referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular”. Exatamente aí, na expressão de uma identidade e forma de vida de uma comunidade jurídica particular reside a crítica que fazemos ao entendimento do STF: os votos dos Ministros desconhecem esta distinção, levando o STF a considerar o direito fundamental à saúde não como oriundo de uma regra obrigatória, “mas segundo o modelo de bens atraentes”²³⁸.

Nessa ordem de idéias, a partir de tudo o que aqui foi reconstituído, podemos voltar a melhor enfrentar a questão colocada por Habermas - de que maneira a prática construtiva de interpretação pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito sem que o Poder Judiciário lance mão de competências legisladoras? É a resposta à indagação de Habermas que procuramos obter.

Quando, no terceiro capítulo, abordamos a teoria das fontes e a das lacunas do Direito afirmamos, com CHAMON JUNIOR, que “a forma jurídica moderna não pode conviver com os conceitos de fontes e lacunas da maneira como foram, de forma convencionalista, colocados pelas teorias firmadas ao longo dos tempos, enfatizando que o que se cogita é da superação de uma leitura convencionalista do Direito no reconhecimento de seu caráter princiológico e argumentativamente aberto, nos termos da teoria do Discurso”²³⁹.

Ainda que seja basicamente escrito, o Direito moderno não pode ser reduzido apenas a textos legais, sob pena de tal convencionalismo não nos proporcionar enxergar os princípios como tais, sem abrir mão da positividade, mas sob uma visão pluralista, de forma a distinguir princípios jurídicos de regras jurídicas pela lógica da natureza de orientação que oferecem. Ficou ressaltado, então, “que toda a problemática em torno das supostas lacunas no Direito refere-se a uma adequada Teoria das Fontes do Direito – que, por sua vez, acrescente-se, deve ser compreendida na superação de um convencionalismo e de seu co-dependente pragmatismo por, ambos, pressuporem o Direito como um ‘sistema de regras’, na expressão de Ronald Dworkin”²⁴⁰. A visão princiológica do Direito faz com que a

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol I, cit., p. 318.

²³⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 08.

²⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 13.

dificuldade da incompletude do ordenamento jurídico perca o sentido, não se havendo falar em lacunas. Se outrora, com a escola da Exegese, a lei era assumida “como fonte exclusiva e suprema do Direito, levando a um convencionalismo exacerbado e ao reconhecimento de uma discricionariedade judicial casada com uma flexibilização pragmatista da aplicação do Direito”, a modernidade nos impõe reconhecer que “o Direito vem do próprio Direito, do desenrolar de uma práxis argumentativa capaz de seriamente assumir seu projeto moderno”²⁴¹. A Constituição, por sua vez, “simboliza a prática jurídica de uma determinada sociedade moderna, que se cumpre na medida que a compreendemos como prática comunicativa (hermenêutico-reflexiva) desenvolvida por essa mesma comunidade e orientada ao projeto do Direito da Modernidade”²⁴².

Não podemos ser ingênuos e supor, uma vez mais, que o que diz a Carta Constitucional é “aquilo” reduzido às folhas de papel... Do contrário, cairíamos num fraco reducionismo convencionalista outra vez, ainda que sofisticássemos essa proposta e acreditássemos que “várias interpretações a esses textos” fossem possíveis²⁴³.

A resposta à indagação de Habermas está na “assunção do projeto constitucional moderno que nos permite concluir por qual leitura, das possíveis apresentadas, é a leitura correta”²⁴⁴ e não uma entre as leituras possíveis valorativamente. Será, portanto, legítima, a decisão jurisdicional não porque emanada da autoridade competente, como previa Kelsen, independentemente da racionalidade de seu conteúdo, mas “por reconhecer, na maior medida possível, iguais liberdades a todos e direito de participação dos afetados pela decisão jurisdicional no processo de aplicação do Direito”²⁴⁵. Outrossim, não é na Moral que o Direito se justifica, como faz crer Dworkin, mas “na prática de auto-legislação democrática”²⁴⁶. “Os homens agem como sujeitos livres na medida em que

²⁴¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 245.

²⁴² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 246.

²⁴³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 245.

²⁴⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 246.

²⁴⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 249.

²⁴⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no Direito moderno*, cit., p. 252.

obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo”²⁴⁷ - é a tensão entre faticidade e validade que tanto Habermas explora, da qual não temos como fugir uma vez seres viventes dentro de uma determinada estrutura lingüística e sócio cultural.

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Vol II. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190.

5: CONCLUSÃO

Tendo como pano de fundo, decisão emanada do Supremo Tribunal Federal concernente à entrega individual de medicamento negada administrativamente pelo Sistema Único de Saúde, este trabalho pretendeu analisar a racionalidade da decisão judicial à luz de uma Teoria da Argumentação Jurídica e imbuído da certeza de que *há sempre, para todo e qualquer caso, uma resposta correta*. Partimos da verificação que os argumentos utilizados pelos Ministros do STF poderiam se prestar tanto ao deferimento como ao indeferimento do pedido, de modo a demonstrar a necessidade de um trabalho hermenêutico diante do caso concreto afastando a postura imposta pelo Positivismo Jurídico.

Admitimos a justiciabilidade – possibilidade de acionamento do poder judiciário - do direito à saúde e seu caráter prestacional, considerando, embora sujeita a críticas, a classificação dos direitos fundamentais como direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos). A expressão políticas públicas foi analisada vez que contemplada no *caput* do artigo 196 da Constituição Federal como forma de garantia do direito à saúde, sem se considerar, entretanto, que tal garantia restrinja-se às políticas sociais. Ficou evidenciado que “um Direito originário a prestação, poderá resultar, para além de gerar uma pretensão individual ou coletiva, à satisfação do bem assegurado pela Constituição, na condição de direito subjetivo, na exigência de políticas públicas que precisamente irão ter como finalidade assegurar a fruição de tal prestação”.

Funcionou como nosso marco teórico, a Teoria do Direito, do Estado e da Democracia à luz do Princípio do Discurso formulado por Jürgen Habermas, e defendemos que a dimensão individual do direito fundamental à saúde, quando levada ao Judiciário, merece a resposta adequada para cada caso concreto e não uma dentre as possíveis, não se tratando, a sua efetivação pelo Judiciário, de ingerência daquele Poder na confecção das políticas públicas governamentais ou na esfera de atuação dos demais poderes.

A relação entre Direito e Moral foi abordada como uma relação de complementariedade e não de subordinação, distinguindo “juízos jurídicos e juízos morais de correção normativa”, visto que a Teoria da Argumentação Jurídica “se vê desonerada em considerar as questões de aplicação do Direito como atrelada a questões morais”.

Com foco no voto do relator GILMAR MENDES, analisamos a questão da efetividade dos direitos fundamentais e a relação existente entre as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível e a assunção da norma do artigo 196 da Constituição Federal como norma de conteúdo programático. A partir da proposta do paradigma procedimental do Direito da teoria discursiva do Direito e da democracia habermasiana, fizemos a interpretação *do* “sentido normativo que a Constituição da República de 1988 estabelece ao dispor que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ ”. Também defendemos que a alegação de infringência ao princípio da separação dos poderes sustenta a inaplicabilidade imediata das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, numa visão equivocada que vem aliada à desgastada imposição de supremacia do interesse público (entendido como estatal ou governamental) sobre o interesse privado como modo de justificar a inatividade do poder Judiciário.

Com base na teoria dos sistemas autopoieticos, de Niklas Luhmann, pudemos criticar a utilização de argumentos não jurídicos, no caso específico do julgado, de índole econômica, os quais entendemos que não cabem ao julgador, em processos individuais que buscam prestações de saúde individualizadas do Estado (gênero), utilizar.

Passamos a analisar o dogma da supremacia do interesse público e, com Habermas, a necessidade de uma (re) construção da distinção entre o público e o privado para romper a compreensão anterior.

O tema políticas públicas foi desvinculado da questão da aplicação do Direito ao caso concreto judicializado, informando que estas definem um programa de ação governamental de modo a realizar os direitos sociais, mas que a concretude destes no caso individual pode depender da atuação judicial, sem significar intervenção do poder judiciário na instituição daquelas políticas. A existência de um processo judicial individual com garantia simultânea da autonomia privada e pública do cidadão implicam na legitimidade da decisão e os discursos de justificação e de aplicação da norma jurídica se caracterizam pela especificidade de seus argumentos, que devem ser distinto daqueles morais, éticos ou pragmáticos que informam o processo legislativo. Neste aspecto, entendemos que a Teoria da Ponderação dos Princípios proposta por Robert Alexy estimula a adoção de tais argumentos, na medida em que impõe uma certa discricionariedade judicial ao possibilitar a utilização da preferência entre princípios.

Reconstruindo a decisão do STF na STA 175 com foco numa hermenêutica propícia ao Direito da Modernidade, observamos que, como Habermas afirma, os especialistas interpretam as proposições normativas, além do corpo jurídico propriamente dito, a partir das pré compreensões sociais e pessoais, “deduzindo um paradigma jurídico o qual é deduzido, em primeira linha, das decisões exemplares da justiça, sendo geralmente confundido com a imagem implícita que os juízes formam da sociedade”.

O argumento econômico do alto custo do medicamento pleiteado foi abordado como impróprio uma vez que entendemos não poder interferir na concretização individual do direito postulado e também porque a definição de custo já é por si só valorativa, além do que a questão de alocação de recursos públicos não tem como ser aferida no processo judicial. Teorias como a do mínimo existencial e reserva do possível foram afastadas pelo mesmo motivo.

Enfrentamos, por fim, a questão colocada por Habermas acerca da prática interpretativa do Direito por parte do Poder Judiciário sem que o mesmo lance mão de competências legisladoras na “superação de uma leitura convencionalista do Direito e no reconhecimento de seu caráter princiológico e argumentativamente aberto, nos termos da teoria do Discurso”. Descartando o convencionalismo, sem abrir mão da necessária positividade, mas sem reduzir a ela, na medida em que se distinguem princípios jurídicos de regras jurídicas. Enxergando que na Modernidade “o Direito vem do próprio Direito, do desenrolar de uma práxis argumentativa capaz de seriamente assumir seu projeto moderno para concluir pela leitura correta” e não uma entre as leituras possíveis valorativamente. Reconhecendo, “na maior medida possível, iguais liberdades a todos e direito de participação dos afetados pela decisão jurisdicional no processo de aplicação do Direito” e compreendendo a tensão entre faticidade e validade que tanto Habermas explora, da qual não temos como fugir uma vez seres viventes dentro de uma determinada estrutura lingüística e sócio cultural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1953. In COELHO, Rogério Viola. **A Relação de trabalho com o Estado**: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública. São Paulo: LTr, 1994.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARENDTH Hannah, **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. Ed., Rio de Janeiro Forense Universitária, 1981.

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização?** As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. In Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, Setembro/Outubro/Novembro de 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 12/06/2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (org.) **Interesses públicos vs. Interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, p. XIII.

BERTAGNOLLI, Ilana. **Judicialização do Direito Fundamental à Saúde**: Uma análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada.
BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas**. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). Políticas públicas, possibilidades e limites. Belo Horizonte: Forum, 2008. ISBN 978-85-7700-155-2.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart & BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A coerência do sistema jurídico em Luhmann**: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. Revista Sequência, n. 62, jul. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/2177-7055.2011v32n62p323/18581>. Acesso em: 02/09/2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas**. In: FORTINI, Cristiana. Políticas Públicas: possibilidades e limites.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro** (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 08 de abril de 2012.

_____. **Direito Processual Constitucional**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuições a uma Reconstrução Dogmática Penal 100 anos depois**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. 2 ed. Ver. E Amp. Rio de Janeiro, 2007.

_____. **Filosofia do direito na alta modernidade: Incursões teóricas em Kelsen Luhmann e Habermas**. 3 ed. Ver. E com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

COELHO, Rogério Viola. **A Relação de trabalho com o Estado: Uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública**. São Paulo: LTr, 1994.

COSTA MACHADO, Antônio Claudio da. Organizador. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida (Coordenadora). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole. 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Lúmen Juris.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós Moderno**. 1ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

_____. **Levando os direitos a sério**, 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2007.

EISENBERG, José e POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, **Direito e Política**. Novos Estudos CEBRAP nº62, Março/2002.

FIUZA, César (Coord.); SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: Atualidades IV: teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FORTINI, Cristiana; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível: uma discussão em torno da legitimidade das tomadas de decisão público-administrativas**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, nov. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55581>. Acesso em: 19 de Fevereiro de 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Trad. Claudio Molz. São Paulo, 2004: Landy.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa**. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 2ª edição, vol I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 2ª edição, vol II.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 8ª Ed. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. Saraiva, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2ª edição, 2010.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: filósofo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar.

MAIA, Bruno Alberto. **Anencefalia e antecipação terapêutica do parto: uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54**. Dissertação de Mestrado do programa de Pós-Graduação em Direito da Unipac – Juiz de Fora. UNIPAC, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas**. In: FORTINI, Cristiana. **Políticas Públicas: possibilidades e limites**.

PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Revista Espaço para a Saúde. Londrina, v. 8, n. 1, dez 2006. Disponível: <http://www.ccs.uel.br/espacoparasaude>. Acesso em 05/08/2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. **O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu Abrandamento pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Através da Técnica da Ponderação de Princípios**. DPU nº 28 – Julho & Agosto 2009: Estudos Jurídicos.

PEDRON, Flavio Quinaud. **Distinção entre jurisdição e legislação no pensamento de Klaus Gunther**.

REDONDO, Manuel Jiménez. **Estudo prévio: Princípio da liberdade e princípio do discurso no pensamento jurídico de Jürgen Habermas** in: Teoria da Argumentação Jurídica - Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Tradução: Ilka Valle de Carvalho. Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 2012, 11ª ed.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo. Malheiros. 6ª ed., 3ª tiragem.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Belo Horizonte. 2006 Lúmen Juris.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 1ª edição. Rio de Janeiro: 2009.

TRAVESSONI, Alexandre. São Paulo, LTR Editora, 2011. **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. **A audiência pública sobre a judicialização da Saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Sanitário, vol. 11, nº 3, São Paulo, fev. 2011.