

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**ANA ARAÚJO XIMENES TEIXEIRA MENDES**

**A INTERPRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NO ORÇAMENTO  
PÚBLICO: concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.**

Fortaleza-CE  
2008

Ana Araújo Ximenes Teixeira Mendes

A INTERPRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NO ORÇAMENTO  
PÚBLICO: concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como um dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rui Verlaine Oliveira Moreira.

Fortaleza  
2008

A INTERPRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NO ORÇAMENTO  
PÚBLICO: concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Autora: Ana Araújo Ximenes Teixeira Mendes  
Defesa em 30 de janeiro de 2008.

---

Professor Doutor Rui Verlaine Oliveira Moreira  
Professor Orientador  
Presidente da Banca Examinadora

---

Professora Doutora Vera Lúcia Mendes de Paula Pessoa  
Membro da Banca Examinadora

---

Professor Doutor Raimundo Bezerra Falcão  
Membro da Banca Examinadora

---

Professor Doutor João Luís Nogueira Matias  
Coordenador do Curso de Mestrado

Aos milhões de brasileiros que não puderam e aos que ainda não podem tomar em suas mãos as rédeas do próprio destino, porque não têm recursos para prover a própria formação intelectual e manutenção da saúde.

A minha filha, Isabel, que eu espero possa conhecer um Brasil mais justo e mais humano.

A Vicente, cujo companheirismo e compreensão tornaram-me possível ser estudante, Promotora de Justiça, mãe e mulher.

A minhas duas mães, Maria do Livramento e Maria de Jesus, e a meu pai, Haroldo, que me ensinaram a pensar e a acreditar na igualdade entre os seres humanos.

Aos meus irmãos, Rachel e Haroldo Júnior, e aos meus cunhados, João Júnior e Teresa, pelo suporte moral da amizade genuína que me dedicam, tão necessária em tempos de individualismo e superficialidade como os atuais.

Às minhas sogras, D<sup>a</sup>. Zimar (*in memorian*), Giselda, Terezinha, Oneide e Dalmi, que me ampararam em todas as pequenas dificuldades do cotidiano durante a pesquisa.

## AGRADECIMENTOS

Meu primeiro agradecimento é ao valoroso e combativo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, que não só acreditou e financiou este projeto como inspirou sua realização a cada instante. Não posso descrever o orgulho que sinto em integrar as fileiras do Ministério Público potiguar, ao qual dedico este trabalho. Caso meu esforço tenha contribuído para o debate jurídico sobre o tema, o mérito é todo do *Parquet* potiguar, que luta em todas as frentes que o ordenamento jurídico lhe franqueia para defender o povo brasileiro e sua Constituição.

Agradeço igualmente com muito carinho ao Professor Doutor Rui Verlaine Oliveira Moreira, que me introduziu no mundo da Hermenêutica (que é o da Filosofia) com a paciência de quem ensina o alfabeto a uma criança.

Não posso deixar de mencionar também o apoio inestimável que recebi de minha amiga Paula Emília Moura Aragão de Souza Brasil, sem o qual a realização deste projeto não teria sido possível.

São credores de minha gratidão, igualmente, todos os colegas e amigos que me ajudaram, fornecendo dicas sobre a bibliografia pertinente ao tema, emprestando-me livros, catalogando e obtendo artigos em periódicos, enfim, prestando auxílio sem o qual a pesquisa do tema teria sido bem mais penosa e demorada.

## RESUMO

O presente trabalho dedica-se a analisar a interpretação do Poder Judiciário brasileiro acerca dos pedidos de intervenção no orçamento público, formulados nas ações judiciais intentadas para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, bem como aferir a adequação de tal interpretação aos postulados da Nova Hermenêutica constitucional. Nesse intuito, procurou-se traçar primeiramente a evolução operada na Hermenêutica, a fim de distinguir a Nova Hermenêutica da Hermenêutica Clássica e fornecer uma visão mais aproximada do que seja a Nova Hermenêutica para viabilizar a compreensão de como esta repercute sobre a interpretação da Constituição Federal e sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Analisando criticamente a jurisprudência enfocada, a pesquisa debruçou-se sobre o elemento ideológico subjacente a qualquer interpretação, realçando a necessidade de submetê-lo a uma crítica em cotejo com a ideologia subjacente ao texto constitucional, a qual integra os limites do discurso jurídico e deve prevalecer sobre a ideologia do intérprete. Nessa tarefa, identificamos a concepção sobre o princípio da Separação de Poderes como fator determinante do direcionamento tomado pela interpretação do Poder Judiciário brasileiro acerca dos pedidos de intervenção no orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação, mormente no âmbito da tutela coletiva, o que tornou essencial realizar uma análise específica da interpretação do princípio da Separação de Poderes, discorrendo acerca da necessidade de sua compatibilização com o princípio do Estado de Direito. O trabalho enfoca, outrossim, a importância vital da atuação do Ministério Público nessas demandas, esclarecendo que o *Parquet* integra o sistema de controle (*checks and balances*) instituído pela Constituição Federal mediante o princípio da Separação de Poderes, de sorte que sua presença no pólo ativo da ação – pelo vínculo com o princípio da Separação de Poderes que a instituição possui – é fator determinante a ser considerado na interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nova Hermenêutica. Direitos Fundamentais. Separação de Poderes.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the interpretation of the Brazilian Judiciary concerning lawsuits which claim intervention in the public budget with a view to accomplishing fundamental rights to health and education, as well to evaluate the suitability of such interpretation to the principles of the New Hermeneutics. For this objective, we first outlined the evolution occurred in Hermeneutics, in order to distinguish the New from the Classical Hermeneutics and provide an approximate view of the New Hermeneutics, making possible the realization of how it reflects on the interpretation of the Federal Constitution and the fundamental rights. Analyzing critically the jurisprudence in focus, the research has given emphasis to the study of the ideological element that is underlying in any interpretation, stressing the need to subject it to criticism in comparison with the ideology within the constitutional text, which is part of the limits of the legal discourse and should prevail over the interpreter's ideology. In this task, we have identified the conception relating to the principle of separation of powers as a determining factor to the course taken by the Brazilian Judiciary interpretation regarding the legal actions for the accomplishment of the fundamental rights to health and education in their collective sense through intervention in the public budget, which made necessary to analyze specifically the principle of separation of powers, discoursing upon the necessity of its compatibility with the principle of the State of Law. This work also emphasizes the vital importance of the Attorney General's Office in these legal actions, clarifying that it integrates the checking system (checks and balances system) instituted by the Federal Constitution through the principle of separation of powers, so that its presence as suiter – by the link with the principle of separation of powers that the institution possesses – is a major factor to be considered in the interpretation of the lawsuits which claim intervention in the public budget with a view to accomplishing fundamental rights to health and education.

**KEY WORDS:** New Hermeneutics – Fundamental Rights - Separation of Powers.

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b> .....	10
1.1. Origem do projeto.....	10
1.2. Delimitação do tema.....	11
1.3. Justificativa.....	15
1.4. Objetivo geral.....	20
1.5. Objetivos específicos.....	20
1.6. Metodologia.....	21
<b>2. Da Hermenêutica Clássica à Hermenêutica Filosófica</b> .....	25
2.1. Panorama da evolução da Hermenêutica.....	26
2.2. Schleiermacher e o círculo hermenêutico.....	29
2.3. A historicidade da compreensão de Dilthey.....	33
2.4. Betti: objetividade metódica <i>versus</i> verdade ontológica.....	36
2.5. A Filosofia como Hermenêutica: ontologia existencial de Heidegger.....	38
2.6. O giro lingüístico-filosófico de Gadamer: compreensão na linguagem.....	53
2.7. Consolidação do giro lingüístico: argumentação, fundamentação e verdade em Apel e em Habermas.....	67
2.7.1. Bases teóricas.....	67
2.7.2. Como a crítica à Filosofia Hermenêutica de Heidegger e Gadamer desembocou no Pragmatismo.....	73
2.7.3. As teorias consensuais da verdade e a fundamentação filosófica última... ..	82
2.8. O nexó entre o giro lingüístico-filosófico e a Hermenêutica Jurídica: o Pragmatismo como Metodologia interpretativa para os casos difíceis.....	97
<b>3. A Nova Hermenêutica constitucional como consequência do giro lingüístico-filosófico</b> .....	104
3.1. Noções introdutórias sobre a Nova Hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica jurídica.....	107
3.2. A Teoria da Argumentação Tópica, de Viehweg.....	118
3.3. O pensamento de Perelman e a Teoria da Argumentação: a mais perfeita tradução da razão prática.....	133
3.3.1. Os raciocínios.....	135
3.3.2. O auditório universal.....	138
3.3.3. A relevância da restauração da razão prática.....	142
3.4. Os limites do discurso jurídico e a Teoria da Argumentação, de Robert Alexy.....	143
3.5. A Teoria Metódica Estruturante, de Friedrich Müller.....	147
3.6. Häberle e a abertura do discurso jurídico: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.....	158
3.7. A Nova Hermenêutica constitucional como fator de evolução da tutela e da eficácia dos direitos fundamentais.....	166
3.7.1. A Nova Hermenêutica constitucional e a tutela dos direitos fundamentais.....	171
3.7.2. A eficácia dos direitos fundamentais sociais sob a perspectiva da Nova Hermenêutica constitucional.....	173
3.7.2.1. Fundamentalidade dos direitos sociais.....	174
3.7.2.2. Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais.....	183
3.7.2.2.1. Eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais.....	184
3.7.2.2.2. Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais sob a perspectiva da Nova Hermenêutica constitucional.....	193



<b>4. A interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.....</b>	<b>213</b>
4.1. Introdução.....	213
4.1.1. Jurisprudência e pesquisa jurídica.....	215
4.1.2. Direitos fundamentais à saúde e à educação e omissão estatal.....	218
4.1.3. As duas principais modalidades de vício da jurisprudência enfocada.....	222
4.2. Análise jurisprudencial.....	223
4.2.1. A jurisprudência do STJ e a tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação.....	224
A. Tutela individual do direito fundamental à educação.....	224
B. Tutela individual do direito fundamental à saúde.....	232
I. Primeiro posicionamento.....	232
II. Segundo posicionamento.....	246
III. Terceiro posicionamento.....	248
4.2.2. A jurisprudência do STF e a tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação.....	249
4.2.3. A jurisprudência do STJ e do STF na tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação.....	260
4.3. Crítica da ideologia da jurisprudência.....	272
4.3.1. O senso comum teórico dos juristas: elemento ideológico do discurso jurídico.....	272
4.3.2. Crítica da jurisprudência do STJ e do STF na tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação.....	278
4.3.3. Crítica da jurisprudência do STJ e do STF na tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação: princípio da Separação de Poderes como sustentáculo do Estado de Direito <i>versus</i> princípio da Separação de Poderes como obstáculo ao Estado de Direito.....	284
A. O Ministério Público e o sistema de controles recíprocos ínsito no princípio da Separação de Poderes.....	306
4.4. Crítica geral.....	311
4.4.1. Racionalidade do discurso jurídico: desideologização (crítica da ideologia) mediante discurso jurídico material e discurso jurídico formal.....	312
A. A importância da abertura do discurso jurídico, por meio do <i>amicus curiae</i> e da audiência pública, para sua depuração ideológica.....	326
B. Desideologização e a Teoria Metódica Estruturante.....	332
C. Desideologização e a Teoria dos Custos dos Direitos.....	334
4.4.2. Direito e incerteza.....	349
<b>5. Conclusões.....</b>	<b>352</b>
Referências Bibliográficas.....	357

## 1. INTRODUÇÃO.

### 1.1. Origem do projeto.

No desempenho das atribuições extrajudiciais do cargo de Promotora de Justiça, por diversas vezes fui tomada de um sentimento de perplexidade e desconforto diante de algumas decisões judiciais prolatadas no âmbito de ações civis públicas intentadas, visando a efetivar, em sua dimensão coletiva, os direitos fundamentais à saúde, à educação, à defesa do consumidor, dentre outras áreas nas quais atuamos.

Com o conhecimento da Constituição de 1988 adquirido nos bancos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e ciosa das normas jurídicas que investem o Ministério Público no mister de promover a concretização dos direitos e interesses transindividuais, parti em busca da realização do projeto constitucional de Brasil em inúmeras ações civis públicas destinadas a compelir, mormente o Poder Executivo, a implementar as obrigações de fazer aptas a realizar, principalmente, os direitos fundamentais à saúde e à educação.

Em sede dessas demandas, não foram poucas as vezes em que tivemos nossas postulações secamente indeferidas sob o argumento de que falece ao Poder Judiciário autoridade para determinar ao Poder Executivo a realização de obrigação de fazer onerosa, como a reforma ou ampliação de hospital, a criação de vagas em escolas, a criação de órgãos de defesa do consumidor, previstos no art. 5º. da Lei n. 8.078/1990 etc.

Consoante a maioria dessas decisões – muitas das quais envolvidas em tom de fina ironia –, o fundamento jurídico de tal impossibilidade seria o princípio da Separação de Poderes, positivado no art. 2º. da Carta de 1988, o qual vedaria ao Poder Judiciário imiscuir-se em assuntos inteiramente entregues à responsabilidade e opções políticas da Administração Pública, como a construção de hospitais, criação de vagas em creches etc.

Malgrado nosso comprometimento com a tutela dos direitos do consumidor – pois titularizamos a Curadoria do Consumidor em Mossoró desde 2002 -, a dúvida genuína e crescente que alimentamos acerca da correção das decisões de indeferimento às quais aludimos era fomentada pelo fato de malograr também a efetivação dos direitos à saúde e à educação coletivamente considerados, com cujos inquéritos civis e ações civis públicas para sua concretização estávamos sempre em contato pelo fato de a Curadoria

da Cidadania, responsável pela tutela dos direitos à saúde e à educação, tocar-nos em virtude de ‘substituição automática’.

Com efeito, se nos afigurava de uma contraditoriedade que beirava o absurdo serem os direitos à saúde e à educação constitucionalmente positivados com *status* de direito fundamental e com razoável detalhamento no texto da Lei Maior – que prevê inclusive algumas condutas a serem tomadas para sua efetivação -, bem como haver um invejável catálogo de garantias voltadas a assegurar sua concretização, quando, na verdade, se assistisse razão às referidas decisões, esses direitos fundamentais teriam eficácia apenas retórica e suas inúmeras garantias seriam inócuas, pois, na prática, o Poder Judiciário estava de mãos amarradas.

Com o tempo, sem perder de vista as constantes matérias veiculadas, pela imprensa, de gastos milionários – custeados pelo erário - com campanhas publicitárias, bem como com obras e serviços sem nenhuma expressão ou relação com os deveres impostos pela Carta de 1988, passamos a focar especificamente o entendimento de que a realização das obrigações de fazer capazes de concretizar os direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva não podem ser impostos ao Poder Executivo pelo Poder Judiciário, empreendendo uma espécie de análise informal do tema.<sup>1</sup>

## 1.2. Delimitação do tema.

O Ministério Público, na tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação, mediante ações civis públicas visando à construção ou ampliação de escolas, abertura de vagas na rede educacional, criação de leitos de UTI ou centros cirúrgicos etc., tem-se deparado com dificuldades de toda ordem, dentre as quais avulta a interpretação bastante difundida no Brasil de que os direitos fundamentais sociais ou de segunda dimensão não se encontram garantidos pela aplicabilidade imediata que, consoante o art. 5º., §1º., da Constituição Federal, caracteriza o regime jurídico dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Outro obstáculo hermenêutico recorrente ao deferimento da tutela pleiteada pelo *Parquet* nessas demandas é o entendimento consoante o qual o princípio da Separação de Poderes impede o Poder Judiciário de condenar o Poder Executivo a cumprir

---

<sup>1</sup> HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B.. **Monografia no curso de direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 29.

<sup>2</sup> A doutrina constitucional enfeixa os direitos sociais ou de igualdade, como educação e saúde, na categoria dos direitos fundamentais de segunda dimensão, e os direitos individuais civis e políticos ou de liberdade, na categoria dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562-564.

obrigação de fazer que importe a implementação de política pública – *in casu*, nas áreas de saúde e educação – e, conseqüentemente, em alterações no orçamento público.

Com efeito, o *Parquet* tem enfrentado dúvidas e questionamentos acerca dos reais limites de sua atuação, na tutela coletiva dos direitos à saúde e à educação, quando a interposição de ação civil pública ou instrumento processual outro implica, mediata ou imediatamente, a decisão pela realização de uma política pública e conseqüente criação ou majoração da despesa orçamentária.

Ronald Dworkin entende política como qualquer conduta que siga o padrão de consubstanciar uma meta a alcançar, geralmente visando à melhoria de algum aspecto da vida da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas. Logo, assim como Maria Paula Dallari Bucci, Dworkin sustenta a possibilidade de o Estado realizar uma política pública através de inação.<sup>3</sup> Fábio Konder Comparato conceitua política como ‘uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado’.<sup>4</sup> Consoante Maria Garcia, políticas públicas são ‘diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público’.<sup>5</sup> Conforme Ana Paula de Barcelos, ‘as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente’.<sup>6</sup> Eros Roberto Grau identifica como políticas públicas todas as formas de intervenção do Estado na vida social.<sup>7</sup> Para Hugo Assman, políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’.<sup>8</sup>

Para José Reinaldo de Lima Lopes ‘política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada’, aduzindo que há políticas públicas sociais, compensatórias, de fomento, destinadas a promover reformas de base e de estabilização monetária.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25 e segs.. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 737, p. 11-22, mar./1997.

<sup>5</sup> GARCIA, Maria *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 78.

<sup>6</sup> BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abr.-jun./2005.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 78.

<sup>8</sup> ASSMAN, Hugo *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

<sup>9</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131-133.

Não é difícil, portanto, constatar que há poucas expressões de significado tão polissêmico quanto *políticas públicas*. Maria Paula Dallari Bucci afirma textualmente que ‘política pública é uma locução polissêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa’.<sup>10</sup> Consoante a mesma autora, ‘políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados’.<sup>11</sup> Não são poucos os autores que, a exemplo de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, destacam um certo grupo de atos e programas governamentais do amplo universo das políticas públicas, passando a utilizar a expressão políticas públicas para abordar essa parcela especificamente mencionada.<sup>12</sup> Tal procedimento, apesar de recorrente, não deixa de ser um desvio epistemológico, visto que consiste em denominar o objeto da pesquisa com termos que o transcendem em significado e abrangência.

Estabelecer uma definição clara de políticas públicas é um desafio titânico que em nada auxilia a hipótese de pesquisa sobre a qual nos debruçamos, visto que, em matéria de ações coletivas voltadas a efetivar os direitos à saúde e à educação, os óbices interpretativos que são levantados à implementação das prestações aptas a concretizá-los devem-se exclusivamente ao fato de sua determinação pelo Poder Judiciário ensejar repercussões orçamentárias significativas e algumas alterações de menor monta no planejamento administrativo do Poder Executivo.

Além de vão o esforço que representa tentar conceituar claramente o que são políticas públicas, missão na qual já fracassaram incontáveis sociólogos e juristas, constatamos que a busca de tal definição – imprescindível para o manejo científico da expressão em tela - consiste em tarefa inócua para os propósitos do presente trabalho.

Com efeito, não existe nenhuma objeção por parte de nenhum dos poderes à determinação e realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário com seus próprios recursos humanos e materiais, como é o caso das campanhas de cidadania, às vezes condensadas em um ou poucos dias de atendimento específico, quando são, gratuitamente, lavrados assentos do registro civil, promovidos casamentos coletivos, conciliações cíveis em geral etc. É a possibilidade de criação e/ou majoração da despesa pública no orçamento público geral das fazendas municipal, distrital, estadual ou federal que torna tão polêmicas e árduas as ações coletivas tendentes a concretizar os direitos à saúde e à educação.

---

<sup>10</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251.

<sup>11</sup> Idem. Ibidem, 2006, p. 241.

<sup>12</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 80 e segs..

O fato de configurarem ou não políticas públicas as prestações - solicitadas nas ações coletivas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação - não interfere na interpretação realizada no âmbito da referida demanda, mas sim o *quantum* de verba pública necessário para sua implementação e o fato de o possível ônus recair sobre o orçamento gerido pelo Poder Executivo.

Tais considerações impeliram-nos a focar não a interpretação da possibilidade de determinação, pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo, da realização de políticas públicas em saúde e em educação, mas sim a interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, pois, independentemente de as medidas requeridas nas retromencionadas ações coletivas configurarem ou não políticas públicas, a indefectível repercussão orçamentária que seu deferimento acarreta é o fator determinante da formulação e disseminação das interpretações contrárias a tal deferimento.

O Poder Judiciário, muitas vezes instado pelo Ministério Público a restaurar a ordem jurídica e a supremacia constitucional relativamente aos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, tem-se mostrado sensível à questão, porém um tanto inseguro quanto aos limites de sua atuação sobre o orçamento público nesse setor, inexistindo resposta jurisprudencial unívoca e sólida no sentido de admitir ou vedar a determinação de obrigações de fazer em matéria de saúde e educação ao Poder Executivo.

Considerando, todavia, que os direitos fundamentais à saúde e à educação também podem e vêm sendo demandados em ações individuais, a pesquisa não estaria completa se não abordasse a interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento para concretização dos referidos direitos realizada em seu contexto, visto que em tais ações também são debatidas a aplicabilidade imediata das aludidas normas jusfundamentais, a possibilidade de determinação de obrigação de fazer ao Poder Executivo apta a criar ou majorar a despesa pública, assim como, embora de maneira bem menos acentuada, o princípio da Separação de Poderes.

Portanto, almejamos investigar se a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, coaduna-se com a Nova Hermenêutica constitucional.

### 1. 3. **Justificativa.**

Sob a perspectiva da Nova Hermenêutica constitucional, consagradora e guardiã da força normativa da Constituição, não há mais espaço para teorias como a da existência de direitos fundamentais desprovidos de eficácia plena, bem como de normas constitucionais programáticas. A Nova Hermenêutica constitucional ou jurídica implica o reconhecimento da normatividade dos princípios e da Constituição em sua totalidade.<sup>13</sup>

Quando imperava absoluta a concepção de que os dispositivos consubstanciadores de direitos fundamentais sociais careciam de normatividade, a não-implementação das políticas públicas destinadas a concretizá-los podia ser encarada como um problema administrativo situado no âmbito discricionário da gestão pública.

Sob as lentes interpretativas da Nova Hermenêutica, todavia, a ofensa por ação ou omissão do Poder Público às normas jusfundamentais sociais, mediante a não-adoção das condutas destinadas a concretizá-las, passou a poder ser encarada como um grave problema jurídico de *status* constitucional a desafiar a elaboração de soluções.

Com efeito, o problema teórico da eficácia normativa dos direitos fundamentais sociais foi solucionado com o advento do pós-positivismo, no âmbito do qual Alexy assentou que normas jurídicas são o gênero cujas espécies correspondem a princípios e regras, as quais, embora distintas, são igualmente dotadas de normatividade, configurando-se anacrônica a visão que concebia os princípios como algo distinto das normas jurídicas e, portanto, carente de juridicidade.<sup>14</sup>

Estamos em plena era do pós-positivismo e do que Ana Paula de Barcelos denomina ‘neoconstitucionalismo’, na qual a teoria da constituição não mais se destina a combater simplesmente o absolutismo, estabelecendo o equilíbrio entre a organização do poder político e a proteção aos direitos fundamentais.<sup>15</sup> O neoconstitucionalismo ou moderna Teoria da Constituição – com esteio nos avanços do pós-positivismo e da Nova Hermenêutica constitucional – centram a Teoria da Constituição na fundamentação e efetivação dos direitos fundamentais, quer tais direitos exijam a abstenção, quer exijam a intervenção do Estado na sociedade e, pois, na esfera de

---

<sup>13</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 64.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87 e segs..

<sup>15</sup> BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abr.-jun./2005.

liberdade individual. Estabelecendo como meta teórica a fundamentação e como meta prática a concretização dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo submete a organização política a tal escopo, assentando-se sobre a base da normatividade e supremacia da Constituição, repositório dos preceitos jusfundamentais.

Firmada a normatividade dos princípios em geral e dos direitos fundamentais em particular, no plano teórico, verifica-se todavia que ainda há um longo caminho a percorrer para serem realmente concretizadas as normas jusfundamentais sociais, mormente as atinentes à saúde e à educação. Urge, portanto, que se elaborem soluções para o problema prático referente a tais direitos fundamentais, que consiste precisamente na não-realização, pelos administradores públicos, das prestações que podem concretizá-los.

Como acentua Robles, o que distingue os direitos fundamentais dos demais direitos positivados no ordenamento jurídico é o *status* especial de que gozam, caracterizado pela posição hierárquica que lhes é atribuída – geralmente constitucional – e por uma série de instrumentos garantísticos voltados a assegurar sua eficácia e prevalência, como a imutabilidade, a aplicabilidade imediata etc..<sup>16</sup>

A Constituição brasileira de 1988, nesse tema, possui uma peculiaridade que guarda enorme coerência com a história do Brasil e com o espírito do pacto social que representa. Efetivamente, após quinhentos anos de exclusão do povo brasileiro ao exercício de uma infinidade de direitos, o legislador constituinte, assumindo o compromisso com a inversão de um dos mais grotescos painéis de desigualdade social do Planeta, resolveu não somente constitucionalizar uma plêiade de direitos fundamentais sociais, mas também estabelecer para dois deles – a saber, os direitos à saúde e à educação – um regime constitucional de eficácia reforçada no qual inclui a garantia incomparável de vinculação de percentuais orçamentários.

Com efeito, na Constituição de 1988, o regime de eficácia reforçada das normas jusfundamentais possui dois níveis, pois os direitos fundamentais à saúde e à educação, situados no primeiro nível, gozam de garantia orçamentária não conferida aos demais direitos fundamentais. Malgrado a relevância e significado dessa atitude assumida pelo legislador constituinte originário, as esferas do Poder Executivo responsáveis diretamente pelo respeito às vinculações orçamentárias e pela concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação não realizaram a metamorfose da prioridade da despesa pública que a Constituição de 1988 impõe, como comprovam o caos no setor da

---

<sup>16</sup> ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales e la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1995, p. 20.



saúde que assola o País, a defasagem gritante da tabela do Sistema Único de Saúde para pagamento da rede particular de clínicas, hospitais e laboratórios credenciada ao referido sistema, a adoção de medidas como a criação de cotas em universidades públicas que representam paliativos que institucionalizam a baixa qualidade do ensino público etc.

Além de uma mudança de óptica na elaboração e execução orçamentária - visto que a agenda social historicamente nunca esteve no rol de prioridades dos administradores públicos brasileiros, sendo a dívida social daí advinda o fundamento sociológico do extenso elenco de direitos e garantias fundamentais sociais inseridos em nossa Constituição -, a efetivação das normas jusfundamentais referentes à saúde e à educação importa na assunção de elevados custos, demandando, dessarte, o sacrifício de projetos e realizações administrativas de visibilidade mais imediata.

Nenhuma abordagem séria do problema prático atinente à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação pode esquivar-se de considerar o contexto econômico-financeiro do Brasil como fator de limitação da atuação de todos os poderes da República visando a sua concretização.<sup>17</sup>

Conquanto tais direitos, todavia, dependam do dispêndio de verbas públicas em larga escala num panorama orçamentário de arrocho e endividamento externo, a propaganda institucional dos governos e outras despesas sem amparo constitucional igualmente são responsáveis pela realização de gastos públicos contínuos e significativos, sendo açado tanto postular uma intervenção sistemática no orçamento público para efetivação jurisdicional dos direitos à saúde e à educação quanto recuar ante a necessidade de aferir os reais limites e possibilidades de intervenção do Poder Judiciário nesse setor da vida pública.

Embora também demandem gastos – como, v.g., com a manutenção do Poder Judiciário, das polícias, da assistência judiciária gratuita etc. -, os direitos fundamentais individuais nunca tiveram sua normatividade questionada por isso, não havendo como negar o elemento ideológico da argumentação que procura mitigar a normatividade das normas jusfundamentais sociais – dentre elas os direitos fundamentais à saúde e à educação - sob a alegação de que exigem prestações públicas dispendiosas.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174-175. A professora Flavia Piovesan alude à mesma teoria dos custos dos direitos que embasa a supracitada obra de Flávio Galdino, cujo cerne é a afirmação de que todos os direitos exigem a realização de prestações, sendo pois todos eles positivos e onerosos para o Estado.

Considerando que a efetivação dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação não é uma questão de mudança, mas sim de cumprimento da Constituição, a qual lhes conferiu *status* diferenciado mesmo no âmbito das normas jusfundamentais, verifica-se que a solução da questão atinente à sua concretização por intermédio da intervenção do Poder Judiciário no orçamento público reside, primordialmente, no campo da interpretação constitucional.

Além de sobejamente previstos e garantidos pela Constituição de 1988, os direitos fundamentais à saúde e à educação possuem regulamentação infraconstitucional bastante desenvolvida, *ex vi* da Lei n. 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação -, da Lei n. 9.424/1996 – Lei do Fundef -, da Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente -, da Lei n. 8.080/1990 e da Lei n. 8.142/1990 – ambas atinentes ao Sistema Único de Saúde – etc., fato que põe em evidência a natureza hermenêutica do problema de sua efetivação.

Desde a Constituição de 1988, os direitos fundamentais à saúde e educação, no Brasil, não carecem de legislação que lhes seja favorável, mas sim de uma interpretação construtiva que lhes assegure a normatividade na teoria e na prática. Aplica-se integralmente à normatividade dos direitos fundamentais à saúde e à educação a seguinte advertência de Hesse sobre a normatividade constitucional em geral:

[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma[...]. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar esses condicionantes, correlacionando-os.<sup>19</sup>

Apesar de estarmos sob o influxo das obras de Alexy e Dworkin, em plena era pós-positivista, até mesmo o positivismo de Kelsen, por meio da metáfora da moldura, pode ser invocado para justificar a relevância do enfoque hermenêutico que buscamos, pois de há muito desnudou a noção de que toda norma jurídica admite várias interpretações válidas dentro de um determinado enquadramento ou leque de possibilidades de interpretação.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22-23.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 390.

Chaim Perelman, outrossim, sustenta que o ato de decidir sempre implica uma opção por um dos (pelo menos dois) caminhos apontados pela norma jurídica em confronto com os fatos.<sup>21</sup>

Dessarte, diante de um panorama legal e constitucional assaz favorável à efetivação dos direitos à saúde e à educação – no que concerne à existência de normas jurídicas -, verifica-se que é na arena da interpretação constitucional que serão travadas as batalhas decisivas sobre os limites e possibilidades de atuação jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Situar a análise da interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação sob o ângulo de visão da Nova Hermenêutica, embora não seja a perspectiva ordinária de enfrentamento do problema, afigura-se-nos a via apta a trazer respostas ainda não aventadas.

As garantias constitucionais dos direitos fundamentais à saúde e à educação requerem a inserção em uma interpretação que lhes permita produzir os resultados que delas se espera, evitando-se assim que tais direitos se transformem, na prática, em letra morta por desuso ou menoscabo. É mister guardar o alerta de Habermas de que ‘toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito’.<sup>22</sup>

Nessa ordem de idéias, saltam aos olhos a atualidade e a relevância do objeto da pesquisa, pois envolve um questionamento acerca da correção da interpretação que tem sido dada pelo Poder Judiciário brasileiro aos direitos fundamentais, especificamente aos direitos fundamentais à saúde e à educação e às garantias que os aparelham, bem como almeja contribuir para a conquista da normatividade constitucional no Brasil em um dos setores mais sensíveis e frágeis da nossa Constituição.

O tema da interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação implica, outrossim, na abordagem do importante papel que o Ministério Público desempenha nesse item da agenda social constitucional, pois, em face da vinculação do princípio da Separação de Poderes à questão e do caráter de instituição incumbida da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis de que goza o *Parquet*, é insofismável sua participação tanto no delineamento dos limites de atuação dos poderes da

---

<sup>21</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 08-11.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 166. v. 1.

República, quanto na cobrança do cumprimento de pauta de deveres que incumbe a cada poder, mediante o exercício de suas funções fiscalizatórias.

Em face dessas considerações, que revelam a atualidade e relevância da questão, e partindo da premissa – que todavia não deixaremos de justificar racionalmente - de que os direitos à saúde e à educação possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º., §1º., da Lei Maior, almejamos investigar se a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção no orçamento público, formulados no âmbito de ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, coaduna-se com a Nova Hermenêutica constitucional.<sup>23</sup>

Nesse escopo, é importante frisar que inexistente compromisso com a fundamentação a qualquer custo das decisões que deferem a intervenção jurisdicional no orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação, mas sim o propósito de – mediante a abordagem crítica dos pontos argumentativos que integram as decisões pelo deferimento ou indeferimento de tal intervenção – elucidar até que ponto, consoante a Nova Hermenêutica constitucional, a interpretação realizada coaduna-se com a Carta de 1988, bem como até que ponto tal exegese peca pelo formalismo, pela formulação de concepções jurídicas anacrônicas e armadilhas ideológicas contrárias à normatividade constitucional.

#### **1.4. Objetivo geral.**

O presente trabalho objetiva investigar se a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, coaduna-se com a Nova Hermenêutica constitucional.

#### **1.5. Objetivos específicos.**

Nesse escopo, almejamos descrever o processo de desenvolvimento da Hermenêutica que resultou, no âmbito do Direito, no surgimento da Nova Hermenêutica constitucional.

---

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 636 - 647.

É nosso propósito também analisar em que a Nova Hermenêutica constitucional se distingue da Hermenêutica Clássica e de que maneira repercute sobre a tutela e a eficácia dos direitos fundamentais.

Tencionamos ainda, fornecer sugestões para elaboração de uma interpretação acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação como direitos coletivos, mais condizente com o escopo de assegurar a efetividade da Constituição de 1988.

### 1.6. Metodologia.

Dentro das quatro linhas básicas que pode adotar uma pesquisa científica, o presente trabalho enquadra-se como uma pesquisa teórica.<sup>24</sup> Quanto ao objeto, a pesquisa é eminentemente bibliográfica.<sup>25</sup> Nela lançamos mão de livros, periódicos e repositórios de jurisprudência.

Partimos indutivamente na investigação desde a elaboração do projeto, visto que primeiramente fomos instigadas pelas ações civis públicas nas quais atuamos.

O levantamento acerca da evolução da Hermenêutica que ensejou o surgimento da Nova Hermenêutica constitucional, bem como da natureza desta e de como repercute sobre a tutela e a eficácia dos direitos fundamentais, foi realizado mediante a seleção e leitura da bibliografia pertinente ao assunto.

Procuramos, elaborar uma explanação, no capítulo 2, acerca do desenvolvimento operado na Hermenêutica, que culminou com o surgimento da Nova Hermenêutica constitucional.

No capítulo 3, buscamos explicitar em que consiste a Nova Hermenêutica constitucional, quais seus principais postulados e de que maneira eles atuam sobre a doutrina da eficácia das normas constitucionais em geral e dos direitos fundamentais em particular.

Em seguida, no capítulo 4, debruçamo-nos especificamente sobre o objeto do trabalho, analisando a jurisprudência produzida pelos mais elevados tribunais do País – a saber, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal – em sede de ações individuais e coletivas, onde, para concretização dos direitos fundamentais à

---

<sup>24</sup>HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B.. **Monografia no curso de direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27-28.

<sup>25</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 35.

saúde e à educação, são postuladas prestações que ensejam a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no orçamento público.

Durante a pesquisa propriamente dita da interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, mantivemos o método indutivo na análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.<sup>26</sup> Procuramos avaliar caso a caso as decisões de todas as ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação que conseguimos reunir. Embora não possamos comprovar o atingimento da totalidade dessas decisões, buscamos obter e analisar todas, uma a uma.

Os dados aqui apresentados foram coletados principalmente nos bancos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>> e em <<http://www.stj.gov.br>>. A primazia conferida à jurisprudência das duas câortes máximas do País, decorre, primeiramente, da aguda constitucionalidade da questão levantada, que torna inócuo procurar posicionamentos jurídicos locais não sustentáveis à luz da interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, verificamos que o caráter extremamente controvertido da medida de intervenção do Poder Judiciário no orçamento público acarreta o périplo das ações que a consubstanciam por todas as instâncias judiciárias, fazendo-as, via de regra, alcançar o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, cuja análise dos julgamentos serve mais aos propósitos do presente trabalho por fornecer uma visão maturada e abrangente do assunto, particularmente pelo fato de representarem o desfecho da complexa e temporalmente dilatada *quaestio juris* que buscamos enfrentar.

Além da atuação mais significativa do Ministério Público e de algumas nuances processuais, não há diferenças fulcrais entre a interpretação produzida sobre os pedidos de realização de obrigação de fazer aptas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação como direitos coletivos formulados em ações civis públicas e os elaborados no interior de outros tipos de demanda. Embora visemos analisar e contribuir para a interpretação produzida no âmbito de ações civis públicas, não nos limitamos a citar e criticar somente decisões proferidas nessas ações.

Nada obstante as peculiaridades da ação civil pública possuam influência e repercussão sobre a investigação que empreendemos, há larga zona de intercessão entre

---

<sup>26</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 23.

a interpretação dos pedidos de realização de obrigação de fazer aptas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação produzida em sede de ações civis públicas e a realizada em outros tipos de ação. Em virtude disso e do pequeno volume processual da jurisprudência sobre concretização dos direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, não excluimos da análise arestos do STJ e do STF elaborados em ações judiciais como, *v.g.*, mandados de segurança coletivos.

Em seguida, aplicamos o método dedutivo, extraindo conclusões gerais e subdividindo as decisões, sucessivamente, conforme a corte que a prolatou, consoante sua matéria fosse o direito à saúde ou o direito à educação e conforme pertencesse à tutela individual ou à tutela coletiva de cada direito.<sup>27</sup>

Realmente, o primeiro fato que chama atenção quando apreciamos a jurisprudência acerca de intervenção no orçamento público para concretização de direitos fundamentais sociais é a marcante preponderância das ações individuais sobre as coletivas. A causa dessa desproporcionalidade abissal entre demandas individuais e coletivas pela tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação tem relação direta com os obstáculos ideológicos à sua normatividade na esfera coletiva.

Há centenas de julgados ementados no STF e no STJ acerca do bloqueio ou seqüestro de recursos públicos para pagamento de despesas com tratamento médico de cidadão brasileiro no Exterior e em nosso País, fornecimento de medicamentos, próteses etc.. As ações coletivas para criação de vagas na rede pública de ensino, construção de escolas, criação de leitos em hospitais, ao contrário, são proporcionalmente de quantidade tão reduzida que, mesmo nos modernos bancos de dados dos tribunais superiores, existem poucos exemplares catalogados.

Tomando essa desproporcionalidade verificada entre ações individuais e coletivas como um dado que possui significado relevante para a presente pesquisa - pois os direitos à saúde e à educação constituem direitos coletivos clássicos, donde decorre que sua demanda na tutela individual deveria representar um complemento destinado a sanar as situações excepcionalmente não abrangidas pela tutela coletiva -, dividimos o material obtido nos bancos de jurisprudência do STJ e do STF em análise da tutela individual e análise da tutela coletiva.

A abundância de material atinente à jurisprudência do STJ e do STF no âmbito da tutela individual, geradora de dissensos e peculiaridades, em cotejo com a exigüidade de julgados oriundos de ações coletivas, o que lhes impõe certa uniformidade, determinou,

---

<sup>27</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 23.

outrossim, o enfoque da tutela individual em cada uma das aludidas cortes separadamente e a abordagem da tutela coletiva em conjunto.

Visando a conferir maior clareza e objetividade à pesquisa, não transcrevemos, evidentemente, todos os arestos encontrados. Norteamo-nos pelo afã de compreender e explicitar de forma generalizada: a) quais os limites que o STJ e o STF impõem para intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação; e b) quais as possibilidades que têm admitido de intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Dedutivamente, identificamos, outrossim, a existência de duas modalidades mais recorrentes de vício jurisprudencial, bem como estabelecemos uma seqüência de posicionamentos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relativa à tutela individual do direito à saúde.

Nesse ponto da investigação, submetemos os resultados obtidos na pesquisa jurisprudencial a uma crítica da ideologia, oportunidade na qual comparamos a interpretação constitucional brasileira com a que é realizada alhures, no âmbito da *Civil Law*, sob orientação da Nova Hermenêutica constitucional, bem como com a interpretação constitucional elaborada na seara da *Common Law*, oportunidade na qual combinamos os métodos observacional e comparativo, específicos das ciências sociais.<sup>28</sup>

Portanto, no capítulo 4, como consequência dos dados coletados na análise jurisprudencial, abordamos criticamente a ideologia subjacente à jurisprudência analisada, enfocando principalmente qual a posição do princípio da Separação de Poderes e do Ministério Público dentro da questão.

Por derradeiro, verificando que o enfrentamento das armadilhas ideológicas do discurso jurídico empreendido no âmbito das ações que visam à concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante a intervenção jurisdicional no orçamento público, ou seja, o combate das idéias subjacentes à sua interpretação incompatíveis com a ideologia e preceitos da Carta de 1988, requer mais que a simples análise dos equívocos ideológicos cometidos, desenvolvemos, no tópico 4.4.1, algumas sugestões para a depuração ideológica do discurso jurídico na área enfocada pela pesquisa.

Dessarte, no aludido tópico 4.4.1, buscamos explicitar, sob a perspectiva da Nova Hermenêutica, como a desideologização (discurso material) aliada às regras formais do

---

<sup>28</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 26.



discurso jurídico, a abertura discursiva proporcionada pela utilização do instituto do *amicus curiae* e da audiência pública, a Teoria Metódica Estruturante e a teoria dos custos dos direitos servem ao necessário expurgo de elementos ideológicos presentes na jurisprudência analisada incompatíveis com a ideologia e com a normatividade da Constituição de 1988.

## 2. DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

No presente capítulo, apresentamos resumidamente a evolução da Hermenêutica que se inicia com a Hermenêutica Clássica até transformar-se em Nova Hermenêutica Filosófica ou simplesmente Hermenêutica Filosófica. Consoante o magistério de Gadamer, inexistente diferença essencial entre a interpretação de textos, sejam eles jurídicos, bíblicos, históricos etc..<sup>1</sup> Dessarte, também por essa razão, não se pode desvincular a Hermenêutica Jurídica e, pois, a Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional, de sua matriz filosófica, seja porque inexistente uma distinção ontológica e tampouco funcional entre elas, derivando as peculiaridades da Hermenêutica Jurídica unicamente das proposições sobre as quais se debruça, seja porque o rompimento com as especulações filosóficas inviabilizaria a solução de muitas das questões jurídico-hermenêuticas que atualmente desafiam os operadores do Direito.

No capítulo seguinte, abordamos a Nova Hermenêutica jurídica ou Nova Hermenêutica constitucional como desdobramento da Nova Hermenêutica Filosófica e do giro lingüístico que impulsionou seu desenvolvimento.

Pelo aprofundamento e alargamento dos horizontes que enseja, uma incursão na Hermenêutica Filosófica ou Nova Hermenêutica Filosófica esclarece muitos pontos da abordagem da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional que empreenderemos, contribuindo em grande medida, conforme demonstraremos, para que possamos investigar se a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, sob a óptica da Nova Hermenêutica constitucional, coaduna-se com a Constituição de 1988.

O objetivo do presente trabalho impôs-nos, por conseguinte, averiguar o cerne das concepções hermenêuticas de alguns dos principais filósofos e juristas que contribuíram para a evolução do tema da compreensão. Nessa tarefa não pudemos evidentemente mencionar a totalidade das valiosas obras científicas e filosóficas nessa área.

Realizamos uma análise das idéias dos principais teóricos das três apontadas vertentes de desenvolvimento da Hermenêutica, visando a extrair, da compreensão desse fenômeno evolutivo, como lastro das idéias que vicejam no âmbito da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional, a clareza de perspectiva necessária ao equacionamento do problema que enfrentamos.

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 460-464. v. 1.

## 2.1. Panorama da evolução da Hermenêutica.

Os primeiros estudos acerca da Hermenêutica remontam à Antigüidade Clássica. Alcançaram notável desenvolvimento no século XIX - após longo período de monopólio eclesiástico medieval. Hodiernamente, a Hermenêutica consiste em um dos principais focos da investigação filosófica.

Sem a pretensão de colacionar um conceito definitivo, mas para não fugir à necessidade de apresentar uma conceituação satisfatória de Hermenêutica, adotamos a de Bleicher, que a entende como a teoria ou filosofia da interpretação do sentido.<sup>2</sup>

A palavra *hermenêutica* (substantivo comum grego *hermeneia* ou interpretação) advém do nome próprio Hermes, do qual deriva outrossim o verbo grego *hermeneuein* - que pode ser traduzido como 'interpretar'. Embora a falta de consenso etimológico a esse respeito permita a inversão dessa ordem de derivação, adotamo-la por ser a mais difundida nos tratados de Hermenêutica.

Hermes, segundo a mitologia grega, era o mensageiro dos deuses do Olimpo. A ele incumbia dar a conhecer as mensagens divinas, muitas vezes decodificando-as devido ao limitado entendimento dos mortais. Portanto, Hermes transmitia e freqüentemente clarificava o sentido das proposições que lhe eram confiadas pelos deuses.

Platão utiliza o vocábulo grego *hermeneia*, que corresponde em latim a hermenêutica, com o sentido de expressão, explicação, que teria evoluído para assumir o significado 'interpretação'.<sup>3</sup> Aristóteles, no *Organon*, dedicou ao tema da Hermenêutica um escrito cuja tradução para o latim ora tem como título *De interpretatione*, ora *Hermenêutica*, mas que também foi transcrito do alfabeto grego para o alfabeto latino como *Perihermeneias*, opção esta adotada por Santo Tomás de Aquino (*Commentaria in Perihermeneias*).<sup>4</sup>

Xenofonte, Plutarco, Eurípides e Epicuro são alguns dos inúmeros autores clássicos que empregaram os termos *hermeneuein* e *hermeneia*, com algumas variantes de significado.<sup>5</sup>

<sup>2</sup>BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 13. Com essa definição, o autor enfeixa as correntes epistemológica e existencial da hermenêutica filosófica.

<sup>3</sup>MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 331.

<sup>4</sup>Idem. Ibidem, 2001, p. 331.

<sup>5</sup>PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969, p. 23.

Digno de registro nessa fase da evolução da Hermenêutica é o fato de que a civilização grega incorpora desde a Antigüidade a interdependência de linguagem e interpretação, pois, em sua mitologia, Hermes, o mensageiro alado dos deuses, que transmitia e interpretava as proposições enviadas do Olimpo para os mortais, era considerado também o descobridor da linguagem e da escrita.

Paralelamente à necessidade de compreensão indefectível em um agrupamento de seres humanos, a penetração no universo interior de outrem, pela compreensão das pretensões de sentido que formula, contribui para a compreensão de nós mesmos e do universo que nos rodeia, podendo resultar ou não em um catalizador de evolução individual e social. Perfilhando essa posição, n'*A origem da hermenêutica*, Dilthey sustenta que a compreensão das pretensões de sentido é, a um só tempo, necessária e autotélica.

Embora tal fato só tenha sido reconhecido séculos depois, linguagem e interpretação constituem as duas faces do mesmo fenômeno. A relação entre ambas é simbiótica, não podendo existir uma sem o concurso da outra. Dessarte, uma incursão no terreno da interpretação (Hermenêutica) deve necessariamente abordar a linguagem.

A Reforma Protestante exerceu importante papel no desenvolvimento da Hermenêutica, visto que foram os protestantes os primeiros cristãos a defender a idéia de uma interpretação bíblica acessível a todos, desde que pautada em regras gerais racionalmente estabelecidas. Essa posição foi um significativo avanço, se considerarmos que a Hermenêutica praticada pela Igreja Católica era pautada por dogmas de fé e considerada de utilização exclusiva das autoridades eclesiásticas.

Conquanto nesse estágio a Hermenêutica não haja logrado um patamar científico nem filosófico ainda, foi curial haver sido subtraída ao monopólio e dogmatismo da Igreja Católica, bem como enriquecida com a elaboração e desenvolvimento de cânones gerais de interpretação, de tentativas de sistematização e elaboração de métodos.

A evolução da Hermenêutica pode ser didaticamente traçada pela sucessão de três grandes tendências de pensamento hermenêutico: a Teoria Hermenêutica, a Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Crítica. Bleicher elaborou essa classificação tripartite, que reproduz com fidelidade, clareza e concisão o desenvolvimento da Hermenêutica, mencionando os direcionamentos desse processo que alcançaram maior repercussão no panorama científico e filosófico.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>BLEICHER, Josef. Op. cit., [s.d.], p. 13. Palmer elabora classificação das tendências de desenvolvimento da hermenêutica filosófica em seis categorias, a saber, a bíblica, a filológica, a científica (na qual insere a doutrina de Schleiermacher), a das *Geisteswissen* (o projeto de Dilthey), a existencial (onde situa as obras

Representando a tendência à construção de uma teoria hermenêutica, temos as contribuições de Schleiermacher e Dilthey, modernamente defendidas por Betti, que procuraram elucidar o problema hermenêutico elaborando teorias epistemológicas.

A vertente da teoria hermenêutica busca elaborar uma teoria geral da interpretação como metodologia para as ciências humanas, razão pela qual preferimos denominar essa corrente da Hermenêutica (filosófica) de Epistemológica, mesmo porque a expressão ‘teoria hermenêutica’ pouco esclarece, dado que todas as concepções sobre hermenêutica são teorias.

O evoluir da teologia protestante – por meio dos teólogos Rudolf Bultmann, Ernst Fuchs e Gerhard Ebeling, o primeiro um contemporâneo na academia de Heidegger que elaborou um projeto existencialista de interpretação do Novo Testamento denominado desmitologização - resultou na construção da base das tendências da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Crítica, que em conjunto constituem a Nova Hermenêutica no âmbito da Filosofia.

A Nova Hermenêutica Filosófica deixa-se interpenetrar pela Filosofia da Linguagem – acompanhando a inclinação reinante na Filosofia denominada reviravolta lingüística. Dessarte, passa a refletir profundamente sobre a relação existente entre linguagem, interpretação e realidade.

Sob o influxo da reviravolta ou giro lingüístico-filosófico, a Nova Hermenêutica (Filosófica) é inicialmente desenvolvida por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer - cujas teorias representam o apogeu da tendência evolutiva da Hermenêutica denominada por Bleicher Filosofia Hermenêutica.

A Filosofia Hermenêutica proposta por Heidegger e Gadamer, como ontologia da compreensão, representa a superação da concepção da Hermenêutica como teoria geral ou técnica de interpretação de textos antigos, e também o abandono da concepção da Hermenêutica como Metodologia das ciências do espírito.

Com as obras *Sein und Zeit*, de Heidegger - para quem a Filosofia é Hermenêutica - e *Warheit und Methode*, de Gadamer, a Hermenêutica mergulha no giro lingüístico-filosófico.<sup>7</sup> A vertente da Filosofia Hermenêutica rejeita a idéia – própria dos que elaboraram teorias epistemológicas em Hermenêutica – da possibilidade de uma base teórica neutra ou inteiramente objetiva para a investigação científica do sentido, pois entende que o contato entre intérprete e objeto se dá na linguagem, a qual veicula a

---

de Heidegger e Gadamer) e a cultural (integrada pela teoria de Paul Ricouer) (cf. PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969).

<sup>7</sup> Traduções: ‘Ser e Tempo’ de Heidegger e ‘Verdade e Método’ de Gadamer.

tradição cultural do intérprete, que, dentre outros elementos, compõe-se de uma compreensão prévia da coisa interpretada elaborada pelo intérprete.

Consoante a Filosofia Hermenêutica, de balde se busca elaborar teorias pretensamente objetivas para fundamentar a investigação científica do sentido, visto que o intérprete é incapaz de proceder a essa investigação com neutralidade. A Filosofia Hermenêutica não almeja nem crê seja possível construir um conhecimento das coisas integralmente objetivo, ou seja, embasado em procedimentos metodológicos não influenciados pela subjetividade que o intérprete projeta sobre a coisa mediante a pré-compreensão.

Instala-se, destarte, nessa fase de evolução da Hermenêutica, uma controvérsia entre Betti (seguidor das idéias de Schleiermacher e Dilthey, próceres da Teoria Hermenêutica) e Gadamer (influenciado principalmente por seu predecessor e mestre Heidegger) basicamente a respeito: da possibilidade de uma interpretação objetiva e do possível risco – advindo da análise da compreensão prévia de Gadamer – de conferir-se excessiva relevância e espaço aos preconceitos no processo interpretativo.

A tendência da evolução da Hermenêutica à elaboração de uma hermenêutica crítica, representada pelo pensamento, dentre outros filósofos, de Habermas e de Apel, também trava uma controvérsia com Heidegger e Gadamer.

Habermas analisa criticamente os pressupostos idealistas subjacentes tanto à Teoria Hermenêutica de Betti quanto à Filosofia Hermenêutica, ressaltando a não-consideração de fatores extralingüísticos que também compõem o contexto do pensamento e da ação. É desenvolvendo essa controvérsia que Habermas e Apel delineiam a Hermenêutica Crítica, que adere parcialmente à descrição da pré-estrutura da compreensão da Filosofia Hermenêutica, mas procura suprir a lacuna desta quanto ao fornecimento de um método que permita aferir a validade da compreensão realizada.

A Nova Hermenêutica Filosófica, que enfeixa as tendências da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Crítica, caracteriza-se pela concepção do próprio pensamento como interpretação e, conseqüentemente, da Filosofia como Hermenêutica ou Ciência da Interpretação. Seus efeitos fizeram-se sentir em todos os ramos do conhecimento científico, dando azo ao surgimento, na seara do Direito, da Nova Hermenêutica jurídica ou Nova Hermenêutica constitucional.

## **2.2 Schleiermacher e o círculo hermenêutico.**

Quando a Hermenêutica Bíblica desenvolvida pelos protestantes procurou apartá-la do dogmatismo e construir regras gerais racionais para uma exegese bíblica universal,

sedimentou o caminho para que os precursores de Schleiermacher – os filólogos Georg Anton Friedrich Ast (1778-1841) e Friedrich August Wolf (1759-1824) – iniciassem a formulação de normas para interpretação de textos profanos, as quais foram posteriormente desenvolvidas por Schleiermacher em sua Teoria Geral da Hermenêutica.<sup>8</sup>

Ast e Wolf concebem a compreensão e a explicação como momentos distintos. A explicação baseia-se na compreensão, que consiste na captação direta do sentido feita pelo intérprete em contato com o alvo da interpretação. Wolf enfatiza a interdependência entre explicação e compreensão.

A compreensão, para Ast e Wolf, passa necessariamente por um processo de recriação do que almejamos compreender. Conforme Ast, o processo de compreensão é reprodução, repetição do processo criativo, idéia esta seguida, dentre outros filósofos, por Schleiermacher e Dilthey.

Schleiermacher atribui a Ast a elaboração do princípio básico do círculo hermenêutico, segundo o qual a parte é compreendida através do todo e o todo através de suas partes.

Realmente, o culto filólogo Ast defendeu um método de estudo de obras literárias da Antigüidade Clássica mediante o uso simultâneo da Gramática e da Hermenêutica, no qual a Gramática é utilizada para o estudo das palavras, da linguagem em si, da forma, ao passo que a Hermenêutica serve à obtenção do espírito do autor revelado pela obra, que possui conexão com o espírito da Antigüidade, com o contexto em que a obra foi criada, com a época de sua gênese, de maneira que o todo (espírito da Antigüidade, visão da Antigüidade) é compreendido pela análise das partes (espírito dos autores das obras literárias da Antigüidade, visão dos autores) e as partes, igualmente, só podem ter seu sentido aclarado quando inseridas no todo, quando estudada sua relação com o todo.<sup>9</sup>

A descoberta dessa relação de mútuo desvelamento existente entre a parte e o todo é a contribuição específica e relevantíssima de Ast adotada e transposta para toda a Hermenêutica por Schleiermacher.

Para Wolf, a Hermenêutica é a ciência das regras mediante as quais se obtém o sentido dos signos, mas entende que essas regras devem ser extraídas com a *praxis*, postulando, outrossim, como escopo da Hermenêutica, a captação da idéia como seu

---

<sup>8</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 25.

<sup>9</sup>PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969.

autor desejaria que ela fosse apreendida. Em Wolf, a interpretação é diálogo com o autor, é a penetração nas idéias do autor.

Além de buscar a elaboração de regras através da prática, o pensamento de Wolf caracteriza-se pela inexistência de uma sistematização das regras que elenca, as quais constituem uma compilação de prescrições sobre dificuldades particularizadas da interpretação. Schleiermacher, ao contrário, buscou a sistematização das regras de interpretação em sua Teoria Geral da Hermenêutica.

O primeiro projeto de uma teoria epistemológica em Hermenêutica, portanto, foi a de Schleiermacher que, além de desenvolver as idéias de Ast e Wolf, conferiu-lhes sistematização e maior abrangência.

Para Schleiermacher, a Hermenêutica é a arte da compreensão. Ele defende o argumento de que há, nas teorias da interpretação específicas, como a bíblica, a filológica etc., uma unidade, pois a compreensão de um texto escrito ou oral possui elementos, processos e regras comuns. Essa estrutura e fisiologia comuns da interpretação constituem o objeto da Teoria Geral da Hermenêutica, aplicável a qualquer uma das teorias da interpretação específicas.

Schleiermacher busca um afastamento da explicação, sustentando que esta pertence à Retórica, e um aprofundamento na análise da compreensão, esta sim atinente à Hermenêutica.

Em Schleiermacher, a Hermenêutica abandona o propósito de elucidar problemas práticos de interpretação (Wolf) e volta-se ao estudo da compreensão em si, de como uma expressão lingüística falada ou escrita tem seu sentido apreendido. Seu método compõe-se de interpretação gramatical seguida do que denominou interpretação psicológica. Anuindo à teoria da compreensão como recriação da concepção do autor acerca da obra, Schleiermacher postula a idéia de que a compreensão, como arte, implica reviver os processos mentais do autor do texto, partindo da análise gramatical dos termos (penetração nas estruturas lingüísticas) para a psicológica (penetração no universo psíquico do autor).

Essa reprodução, tanto gramatical quanto psicológica, fundamenta-se no círculo hermenêutico, a concepção de Schleiermacher, embasada no método de Ast para compreensão de obras literárias da Antigüidade Clássica, segundo a qual a compreensão é um processo circular, vale dizer, um círculo dentro do qual reside o sentido.

Discorrendo acerca de Schleiermacher, em lapidar argumentação, Palmer explica o conceito de círculo hermenêutico nos seguintes termos:



Compreender é uma operação essencialmente referencial; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por exemplo, uma frase como um todo é uma unidade. Compreendemos o sentido de uma palavra individual quando a consideramos na sua referência à totalidade da frase; e reciprocamente, o sentido da frase como um todo está dependendo do sentido das palavras individuais. Conseqüentemente, um conceito individual tira o seu significado de um contexto ou horizonte no qual se situa; contudo, o horizonte constrói-se com os próprios elementos aos quais dá sentido. [...]. E porque o sentido aparece dentro deste 'círculo', chamamos-lhe o 'círculo hermenêutico'.<sup>10</sup>

O círculo hermenêutico constitui uma contradição lógica. Efetivamente, o sentido do todo depende do sentido de cada parte e vice-versa, sendo logicamente problemático tentar iniciar a operação de entendimento do círculo hermenêutico por qualquer dos pólos da circunferência. Para compararmos as partes ao todo e este às partes, necessitamos de algo complementar e anterior à compreensão. A apreensão do sentido das partes através do todo, cujo significado só é obtido da junção das partes, pressupõe um conhecimento prévio do todo e das partes.

Schleiermacher preconiza a noção de que a compreensão possui um aspecto comparativo – compreensão comparativa - e um aspecto intuitivo – compreensão divinatória.

O aspecto comparativo é aquele no qual a parte é apreendida em referência ao todo e este é visto como resultante da soma das partes, implicando um sucessivo cotejo entre as partes e o todo.

Para operar satisfatoriamente, o círculo hermenêutico necessita de um elemento pertencente à dimensão divinatória ou intuitiva da compreensão: o conhecimento prévio acerca do que se almeja interpretar.

O princípio do conhecimento prévio orienta a compreensão realizada por intermédio do círculo hermenêutico, pois a apreensão do sentido das partes por meio do todo, cujo significado só é obtido pela adição das partes, pressupõe um conhecimento prévio do todo e das partes.

Schleiermacher foi pioneiro em desvelar algumas das leis e princípios essenciais da compreensão, formulando a primeira teoria científica da compreensão, apta a orientar o processo de extrair de um texto seu sentido.

A publicação, a partir da década de 50 do século passado, de todos os escritos de Schleiermacher, permitiu a Gadamer concluir que, na primeira fase de sua obra, Schleiermacher concebe a Hermenêutica como fundamentalmente centrada na

---

<sup>10</sup> Idem. Ibidem, 1969, p. 93-94.

linguagem, mas abandona essa concepção pela de uma Hermenêutica voltada para a Psicologia, que tende primordialmente a perscrutar a reconstrução do processo mental do autor do texto e não a desvendar as condições reais (lingüísticas) necessárias para que o intérprete realize a compreensão dialogando com a coisa interpretada.<sup>11</sup>

Palmer, reproduzindo análise de Gadamer, aponta essa mudança de orientação na obra de Schleiermacher como o fator que o impediu de imprimir à Hermenêutica o enfoque lingüístico só alcançado um século depois com Heidegger em *Ser e Tempo*.<sup>12</sup> Esse desvio de rota, todavia, não compromete em nada o valor da obra de Schleiermacher, pois o círculo hermenêutico é daquelas teorias que justificam uma biografia acadêmica, havendo Schleiermacher, com sua elaboração, imprimido uma marca indelével não somente na Hermenêutica, mas em toda a Filosofia.

### 2.3. A historicidade da compreensão de Dilthey.

Wilhelm Dilthey foi biógrafo de Schleiermacher e um dos maiores nomes da Filosofia no século XIX. Procurou elaborar os fundamentos epistemológicos das ciências humanas, as quais tiveram reconhecida a necessidade de uma metodologia diferenciada da que servia às ciências naturais mercê da sua abordagem crítica às correntes do pensamento filosófico que postulavam a aplicação dos métodos de investigação das ciências naturais a todos os ramos do conhecimento.

Ao desfraldar a bandeira da autonomia epistemológica das ciências humanas, mediante a elaboração de um método investigativo adequado ao seu objeto, Dilthey legou-nos não somente a clássica divisão das ciências em humanas e naturais, mas igualmente uma teoria hermenêutica vigorosa e fecunda.

Dilthey prefigurou que a interpretação é a espinha dorsal da investigação científica no âmbito das humanidades e combateu a utilização dos métodos de investigação científica das ciências naturais no âmbito das ciências humanas. Com sua *Crítica da Razão Histórica*, pretendeu conferir às ciências humanas uma base epistemológica equivalente à que Kant construiu para as ciências naturais com a *Crítica da Razão Pura*.

O objeto de qualquer uma das ciências humanas deve – consoante seus ensinamentos – ser compreendido e não explicado. A explicação é própria das ciências

<sup>11</sup> Essa alteração deveu-se à incompatibilidade entre a idéia da coincidência entre pensamento e linguagem, fulcral para o primitivo posicionamento, e a corrente filosófica da metafísica idealista.

<sup>12</sup> PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969, p. 98-100.

naturais, a compreensão, das ciências humanas. De Schleiermacher, ele herdou a idéia da compreensão como reconstrução daquilo que se almeja compreender, como captação da óptica do autor da coisa interpretada, mas fundamentou sua teoria da compreensão na Hermenêutica em si e não na Psicologia.

A teoria da compreensão de Dilthey – que ampliou o espectro de incidência da Hermenêutica para a seara das ciências humanas em conjunto - constitui-se sobre o quadrinômio experiência – expressão - compreensão – historicidade, sendo o primeiro elemento, a saber, a experiência vivida, aquele ao redor do qual gravitam os demais.

As ciências humanas debruçam-se sobre as manifestações da vida. Quando tais manifestações - embora integradas por eventos de vários tipos, datas e localizações - constituem na cadeia do tempo uma unidade de sentido, podem ser consideradas experiências vividas.

Logo, experiência é cada conjunto de eventos pelos quais passamos ligados no presente por um significado unitário, como, p. ex., uma experiência de amor romântico, ou uma experiência profissional no magistério superior. Dilthey concebe a experiência não como fruto da reflexão, mas como algo anterior à reflexão, como experiência em si, inconsciente e prévia à separação sujeito-objeto.

Desde Aristóteles, a Filosofia busca identificar e analisar noções instrumentais para o estudo das coisas, denominadas genericamente ‘categorias’. Embora desde Kant tenha caído em desuso o manejo das categorias para o conhecimento das coisas em si (pois a idéia da possibilidade de conhecimento das coisas em si passou a ser considerada ultrapassada e o aludido conhecimento como inatingível racionalmente), as categorias ainda são bastante utilizadas para ordenar e conceituar os fenômenos.

Dilthey constatou que a experiência vivida é intrinsecamente temporal, histórica, logo, sua compreensão tem que advir da utilização de categorias de pensamento igualmente temporais, históricas. A experiência vivida não pode ser compreendida somente por meio de categorias científicas atemporais, imutáveis, como o são os objetos de estudo das ciências naturais. Com isso, passa a preconizar a utilização de categorias próprias e adaptadas ao objeto de estudo das ciências humanas para sistematização e conceituação dos seus fenômenos.

Quanto ao elemento expressão, Dilthey o qualifica como ‘expressão de vida’, que pode assumir a forma de uma idéia, uma lei, uma pintura, um recital etc. Expressão é qualquer objetivação do espírito humano. Para Dilthey, a interpretação em matéria de humanidades deve recair sobre a expressão de vida e não sobre a experiência em estado

bruto, o que levaria à introspecção, base pouco sólida que mina a segurança dos resultados.

O elemento compreensão pode ser definido como operação na qual a mente do intérprete capta a mente do autor da objetivação do espírito. A compreensão escapa à teorização racional, pois utiliza todos os poderes mentais da apreensão.

A mais relevante contribuição de Dilthey para a Hermenêutica foi, sem dúvida, sua teorização sobre a historicidade. Para Dilthey, o homem é um ser histórico. Essa historicidade significa que: 1º.) a autocompreensão humana não é direta, não recai sobre a experiência vivida diretamente, mas sim sobre a expressão de vida, sobre a objetivação do espírito humano, de maneira que é a partir das objetivações do espírito humano, que são históricas, vale dizer, inseridas em um contexto histórico no sentido mais pleno do termo, que se alcança a compreensão do homem; 2º.) o homem, portanto, compreende a si próprio ao interpretar aquilo que construiu e vem construindo em sua passagem sobre a Terra; 3º.) a essência humana não é uma natureza fixa, mas sim cambiante, contraditória e mutante; 4º.) o homem não sabe o que é e sequer decidiu o que quer ser; aquilo que o homem em determinado momento revela ser através de objetivações de seu espírito não é definitivo, mas sim histórico, variável conforme o tempo, o lugar, o panorama político e social; 5º.) o homem tem o poder de alterar sua essência, de reinventar-se.

Dilthey adota o círculo hermenêutico e a idéia de pré-compreensão de Schleiermacher, considerando ‘significado’ a resultante da interação do todo com as partes. O significado é histórico, depende do contexto. Pode haver vários tipos de significado resultantes da análise, v.g., do mesmo texto.

Em Dilthey, o ponto de partida na compreensão é o contexto do intérprete. Compreendemos partindo de nossa experiência vivida, de nosso próprio horizonte. É nesse nicho que se desenrola a pré-compreensão, de modo que, metodologicamente, é relevante encontrar espaço para o horizonte do texto, para uma interação do nosso horizonte com o horizonte do texto que preserve o mais possível este último.

Seguindo nesse ponto as idéias de Schleiermacher, Dilthey entende a compreensão como reconstrução da objetivação do espírito do autor, ou seja, recriação da objetivação sob a perspectiva da experiência vivida pelo autor da coisa.

Dilthey captou o equívoco, comum nas obras de seus contemporâneos, de transpor as categorias e métodos próprios das ciências naturais para a pesquisa científica no âmbito das ciências humanas. Comprovando, todavia, a própria vinculação ao cientificismo e positivismo de seu tempo, adotou a meta de elaboração de um

conhecimento objetivamente válido nos moldes cartesianos, vale dizer, de um conhecimento da coisa como é, sem projeções subjetivas sobre ela.

A busca dessa objetividade revela-se em Dilthey não somente equivocada como incongruente com a magnífica descoberta da historicidade da compreensão. É precisamente a ênfase dada na obra de Dilthey à historicidade da compreensão sua contribuição à Hermenêutica de valor incontestável, o alicerce da concepção de Heidegger acerca da temporalidade da compreensão que analisaremos adiante.

Em certa medida confirmando sua tese acerca da historicidade da compreensão, Dilthey - apesar da influência kantiana que se verifica em sua obra - não pôde furtar-se completamente ao positivismo e à metafísica idealista de sua época – os quais sustentavam a rígida separação entre sujeito e objeto, que subjaz indefectivelmente à idéia da possibilidade de elaboração de conhecimento estritamente objetivo.

#### 2.4. Betti: objetividade metódica *versus* verdade ontológica.

Emilio Betti desempenhou papel fulcral no desenvolvimento da Hermenêutica Filosófica, em parte devido aos seus estudos em Hermenêutica Jurídica.

Reconhecendo o caráter dogmático do processo hermenêutico de aplicar uma lei geral a um caso específico, construiu o cânone da ‘interpretação efetiva’, segundo o qual o intérprete deve reconstituir a gênese a lei, a *occasio legis* (fato social tipo que motivou a elaboração da lei), e adaptar tal reconstituição ao caso específico, com suas circunstâncias. Em Betti resta clara a dimensão prática da interpretação jurídica, bem menos presente na Hermenêutica Filosófica, mas que trouxe como conseqüência uma ampliação significativa do material sobre o qual versa a interpretação.

Betti elaborou uma das mais sólidas teorias da interpretação, fundada em um conjunto de princípios metodológicos destinados a viabilizar a compreensão. Um dos pilares de sustentação de sua teoria – que procura dar continuidade às incursões de Schleiermacher e Dilthey na Hermenêutica - é a defesa da possibilidade de uma interpretação objetiva. Consoante Palmer, Betti ‘defende veementemente a autonomia do objeto de interpretação e a possibilidade de uma objetividade histórica na elaboração de interpretações válidas’.<sup>13</sup>

A teoria da interpretação de Betti é posterior e coloca-se como crítica à Filosofia Hermenêutica de Gadamer, que deita raízes na Fenomenologia, em Heidegger e nos teólogos protestantes Rudolf Bultmann, Ernst Fuchs e Gerhard Ebeling.

---

<sup>13</sup>PALMER, Richard E.. Op. cit., 1969, p. 55.

Vemos em Betti – que corajosamente desafiou toda a Nova Hermenêutica Filosófica - a continuação da vertente de desenvolvimento da Hermenêutica denominada por Bleicher ‘teoria hermenêutica’ e de sua vinculação à idéia da possibilidade de conhecimento/interpretação estritamente objetivo no âmbito das ciências humanas.

Para Emilio Betti, a obra de Gadamer ‘Verdade e Método’, diretamente inspirada pelo magistério de Heidegger, é inapta como metodologia em ciências humanas, haja vista não conferir objetividade à interpretação. Betti, porém, não nega a existência de subjetividade na interpretação, mas afirma que, apesar dela, o objeto remanesce como tal e pode ser alvo de uma interpretação rigidamente objetiva. O objeto possui sentido, no plano ontológico, e diversos significados, no plano ôntico, podendo estes ser obtidos por meio do que considera ser a interpretação correta.

Consoante Betti, se o objeto da interpretação não é algo distinto do intérprete, de nada serve realizar a interpretação. A Hermenêutica alemã, a partir de Heidegger, tem atribuído tão grande importância ao *sinngebung* (o papel do intérprete na atribuição de significado ao objeto da interpretação) que o vem confundindo com a própria interpretação (*auslegung*), o que compromete sobremaneira a interpretação no terreno das ciências humanas ou ciências do espírito, pois seu objeto de estudo (as objetivações do espírito humano) possui um óbvio entrelaçamento com o ser humano (que o criou e que o almeja interpretar).

A interpretação é um reconhecimento e uma reconstrução do significado de uma objetivação do espírito humano. Não é possível negar as duas subjetividades envolvidas no processo (a do autor da objetivação e a do intérprete), mas a subjetividade deste deve superar-se e atingir a alteridade do objeto em sua pureza, sob pena de macular-se a visão do objeto ou, pior ainda, de extraírem-se da interpretação somente significados consistentes em reflexos e projeções da subjetividade do intérprete sobre o objeto.

Assim, é premissa básica e primeira regra de interpretação em Betti a autonomia essencial do objeto, que, assim, é absolutamente distinto do sujeito.

A segunda regra – inspirada no círculo hermenêutico de Schleiermacher - é a do contexto de sentido, que implica a análise da totalidade na qual as partes a serem interpretadas estão inseridas.

Como terceira regra geral, Betti preconiza o caráter tópico do significado, traduzido na relação entre o significado extraído e a subjetividade (que inclui os interesses) do intérprete.

Betti entende que Gadamer submergiu no subjetivismo da filosofia existencial contemporânea, conquanto este, no prefácio da edição de 1965 de *Verdade e Método*, defendendo-se da crítica que lhe foi lançada por Betti de que, assim como Bultmann, Ebeling e Heidegger, ele é um dos inimigos da objetividade histórica (vale dizer, da objetividade na interpretação), realce o caráter não subjetivista da compreensão autêntica ou válida. Gadamer nessa oportunidade declara que a subjetividade inerente ao processo interpretativo não o inquina necessariamente de subjetivismo, sendo seu propósito descrever, ontologicamente, o que é a compreensão, o que há de comum em todas as formas de compreensão e não o de elaborar um método para realização de interpretações autênticas.

Realmente, Gadamer não almeja com sua obra elaborar um método nem uma teoria geral da interpretação, mas sim fornecer uma análise da compreensão como é, revelando qual o denominador comum da compreensão em todas as suas formas. Gadamer, conforme explicitaremos mais adiante, busca realizar a ontologia e não a metodologia da interpretação.

O historiador de direito Emilio Betti buscou, ao formular sua Teoria Geral da Interpretação, elaborar um método para a compreensão das ciências humanas que possibilitasse discernir uma interpretação histórica objetivamente válida de outra equivocada.

Gadamer, por seu turno, seguindo os passos de Heidegger, procurou esclarecer qual o caráter ontológico da compreensão, como nossa herança histórica e cultural, que ele e Heidegger denominam ‘tradição’, adentram e modelam a compreensão. Ele opõe-se à possibilidade de uma interpretação histórica estritamente objetiva, mas não à possibilidade de uma interpretação histórica objetiva, caso por interpretação histórica objetiva entenda-se aquela que concede maior espaço possível ao desvelamento do sentido do ser da coisa interpretada.

Apesar do inegável valor da obra de Betti, a Hermenêutica seguiu o rumo do pensamento de Heidegger e Gadamer, vale dizer, trilhou a senda da Nova Hermenêutica. A tendência evolutiva da Teoria Hermenêutica teve em Betti seu último grande defensor.

## **2.5. A fundação da Nova Hermenêutica: ontologia existencial de Heidegger.**

A Teologia protestante exerceu grande influência na formação dos alicerces do pensamento de Heidegger. Representada pelas obras dos teólogos Rudolf Bultmann, Ernst Fuchs e Gerhard Ebeling, essa incursão hermenêutica sobre as sagradas escrituras

repercutiu na obra de Heidegger, principalmente devido a Bultmann, contemporâneo na academia de Heidegger, que elaborou um projeto existencialista de interpretação do Novo Testamento denominado ‘desmitologização’.

Com a ‘desmitologização’, Bultmann não pretende desvalorizar ou desprezar os elementos míticos do Novo Testamento, não tenciona desmitificar racionalmente essa parte das sagradas escrituras, mas sim exaltar o significado original e voltado à salvação desses elementos míticos. Em vez de buscar atacar e destruir os símbolos míticos, Bultmann, reconhecendo que a linguagem do texto bíblico não tem função meramente informativa, encara tais símbolos como portas para o sagrado.

De comum com Heidegger, dentre outros aspectos, a Hermenêutica em Bultmann define o homem como ser histórico voltado para o futuro e reconhece tanto a função informativa da linguagem – que deve receber nesse caso a interpretação objetiva devida a um fato - quanto a função prescritiva da linguagem (correspondente ao caráter derivativo das asserções), esta plena de subjetividade.

Em *The Problem of Hermeneutics*, Bultmann reitera a tese protestante da total liberdade de investigação na interpretação da Bíblia – método histórico-crítico – e da sujeição das sagradas escrituras aos mesmos mecanismos e princípios interpretativos dos demais textos. A definição do que seja a compreensão histórica de um texto, de como compreender os documentos históricos que nos chegaram às mãos por intermédio da tradição é, na visão de Bultmann, o problema hermenêutico.

Não emprestamos aqui ao adjetivo histórico o significado de referente à ciência História, mas sim de relativo a um determinado contexto temporal, social, geográfico, político etc.. As objetivações do espírito humano – leis, poesias, discursos políticos, esculturas etc. – têm sempre conexão com o contexto histórico em que foram produzidas, sendo, sob esse ponto de vista, históricas. A compreensão dessas objetivações, porque realizadas igualmente por um ser humano em um determinado contexto temporal, social, geográfico, político etc., também é histórica, é situada no panorama de sua elaboração.

Ao procurar solucionar o que considerava o problema hermenêutico, Bultmann conclui que todo documento histórico tem sua interpretação orientada por um determinado interesse, que se baseia em alguma noção anterior a respeito do tema versado no documento. Com isso, adota uma idéia de Schleiermacher, que elaborou o conceito de pré-compreensão no âmbito do círculo hermenêutico.

Logo, em Bultmann, toda interpretação é guiada por um interesse específico (subjetividade) e pela pré-compreensão (subjetividade) do intérprete. Nessa ordem de



idéias, considerando ainda a nítida influência da perspectiva do intérprete quanto ao futuro, infere Bultmann que não é possível, na interpretação, a obtenção de significado totalmente desvinculado da subjetividade do intérprete.

Ebeling e Fuchs desenvolvem as idéias semeadas por Bultmann, partindo da existência de várias funções da linguagem além da informativa, do caráter de testemunho e não de relato fatural do Novo Testamento, e da relação entre o significado obtido na interpretação e a visão de futuro do intérprete.

O enfoque de Ebeling e Fuchs, contudo, é mais carregado na influência da linguagem, pois afirmam que o fenômeno primário da compreensão não é a compreensão da linguagem, mas sim a compreensão por meio da linguagem. Em Ebeling e Fuchs, não se busca o sentido da palavra, mas o sentido trazido pela palavra. A Hermenêutica passa a ser vista como remoção dos obstáculos à compreensão presentes na linguagem.

Dessarte, a teologia protestante desempenhou importante papel na maior reviravolta sofrida pela Hermenêutica desde as primeiras elucubrações sobre o tema na Antigüidade Clássica, a saber, a idéia, embasada na identificação entre pensamento e interpretação, de que a Filosofia é Hermenêutica. Essa concepção resultou na fundação da Nova Hermenêutica Filosófica, que abrange as tendências denominadas por Bleicher ‘filosofia hermenêutica’ – encabeçada por Heidegger e Gadamer – e ‘hermenêutica crítica’, esta ainda em pleno desenvolvimento e no âmbito da qual figuram as obras de Apel e de Habermas acerca da interpretação.

A obra de Heidegger marca essa guinada operada na Hermenêutica que findou com o reconhecimento de que a busca do sentido do ser, objeto da Hermenêutica, coincide com o objetivo maior da Filosofia, qual seja o de conhecer e explicar a realidade.

Em Heidegger, a Hermenêutica assume uma dimensão de análise existencial, de filosofia da vida. Heidegger não se restringe, embora não deixe de valorizar, às interpretações de textos, mas promove uma das mais profundas revisões filosóficas ao publicar, em 1927, *Ser e Tempo*, onde expõe a estrutura existencial da compreensão e da interpretação.

Retirando o foco da interpretação de textos em geral ou em um determinado setor estanque de conhecimento, como o das ciências do espírito, Heidegger concebe a produção de conhecimento em si e a Filosofia como Hermenêutica.

Heidegger não pretende nem empreende a construção de um método de interpretação, procurando, isto sim, descrever com profundidade em que consiste o ato

de interpretar, como algo inerente à vida e não a este ou àquele ramo do conhecimento. Com Heidegger, damos-nos conta de que interpretamos sempre e a todo instante. Interpretamos porque somos.

Na elaboração de sua obra-prima *Ser e Tempo*, Heidegger foi grandemente influenciado pela fenomenologia, método de análise dos problemas filosóficos defendido por seu mentor - Edmund Husserl (1859-1938) - que busca uma imersão 'nas coisas mesmas', numa tentativa de obter a verdade mediante os dados originários da experiência.

Heidegger decompõe o termo fenomenologia em dois: fenômeno e logos. Buscando seu significado com suporte na raiz grega, Heidegger sustenta que a palavra fenômeno possui o sentido de 'o que se mostra', 'o que se revela'.

Para Kant, fenômeno é uma manifestação do ser não como ele é, mas como a captamos por meio da 'intuição sensível'. Em Kant, o fenômeno não revela o objeto da manifestação em si (o ser do objeto), mas somente aquilo que aparece aos nossos sentidos.

Heidegger não adota o conceito kantiano de fenômeno. Para distinguir seu conceito de fenômeno da definição de Kant - segundo a qual corresponde a 'manifestação' e 'aparência' -, atribui à palavra fenômeno o significado de 'aquilo que se mostra em si mesmo', ou seja, aquilo que se mostra tal como é.<sup>14</sup>

Ao contrário de Kant, Heidegger entende possível captarmos algo do ser a cada interpretação, embora não possamos apreender o sentido do ser em sua totalidade. Ainda que trabalhando profundamente a carga de subjetividade do ato de conhecer/interpretar o fenômeno, Heidegger sustenta a cognoscibilidade de parcelas do sentido do ser do fenômeno interpretado.

Embora não tenha seguido o conceito kantiano de fenômeno, a hermenêutica ontológica de Heidegger é considerada um aprofundamento da crítica transcendental do conhecimento de Kant, na medida que, ao descortinar a estrutura prévia da compreensão, Heidegger enriqueceu e fez evoluir a investigação acerca das condições de possibilidade do conhecimento.<sup>15</sup>

Acerca do termo logos, é mister frisar inicialmente que, em Platão e Aristóteles, a palavra logos é equívoca, pois dotada de várias acepções. Ordinariamente, atribui-se a ela o significado de razão, contudo, o autor de *Ser e Tempo* confere-lhe outra acepção.

---

<sup>14</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 58-62. v. 1.

<sup>15</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.] p. 205.

Com efeito, para Heidegger, logos é ‘aquilo que deixa e faz ver’ aquilo sobre o que se discorre.<sup>16</sup> Seu significado originário é o de discurso, mas não de todo e qualquer discurso, pois há discursos que não revelam aquilo de que tratam. Assim, mais preciso é designar o logos como a função do discurso de ‘deixar e fazer ver algo’. Com essa acepção de logos, a verdade não se encontra situada no discurso, que pode deixar e fazer ver algo como é (desvelando-o e chegando à verdade) ou como não é (encobrendo-o).

Firmados os conceitos de fenômeno e logos, Heidegger define a fenomenologia como ‘deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra à partir de si mesmo’.<sup>17</sup> Para conferir maior clareza com uma simples reordenação de termos, diríamos que fenomenologia é, consoante Heidegger, *deixar e fazer ver/aquilo que se mostra tal como é realmente*.

A fenomenologia, cujos ensinamentos estão na base do pensamento de Heidegger, teceu sólida crítica à metafísica tradicional como base para análise da vida, sustentando que as objetivações da vida devem ser investigadas mediante categorias extraídas da própria vida, mediante uma imersão nos dados da experiência vivida, consistindo num dos mais profícuos ramos da Filosofia da existência. Costuma-se indicar por essa expressão ‘filosofia da existência’, desde a década de trinta do século passado, aproximadamente, um conjunto de teorias ou diretrizes filosóficas que têm em comum o instrumento de que se valem: a análise da existência.<sup>18</sup>

Edmund Husserl tencionava, por meio do método fenomenológico, desvendar a estrutura da consciência no ato cognoscitivo. Heidegger percebeu que o método fenomenológico desvelava não tanto a estrutura da consciência quanto, em muito maior medida, a própria estrutura do ser.

Assim como a fenomenologia de Husserl desautoriza a investigação da vida por intermédio de categorias metafísicas, não retiradas da experiência, a ontologia fenomenológica de Heidegger nega a possibilidade de análise do ser por meio de categorias atemporais, fundadas pura e simplesmente em idéias, propugnando um retorno ‘às coisas mesmas’, ou seja, ao ser, considerado como ‘ser-no-mundo’, o que significa dizer: situado e determinado no tempo e no espaço.

*Dasein*, termo utilizado por Heidegger e traduzido como ser-aí ou pre-sença, consiste no ente caracterizado pela preocupação com seu próprio ser ontológico.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> HEIDEGGER, Martin. Op. cit., 2004, p. 63.

<sup>17</sup> Idem. Ibidem, 2004, p. 65.

<sup>18</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

<sup>19</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p.359.

*Dasein* é o ser que reflete sobre sua essência. Para Heidegger, a Filosofia é Hermenêutica do ser-aí (*Dasein*), do ser-no-mundo que, enquanto ente, preocupa-se com seu ser ontológico, projetando-se para o futuro. Considerando que apenas ao homem se pode atribuir a consciência de ser, entendemos o *Dasein* como a constituição ontológica (essencial) do homem.

A teoria de Heidegger é um dos contrapontos e das mais veementes negações das análises abstratas e estáticas do ser, formuladas sem considerar que o ser é constituído pela sua existência ao longo do tempo. O ser, além de ser-aí (situado e determinado no tempo e no espaço), é ser-com (influenciado pela coexistência com outros seres) e ser-para (dotado de uma multiplicidade de finalidades e facetas para as quais se projeta).

Heidegger retira a Hermenêutica do terreno da interpretação de textos e mesmo do âmbito das ciências do espírito – onde a situou Dilthey - ao concebê-la como processo de conhecimento. Generaliza-se, a partir de sua obra, a qual fundamenta a idéia de que conhecer é essencialmente interpretar, o reconhecimento da presença da Hermenêutica em todos os ramos da ciência e no epicentro da Filosofia.

A Hermenêutica existencial de Heidegger identifica e admite a complexidade do ser, que somente pode ser decifrado, ainda que parcialmente, mediante a compreensão e a interpretação.

*Ser e tempo* descreve os processos mediante os quais interpretamos os fenômenos (manifestações dos seres como eles são) e o mundo (o contexto em que os fenômenos se manifestam), apreendendo o sentido que eles revelam em sua existência, pois, assim como o *Dasein*, os fenômenos não são simplesmente dados, possuindo uma raiz ontológica onde repousa sua essência, e também não constituem coisas estáticas, constantes em sua significação.<sup>20</sup> Dessarte, Heidegger embasa-se e reabilita a diferença ontológica entre ser e ente, elevando o ser ao nível de universalidade que lhe foi negado pela metafísica de Aristóteles, o qual tratou do ente mas descurou do ser, não reconhecendo sua grandeza e inesgotabilidade de significado.<sup>21</sup>

Em Heidegger, o ser revela-se na existência por intermédio do ente. Em outras palavras: o ser, inesgotável, é tempo.

Contendo a autocompreensão acerca das suas possibilidades de ser, o *Dasein*, dentro desse projeto traçado pela autocompreensão, constrói-se no tempo. O ser-aí

---

<sup>20</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed.. Petrópolis: Vozes, 2004, p.61. v. 1.

<sup>21</sup> STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 83. Para Stein é “a diferença ontológica de Heidegger, onde ser e ente são, justamente, aquele lugar onde se decide a relação significado e objeto”.

(*Dasein*) possui várias possibilidades de revelar-se na existência, mas esse poder-ser não é ‘solto no ar, no sentido da indiferença e do arbítrio’.<sup>22</sup> O poder-ser do *Dasein* é traçado pela autocompreensão – que não é algo fora do seu ser, mas ele mesmo, como algo que reflete sobre si, elaborando seu projeto de existência. O *Dasein* compreende poder-ser desta ou daquela maneira e não daqueloutra.

O *Dasein*, portanto, como compreensão ou em sua faceta de compreensão, é o projeto do ser para a existência, o conjunto de possibilidades de ser. Tal projeto envolve toda a abertura do ser-no-mundo e seu limite é a essência do *Dasein*. ‘O projeto sempre diz respeito a toda a abertura do ser-no-mundo; como poder-ser, a própria compreensão possui possibilidades prelineadas pelo âmbito do que nela é passível de se abrir essencialmente’.<sup>23</sup> Logo, Heidegger não concebe a compreensão como algo donde podem ser extraídas interpretações arbitrárias, ilimitadas, voluntaristas, mas sim como uma coisa vinculada à essência daquilo que se compreende, embora tal essência não seja cognoscível em sua totalidade.

A Hermenêutica heideggeriana, focando o ser-aí, não adota a cômoda via da negação de uma essência a esse objeto de conhecimento (o ser-aí ou *Dasein*), não reputa tal objeto completamente construído pelo sujeito cognoscente. Ao contrário, reconhece que existe algo no *Dasein* que o impede de adotar ilimitadas possibilidades de poder-ser. Assim fazendo, conquanto descreva como nenhum outro pensador havia descrito a influência efetiva da subjetividade do sujeito cognoscente na interpretação (conhecimento), Heidegger preconiza a existência de algo no objeto do conhecimento (*in casu*, o ser-aí ou *Dasein*) que estabelece fronteiras ao poder-ser desse objeto, independentemente de quem o conhece (interpreta). Nessa ordem de idéias, podemos concluir que, enquanto antecedente e fundamento da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional, a Hermenêutica heideggeriana não é fonte de subjetivismo e voluntarismo na interpretação.

Conquanto não constitua base para o voluntarismo interpretativo, a teorização de Heidegger acerca da influência da pré-compreensão como primeiro estágio do processo interpretativo, aliada à inexistência em sua obra de um método ou de critérios que permitam evitar que o espectro de abrangência desse momento da compreensão seja prejudicialmente ampliado, deram azo às mais ácidas críticas à primeira corrente da Nova Hermenêutica Filosófica, qual seja a Filosofia Hermenêutica.

---

<sup>22</sup> HEIDEGGER, Martin. Op. cit., 2004, p.199.

<sup>23</sup> Idem. Ibidem, 2004, p.201.

È mister enfatizar, portanto, que o maior pecado de Heidegger, e posteriormente de Gadamer, não diz respeito ao que ambos escreveram, mas sim ao que deixaram de escrever. Deve-se reconhecer, entretanto, que eles não tinham por objetivo traçar os critérios necessários à aferição do que é uma interpretação correta, e sim descrever o que é e como ocorre essa mesma interpretação. A Hermenêutica Crítica, cujos postulados gerais procuraremos expor com esteio no pensamento de Apel e de Habermas, centra grande parte de sua postura crítica sobre essa lacuna da Filosofia Hermenêutica, a qual ela (Hermenêutica Crítica) almeja colmatar, desconsiderando que uma omissão teórica acerca da resolução de um problema só é digna de reprovação quando o teórico assume o compromisso de resolver o problema sobre o qual se omitiu.

A monumental obra hermenêutica de Heidegger e Gadamer permanece praticamente inalterada desde sua construção, vale dizer, não foi superada, salvo no que diz respeito a equívocos contingentes demonstrados pela Hermenêutica Crítica em sua tarefa de complementação da Filosofia Hermenêutica para o estabelecimento de critérios de validação da interpretação.

Em Heidegger, a verdade volta ao seu original sentido de desvelamento, sendo encarada como o desvelamento do ser (não de sua totalidade, sempre inatingível, mas dos aspectos que a existência vai deixando entrever ao intérprete). A interpretação correta ou autêntica mostra o que estava oculto, escondido, velado, e assim vai se aproximando da verdade, sem contudo atingi-la completamente, pois a verdade, como *soi* acontecer a todo ser no plano ontológico, é incognoscível em sua totalidade.

Uma das mais sólidas críticas ao pensamento de Heidegger são as considerações de Karl-Otto Apel acerca da influência que o conceito de verdade como *aletheia*, adotado por Heidegger e posteriormente por Gadamer. Conforme Apel, esse conceito produz volta da distinção entre sujeito e objeto na compreensão, reestabelecendo o padrão de racionalidade pré-kantiano. Apel, conforme esclarecemos no tópico 2.7. do presente trabalho, centra no conceito de verdade heideggeriano a raiz do vício que impede a ontologia hermenêutica de Heidegger e a ontologia hermenêutico-dialética de Gadamer de distinguir uma interpretação adequada de uma interpretação incorreta.<sup>24</sup>

O projeto elaborado pela compreensão que o *Dasein* tem de suas possibilidades de poder-ser contém, por seu turno, a possibilidade de elaborar-se em formas, vale dizer, de transformar-se em ente, ou seja, em algo definível, conceituável, delimitado, de assumir formatos ou versões completamente apreensíveis pela racionalidade. Quando

---

<sup>24</sup> Cf. APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 49-54. v. 1.

captamos uma das possibilidades de ser do *Dasein* e a conceituamos, definimos e delimitamos, descrevendo racionalmente o ser por intermédio do ente - que é o fenômeno (aquilo que se mostra tal como é) do ser -, realizamos a **interpretação**.

‘A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão’.<sup>25</sup> A compreensão é anterior à racionalização, pois situa-se no plano ontológico.

A interpretação é a identificação e delimitação de uma ou algumas das possibilidades projetadas pela compreensão do ser, ocorrendo no plano ôntico.

Não se trata a interpretação da atribuição de um significado a uma coisa simplesmente dada, pois, quando tal coisa se revela na existência como ente, o faz conectada às possibilidades de ser inerentes ao seu ser, traçadas pela compreensão que esse ser tem de si. As inúmeras possibilidades identificadas por essa compreensão resultam, em conjunto, num projeto do ser para sua existência como ente, de maneira que a interpretação apenas expõe (desvela, desoculta), no plano ôntico, o que nele estava oculto: essas possibilidades de ser traçadas no plano ontológico pela compreensão.

A dimensão metafísica, tão veementemente negada pelo positivismo filosófico, é restaurada por Heidegger, que em muitos aspectos logrou construir uma sólida argumentação para fundamentar idéias de há muito verberadas e não racionalmente justificadas pela metafísica tradicional.

Dessarte, o existencial da compreensão mais uma vez se impõe contra qualquer veleidade ou tendência voluntarista e arbitrária na interpretação, pois estabelece a essência do *Dasein* como limite às manifestações ônticas do ser.

Interpretando o ser por intermédio do fenômeno, interpretamos igual e sucessivamente o mundo, a realidade na qual o que se mostra do ser (fenômeno) se insere. Interpretamos o contexto, a conjuntura (todo) e seus componentes (partes), de modo simultâneo e interdependente. Quando interpretamos o mundo, interpretamos aquilo que se mostra do ser nesse mundo, utilizando a estrutura de ‘algo como algo’, vale dizer, verificamos inicialmente a presença e a função mais evidente do ser dentro da realidade que integra, de modo automático e irrefletido.

Dentro da circunvisão (visualização do contexto ao redor do fenômeno), o processo interpretativo não se esgota, todavia, na interpretação de ‘algo como algo’,

---

<sup>25</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed.. Petrópolis: Vozes, 2004, p.204. v. 1.

mas evolui ao utilizar a estrutura interpretativa do ser-para – onde se trabalha melhor a interpretação da finalidade do ser – e do ser-com – onde se verifica a influência recíproca que os seres exercem uns sobre os outros.

Todo esse processo mental, que principia com a percepção de algo como algo ao visualisarmos seu contexto, pode desenvolver-se com ou sem proposição, pois a simples visão e assimilação de ‘algo como algo’ já é compreensão e interpretação. Com isso, Heidegger descortina o incomensurável âmbito da Hermenêutica, sua aplicação à existência, sua relação indissociável com o raciocínio, sua incidência sobre o ato de conhecer voluntário e involuntário.

A proposição é um modo derivado de interpretação. Ao elaborar tal asserção, Heidegger verbera a constatação de que a apreensão de significações na interpretação é linguagem, mas pode não ser elaborada na forma de proposições. Quando adentramos um recinto e identificamos a presença de um objeto qualquer (quadro, mesa, janela), decodificamos seu significado dentro da estrutura de ‘algo como algo’ (percebemos o quadro como quadro, a mesa como mesa etc.), no que ele chama de ‘circunvisão’, sem necessariamente formularmos em nossa mente as proposições relativas a tais interpretações automáticas (v.g.: este objeto é um quadro, aquele é uma mesa etc.).

A proposição é fruto da compreensão e da interpretação, pois advém de um exercício de interpretação, resultando de uma análise mediata do objeto. A proposição funda-se na compreensão e na interpretação, não sendo algo desvinculado dessa origem que, por si só, dá à luz o ente sobre o qual discorre, criando-o e dando-o a conhecer pela primeira vez.

Em virtude da concepção de logos (aquilo que deixa e faz ver) adotada por Heidegger, a verdade é retirada do âmbito do logos e situada no âmbito da proposição. Com efeito, para Heidegger, ‘a proposição vale como o lugar próprio e primário da verdade’.<sup>26</sup>

A obra de Heidegger expõe a elementariedade e ingenuidade da visão da Hermenêutica como metodologia das ciências do espírito, pois essa noção assenta-se sobre o pressuposto de que nos outros setores do conhecimento não ocorre interpretação. Realmente, sob a idéia de que a Hermenêutica embasa o conhecimento somente na seara das ciências humanas, subjaz a crença – insustentável perante a Hermenêutica existencial heideggeriana - de que os fenômenos de que tratam as ciências exatas e naturais são dados e percebidos pura e simplesmente, sobre eles não se fazendo nenhuma reflexão, como se apenas os recolhêssemos puros diretamente da

---

<sup>26</sup> Ibid., 2004, p. 211.



experiência e os catalogássemos estabelecendo conclusões perfeitas, impassíveis de revisão.

Toda a evolução da ciência testemunha o contrário, comprovando pelo erro que o mesmo fenômeno, físico ou matemático, v.g., pode ser interpretado de várias formas, nem sempre da maneira correta e nunca de modo esgotativo, pois o ser que se projeta no ente como fenômeno é inapreensível em sua totalidade.<sup>27</sup>

O grande equívoco no qual se baseou o cientificismo inspirado em Bacon e Descartes foi tentar restringir o conhecimento, como interpretação do universo, a uma investigação dos fenômenos dados pela experiência, desvinculando-os – no processo de busca de seu sentido, função etc. - de sua inescapável origem ontológica (metafísica), como se houvessem surgido no instante em que se manifestaram no mundo.

A compreensão e a interpretação não podem movimentar-se num espaço que não comporta o fundamento ontológico do ente cujos significados investigam. Para Heidegger, o conhecimento assim produzido pelos que tentaram sepultar a metafísica não passa de uma degeneração, pois na tentativa de apreender o ente simplesmente dado (leia-se, o ente desconectado de sua origem ontológica, de seu ser, reduzido à sua feição de fenômeno), tal conhecimento perdeu-se na incompreensão de sua essência.

Nessa ordem de idéias, embora todos os fenômenos se refiram a entes que possuem fundamento ontológico, a Matemática trata de fenômenos cujos fundamentos ontológicos-existenciais são mais limitados do que os dos fenômenos históricos, embasados em muito maior medida na metafísica. Disso decorre que ‘a matemática não é mais rigorosa (enquanto ciência) do que a história’ como postulavam os positivistas.<sup>28</sup> ‘É apenas mais restrita, no tocante ao âmbito dos fundamentos existenciais que lhe são relevantes’.<sup>29</sup>

O autor de *Ser e Tempo* toma para si o desafio de investigar e descrever esse processo de desvelamento do ser por meio do ente mediante a interpretação, adotando como paradigma o ser-aí, encarando o ente sem fugir da complexidade nem do ser nem do mundo, mas sim deixando corajosamente ‘despontar todo o enigma desse ser, quer para fracassar com autenticidade na tentativa de resolvê-lo, quer para recolocar de modo novo a questão do ser-no-mundo que se lançou em projetos’.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. **Imaginando erros**. Fortaleza: UFC – Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997.

<sup>28</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed.. Petrópolis: Vozes, 2004, p.210. v. 1.

<sup>29</sup> Idem. Ibidem, 2004, p.210.

<sup>30</sup> Idem. Ibidem, 2004, p. 204.

Dilthey enfrentou a questão kantiana sobre as possibilidades e limites do conhecimento, em sede das ciências do espírito, postulando a elaboração de categorias adequadas à investigação nessa área, principalmente embasadas na historicidade e temporalidade dos fenômenos pertinentes a esse setor do conhecimento. Com o mesmo intento, Heidegger elaborou – para toda atividade cognitiva -, a partir da estrutura do ser-aí (estrutura existencial do *Dasein*), categorias que denominou ‘existenciais’. Para Heidegger, as condições *a priori* para o conhecimento do *Dasein* têm que advir da estrutura existencial do próprio *Dasein*.<sup>31</sup>

Como existenciais extraídos do *Dasein*, Heidegger aborda a compreensão (que projeta seu poder-ser), a disposição (estado de humor, que influi no projeto e na existência) e o discurso.

Uma das características do *Dasein* é portar a compreensão prévia do sentido do seu ser. Ao vislumbrarmos o ser-aí (pre-sença, *Dasein*) já apreendemos previamente seu sentido, e elaboramos, com base nessa compreensão prévia, as sucessivas interpretações do ser.

A pré-compreensão – cuja existência em Hermenêutica foi originariamente identificada por Schleiermacher - precede a interpretação e, em Heidegger, engloba posição prévia, visão prévia e concepção prévia, nelas residindo nossa visão de mundo, experiências, preconceitos e tradição cultural, que expomos primordialmente (mas não exclusivamente) mediante a interpretação de ‘algo como algo’.

Partindo da pré-compreensão, ao interpretarmos o fenômeno em busca do ser, captamos algo do ser (interpretação do ser ou própria) e, simultaneamente, captamos algo do mundo (interpretação do mundo ou imprópria), pois a interpretação é sempre referente a um ponto de vista (contexto) – onde se revela, outrossim, a herança de Schleiermacher, consistente na descoberta da relação entre o todo e a parte na interpretação.

A **compreensão**, um dos existenciais do ser-aí (*Dasein*), integra sua estrutura, contém suas possibilidades de ser, que, ao serem elaboradas em formas, ou seja, especificadas, resultam na interpretação. A compreensão não consiste no resultado da interpretação, como sustentava Betti. A interpretação é a determinação de possibilidades projetadas na compreensão e simultaneamente o desvelamento dessas possibilidades. A compreensão é no ser, reside nele, faz parte dele; a interpretação é a racionalização e

---

<sup>31</sup> Por justiça não se pode deixar de ver nessa atitude uma influência clara de Dilthey, que também refutou categorias inapropriadas à investigação científica no âmbito das ciências do espírito, buscando elaborar outras com arrimo nas características dos fenômenos por elas estudados .

conseqüente delimitação das possibilidades de ser projetadas pela compreensão (pelo ser) que se concretizam, que se ontificam.

A interpretação e a compreensão ocorrem dentro da estrutura do círculo hermenêutico, que se abre para o mundo por intermédio da pré-compreensão. ‘Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender, já deve ter compreendido o que se quer interpretar’.<sup>32</sup> O círculo hermenêutico encerra a possibilidade de conhecimento do ser. ‘Nele [círculo hermenêutico] se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário’.<sup>33</sup> Para Heidegger, considerá-lo vicioso porque parte da pré-compreensão, porque principia com a pressuposição do que se almeja conhecer, ‘significa um mal entendido de princípio acerca do que é compreensão’.<sup>34</sup> Ao buscar-se compreender um fenômeno apartadamente de qualquer noção prévia, sob o argumento que conferir maior ‘objetividade’ e certeza ao ato de conhecer, constrói-se uma espécie de conhecimento que, por se movimentar apenas no âmbito do ôntico e da racionalidade, vai se afastando da essência do ser, cujo fenômeno é o aspecto visível, até perder-se completamente a possibilidade de captar uma centelha sequer dessa essência.

Heidegger preconiza como indefectível a utilização do círculo hermenêutico, que não considera um círculo vicioso e sim a via para o conhecimento do ser. Recomenda, contudo, que no seu manejo o intérprete não se deixe guiar por conceitos ingênuos e ‘chutes’, mas sim busque assegurar a correção do processo interpretativo desde a pré-compreensão, procurando, na maior medida possível, aurir da coisa mesma aquilo que ela comunica de si.

O sentido, que segundo Heidegger consiste em mais um existencial do ser-aí, também está no ser, integra-o no plano ontológico. A interpretação é do ente (fenômeno), não do sentido, podendo captar parcela do sentido quando apreende uma das possibilidades de ser desse ente, vale dizer, quando atinge a compreensão, hipótese em que configura uma interpretação autêntica.

As sucessivas interpretações de um mesmo fenômeno, por meio do círculo hermenêutico, quando autênticas, fazem aflorar o sentido do ser que ele (fenômeno) mostra, pois o sentido compõe-se do conjunto das possibilidades de ser traçadas pela compreensão e elaboradas em formas (racionalizadas e desocultadas) pela interpretação.

---

<sup>32</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 209. v. 1.

<sup>33</sup> Idem. *Ibidem*, 2004, p.210.

<sup>34</sup> Idem. *Ibidem*, 2004, p.210.

A temporalidade, por seu turno, relaciona-se com o sentido na medida em que consiste no horizonte da compreensão. Logo, a interpretação não estabelece em definitivo parcelas do sentido do ser. Deve, antes, ser renovada sucessivamente, pois é de sua natureza a transitoriedade, já que o ser cujo sentido ela busca por intermédio do ente (fenômeno) constrói-se no tempo, não é estático, estando, isto sim, em constante evolução, no exercício de suas possibilidades de ser.

O existencial do discurso é o nicho no qual Heidegger elabora suas considerações acerca da linguagem, reconhecendo o incomensurável papel que a linguagem desempenha na interpretação. Com efeito, a linguagem integra, por via do existencial do discurso, a constituição do *Dasein*. O discurso consiste no fundamento ontológico-existencial da linguagem. A linguagem é o pronunciamento do discurso, sua manifestação no mundo. Segue-se, pois, que a linguagem está no ser, constitui o ser, não consistindo em algo exterior, em instrumento para o ser.

A linguagem é um dos aspectos do próprio ser. Relativamente ao *Dasein*, a linguagem exprime o discurso, fundindo disposição e compreensão no seu acontecer, que elabora o conhecimento.

Tomando-se a intencionalidade da comunicação em sua acepção mais pura (intencionalidade como substantivo derivado do verbo *in tendere* = tender a), verifica-se que os fenômenos comunicam intencionalmente algo do ser. As coisas objeto de interpretação/conhecimento dizem algo de si por si próprias quando assumem a feição de fenômeno. Aquilo que a coisa comunica pode ser captado pela interpretação. Logo, tanto o ser que conhece quanto o ser que se almeja conhecer são em parte constituídos pela linguagem.

Essa idéia da intencionalidade da comunicação do próprio sentido pelo ser por intermédio do ente tem uma clara inspiração na fenomenologia de Husserl. Após Kant, toda a Filosofia pôs em questão as possibilidades e limites do conhecimento. A fenomenologia de Husserl foi uma tentativa de construção de um método cognoscitivo que superasse as tendências gnosiológicas subjetivistas e objetivistas da época (respectivamente, de um lado, o psicologismo, e, de outro, o positivismo e o racionalismo).

A fenomenologia divide a atitude cognoscitiva em três momentos: a redução fenomenológica, a redução eidética e a redução transcendental.<sup>35</sup> Na primeira, Husserl propõe a suspensão dos juízos, preconceitos, explicações científicas na atitude de

---

<sup>35</sup>BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. (Org.) **Imaginando erros**. Fortaleza: UFC – Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997. As três fases do método fenomenológico, porém, não são sucessivas ou subseqüentes, mas simultâneas.

conhecer. Não se trata de negá-los como no *cogito* cartesiano, mas de não nos fiarmos nas aparências, de pô-los entre parênteses a fim de manter a mente aberta para descobrir que esses juízos e convicções talvez não reproduzam a realidade.

A redução eidética é a busca da essência da coisa. Nela, deve-se voltar a atenção para o fenômeno, procurando extrair dele tudo o que seja acidental e contingente. Ao passo que, na redução transcendental, deve-se proceder a uma reflexão sobre o conteúdo encontrado na redução eidética, sobre a essência (*eidōs*) apreendida, procurando-se abstrair a realidade circundante para penetrar tal essência.

No pensamento de Heidegger não há espaço para interpretações subjetivistas ou voluntaristas. Embora sustente que o conhecimento é constituído pelo intérprete sobre o que é lançado diante dele - sobre o objeto na acepção original do termo (*ob-jectum* = aquilo que é lançado)-, sendo pois algo que só ocorre em função do intérprete, de sua pré-compreensão, do horizonte da compreensão consistente na temporalidade – donde resulta ingênua toda tentativa de separação sujeito-objeto -, não vemos em *Ser e Tempo* esteio para a submissão da interpretação à vontade do intérprete, mas sim a descrição detalhada e profunda acerca da estrutura e fisiologia da interpretação autêntica.

A utilização das categorias existenciais, principalmente o existencial da compreensão, não conduz a um exacerbamento da subjetividade do intérprete no ato do conhecimento. Com efeito, a ontologia fenomenológica consiste numa análise daquilo que ocorre quando buscamos compreender o ser por meio do ente (fenômeno). Ela busca, mediante as categoriais existenciais, aproximar-se o mais possível da essência do objeto da interpretação.

O cerne da hermenêutica de Heidegger é a possibilidade de, pela via da interpretação baseada na pré-compreensão e nas categorias existenciais do ser, captarmos algo do ser. Sem negar a necessária contribuição da subjetividade do intérprete na elaboração dessa descoberta, Heidegger entende a interpretação autêntica como o processo por meio do qual se pode apreender uma manifestação da essência de seu objeto, vale dizer, uma parcela do ser que se interpreta. O ser alvo da interpretação não é reduzido a uma projeção do intérprete. Ao preconizar que o mau uso da pré-compreensão deve ser evitado indo-se ‘às coisas mesmas’, Heidegger assume que a coisa ou objeto da interpretação comunica algo de si por si própria, que existe uma centelha de objetividade na interpretação a ser necessariamente considerada pelo intérprete.

Heidegger descreveu a interpretação apta a desvelar o ser – ainda que parcialmente - mas não traçou um método, não elucidou como evitar o excessivo

influxo da subjetividade (principalmente via pré-compreensão) na interpretação. A falta de metodologia para garantir a realização de uma interpretação autêntica é o flanco desguarnecido pelo qual a concepção heideggeriana de interpretação tem sido criticada por alguns e até mesmo deturpada pelas teorias voluntaristas.

Heidegger desvelou a unidade entre pensamento e interpretação, cavando o divisor de águas que transformou a Filosofia em Hermenêutica. A Hermenêutica ontológico-existencial de Heidegger é a pedra fundamental da Nova Hermenêutica Filosófica. A descrição ontológico-existencial da estrutura da compreensão por meio do círculo hermenêutico e da diferença ontológica entre ser e ente constituem a base intocada sobre a qual vêm sendo erigidas as teorias filosófico-hermenêuticas desde então.

Como alicerce da Nova Hermenêutica Filosófica, que por sua vez fundamenta a Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional, inaugurada nos sistemas jurídicos romano-germânicos pela *Tópica* de Viehweg, é óbvia a influência da ontologia existencial de Heidegger e da fenomenologia de Husserl no renascimento da *tópica* por intermédio dessa obra seminal de Viehweg, bem como sua repercussão sobre as demais teorias que compõem a Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional.

Conforme demonstraremos no presente trabalho, essa conexão possui conseqüências relevantes para que possamos estabelecer o que é a Nova Hermenêutica constitucional e averiguar se a interpretação jurisdicional dos pedidos de obrigação de fazer que impliquem intervenção no orçamento público, formulados no âmbito de ações civis públicas para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, coaduna-se com a Nova Hermenêutica constitucional.

## **2.6. O giro lingüístico-filosófico e a dialética da compreensão de Gadamer: a compreensão na linguagem.**

A contribuição de Hans-Georg Gadamer à Hermenêutica marca, a um só tempo, a sedimentação da concepção da Filosofia como Hermenêutica, seu o rompimento com a gnosiologia/epistemologia e a transformação da ontologia no epicentro filosófico. A obra de Gadamer possui, outrossim, o mérito de haver propiciado o desenvolvimento do reconhecimento do papel fulcral que a linguagem desempenha na Hermenêutica e, pois, na Filosofia.

Pensar – a exemplo de Schleiermacher, Dilthey e Betti - a Hermenêutica como o ramo do conhecimento voltado à elaboração e compilação de métodos e regras destinados a assegurar uma interpretação objetiva, dentro do paradigma de

conhecimento pautado na relação cognoscitiva sujeito-objeto equivale a situá-la no âmbito gnosiológico/epistêmico, vale dizer, na seara da Teoria do Conhecimento.

Essa posição da Hermenêutica dentro da Filosofia é facilmente compreendida quando se enceta uma visão panorâmica, ainda que assaz resumida, sobre o desenvolvimento filosófico.

A Filosofia clássica e escolástica deu especial relevo à Ontologia e à Teologia. Evidentemente os estudos filosóficos não se limitavam à parte geral da Metafísica (Ontologia) e à Teologia, mas estes eram os enfoques preferenciais da Filosofia até que o racionalismo de René Descartes, o empirismo de Francis Bacon e as obras de Thomas Hobbes, John Locke, Gottfried Leibniz, Giovanni Battista Vico, George Berkeley, David Hume, dentre outros, plantassem o gérmen da grande questão gnosiológica sobre os limites e possibilidades do conhecimento, que teria sua mais profunda e genial abordagem na *Crítica da Razão Pura* de Emmanuel Kant<sup>36</sup>.

Conforme Rui Verlaine de Oliveira Moreira e José Anchieta de Esmeraldo Barreto, os traços característicos comuns do pensamento filosófico moderno, marcadamente gnosiológico, representado por Descartes, Locke, Spinoza, Leibniz, Berkeley, Vico etc., são: 1) total autonomia da investigação filosófica com relação à teologia; 2) pluralismo das posturas filosóficas; 3) desinteresse pela metafísica, pois, em razão do prestígio adquirido pelas ciências particulares devido às suas recentes descobertas, passou-se a atribuir maior importância à gnosiologia, à epistemologia e à metodologia.<sup>37</sup>

Assinala José Ferrater Mora que:

[...] os termos gnosiologia e epistemologia são freqüentemente considerados sinônimos; trata-se, em ambos os casos, de teoria do conhecimento – expressão que também se usa no lugar de qualquer das duas anteriores. Durante algum tempo, registrou-se certa propensão para usar “gnosiologia” de preferência a “epistemologia”. Depois, ao considerar-se que “gnosiologia” estava sendo empregada com bastante freqüência por correntes filosóficas de orientação escolástica, este termo passou a ser adotado no sentido geral de teoria do conhecimento, sem se especificar de que tipo de conhecimento se tratava, enquanto “epistemologia” foi introduzido para designar a teoria do conhecimento científico [...].<sup>38</sup>

Esclarecem ainda Rui Verlaine de Oliveira Moreira e José Anchieta de Esmeraldo Barreto que Kant, ao tentar responder à questão gnosiológica dos limites e

<sup>36</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44-48. Também : BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Ensaio sobre a incerteza. **Nomos**. Fortaleza, v. 22, n.1/2, p. 171-192, jan.-dez/2003.

<sup>37</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Ensaio sobre a incerteza. **Nomos**. Fortaleza, v. 22, n.1/2, p. 171-192, jan.-dez./2003.

<sup>38</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 216.

possibilidades do conhecimento, concluiu que não é dado ao ser humano conhecer as coisas tais quais são em si mesmas.<sup>39</sup> O pensamento filosófico moderno desde então é dominado pela gnosiologia. Seguindo essa tendência, a teologia reformista orientou-se para a sistemática e a metodologia, visando a romper com a Hermenêutica dogmática católica, embora também tenha pecado por dogmatismo ao adotar o princípio de que a Bíblia cristã é uma unidade.<sup>40</sup>

Datando o florescimento de uma hermenêutica desvinculada da teologia precisamente da era pós-kantiana, vale dizer, do apogeu desse direcionamento gnosiológico, ela sofreu fortemente seu influxo até que Heidegger – ao restaurar a metafísica com *Ser e Tempo* – desvelasse não somente que a Filosofia é Hermenêutica, mas que é também ontológica.

Realmente, a obra de Heidegger consiste em sólida fundamentação de muitos pontos dos quais a Metafísica clássica ocupou-se e que eram dogmaticamente impostos sem justificação racional. A superação da Metafísica clássica que sua teoria empreendeu na verdade consistiu em uma reabilitação da metafísica e não no fim da metafísica como tantos sustentam.<sup>41</sup> O que efetivamente Heidegger sepultou foi o dogmatismo da Metafísica clássica, mas não a Metafísica em si.

As formulações dogmáticas da Metafísica clássica e o próprio dogmatismo ou sustentação não racionalmente justificada de teses, efetivamente, não subsistiu à Filosofia moderna, mas Heidegger reabilitou – racionalizando-as, justificando-as – grande parte dos posicionamentos da Metafísica clássica, aos quais adicionou suas descobertas no âmbito da ontologia existencial. Nesse sentido, Heidegger re-fundou a Metafísica.

Elvi Miguel Cenci frisa a contradição em que incorre Apel, um dos que assinam o atestado de óbito da metafísica, pois este, dentre as críticas que lança contra a ética kantiana, elenca seu caráter metafísico, dizendo-se pós-metafísico, mas utilizando, em sua ética do discurso, uma categoria metafísica consistente na comunidade ideal de argumentantes.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Op. cit., 2003, p. 171-192.

<sup>40</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 276. v. 1.

<sup>41</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 198; APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 27. v. 1.

<sup>42</sup> CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Mauricio de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 317-337.



Efetivamente, quando a Filosofia perquire acerca do ser em si mesmo, buscando o ser por meio da Hermenêutica, procurando desvendar os mecanismos da compreensão do ser, opera no âmbito da Ontologia, denominação adotada desde o século XVII por Glocenius para designar o ramo da Metafísica que estuda o ser como ser, para diferenciá-la da Teologia, que se ocupa do ser como Deus.<sup>43</sup>

Heidegger e Gadamer – este um discípulo do primeiro que deu seguimento e aprofundou sua teoria da Hermenêutica ontológico-existencial - modificaram o eixo do debate filosófico, devolvendo-o renovado ao âmbito da ontologia e, pois, à metafísica. Coreth expõe a relação de pertença que, a partir da Hermenêutica ontológica de Heidegger e da Hermenêutica ontológico-lingüístico-dialética de Gadamer, estabeleceu-se entre Hermenêutica e Metafísica:

Isso mostra uma estreita relação essencial entre hermenêutica e metafísica. Elas se condicionam mutuamente e se remetem uma à outra. Assim como a metafísica só é possível à partir da hermenêutica, também a hermenêutica só se pode completar numa metafísica, que fundamenta à partir do ser toda compreensão histórica e lingüística, que aí se manifesta.<sup>44</sup>

Evidentemente, quando se menciona a relação de implicação recíproca entre Hermenêutica e Metafísica, não se tem em mente a Metafísica clássica de Platão, Aristóteles ou a escolástica de Santo Tomás de Aquino, mas sim a Metafísica refundada desde Heidegger. De qualquer sorte, sendo a evolução do pensamento filosófico seu movimento inexorável, não se pode deixar de reconhecer que a Hermenêutica ontológica, ao restaurar a Metafísica no cenário filosófico de descrédito em que o idealismo transcendental de Kant a lançara, simultaneamente consiste numa evolução da Metafísica clássica, na medida em que reitera em novas bases a investigação sobre tantos temas inaugurados pela Filosofia primeira.

Nessa ordem de idéias, não perfilhamos o entendimento ao qual já aludimos, verberado por Apel e Lênio Luíz Streck, dentre outros, de que a Metafísica clássica foi destruída e desconstruída pela ontologia de Heidegger e Gadamer, sendo certo, contudo, que foi superada por esta Ontologia.<sup>45</sup>

Heidegger – em cuja obra embasa-se o pensamento gadameriano – trata do tema da linguagem no âmbito do existencial do discurso, encarando a linguagem, mercê do discurso, como parcela do ser. Com Gadamer, essa abordagem é aprofundada,

---

<sup>43</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 524.

<sup>44</sup> CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 179-180.

<sup>45</sup> STRECK, Lênio Luíz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 198.

explicitando-se como acontece a participação da linguagem na experiência hermenêutica.

O espaço concedido por Heidegger à linguagem no processo interpretativo é grandemente ampliado por Gadamer em *Verdade e Método*, que estatui uma espécie de ontologia da compreensão centrada na linguagem.

A importância do desenvolvimento da relação entre linguagem e interpretação por Gadamer é inegável, haja vista que a identificação do real papel da linguagem na interpretação é o motivo que impede o regresso da Filosofia ao padrão de racionalidade sujeito-objeto e à conseqüente busca de um método prévia e fixamente delineado para elaboração da interpretação autêntica, logo, para o atingimento da verdade.

O título *Verdade e Método*, aliás, já denota franca oposição à óptica hermenêutica pautada na teoria de Betti e de todos os que, desde Schleiermacher, construíram a Hermenêutica como um repositório de normas de interpretação destinadas a assegurar o máximo distanciamento entre sujeito e objeto da interpretação com o fito de alcançar um resultado ‘objetivo’. Realmente, o conjunto de palavras *Verdade e Método* consubstancia a afirmação subliminar de que a verdade nem sempre decorre da utilização de um método, nem sempre procede da metodologia científica.<sup>46</sup>

No tema linguagem, a Hermenêutica em Gadamer consolida o movimento que ficou conhecido como giro lingüístico-filosófico. Esse giro ou viragem lingüística possui antecedentes no rompimento procedido em Hamann, Herder e Humboldt com o modo instrumental de pensar a linguagem adotado pela Metafísica clássica, para a qual uma coisa podia ser pensada e, somente em seguida, ter elaborada lingüisticamente sua significação.<sup>47</sup> Sobre o pensamento de Hamann, esclarece Coreth:

Para Hamann, cuja concepção da linguagem apóia-se na doutrina cristã do logos, juntando-se a um sentido recém desperto da história, linguagem não é outra coisa senão razão e não uma denominação posterior de alguma coisa já pensada ou conhecida.<sup>48</sup>

O pensamento de Humboldt foi, porém, na preparação da viragem filosófico-lingüística completada por Gadamer em *Verdade e Método*, o mais marcante. Conforme Streck:

[...] a tese humboldtiana acerca da linguagem serve de ponto de partida para Gadamer. [...] Gadamer diz que o verdadeiro significado para o problema

<sup>46</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 32. v. 1.

<sup>47</sup> CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 28-34.

<sup>48</sup> Idem. *Ibidem*, 1973, p. 28.

hermenêutico se encontra no descobrimento de Humboldt da “acepcion del language como acepciòn del mundo”.<sup>49</sup>

Em Gadamer, o ponto de intersecção texto e intérprete é a linguagem, que estabelece o diálogo entre eles. A linguagem consubstancia e veicula a tradição, o complexo de conhecimentos, preconceitos, opiniões, bagagem cultural e idiossincrasias, em suma, a visão de mundo do intérprete. É importante frisar, porém, que a linguagem não é instrumento que o intérprete utiliza na compreensão, mas sim o próprio pensamento. Em suma, linguagem e pensamento não unos.<sup>50</sup>

A linguagem está no ser e, portanto, no ser do intérprete, que com ela, ou antes, ‘nela’ interpreta o mundo, partindo sempre da tradição, a qual se revela na linguagem sob a forma de pré-compreensão do intérprete a respeito da coisa. Diante da coisa a ser interpretada, o intérprete não se prostra com uma mente vazia, como se fora uma folha de papel em branco, mas, ao contrário, nutre sempre alguma idéia prévia, anterior a qualquer análise ou oriunda de informações mais ou menos superficiais. Essa idéia ou olhar inicial do intérprete sobre a coisa, formado pela tradição, é a pré-compreensão.

Em sede de um texto, o intérprete primeiramente o analisa sob o ponto de vista da tradição, mas simultaneamente percebe haver algo na linguagem do texto estranho à sua concepção inicial, um dado novo, uma opinião por vezes contrária ou grotesca. O resultado dessa interação da tradição do intérprete (pré-compreensão) com aquilo que o texto fala é um confronto dialético de dois horizontes significativos, cujo resultado é a fusão de horizontes.

O horizonte significativo do objeto da interpretação é formado pelas múltiplas significações oriundas do sentido do ser interpretado, que é inesgotável. O horizonte significativo do intérprete é formado pela pré-compreensão do intérprete sobre a coisa.

Quando o intérprete é consciente da existência de sua pré-compreensão e do papel limitado que ela deve desempenhar no processo interpretativo, incorpora ao seu horizonte significativo o horizonte significativo da coisa a ser interpretada.

Mediante a fusão de horizontes, o horizonte significativo do intérprete amplia-se para abranger o do texto ou da coisa a ser interpretado. O intérprete não abandona completamente a pré-compreensão que tinha sobre a coisa interpretada, embora possa modificar alguns de seus pontos ao final da fusão de horizontes, no acontecer da compreensão.

---

<sup>49</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 139.

<sup>50</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 585-587. v. 1.

Participamos da experiência da compreensão com nosso horizonte significativo, composto dos conhecimentos que acumulamos ao longo da vida, dos nossos preconceitos, herança cultural, formação moral e intelectual, intuições, personalidade etc., em suma, com a tradição, no sentido daquilo que nos é transmitido. Tal transmissão de conhecimentos, padrões culturais etc. é feita na linguagem (a qual porta a tradição) e expressa-se lingüisticamente na compreensão.

O evoluir crescente do giro lingüístico operado na Filosofia após a publicação de *Verdade e Método* deu ensejo a que muitos filósofos vissem na Filosofia da Linguagem o novo eixo do debate filosófico, em substituição ao anterior primado da gnosiologia ou teoria do conhecimento. Manfredo de Oliveira, por exemplo, embasado em Apel, afirma que:

Filosoficamente, estamos hoje diante de um fato incontestável; isto é, a teoria do conhecimento, que foi o centro da filosofia moderna, foi, de fato, substituída pela filosofia da linguagem como reflexão sobre as condições lingüísticas do conhecimento humano.<sup>51</sup>

*Data maxima venia*, ousamos discordar parcialmente, visto que, desde Heidegger, é no âmbito da ontologia que está o epicentro do debate filosófico, pois a linguagem - ambiência na qual ocorre a compreensão e parcela do ser - assume a posição de medida das possibilidades do conhecimento humano. A ligação simbiótica entre ser e linguagem e o escopo de, mediante a linguagem, empreender-se a pesquisa do sentido do ser não permitem ignorar que investigar a linguagem é investigar o ser, logo é fazer ontologia.

A Filosofia e a Hermenêutica gravitam em torno da busca do ser, de seu acontecer no *medium* da linguagem, cuja relação com o ser pode ser grosseiramente metaforizada como a relação entre a janela e a paisagem. É natural que o giro lingüístico tenha provocado o fascínio pela novel descoberta da linguagem como via e ambiência onde ocorre o conhecimento tanto do intérprete quanto da coisa interpretada, mas não se pode negar que a ontologia, após a crítica e revisão heideggerianas, foi restaurada como *prima philosophia* e domina o atual cenário filosófico.

Conforme já explicitamos no tópico anterior, malgrado a autoridade dos posicionamentos afirmando que a ontologia-existencial de Heidegger e a Hermenêutica dialética de Gadamer puseram fim à Metafísica, é mister reconhecer que estas teorias não desconstruíram a Metafísica, mas sim a Metafísica tradicional, dogmática,

---

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 254.

exurgindo de *Ser e Tempo* e de *Verdade e Método* uma Metafísica revista e restaurada, em cujo interior o debate sobre a linguagem se desenvolve.

A busca do sentido do ser (a paisagem) por meio de uma investigação ontológico-lingüística é o que marca a Filosofia na atualidade, e não a mera análise daquilo que possibilita e limita essa busca (a janela lingüística).

O fato de haver profundas incursões filosófico-lingüísticas na contemporaneidade não pode fazer-nos olvidar de que, embora a linguagem constitua o ser e, portanto, delimite as possibilidades de conhecimento do ser, é precisamente a investigação do ser que move a Filosofia, e não a sede de desvendar se e como conhecemos, a qual marcou a Filosofia a partir de Kant, mas que encerrou seu ciclo com a ontologia heideggeriana.

Quando a efervescência da pesquisa lingüístico-filosófica houver alcançado seu esgotamento, a busca ontológica do sentido do ser – que é um dos seus existenciais - continuará seguindo seu curso ininterrupto.

A profunda e necessária auto-reflexão que Kant ensejou com a questão transcendental acerca dos limites e possibilidades do conhecimento, e que hodiernamente mereceu uma reformulação lingüística de Apel, realizou e ainda realiza uma tarefa crítica relevantíssima; contudo, após a reformulação da metafísica por Heidegger e Gadamer, não se justifica posicioná-la e, assim, à Gnosiologia, como principal foco do debate filosófico, seja em si mesma, seja mercê de uma sobrevalorização dos estudos lingüísticos que a renovam em outras bases.

Assim como em Heidegger, porém de maneira ainda mais contundente e explícita, a Hermenêutica em Gadamer não se compadece das sistematizações e metodologias – consciente ou inconscientemente inspiradas no método científico cartesiano -, pois a entrada no círculo hermenêutico na busca pelo sentido do ser é um processo impassível de controle e previsibilidade.

Para Gadamer, a compreensão é uma experiência, um evento que, quando tem por objeto um texto, implica um acontecimento dialético onde texto e intérprete se comunicam lingüisticamente. Gadamer dá especial atenção à interpretação de textos, o que de todo assiste aos propósitos do presente trabalho, razão pela qual damos preferência a exemplificar sobre esta modalidade de objeto da interpretação, o que absolutamente não significa desconhecemos que a tarefa hermenêutica é a busca do desvelamento do ser de qualquer ente, seja ou não um texto escrito.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 568-576. v. 1.

A compreensão não é algo que se possa decidir utilizar ou não, trata-se, assim como a linguagem, de um existencial do ser-aí. O intérprete em Gadamer vive, participa da compreensão, que consiste estruturalmente no encontro dialético entre a herança ou tradição do intérprete (pré-compreensão) transmitida na linguagem e a manifestação do sentido da coisa a ser compreendida, também transmitida linguisticamente.

O sentido é ontológico e consiste em um existencial do ser da coisa ou ente interpretado. Logo, o que a coisa ou ente manifesta são significações (ônticas) oriundas desse sentido (ontológico).<sup>53</sup>

O fato de iniciar o processo interpretativo admitindo e identificando a tradição que lhe é inerente não impede o intérprete de perceber o que emerge da própria coisa. Ao contrário, a consciência de sua compreensão prévia acerca do objeto potencializa no intérprete a sensação de perplexidade ante o que surge na análise da coisa que não constava da visão passada pela tradição. Assim, o intérprete reconhece mais facilmente a alteridade quando encara previamente, sem tentar mascará-los, suas opiniões e preconceitos acerca da coisa interpretada. O intérprete que identifica as idéias preconcebidas e opiniões com que parte para a interpretação da coisa pode muito mais facilmente perceber o que é e o que não é uma projeção sua sobre o objeto da interpretação (aquilo que a própria coisa diz de si), pois isso será precisamente tudo o que emergir da coisa que não constava da sua pré-compreensão e que muitas vezes até contraria essa pré-compreensão sobre o objeto.

Essa é precisamente a objetividade da interpretação em Gadamer: é deixar falar a coisa e ouvir o que ela comunica; é o espaço que se concede ao objeto da interpretação para manifestar-se por si só.

O intérprete gadameriano não constrói o objeto, ele procura identificar suas projeções sobre e a coisa e a deixa mostrar-se como é, abrindo espaço para o horizonte significativo da coisa ao manter-se atento àquilo que nela o surpreende e/ou desagrade, bem como ao que confirma suas pré-concepções.

A dialética da fusão de horizontes significativos que se estabelece entre intérprete e coisa na interpretação estabelece o tipo de objetividade possível nesse processo, impedindo possa ser atribuída à Hermenêutica em Gadamer a pecha de induzir ao subjetivismo.

Verifica-se, portanto, que Gadamer reabilita o papel do preconceito no processo do conhecimento, pois não situa o preconceito em oposição necessária à razão como

---

<sup>53</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. . Petrópolis: Vozes, 2004. v. 1.

defendia o racionalismo iluminista.<sup>54</sup> Isto ele faz, porém, menos pelos atributos que ornamentam o preconceito que pela inexorabilidade de sua existência. O pré-conceito, a pré-compreensão, enfim (e numa expressão mais ampla): a tradição é no intérprete, trata-se de fato consumado, de realidade da qual não podemos fugir. O preconceito não pode ser destacado do intérprete nem da linguagem que o veicula, logo, participa indefectivelmente da experiência hermenêutica.

A Teoria Hermenêutica de Gadamer para uma ‘interpretação autêntica’ - expressão cunhada por Heidegger para designar a interpretação que deixa emergir a coisa como ela realmente é – postula que a tradição desempenhe sua tarefa apenas no começo da experiência hermenêutica, oportunidade na qual, pelo contraste com o que a coisa coloca por si mesma, efetivamente pode ser de grande auxílio para a interpretação.

O fenômeno ou experiência hermenêutica encerra o caráter original da conversação e da estrutura da pergunta e da resposta.<sup>55</sup> Gadamer aponta como caminho para a descoberta do horizonte significativo do texto, primeiramente, o reconhecimento, perante ele, dos preconceitos e pressuposições do intérprete a seu respeito, devendo o hermeneuta, em seguida, suspender tais preconceitos e instaurar uma conversação com o texto, procurando identificar as respostas que ele contém e a quais perguntas elas se destinam satisfazer.

As idéias e questões que o intérprete alimente na pré-compreensão sobre o texto devem ceder espaço às idéias e respostas expressadas pelo texto em si. Não se trata absolutamente, porém, de tentar descobrir o horizonte significativo do autor do texto, como sustentaram Schleiermacher, Dilthey e Betti.

A compreensão não é uma transposição psíquica. O horizonte de sentido da compreensão não pode ser limitado nem pelo que o autor tinha originalmente em mente, nem pelo horizonte do destinatário a que foi escrito o texto na origem. [...]. Os textos não querem ser entendidos como expressão vital da subjetividade de seu autor.<sup>56</sup>

A Hermenêutica gadameriana não é reprodutiva do sentido conferido pelo autor da obra, mas sim produtiva, uma vez que sempre resulta da fusão de um horizonte significativo único – o do intérprete em cada caso – com o horizonte significativo do

---

<sup>54</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 416-427. Conforme minudenciaremos mais adiante, esse é um dos pontos sobre os quais Habermas e Apel tecem as mais veementes refutações ao pensamento de Gadamer, pois ambos os filósofos da hermenêutica crítica entendem que Gadamer realiza e preconiza uma aceitação acrítica e incondicionada dos preconceitos, o que resulta no reconhecimento e defesa de um papel autoritário da tradição no processo de compreensão.

<sup>55</sup> Idem. Ibidem, 1997, p. 544.

<sup>56</sup> Idem. Ibidem, 1997, p. 575.

texto.<sup>57</sup> O significado que a cada interpretação o texto (ente) adquire decorre sempre do sentido do seu ser, que é formado pelo conjunto de possibilidades de ser traçadas pela compreensão que ele tem de si.

Gadamer adota as lições de Heidegger quanto ao fato de que o sentido é um dos existenciais do ser composto do conjunto de possibilidade de ser traçadas pela compreensão que esse mesmo ser tem de si, outro de seus existenciais. O ser, por seu turno, não é estático, ao contrário, constrói-se ao longo da existência, de maneira que também a compreensão e o sentido não são estáticos. ‘O que se fixa por escrito desvencilhou-se da contingência de sua origem e de seu autor e liberou-se positivamente para novas referências.’<sup>58</sup>

Dessarte, não há ‘uma’ interpretação correta do sentido do texto de uma norma (extração de um significado único oriundo do seu sentido), como tantas vezes afirmam os juristas de formação positivista, mas sim, dependendo também do existencial da temporalidade – que se traduz no contexto histórico em que o texto da norma está demandando interpretação/aplicação -, várias interpretações do sentido desse o texto (extrações de significados) compatíveis com o existencial da compreensão, ou seja, com o projeto de possibilidades de ser do texto da norma.

O sentido do ser, que é inesgotável, vai sendo desvelado com a utilização do círculo hermenêutico, por intermédio de sucessivas interpretações que o elaboram em formas como significados. Toda a estrutura da compreensão, desde a pré-compreensão até a elaboração em formas na interpretação, é lingüística, pois não há pensamento pré-lingüístico. Aquilo que pode ser pensado, que pode ser compreendido, possui expressão lingüística. Não se trata a linguagem de algo que recai sobre uma coisa após efetuarmos sua compreensão.

Tudo de que nossa mente se ocupa é analisado lingüisticamente desde o primeiro instante que adentra nosso pensamento. Inexiste pensamento pré ou pós-lingüístico. Dessarte, a compreensão ocorre na linguagem, assim como a formação dos horizontes significativos, a construção do mundo do intérprete e a fusão de horizontes significativos.

Portanto, a linguagem não é um instrumento de algo (pensamento) que pode existir sem ela, mas sim o meio, a ambiência, o espaço onde ocorrem o pensamento e a compreensão. Sua função é revelar o mundo e não indicar ou denominar coisas. Como

---

<sup>57</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 203-205.

<sup>58</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 576. v. 1.



assinalou Humboldt, o qual muito influenciou Gadamer, a linguagem confere uma visão de mundo, de maneira que sua função é constitutiva do mundo e não descritiva.

O intérprete não domina a linguagem nem o mundo, não os elabora consoante sua vontade e subjetividade, pois nós é que pertencemos à linguagem. ‘Não possuímos nem controlamos a linguagem, antes a apreendemos e nos adaptamos às suas regras.’<sup>59</sup>

Isto significa dizer que, na interpretação, o intérprete não constrói a coisa que interpreta, como, v.g., um texto. Na verdade, ao proceder à interpretação, o intérprete deve servir ao texto, estar aberto a receber aquilo que o texto comunica, abrindo espaço para o horizonte significativo da coisa texto.

Essa relação mediante a qual o intérprete pertence à linguagem e, portanto, serve ao significado que a coisa (v.g. o texto) comunica na linguagem é denominada por Gadamer como pertença. Conforme Richard Palmer, Gadamer joga com a relação entre ouvir, pertencer e servir que a palavra pertença (*Zugehörigkeit*) evoca, acrescentando que ‘*hören*’ significa dar atenção, ouvir, escutar; ‘*gerören*’ conota pertencer a e ‘*gerörig*’ quer dizer adequado a ou apropriado.<sup>60</sup>

Gadamer sustenta que subjaz, às teorias que preconizam uma interpretação pura, sem o concurso da tradição, o desejo de submeter, dominar o objeto da interpretação, à guisa de lograr uma objetividade na apreensão do significado irrealizável, uma vez que a tradição vive na linguagem e esta não pode ser dissociada do pensamento.

A relação de pertença faz com que o intérprete seja dominado pelo tema que o texto aborda, que sirva a mensagem que o texto expressa. Não nos apropriamos do sentido captado da coisa, mas somos, isto sim, tomados por ele.

O tipo de objetividade que a Hermenêutica gadameriana assegura não passa pelo controle do sentido advindo da coisa. Pode não ser absoluta, mas é uma objetividade real e exequível. A coisa pode manifestar-se consoante o sentido de seu ser, que se decompõe em uma miríade de significações, quer o método científico permita quer não. É respeitando as possibilidades de ser do objeto ao não tentar restringir e determinar artificialmente seu sentido que a Hermenêutica em Gadamer é mais objetiva do que as teorias que se fundam na rígida distinção entre sujeito e objeto, uma vez que se rende à complexidade do objeto, dá-lhe liberdade para expor-se e reconhece as limitações e obstáculos com que buscamos conhecê-lo.

---

<sup>59</sup> PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969, p. 210.

<sup>60</sup> Idem. *Ibidem*, 1969, p. 210-211.

Releva aduzir que Gadamer sustenta serem aplicação e interpretação um e o mesmo momento da compreensão. Com efeito, ele preconiza que a compreensão engloba interpretação, explicação e aplicação. Esse tópico do pensamento gadameriano influencia praticamente a totalidade das teorias interpretativas da Nova Hermenêutica jurídica, pois a simultaneidade da interpretação e aplicação nada mais é que o concretismo.

Aspecto interessante da teoria de Gadamer é a crítica que faz à consciência histórica tal como concebida por Dilthey. Consoante Dilthey, a história e demais ciências do espírito devem ser analisadas por meio de categorias extraídas da própria vida, visto que essas ciências têm por objeto manifestações vitais do homem.

Tais manifestações constituem, para Dilthey, objetificações da vida – como p. ex. um livro, uma batalha etc. – sobre as quais se pode adquirir um conhecimento objetivo, isento de influências do contexto histórico no qual está situado o intérprete. Esse é o ponto da teoria de Dilthey sobre a consciência histórica sobre o qual Gadamer diverge.

Efetivamente, para Gadamer, fora da história não há lugar do qual o homem possa vislumbrar coisa alguma. Não existe ponto de vista humano superior à história. O homem sempre compreende a partir do seu ponto de vista, que é histórico, localizado no tempo e no espaço.

Adotando as concepções de Heidegger sobre a temporalidade do ser humano – decorrente de sua finitude – e sobre a historicidade da compreensão, Gadamer afirma que a compreensão do passado parte da perspectiva histórica presente. Igualmente, o presente só pode ser compreendido pela via da herança (tradição) que o passado nos lega, levando-se em consideração, outrossim, nossa perspectiva de futuro.

A compreensão, portanto, envolve presente, passado e futuro, numa relação de interdependência que consiste na temporalidade da compreensão, responsável por sua historicidade.

Em Gadamer, a compreensão é, em todos os setores do conhecimento, histórica, lingüística e dialética.

A Hermenêutica ontológico-lingüístico-dialética de Gadamer completa brilhantemente a ontologia hermenêutica heideggeriana e realiza o giro ou viragem lingüística da Hermenêutica, que implica num giro lingüístico filosófico, visto que com Heidegger e Gadamer ficou assentado que a Filosofia é Hermenêutica.

Apesar de haver desvelado o caráter ontológico – isto é, de mergulho no sentido do ser – da compreensão, redirecionando a Filosofia – que assim novamente passou a ter como epicentro a Metafísica – a Hermenêutica de Gadamer não prega a total

inutilidade do método científico, e menos ainda da epistemologia, que é sua matriz filosófica. Gadamer simplesmente esclareceu os limites do método, a saber, o de possibilitar a aquisição de certezas no plano ôntico, mas não da verdade no plano ontológico.

A natureza ontológica da compreensão deflui do fato de que ela perquire o ser, busca atingir o sentido do ser do ente. Sua natureza existencial decorre do fato de abranger toda a experiência humana no mundo. O ser humano compreende sempre e a todo instante, voluntária e involuntariamente. O homem compreende porque é, porque existe.

Sendo a compreensão ontológica, e não epistemológica, a Hermenêutica também centra-se na Ontologia e não na Epistemologia (como metodologia das ciências do espírito ou de qualquer outro ramo da ciência). A experiência hermenêutica é impassível de submissão a um método de inspiração baconiana ou cartesiana porque o ser é inesgotável e constrói-se no tempo, não sendo algo estático e imutável.

O ente é o fenômeno do ser, ou seja, consiste na manifestação, no plano ôntico, do ser tal como ele é.<sup>61</sup> A compreensão deve buscar o sentido do ser por intermédio do ente. Somente tendo em mira a diferença ontológica – a distinção entre ser e ente - e dentro da estrutura do círculo hermenêutico é que se pode realizar a compreensão.

Gadamer liberta definitivamente a Hermenêutica e, pois, a Filosofia, do método científico e do tipo de objetividade que ele assegura, demonstrando que o método científico clássico só conduz a verdades já conhecidas. O discípulo de Heidegger, outrossim, enriquece o legado de seu mestre na elaboração da dialética da compreensão, que desenvolve a perspectiva lingüística entrevista por Heidegger, dissecando de maneira incontrastável a estrutura da compreensão, numa espécie de detalhamento do pensamento heideggeriano.

As concepções de Gadamer – como a da identificação entre interpretação e aplicação (interpretar=concretizar), a de que interpretamos partindo de nossa subjetividade e preconceitos, a de que toda interpretação é em alguma medida criativa etc. – foram milimetricamente seguidas, conforme demonstraremos, pela Nova Hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica jurídica, o que revela um fato quase completamente ignorado pela maioria dos operadores do Direito: a estreita relação entre Filosofia (Hermenêutica Filosófica), Hermenêutica Jurídica e Ciência Jurídica.

---

<sup>61</sup> Em Heidegger, fenômeno é aquilo que se mostra tal como é. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. v. 1.

A enorme influência do pensamento de Gadamer sobre o Direito, por intermédio da Nova Hermenêutica constitucional, é uma realidade pulsante, que pode ser mensurada pelo fato de que a repercussão das obras de Apel e de Habermas no âmbito jurídico começou a fazer-se sentir quando esses pensadores questionaram a atitude acrítica perante a tradição (preconceitos, subjetividade, herança cultural) que entendem existir na concepção de Gadamer e de Heidegger acerca da Hermenêutica.

Sem refutações ao cerne de suas concepções, Heidegger e Gadamer foram mais criticados pelas lacunas do que propriamente pelo que efetivamente deixaram como legado filosófico. Realmente, as grandes objeções às suas obras referem-se ao fato de que não esclarecem como garantir a realização de uma interpretação pautada pela busca do sentido do ser.

Seus críticos, todavia, devem atentar para o fato de que, mediante a Ontologia existencial e da dialética da compreensão, Heidegger e Gadamer pretenderam e realmente descreveram como a compreensão adequada acontece. Seu objetivo não foi apontar um critério apto a garantir que a compreensão será efetuada adequadamente.

Em outras palavras, visaram a elucidar os mecanismos da compreensão e não identificar padrões de validade da compreensão realizada, sendo inequívoca a genialidade com que se desincumbiram do objetivo difícil ao qual se dedicaram. A colmatação da lacuna atinente à identificação de critérios de validade ou correção sobre a interpretação empreendida é uma das tarefas a que se propõe a Hermenêutica Crítica, com Apel e Habermas.

## **2.7. Consolidação do giro lingüístico: argumentação, fundamentação e verdade em Apel e em Habermas.**

### **2.7.1 Bases teóricas.**

Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas são dois dos mais importantes filósofos da contemporaneidade. A relevância de suas contribuições para a Filosofia, a Hermenêutica, o Direito, a Sociologia etc. pode ser medida pela influência que seus inúmeros livros, artigos, palestras, seminários e entrevistas exercem no universo acadêmico em todo o mundo. Não é possível, em face da proficuidade e profundidade com que abordam esses temas, etiquetar sua produção como relativa a este ou aquele assunto.<sup>62</sup> Não pretendemos, portanto, nem seria possível nos lindes do presente

---

<sup>62</sup> MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 178-179. v.1. Consoante Mora, as contribuições de Apel para a filosofia dão-se especificamente em matéria de hermenêutica e da crítica da ideologia.

trabalho, apresentar uma reflexão sobre a totalidade da obra desses dois luminares filosóficos.

O objetivo do presente trabalho, contudo, demanda a avaliação da parcela da enorme e valiosa produção acadêmica de ambos atinente especificamente ao desenvolvimento da Hermenêutica, o que houvermos por bem empreender mediante análise conjunta, tendo em vista que a visão de Apel e a de Habermas acerca da Hermenêutica se caracteriza, em linhas gerais, pela concordância em vários pontos, realçada por dissensos que enriquecem e alimentam o debate filosófico. A complementariedade intrínseca de seus estudos em Hermenêutica é facilmente detectável quando verificamos que o pensamento hermenêutico de um é quase sempre descrito e analisado mediante o estabelecimento de um paralelo com o do outro.

Com efeito, Apel e Habermas elaboraram suas concepções acerca da Hermenêutica concomitantemente, em um contexto de diálogo recíproco e fecundo, integrado por outros filósofos mas empreendido predominantemente entre si, donde decorre a necessidade de explicitar as peculiaridades das idéias de um utilizando como referência as do outro.

Seus estudos em Hermenêutica foram elaborados ao longo de décadas de artigos e capítulos de livros nos quais debatem aspectos de vital interesse para o desenvolvimento do tema, sem proceder a uma elaboração sistemática exclusivamente direcionada nesse sentido.<sup>63</sup>

A compreensão do enfoque que Apel e Habermas imprimiram à Hermenêutica requer uma pequena digressão acerca dos dois principais movimentos filosóficos que, se havendo desenvolvido no século XX concomitantemente às suas incursões no tema da Hermenêutica, exerceram inegável influência sobre sua produção nessa área.

Primeiramente, cabe mencionar a repercussão da teoria crítica da Escola de Frankfurt, alicerce sobre o qual Apel e Habermas realizaram sua crítica da Hermenêutica Filosófica.<sup>64</sup> Inicialmente voltada ao estudo do marxismo, a Escola de Frankfurt surgiu com a criação por decreto do Ministério da Educação da Alemanha, em 1923, do Instituto de Pesquisas Sociais, financiado por Felix J. Weil e Friedrich Pollock em parceria com a Universidade de Frankfurt. Em 1924, surge a idéia de uma instituição de pesquisa permanente para documentar e teorizar sobre os movimentos operários na

---

<sup>63</sup> Cf., a respeito da imbricação recíproca e fragmentariedade da produção de Apel e Habermas: CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

<sup>64</sup> Vide BRAGA, Adriana Eufrásio; SILVA, Joan Cristina Rios da. O método crítico de Horkheimer e Adorno. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaire de Oliveira (Org.). **Imaginando erros**. Fortaleza: UFC – Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997, p. 115-145.

Europa, o qual foi denominado Instituto de Investigação Social. Seus maiores expoentes da primeira geração foram Max Horkheimer – cuja filosofia social embasava-se no freudo-marxismo de Reich e Fromm e com quem o instituto adota por programa elaborar uma ‘teoria crítica da sociedade’ – e Theodor Wiesengrund Adorno, do qual Habermas – que fez parte da segunda geração da Escola de Frankfurt - foi discípulo.

A produção científica e filosófica da Escola de Frankfurt, nas suas primeiras décadas, é profundamente marcada pela reação ao autoritarismo nazista que ascendeu ao poder precisamente quando ela se firmava no cenário acadêmico. O ensaio de Max Horkheimer e Theodor Adorno, publicado em 1937, ‘Teoria Crítica e Teoria Tradicional’, revela desde os primórdios a aversão da Escola ao autoritarismo, encerrando uma proposta de oposição a tudo o que escraviza o homem.

Adorno e Horkheimer, que nas décadas de 1940 e 1950 também escreveram em parceria ‘Dialética do Esclarecimento’(1947) e ‘Lições de Sociologia’(1956), centralizam seu pensamento e o da Escola na crítica da dominação do ser humano, passando ambos a ocuparem-se da denúncia dos mecanismos pseudo-libertadores e pseudo-emancipadores gerados pela instrumentalização da razão iluminista, que se propôs libertar o homem da opressão e transformá-lo em senhor de seu destino, mas foi corrompida pelo sistema político-econômico.<sup>65</sup>

Apesar da miríade de posicionamentos filosóficos que tiveram nascimento e amparo na Escola de Frankfurt, que se distinguiu pela independência acadêmica e originalidade de seus integrantes, havia um certo consenso em torno da idéia de que a razão iluminista – leia-se: produção intelectual herdeira do iluminismo - passou a limitar e impedir a emancipação do homem, que não tinha como emergir do torpor provocado pela ideologia de dominação burguesa - cuja construção seguiu-se ao império da racionalidade - e perceber os mecanismos que escravizavam sua consciência e liberdade, sem adotar uma postura crítica sobre a sociedade, suas instituições, sistema econômico, enfim, sobre o contexto histórico no qual estava inserido e interpretava o mundo.

Ponto de unidade da Escola consistia na rejeição da posição imobilista e não questionadora da teoria tradicional – vale dizer, do *modus operandi* comum dos filósofos que não problematizavam os seus próprios fundamentos teóricos -, em prol da adoção de uma atitude crítica, o que implicava inclusive uma crítica do marxismo que

---

<sup>65</sup> WIGGERSHAUS, Rolf. **A escola de Frankfurt** – história, desenvolvimento teórico, significação política. Tradução de Lilyane Deroche-Gurcel. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

lhe servia de base, pois nela imperava sobretudo a idéia de desconstrução de qualquer forma de dogmatismo intelectual.

Esses e outros aspectos frankfurtianos - como a consideração do bem comum um ideal existencial da sociedade, a concepção de que o cientista sofre pressões sociais e oriundas dos poderes constituídos em sua produção, quando deveria, isto sim, gozar de maior independência em suas teorizações, a constatação da instrumentalização da racionalidade para satisfação de interesses econômicos e de dominação - são pilares do pensamento crítico que se refletem diretamente nas obras de Apel e de Habermas, este último considerado o herdeiro intelectual da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt.<sup>66</sup>

O movimento filosófico frankfurtiano, contudo, não foi a única base do pensamento hermenêutico apeliano nem do habermasino. Apel e Habermas construíram suas concepções em Hermenêutica tendo como pano de fundo, outrossim, a reviravolta lingüística operada na Filosofia.<sup>67</sup>

Com efeito, esse acontecimento, denominado por Richard Rorty ‘giro lingüístico’, por Habermas ‘guinada lingüística’ e por Manfredo de Oliveira ‘reviravolta lingüística’, consistiu, em linhas gerais, na invasão da Filosofia pela linguagem.<sup>68</sup> Para seu desenvolvimento, Apel e Habermas contribuíram decisivamente. O giro lingüístico iniciou-se e centraliza-se na ruptura com o padrão de racionalidade que encarava a linguagem como instrumento de mera designação dos objetos, interpretada por Habermas como a substituição do paradigma (ou padrão) de racionalidade da Filosofia da consciência pelo paradigma de racionalidade da Filosofia da linguagem.<sup>69</sup>

A Filosofia da linguagem, desde os estudos pioneiros de Hamann, Herder e Humboldt, evoluiu no sentido da consideração da identidade entre pensamento e linguagem, portanto, da visão da linguagem como condição de possibilidade do

---

<sup>66</sup> BRAGA, Adriana Eufrásio; SILVA, Joan Cristina Rios da. O método crítico de Horkheimer e Adorno. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira (Org.). **Imaginando erros**. Fortaleza: UFC – Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997, p. 115-145. Frisam as autoras com precisão que ‘A teoria crítica de Horkheimer pretende que os homens protestem contra a aceitação resignada da ordem totalitária, emancipando-se da ação impositiva própria dos desmandos reguladores da ordem político-social’(op. cit. p. 131).

<sup>67</sup> CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 317.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 157.

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 412. Cf. a esse respeito, outrossim, OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 345.

conhecimento e como unidade que funde sujeito cognoscente e objeto em uma só estrutura, por constituir tanto um quanto o outro.<sup>70</sup>

Consoante o giro lingüístico, o conhecimento ocorre na linguagem, que integra o ser de quem conhece. O intérprete (sujeito cognoscente) projeta mediante a linguagem toda sua carga de subjetividade sobre o objeto, constituindo-o pelo menos parcialmente com essa projeção, embora possa e deva apreender aquilo que emerge própria e exclusivamente da coisa. Logo, a linguagem revela tanto intérprete quanto coisa interpretada, permitindo ao intérprete conhecer-se e conhecer.

Inexiste, portanto, uma diferenciação absoluta entre sujeito e objeto no processo de compreensão. A linguagem – que possibilita e condiciona o conhecimento do objeto - não admite a interpretação sem projeções subjetivas. Razão, pensamento e linguagem consistem numa e mesma coisa e a descoberta de que não pensamos em algo para depois inserir esse algo em uma designação, em uma moldura lingüística, ou seja, a mudança de paradigma da racionalidade operada pelo giro lingüístico implicou o abandono da concepção ingênua de apreensão do objeto sem nenhuma interferência por parte da subjetividade do intérprete, desconstituindo a rígida separação entre sujeito e objeto.

Heidegger repercutiu com pioneirismo essas descobertas da Filosofia da Linguagem em sua Hermenêutica ontológico-existencial, ao evidenciar que a linguagem é um existencial do ser-aí e não uma terceira coisa que se interpõe entre o ser e o mundo.<sup>71</sup> Para Apel, Heidegger encara a linguagem como ‘um *a priori* ineludível do compreender’.<sup>72</sup> Com Gadamer, que edificou sua dialética da compreensão sobre a ontologia existencial de Heidegger, firma-se a noção humboldtiana de unidade entre pensamento e linguagem, a qual destrói a dicotomia sujeito-objeto. Consoante a Hermenêutica dialética gadameriana, o ser é lingüístico, sendo a linguagem o veículo da tradição dentro do processo dialético da compreensão.

Nada obstante as inúmeras críticas e discordâncias de ambos com relação à Hermenêutica heideggeriana e gadameriana, dentro do projeto de uma abordagem crítico-filosófica, Apel e Habermas seguem o direcionamento filosófico imprimido à

---

<sup>70</sup> CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 28-34. Os estudos de Hamann, Herder e Humboldt iniciam o processo de abandono do modo instrumental de pensar a linguagem adotado pela metafísica clássica, para a qual uma coisa podia ser pensada e, somente em seguida, ter elaborada lingüisticamente sua significação.

<sup>71</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed.. Petrópolis: Editora Vozes, Parte I, 2004, p.218-226.

<sup>72</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 29.



Hermenêutica a partir de Heidegger, dando num certo sentido continuidade à Hermenêutica Filosófica.<sup>73</sup>

Apel e Habermas potencializam o movimento filosófico de reconhecimento do papel vital que a linguagem desempenha no processo de conhecer/interpretar o mundo.<sup>74</sup> Embasaram suas concepções hermenêutico-lingüísticas principalmente em Wittgenstein e no ramo da Semiótica de Peirce consistente na Pragmática, bem como na Teoria dos Atos de Fala de Austin e Searle.

De Wittgenstein adotam principalmente a idéia de que o homem está fadado à comunicação e de que a compreensão humana é um fenômeno intersubjetivo dentro da comunidade de comunicação (real) em que consiste a sociedade.<sup>75</sup>

Da obra de Peirce, Apel e Habermas servem-se, dentre outras lições, da Semiótica em geral e da Teoria Consensual da Verdade. Os estudos de Charles Sanders Peirce sobre os signos lingüísticos, que ele houve por bem designar Semiótica - publicados por seus alunos apenas a partir de 1930, logo posteriormente ao surgimento de *Ser e Tempo* de Heidegger - possuem notável harmonia com a postura heideggeriana acerca da linguagem e em muito influenciaram o giro lingüístico. Conforme a Semiótica de Peirce, todo pensamento é signo; o pensamento é de natureza lingüística, possuindo o homem, portanto, a lingüisticidade em seu ser. Peirce subdivide as relações do signo lingüístico em Sintática (relações dos signos entre si), Semântica (relações dos signos com os objetos) e Pragmática (relações dos signos com seus usuários).<sup>76</sup>

A Pragmática ocupa-se do uso que é feito da linguagem pelos homens, vale dizer, da linguagem como ação, como meio de convencimento e dominação. O contexto de confluência do ideário frankfurtiano com o giro lingüístico, portanto, não poderia resultar em outro direcionamento nos textos produzidos por Apel e Habermas sobre a Hermenêutica que não aquele que os levou à Pragmática.

Uma concepção de Peirce que inspirou sobremaneira os filósofos críticos foi a teorização da comunidade ideal de comunicação, a qual em Peirce, diferentemente da

<sup>73</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 216. Nesse trecho, o autor enfatiza que “algumas das principais bases da filosofia hermenêutica foram aceites” por Habermas e, pois, pela corrente hermenêutica que ele e Apel construíram.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 249. Para o filósofo cearense Manfredo Oliveira, em Apel “a *linguistic turn* atinge um ápice”, pois o grande filósofo de Dusseldorf reconhece nas reflexões sobre a linguagem não uma novidade no âmbito da investigação filosófica, mas sim uma transformação da própria filosofia.

<sup>75</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 212.

<sup>76</sup> COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e da verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 337 e segs.. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 157.

versão que lhe deram tanto Apel quanto Habermas, é integrada apenas pela comunidade científica, mas que, assim como em Apel e em Habermas, serve de parâmetro para a elaboração de regras que depurem a comunicação, combatendo as imperfeições e falhas para viabilizar a construção de um consenso bem informado.<sup>77</sup>

### 2.7.2 Como a crítica à Filosofia Hermenêutica de Heidegger e Gadamer desembocou no Pragmatismo.

Até a década de sessenta do século passado, o debate hermenêutico centrou-se no confronto, de um lado, da idéia de interferência da tradição no processo de compreensão, e, de outro, na concepção da possibilidade de realização de uma interpretação objetiva nos moldes do método científico. Os principais expoentes filosóficos que contrapuseram suas diferentes visões acerca da Hermenêutica, levando-as a transpor a primeira metade do século XX, foram Emilio Betti, continuador das idéias de Schleiermacher e Dilthey, e Hans-Georg Gadamer, discípulo e herdeiro do patrimônio filosófico de Martin Heidegger.

Bleicher, que se refere a esse embate das idéias hermenêuticas como uma contraposição, respectivamente, entre a Teoria Hermenêutica – baseada, em linhas gerais, na concepção da Hermenêutica como Metodologia das ciências do espírito - e a Filosofia Hermenêutica – a qual encara a compreensão como um processo inerente ao conhecimento em geral, logo universal e existencial -, sustenta que tal dissenso deixou esquecido um relevante aspecto da interpretação: a verdade de um texto ou sentido que dela resulte.<sup>78</sup>

Realmente, a busca da objetividade que caracteriza a Hermenêutica em Betti visa primordialmente ao afastamento da carga subjetiva do intérprete no ato de interpretar, ao passo que a Filosofia Hermenêutica de Heidegger e Gadamer almeja prioritariamente descrever o que é o processo de compreensão, qual sua estrutura prévia e como ele efetivamente ocorre - o que implicou o reconhecimento e a reabilitação do papel da subjetividade, da tradição, dos preconceitos nesse processo.

Para a Teoria Hermenêutica, a verdade da interpretação corresponde à visualização do objeto em si, despido de toda e qualquer influência por parte de quem o interpreta. Para a Filosofia Hermenêutica, a verdade decorre da interpretação autêntica,

---

<sup>77</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 212.

<sup>78</sup> *Ibid.*, [s.d.], p. 201.

onde se desvela, ainda que parcialmente, o sentido do ser.<sup>79</sup> A questão da verdade da interpretação em si, e não como conseqüência secundária de um método ou de um processo ontológico-existencial, não foi analisada pela Teoria Hermenêutica e tampouco pela Filosofia Hermenêutica até o surgimento da Hermenêutica Crítica, a qual consiste em um desdobramento da Filosofia Hermenêutica.

É precisamente nesse ponto que começam a se delinear e a se apartar da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e Gadamer as concepções hermenêuticas de Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, resultando em uma corrente filosófico-hermenêutica distinta e fecunda, construída de maneira esparsa em inúmeros artigos, livros, ensaios e teses que, reunidos, constituem a espinha dorsal da corrente do pensamento filosófico denominada Hermenêutica Crítica.<sup>80</sup>

Um dos maiores equívocos de Heidegger apontados por Apel foi conceber a verdade como desvelamento. Com efeito, ao equiparar verdade ao descerramento gradual do sentido, Heidegger confunde desocultamento do sentido com verdade declarativa, separando a constituição do sentido (verdade) da validação do sentido (validade). Citando Tugendhat, Apel alega que de fato o desvelamento do sentido precede e possibilita a verdade declarativa, mas não estabelece nenhuma diferença entre o sujeito e o objeto, pois descobre parcela do sentido e oculta outra parcela de sentidos possíveis da coisa, não permitindo um cotejo com o ser-em-si do ente que demonstre o que é projeção do sujeito e o que é o próprio objeto no processo de compreensão, fornecendo-lhe assim validade.<sup>81</sup>

A verdade declarativa, ao contrário, pode ter aferida sua correção em confronto com o ser-em-si do ente, porque consiste numa asserção acerca dele que pode ser refutada ou justificada (validada). O próprio Heidegger procedeu a uma autocrítica nesse sentido na qual declara que a *aletheia* não equivale à verdade e que essa equiparação foi inadequada.<sup>82</sup> Apel, com base em Tugendhat, demonstra que essa inadequação, além de consistir num erro em si, impede a Hermenêutica heideggeriana de fornecer qualquer distinção entre sujeito e objeto, pois, ao impedir a justificação ou

---

<sup>79</sup> O adjetivo autêntica é utilizado por Heidegger e Gadamer para caracterizar o que entendem como uma interpretação correta. A Filosofia Hermenêutica, a partir de Heidegger, adota o conceito de verdade como *aletheia*. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed.. Petrópolis: Vozes, 2004. v. 1.

<sup>80</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 199 e segs..

<sup>81</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 49.

<sup>82</sup> HEIDEGGER, Martin *apud* APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 49.

refutação do resultado da compreensão, inviabiliza que se distinga claramente entre o que é projeção do intérprete e o que é o sentido que emerge da coisa, apartando artificialmente a constituição do sentido de sua validação (verificação de seu acerto).

O que Heidegger denomina *aletheia* consiste somente na pré-estrutura da verdade, mas não na verdade em si.<sup>83</sup> Para Apel, a verdade requer a possibilidade de ser refutada ou confirmada em cotejo com aquilo a que se refere, com seu conteúdo, o que indefectivelmente só pode ser feito por meio da argumentação, logo, ele a entende como objeto da razão prática, e, pois, como algo impassível de ser alcançado somente por intermédio da razão teórica como, v.g., de teorizações lógicas de índole sintático-semântica.

Gadamer, adotando o conceito de verdade como desvelamento de Heidegger, incorre no mesmo erro, cuja conseqüência mais significativa é o haver traçado as condições de possibilidade do conhecimento (como ocorre a compreensão) mas não as condições de validade do conhecimento (segundo as quais a correção da compreensão realizada pode ser aferida).

[...] não há razão para seguir os passos de Heidegger em sua “virada”, nem tampouco para separar por completo a problemática da constituição e a da justificação em sentido kantiano. Em outras palavras, não se pode considerar que a filosofia transcendental no sentido de Kant deva ser ultrapassada por uma filosofia da sina do ser (Seingeschicks), mas sim que ela deva ser ampliada ou aprofundada no sentido de uma “hermenêutica transcendental”. Com isso, não se deveria recomendar a separação – tida por Gadamer como possível e necessária – entre a questão acerca das condições de possibilidade do Compreender (acentuada no sentido da problemática da constituição) e a questão acerca da justificação metodologicamente relevante dos resultados do Compreender-o-sentido (acentuada no sentido da problemática kantiana da validação).<sup>84</sup>

A separação entre as condições de possibilidade da compreensão e as condições de validade da compreensão não se sustenta no projeto hermenêutico de Apel, que rompe com a Filosofia Hermenêutica em prol da construção de uma hermenêutica transcendental, a qual renova a questão gadameriana de ‘como é possível compreender’ – aplicável a todas as formas de cognição – contudo entendendo simbioticamente ligada a essa primeira pergunta a solução da questão acerca da validade da compreensão efetuada.

Mais que isso, para que a pergunta sobre a possibilidade do Compreender possa ser respondida é preciso que se indique um critério de diferenciação entre o Compreender (Verstehen) adequado e o “Compreender mal”. (...) as constatações de Gadamer sobre o que “sempre ocorre” quando se entende

<sup>83</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 50.

<sup>84</sup> Idem. *Ibidem*, 2000, p. 51.

pressupõem tacitamente que se trata dos pressupostos do Compreender adequado – e portanto elas estariam no mínimo incompletas.<sup>85</sup>

Habermas igualmente desaprova a relutância de Gadamer em trazer à luz critérios que permitam distinguir a compreensão correta da incorreta, derivada da incompatibilidade absoluta que o discípulo de Heidegger entende existir entre experiência metódica e experiência hermenêutica.<sup>86</sup>

Relativamente à compreensão em si e não à sua validação, Habermas aponta reprovadamente a posição exacerbadamente superior, acima da crítica racional, em que a Filosofia Hermenêutica situa a tradição, a partir de Heidegger, numa reafirmação genuína da autoridade sobre a razão.<sup>87</sup> Concomitantemente a Apel, ele lança luzes sobre o desprestígio que a Hermenêutica lingüístico-dialética de Gadamer vota à razão em favor da autoridade da tradição, aduzindo que Gadamer não preconiza nenhuma reflexão crítica acerca daquilo que a tradição faz emergir sobre a coisa na pré-compreensão. A razão do intérprete é colocada em uma posição de inferioridade, comprimida entre o que é projetado pela tradição (que em Gadamer não é alvo de uma abordagem crítica da razão, isto é, não objeto de questionamento) e aquilo que a própria coisa comunica. Ao deixar tão pouco espaço a uma reflexão crítica, Gadamer revela uma faceta conservadora e, particularmente com respeito à supremacia da autoridade da tradição sobre a razão do intérprete, dogmática.<sup>88</sup>

Reproduzindo a análise crítica de Habermas sobre a Hermenêutica gadameriana, particularmente a respeito da atitude reprovadora que Habermas assume quanto à reafirmação gadameriana da autoridade da tradição aliada à indiferença perante as manipulações que esta sofre em virtude de contingências políticas e econômicas, Bleicher aduz que:

O diálogo referido por Gadamer à fim de ilustrar a dialética entre passado e presente na articulação que o indivíduo tem de si mesmo e do seu mundo, não precisa ser aberto. Ao conferir aos processos hermenêuticos uma base ontológica, Gadamer é levado a menosprezar os factores políticos e econômicos que podem limitar drasticamente o horizonte de alguns ou de todos os participantes.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 52-54.

<sup>86</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 219.

<sup>87</sup> Idem. Ibidem, [s.d.], p. 219-220.

<sup>88</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 55-56. v. 1.

<sup>89</sup> BLEICHER, Josef. Op. cit., [s.d.], p. 220-221.

Na verdade - e o próprio Bleicher faz essa contemporização - a relação que Gadamer entende existir entre linguagem e realidade é especulativa (alusiva a *speculum* ou espelho), consoante a qual tudo o que existe no plano real se reflete na linguagem, inclusive as relações econômicas e de poder, de sorte a não ser possível para a Hermenêutica gadameriana conceber influências externas à linguagem na interpretação.

Para Gadamer, portanto, as contingências econômicas e políticas que interferem na interpretação estão inclusas na tradição, a qual é veiculada pela linguagem.

Embora não vejamos contradição ou defeito grave na Hermenêutica gadameriana por tratar a tradição como um complexo unitário, o especial relevo que Habermas confere às influências econômicas e políticas contribui grandemente para a evolução da Hermenêutica, visto que o papel das estruturas econômicas e de poder na interpretação não somente são mais determinantes do que os demais componentes da tradição, como laboram diversas vezes contra a liberdade e dignidade do ser humano.

A Hermenêutica Crítica prestou um grande serviço ao desenvolvimento da Hermenêutica e, portanto, da Filosofia, ao evidenciar o equívoco da aceitação pura e simples da tradição, sem problematização do papel das forças políticas e econômicas na sua formação, pois tais forças muitas vezes laboram contra o ideal de emancipação do homem ao distorcer a realidade em prol do prevailecimento indevido dos interesses de uma ou algumas camadas da sociedade sobre os interesses da maioria.

A Hermenêutica Crítica, conforme já mencionamos, parte das elaborações teóricas da Filosofia Hermenêutica, mas as refuta em vários pontos, com base principalmente no materialismo histórico marxista e na Psicanálise. A historicidade da compreensão, herança de Dilthey também adotada por Heidegger e Gadamer, é um dos pontos de partida da Hermenêutica Crítica, cujas discordâncias e ressalvas à Filosofia Hermenêutica visam claramente a aperfeiçoá-la e não a retroceder a uma posição pré-heideggeriana, como intentou Betti, cuja visão hermenêutica não possui seguidores dignos de registro no panorama atual.

O pensamento hermenêutico de Apel, assim como o de Habermas, direciona-se para uma investigação das raízes empíricas subjacentes à interpretação, das influências que sobre ela exercem as condições econômicas de sua realização, da interferência sobre a compreensão da ideologia do sistema capitalista, problematizando esses pontos como causa de possíveis distorções na interpretação.

[...] a hermenêutica crítica procura as causas da compreensão e da comunicação distorcidas que actuam a coberto de uma interação aparentemente normal. [...] Ao sintetizar os processos explicativos e interpretativos espera-se que seja possível demonstrar aos agentes sociais a razão de pensarem o que pensam, de poderem estar errados e de confundirem

o que poderia ser corrigido. Como modelo para essa tarefa, Apel, Habermas e Lorenzer valem-se da psicanálise, já que é aqui que a “distorção do sentido” é interpretada em face de toda a história da vida de um paciente e em referência a um sistema teórico que pode servir para explicar o aparecimento de doenças específicas.<sup>90</sup>

A Hermenêutica Crítica debruça-se sobre a interpretação já empreendida, procurando confrontá-la com as razões – econômicas, políticas, sociais etc. - que determinaram o intérprete a pensar desta ou daquela maneira, atribuindo a tal especulação a denominação de ‘crítica da ideologia’, a qual parte da premissa de que a pré-compreensão e a compreensão em si podem estar viciadas por imposições do sistema político e da estrutura social, que se impõem arbitrariamente ao intérprete, impedindo-o de emancipar-se, de pensar e agir livremente.

Digna de menção é a crítica de Bleicher à crítica da ideologia, sintetizada no seguinte questionamento dirigido aos filósofos que a engendraram e encetam: ‘como justificam a sua própria posição e a pretensão de que sabem melhor?’<sup>91</sup> A resposta é simples: justificam sua posição mediante as normas éticas do discurso, as quais, conforme veremos, não induzem tais filósofos a achar que pensam ou que sabem melhor.

Realmente, contrariamente ao entendimento de Bleicher, a crítica da ideologia é formulada sem o vício do dogmatismo ou do elitismo. Seus idealizadores preconizam, isto sim, como uma das regras do discurso, a possibilidade de qualquer ser humano capaz de comunicação de posicionar criticamente, desde que aduza argumentos racionais (inclusive em sentido diametralmente oposto ao deles) sem apelação à mendacidade, às falácias ou a pressões de qualquer natureza.

Escapou a Bleicher com tal observação que, em virtude da base lingüística da Hermenêutica Crítica, a racionalidade e o conhecimento nela são tidos como intersubjetivos, ou seja, são o fruto do discurso empreendido na comunidade de comunicação. A verdade, para os filósofos críticos, é a resultante do consenso obtido na mesma comunidade. Nessa ordem de idéias, não há pretensão de superioridade porque a racionalidade não é solipsista, não se pauta na relação sujeito-objeto, consistindo numa proposta de busca da verdade no seio da comunidade de argumentação, na qual todos podem ingressar em condições de igualdade.

A Filosofia Hermenêutica embasa-se na historicidade da compreensão, que atinge todos os seres humanos e chega, mesmo ideologicamente, à interpretação. Não existe

---

<sup>90</sup> Idem. Ibidem, [s.d.], p. 202-203.

<sup>91</sup> Idem. Ibidem, [s.d.], p. 203-204.

ponto de vista superior à história e, pois, à ideologia dominante em um determinado espaço, período de tempo, e segmento social.

Indubitavelmente, embora a crítica da ideologia não colida com essas concepções da Filosofia Hermenêutica – que também procura identificar os elementos ideológicos existentes na compreensão para mitigá-los - a idéia da Hermenêutica Crítica de problematizar por meio da crítica da ideologia, dentre outros aspectos ideológicos, especificamente as pressões econômicas, sociais e políticas que direcionam a linguagem e a comunicação, consiste em um aprimoramento valioso.

Relativamente ao condicionamento da interpretação por fatores econômicos, a base teórica marxista da hermenêutica crítica – oriunda da Escola de Frankfurt - faz-se sentir de modo acentuado.

Consoante a crítica da ideologia, é necessário questionar as influências que corrompem o discurso, a comunicação, assegurando assim a emancipação social pela via da libertação do pensamento.

A ideologia, no contexto do sistema capitalista, apresenta uma descrição ilusória de uma forma de existência social que se caracteriza, na verdade, pelo domínio de um estrato sobre o outro. Agindo sob a influência do “conhecimento falso”, os membros da classe subjugada podem subordinar os seus interesses à continuação de um sistema social injusto, que pode ocultar as suas contradições através do véu das explicações pseudo-científicas e apelos emotivos a uma entidade mítica, ou “ideal cultural” (Freud).<sup>92</sup>

Realmente, a crítica da ideologia almeja – desvendando, dentre outros recursos, com auxílio da Psicanálise, as causas da adoção dessa ou daquela via interpretativa não condizente com a realidade – tornar transparente as influências que determinam a interpretação incorreta e, assim, neutralizá-las, permitindo ao intérprete realizar – livre de coações e engodos – a compreensão do mundo e a tarefa de construção do bem comum. A possibilidade de o intérprete não empreender a compreensão desvinculado de armadilhas ideológicas e pressões coativas impostas sobre sua consciência passa a fazer parte das considerações acerca da compreensão.

A Hermenêutica Crítica insurge-se contra todas os eventuais entraves do sistema à liberdade de compreensão, contra os mecanismos de deturpação da realidade, distinguindo o ‘agir conscientemente intencionado’ do ‘comportamento coativamente ocasionado’.<sup>93</sup> A esse respeito, Apel propõe ao intérprete suspender por algum tempo a interação lingüístico-dialética entre tradição e *interpretandum* (coisa interpretada), que

---

<sup>92</sup> Idem. Ibidem, [s.d.], p. 226.

<sup>93</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 61-62. v. 1.



caracteriza a compreensão, em prol de uma reflexão sobre as influências coercitivas que tal interação pode estar sofrendo por parte da ideologia dominante.

Conforme Habermas, as forças que induzem à compreensão incorreta agem precisamente sobre a comunicação, criando obstáculos aos processos comunicativos, cuja conseqüência mais nítida é a formação de consensos falsos ou incorretos na situação de fala. O projeto crítico hermenêutico assenta-se sobre bases pragmáticas porque a Pragmática permite uma imersão na relação dos falantes com os signos lingüísticos, e, assim, uma análise ampla e profunda da comunicação.

É na Pragmática – ramo da Semiótica dedicado ao estudo das relações dos signos com seus usuários - que ocorre a fala, a argumentação.

O ato de dizer, de comunicar algo, é o ato de fala, do qual a Pragmática se ocupa por consistir no ramo da Semiótica que estuda o uso que fazemos da linguagem, vale dizer, que estuda a linguagem como ato de dizer, ou seja, ação voltada a uma finalidade.

Em Heidegger, temos os pressupostos da compreensão, dentre os quais a linguagem. Apel, desenvolvendo a lingüisticidade da compreensão, fornece os pressupostos do aspecto pragmático da linguagem - onde reputa residirem os pressupostos lingüísticos da compreensão. Segundo Ernildo Stein, temos em Apel ‘as pressuposições do ato de dizer, do pragmático’.<sup>94</sup>

Consoante a Teoria dos Atos de Fala, de Austin e Searle, os atos de fala possuem dupla estrutura, a proposicional (relativa às palavras, expressões, frases e orações utilizadas na fala) e a performativa (atinente à ação que praticamos ao falar, ou seja, ao comportamento em que consiste o ato de fala).<sup>95</sup> Quem se comunica só pode negar que argumenta proposicionalmente (no plano das palavras), mas não performativamente (no plano da ação), pois a ação de negar que argumenta é uma argumentação. Logo, o discurso ou argumentação é precisamente o elemento intrascendível para quem é capaz de se comunicar, de quem tem, conforme Habermas, competência comunicativa.

Utilizando a estrutura performativa dos atos de fala, Apel, conforme explicitaremos adiante, elabora os pressupostos lingüísticos da compreensão.

O giro lingüístico trouxe como conseqüência proeminente o estabelecimento de uma nova forma de razão: a razão comunicativa. Se antes se focava a relação sujeito-objeto, hodiernamente o foco incide sobre as relações entre linguagem e mundo,

---

<sup>94</sup> STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 51.

<sup>95</sup> CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 319.

sentença e estado de coisas, sempre em um contexto de intersubjetividade.<sup>96</sup> Não se concebe mais o exercício da razão como tarefa singular, pertinente ao sujeito cognoscente, mas sim como algo coletivamente desempenhado dentro da comunidade comunicativa.

Mesmo quando refletimos isoladamente, agimos lingüisticamente, vale dizer, na linguagem, que consiste numa herança que recebemos da comunidade comunicativa em que estamos inseridos, de maneira que nosso pensamento é possibilitado e condicionado por esse elemento a um só tempo inerente ao ser humano e coletivamente construído, que é a linguagem.

Logo, a superação do solipsismo na interpretação do mundo, isto é, na busca do conhecimento, consiste em conseqüência da reviravolta lingüística. A construção do conhecimento, depois do giro lingüístico, passa a ser concebida dentro de uma relação comunicativa intersubjetiva. A constituição do sentido do ser (sempre parcial) é uma experiência da comunidade comunicativa, e não a descoberta de um intérprete isolado da comunidade de intérpretes em que consiste a sociedade.

Em Apel, e também em Habermas, a mudança de paradigma da racionalidade havida na Filosofia, que impôs o fim da dicotomia sujeito-objeto, não induz a uma racionalidade subjetiva, solipsista, mas sim a uma racionalidade intersubjetiva, pois aceitam a tese da racionalidade comunicativa, ou seja, de que a compreensão e o desvelamento do sentido do ser ocorrem por intermédio da argumentação ou discurso dentro da comunidade de comunicação.

O conhecimento humano se revela como a compreensão comunicativa (capítulo VIII) em que os sujeitos fazem propostas que são pretensões de validade e com isso se abrem à possibilidade e à necessidade de um esclarecimento crítico do direito destas pretensões, o que deve conduzir à formação de consenso, ou seja, a uma praxis intersubjetiva que se efetiva pela satisfação argumentativa destas pretensões de validade. [...] A razão comunicativa abre assim espaço para estabelecer entre os seres humanos uma relação interpessoal baseada na cooperação, portanto sem domínio e violência.<sup>97</sup>

No lugar da racionalidade pautada na consciência do homem isolado que atinge o conhecimento e garante sozinho sua validade perante si e perante o mundo, evoluímos para uma racionalidade embasada na argumentação, no discurso acerca de um tema, que leva ao desvelamento do sentido do ser ao buscar o consenso em torno desse mesmo

---

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 345 e segs..

<sup>97</sup> CIRNE-LIMA, Carlos R. V.; OLIVEIRA, Manfredo Araújo *apud* COSTA, Reginaldo. **Ética do discurso e da verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. xvii-xix.

discurso em uma comunidade comunicativa, configurando esse consenso tanto objetivo quanto critério de validação do discurso.

Segundo Apel, Peirce ‘postula como sujeito uma comunidade real’ e ‘não concebe o conhecimento como uma função da consciência’ mas sim ‘como um processo real e histórico de interpretação’.<sup>98</sup>

A reviravolta lingüística deixou assentado que a compreensão é um processo paulatino de assimilação de idéias sustentadas nos discursos racionais, de argumentações voltadas à produção de consenso sem coerção e sem deturpações ideológicas da realidade. Racional, nessa ordem de idéias, é aquilo que é defendido mediante de argumentos – isentos de pressões, falácias e mentiras - perante uma comunidade de intérpretes, decorrendo a validade das idéias expostas e defendidas por intermédio desses argumentos do consenso porventura obtido.

Entramos, com a Hermenêutica Crítica e o giro lingüístico, na era da racionalidade intersubjetiva lingüístico-pragmático-consensual ou, simplesmente, racionalidade intersubjetiva pragmático-consensual, visto que a Pragmática integra a Filosofia da Linguagem como um dos ramos da Semiótica, sendo redundante portanto utilizar os adjetivos lingüístico e pragmático conjuntamente para predicar o tipo de racionalidade a que nos reportamos.

### 2.7.3 As teorias consensuais da verdade e a fundamentação filosófica última.

Concordes quanto ao fato de que Heidegger e Gadamer equivocaram-se ao fornecer apenas as condições de possibilidade da compreensão, mas não as de validade do processo hermenêutico, Apel e Habermas, no âmbito do pragmatismo, elaboraram teorias do discurso onde procuram suprir essa lacuna, descrevendo quais os pressupostos do discurso - suas condições *a priori* -, por entenderem que assim estariam identificando os pressupostos lingüísticos da compreensão.

Como pressupostos do discurso, Apel e Habermas procuraram desvendar seus elementos transcendentais - vale dizer, aquilo que, na situação de argumentação que visa ao consenso livre de pressões, não é acidental nem contingente, mas sim que é indefectível e imutável. Nessa empreitada, expõem a existência de novos elementos presentes no processo de compreensão e procuram estabelecer o que deve ocorrer para que a compreensão tenha validade, a saber, as regras éticas do discurso e a observância de seus comandos.

---

<sup>98</sup> APEL, Karl-Otto *apud* COSTA, Reginaldo. **Ética do discurso e da verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 55.

Quem argumenta, diz Apel, pressupõe que existe verdade e que o parceiro de sua argumentação é capaz de chegar ao conhecimento da verdade. Isso significa dizer que a argumentação pressupõe sempre uma comunidade de argumentantes. Mesmo o pensador solitário só pode explicitar e testar seus argumentos na medida em que internaliza um diálogo possível com uma comunidade potencial de argumentação.<sup>99</sup>

O discurso, a defesa de pontos de vista por meio de argumentos, decorre da própria interação humana e, quando visa à obtenção de um consenso desvinculado de pressões e enganos, vale dizer, um consenso racional, baseado apenas na prevalência do melhor argumento, segue algumas regras. Se a argumentação é o elemento intrascendível da compreensão, as condições *a priori* da experiência hermenêutica (de busca do conhecimento) são as condições da argumentação.

Para Apel, a argumentação adquire o *status* de *a priori* e representa um estágio irretrocedível; nos casos em que há a presença de conflitos, o recurso utilizado para a solução dos mesmos é a apresentação dos diferentes pontos de vista mediante argumentos racionais. Na base desse processo estão certos princípios da argumentação que devem ser aceitos por todos os participantes da comunidade de comunicação.<sup>100</sup>

A Teoria Consensual da Verdade, ou da verdade como fruto do consenso dentro da comunidade de comunicação, decorre da genialidade de Peirce, mas foi notavelmente desenvolvida por Apel e por Habermas.<sup>101</sup> Com efeito, as teorias da verdade de Apel e Habermas inspiram-se na Teoria Consensual da Verdade e na Semiótica de Peirce, assim como na idéia da indefectibilidade da argumentação de Wittgenstein, conforme a qual não há compreensão sem argumentação, sem um diálogo pelo menos interno.

A teoria da verdade apeliana possui a peculiaridade de pretender consistir na fundamentação filosófica última. Desde que a hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer pacificou o entendimento em torno da historicidade do homem e da compreensão, a Filosofia não mais encetou nenhuma tentativa séria de fundamentação última do real. Passou-se a considerar impossível a elaboração de uma fundamentação última e unificadora da realidade por entender-se que isso significaria negar a temporalidade humana, sua finitude e perspectiva necessariamente histórica, logo limitada, de sua compreensão do real. O exacerbamento dessa posição gerou teorias relativistas e céticas acerca das possibilidades da razão humana. A Pragmática

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 281.

<sup>100</sup> CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 324.

<sup>101</sup> COSTA, Reginaldo. **Ética do discurso e da verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 359 e segs.; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2006, p. 171 e segs..

transcendental de Apel busca resgatar a razão dessa crise, fornecendo uma fundamentação filosófica última da realidade.<sup>102</sup>

Conforme o paradigma da Filosofia da consciência, o intérprete apreende isoladamente e nada projeta sobre o objeto da interpretação, utilizando em seguida a linguagem apenas para designar aquilo que já pensou. Consoante o paradigma da Filosofia da Linguagem ou da compreensão lingüística, a interpretação é intersubjetiva, consistindo numa experiência não somente lingüisticamente mediada, mas fruto da argumentação coletivamente desenvolvida na linguagem, na qual o intérprete dialoga com uma comunidade de intérpretes para lograr apreender o sentido do objeto.

Partindo da superação – mediante o reconhecimento da linguagem como *medium* da compreensão, que constitui o ser do intérprete e da coisa interpretada, fundindo-os numa unidade - do paradigma da Filosofia da consciência ou da subjetividade pelo paradigma da compreensão lingüística, Apel sustenta que quem interpreta o mundo e produz conhecimento argumenta para defender suas teses, o que pressupõe um jogo público de linguagem, vale dizer, um diálogo com uma comunidade a quem almeja convencer. Aquele que argumenta, ainda consoante Apel, julga-se capaz de verdade.

Hans Albert – seguindo a tradição de identificar fundamentação com dedução lógico-formal - demonstrou a impossibilidade de uma fundamentação filosófica última sem um regresso ao infinito, pois, se algo sempre deriva de outro algo, essa sucessão jamais terá fim.

Apel supera essa limitação, ao afirmar que fundamentação não se confunde com dedução lógico-formal. Para Apel, o equívoco de todos os que tentaram em vão ocupar-se da questão da fundamentação filosófica final foi tentar encontrá-la no nível sintático e semântico da linguagem, mediante o esquema de dedução de algo a partir de algo, pois apenas no nível pragmático da linguagem podemos encontrar a fundamentação última do conhecimento, visto que no aspecto sintático e no semântico as asserções não são avaliadas como ação ou ato de fala.

A missão da Filosofia, conforme Apel, é fornecer uma fundamentação última para todo o conhecimento, mas, para fazê-lo sem incorrer em um *regressus ad infinitum*, a Filosofia necessita romper com o modelo dedutivo de fundamentação, inspirado na lógica formal, e desenvolver uma fundamentação reflexiva por meio do princípio da não-autocontradição performativa.

---

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 249-292.

Consoante Apel, o ato de fala pode resultar em uma contradição performativa – vale dizer, pode configurar a ação negada proposicionalmente pelo ato de fala. A contradição performativa, quando presente, serve como critério para identificar o que não pode ser negado, logo, o que é universalmente verdadeiro e, por conseguinte, o que consiste num pressuposto transcendental ou condição *a priori* da argumentação.

Nesse ponto, Apel dá seguimento à Filosofia transcendental de Kant, que também buscava as condições de possibilidade e validade do conhecimento, portanto, sua fundamentação última. Contudo, enquanto Kant empreendeu sua investigação dentro do paradigma da racionalidade subjetiva (paradigma da Filosofia da consciência ou da relação sujeito-objeto), Apel - graças ao giro lingüístico filosófico - efetua sua busca dentro do paradigma da racionalidade intersubjetiva. O sujeito transcendental de Kant cede lugar na Filosofia transcendental de Apel à comunidade dos sujeitos argumentantes.<sup>103</sup>

Conforme o princípio da não-autocontradição performativa, que estabelece a fundamentação transcendental reflexiva, quem nega que a argumentação é o fundamento último da produção e aquisição de conhecimento está argumentando, logo, contradizendo-se performativamente, pois a ação que pratica por intermédio de suas palavras (argumentação) contradiz o sentido formal (sintático-semântico) dessas mesmas palavras (que negam a argumentação).

Com efeito, sintática e semanticamente, a declaração ‘não argumento quando busco ou exponho meus conhecimentos, logo a argumentação não é fundamento para o conhecimento’ não possui contradições, apenas no nível pragmático, quando comparamos a forma (as palavras, frases e orações) com a ação em que implicam – inegavelmente uma argumentação, fundamentando que a argumentação não é fundamento – é que se evidencia a contradição (performática, ou seja relativa à performance, à ação de quem fala).

Consoante o princípio da não-autocontradição performativa, aquilo que não puder ser negado sem autocontradição performativa por parte de quem nega – ou seja, sem que a negação proposicional implique a prática da ação que se nega - consiste numa verdade transcendental.

As verdades transcendentais são universais. Em face da impossibilidade de sua negação sem que se caia em contradição performativa, sua fundamentação remete à ação relativa à sua negação. Dessarte, as verdades transcendentais são dotadas de um

---

<sup>103</sup> CENCI, Elvi Miguel. **A reflexão ética de Karl-Otto Apel.** In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 318 e segs..

modelo reflexivo de fundamentação: a fundamentação reflexiva ou reflexão transcendental.

Nessa ordem de idéias, pelo princípio da não-autocontradição performativa, Apel liberta a fundamentação do esquema lógico-dedutivo e institui a argumentação em si (suas condições de realização) como fundamento último da compreensão, portanto, do ato de conhecer.

Se a aquisição do conhecimento ocorre na linguagem por meio de um discurso interior ou exteriorizado com uma comunidade ideal em busca do consenso (paradigma intersubjetivo da racionalidade), a argumentação é seu elemento transcendental, imanente, indefectível, sendo portanto seu fundamento último. As verdades transcendentais que emergem do princípio da não-autocontradição performativa na argumentação constituem condições de possibilidade e validade de toda e qualquer argumentação.

A teoria do discurso de Apel afirma existir, na pré-estrutura da Hermenêutica transcendental, um acordo intersubjetivo apriorístico entre as partes em um discurso, pois:

[...] estamos condenados a priori a um acordo intersubjetivo, mesmo que apenas cada um, isoladamente, esteja obrigado a entender-se no mundo e a chegar, em razão desse “pré-entendimento” (Vorverständnis) a conhecimentos válidos sobre as coisas e sobre a sociedade.<sup>104</sup>

Peirce denomina a comunidade de argumentantes onde ocorre tal acordo *indefinite community* e a concebe integrada por todos os seres capazes de comunicar-se, ou seja, de expressar-se com sentido inteligível e de compreender o sentido expresso pelos demais componentes do grupo.

Para Apel, quem compreende coloca-se numa situação de diálogo e discurso com uma comunidade ideal, pautada por regras inerentes ao próprio ato de dialogar, de expor razões visando à obtenção de consenso racional em torno de uma idéia.<sup>105</sup> Tais regras compõem uma espécie de ética do discurso, pois constituem as normas necessárias à obtenção de um consenso livre, corretamente alcançado, apto ao atingimento da verdade - a qual deriva de um consenso interpessoal ou intersubjetivo obtido livre de pressões e coações.

Sob a perspectiva formal, as verdades transcendentais ou condições *a priori* do discurso – que integram a ética do discurso - fundamentam-no enquanto tal, ao passo

<sup>104</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 69. v. 1.

<sup>105</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 70.

que o discurso ou argumentação em concreto fundamenta a compreensão realizada. Nessa ordem de idéias, conforme Apel, as verdades transcendentais, pressupostos ou condições *a priori* da argumentação são as condições de validade do discurso e (portanto) da compreensão, bem como e conseqüentemente, o fundamento último do conhecimento.

Habermas discorda de Apel quanto à possibilidade de fornecimento de uma fundamentação última para o conhecimento. Embora também afirme a existência das verdades transcendentais da argumentação, denominado-as verdades universais do discurso (incluída aí a busca do consenso), entende impossível e inútil uma fundamentação última do conhecimento com esteio nessas verdades universais ou condições de validade da argumentação (e da compreensão). Nesse tópico, a Hermenêutica de Habermas converge com as teorias falibilistas de Karl Popper e Hans Albert, visto que aplica o princípio da falseabilidade aos postulados da Pragmática transcendental.<sup>106</sup> Para Habermas, a fundamentação última teórica deve ceder lugar a uma verificação empírica, caso a caso, dos pressupostos da argumentação.

Para Manfredo Araújo Oliveira, essa posição de Habermas revela, além de ambigüidade, uma clara confusão entre a compreensão concreta, que é empiricamente verificável, e a teoria filosófica dessa compreensão. Colocando-se contra a possibilidade de a Filosofia fornecer a fundamentação última do conhecimento, Habermas alinha-se aos que não vêem diferença epistemológica essencial entre Ciência e Filosofia.<sup>107</sup>

Para Apel, a Filosofia deve ocupar-se dos pressupostos irrefutáveis da argumentação enquanto tal, trabalhando com enunciados que embasam os enunciados verificáveis, falseáveis, razão pela qual entende que Habermas encontrou, nas verdades (transcendentais) universais do discurso, a fundamentação última filosófica do conhecimento conferida pela Pragmática transcendental, mas não soube diferenciar os enunciados da Pragmática transcendental dos enunciados empíricos formulados com esteio neles, propugnando por isso que se busque em concreto, na verificação empírica,

---

<sup>106</sup> De acordo com o falibilismo ou falseabilidade de Karl Popper, as teorias devem subsistir apenas enquanto não verificada sua falha. Em outras palavras, para comprovação de uma teoria não se deve buscar confirmá-la, mas sim falseá-la, sendo certo que, enquanto não se lograr provar sua falsidade, elas remanescem, mas sempre em caráter transitório. Hans Albert nega a possibilidade de uma fundamentação última estabelecendo o princípio do falibilismo ilimitado. A Pragmática transcendental de Apel, como tentativa de elaboração de uma fundamentação filosófica última, coloca-se frontalmente contra o pensamento de Popper e Albert. Cf. a esse respeito: MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 282-284. Para Apel, o falibilismo popperiano aplica-se apenas à ciência, não à filosofia. Cf. CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 321.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 284 e segs..



a fundamentação para os pressupostos ou condições *a priori* de validade da argumentação.

Assentado pelo giro lingüístico que a apreensão de sentido, a compreensão, ocorre no discurso, na argumentação, Habermas, procura identificar as regras que presidem a elaboração de toda e qualquer argumentação racional, como normas para consecução do conhecimento. Assim, toma como escopo reconstruir as condições universais e necessárias da compreensão, enfeixando-as sob a denominação de pragmática universal. Habermas, ao contrário de Apel, não quis lançar mão do adjetivo transcendental, marcadamente kantiano, para caracterizar as normas implícitas que postula existir em todo discurso racional, substituindo-o por ‘universal’, sem com isso estabelecer uma negativa da transcendentalidade dessas regras.<sup>108</sup>

A Pragmática universal de Habermas compreende a Teoria da Ação Comunicativa, a Teoria da Competência Comunicativa e a Teoria Consensual da Verdade.

A Teoria da Ação Comunicativa postula a preeminência da dimensão pragmática da linguagem – aquela que se ocupa das relações dos signos lingüísticos com seus usuários – sobre a dimensão semântica – que estuda as relações dos signos com os objetos que representa -, pois é na Pragmática que se desenrola a ação comunicativa, o ato de comunicar-se, de verberar sentido. Vale frisar que, das ações comunicativas, Habermas ocupa-se somente das de natureza lingüística, desprezando as não verbalizadas.<sup>109</sup>

Por intermédio da Pragmática, Habermas entende a razão comunicativa como capaz de realizar a síntese entre o histórico e o transcendente, o particular e o universal, pois ela une a possibilidade de avaliação dos objetos da experiência (mundo da vida) e das condições transcendentais do discurso que tematiza esses objetos da experiência, superando a teoria da verdade como correspondência da Metafísica Clássica e o relativismo que nega qualquer possibilidade de verdade além da verdade de cada um, vale dizer, além da verdade particular e contingente de cada intérprete.<sup>110</sup>

Em virtude das regras (pressupostos ou condições *a priori*) universais do discurso racional, a razão comunicativa apresenta um elemento transcendental, ou seja, comum às ações comunicativas e ao processo de compreensão da realidade, fornecendo um elemento unificador.

---

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 137.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 321.

<sup>110</sup> Idem. Ibidem, 1996, p. 334-348.

As normas ou verdades universais do discurso permitem, em concreto, a análise da validade da miríade de concepções sobre a realidade presente, passada e futura, viabilizando à Pragmática agregar também o elemento histórico, contingente, provisório da compreensão, pois possuem uma feição eminentemente formal. A Pragmática universal, portanto, mediante o conjunto de regras éticas do discurso, possibilita à razão comunicativa unificar o conhecimento – pois aplica sempre os mesmos critérios de aferição de sua validade - sem deixar de considerar a historicidade da compreensão.

Nesse sentido, a Pragmática universal de Habermas representa uma das mais sólidas tentativas de resgate do elemento transcendental unificador do conhecimento, impedindo o império do relativismo que nega qualquer possibilidade de verdade universal e duradoura.

A Pragmática universal de Habermas – ao agregar à Filosofia Hermenêutica critérios para verificação da validade da compreensão - responde afirmativamente à velha pergunta kantiana sobre a possibilidade de conhecimento objetivo, não se podendo sustentar sobre seus postulados nenhuma defesa de interpretação subjetivista ou voluntarista da realidade.

Considerando competência comunicativa a capacidade de domínio de um sistema de linguagem, ou seja, a capacidade de expressar-se com sentido inteligível e de apreender as expressões de sentido manifestadas por outrem, Habermas, mediante a Teoria da Competência Comunicativa, objetiva identificar o que permite transformar uma sentença (conjunto de signos lingüísticos) em um proferimento pragmático (expressão de um sentido dentro de um contexto), ou seja, o que possibilita transmutar uma mera sentença em um ato de fala propriamente dito, visto que o ato de fala possui estrutura proposicional (relativa aos signos) e performativa (relativa à ação que praticamos ao falar).

A Teoria da Competência Comunicativa procura reconstruir o sistema de regras mediante o qual elaboramos nossos atos de fala. Nessa parte de sua Pragmática universal, Habermas embasa seu pensamento na Teoria dos Atos de Fala, de Austin e Searle, integrantes da Escola de Oxford, que, além de identificar a dupla estrutura (proposicional e performativa) dos atos de fala, distingue sentença de enunciado. De acordo com esta teoria da Escola de Oxford, sentenças são as expressões lingüísticas com sentido completo ou unidades lingüísticas mínimas, ao passo que enunciados (que

Habermas denomina ‘proferimentos’) são sentenças contextualizadas e, pois, unidades pragmáticas de fala.<sup>111</sup>

A Teoria da Competência Comunicativa consubstancia, outrossim, a distinção habermasiana entre ação comunicativa e discurso. Ambos pretendem transmitir sentido, contudo a primeira se caracteriza por conter afirmações não problematizadas, não questionadas, aceitas ingenuamente no diálogo ordinário, ao passo que o discurso versa acerca de pretensões de verdade problemáticas, que são questionadas e demandam por isso uma justificação.<sup>112</sup> Perelman também reputa a argumentação racional como instância para solução de controvérsias, de problemas complexos e não para a comunicação de idéias e sentimentos pura e simplesmente.<sup>113</sup>

No nível do discurso, Habermas sustenta ser possível justificar racionalmente não só as proposições sobre os objetos da experiência – que ele denomina ‘fatos’ – como igualmente as proposições que encerram julgamentos de valor e normas, sendo esse um dos pontos mais inovadores de sua pragmática universal, o qual nos remete inapelavelmente à teoria consensual da verdade.

Ao tecer sua crítica às teorias clássicas da verdade, notadamente à Teoria da Verdade como correspondência entre um enunciado e a realidade, Habermas afirma que os objetos da experiência que compõem a realidade, ou seja, aquilo sobre o que os enunciados versam, são coisa distinta do enunciado efetivamente formulado. Em outras palavras, Habermas diferencia os objetos da experiência daquilo que afirmamos sobre eles e designa os enunciados sobre os objetos da experiência de ‘fatos’, ao mesmo tempo em que identifica na confusão entre fatos e objetos da experiência o cerne do equívoco da Teoria da Verdade como correspondência.<sup>114</sup>

Realmente, para que possamos verificar a verdade do enunciado por sua correspondência à realidade, é necessário que aquilo que ele contém – o fato – seja algo no mundo, pois só assim haveria correspondência com o real. Ocorre que o fato não é a coisa, mas sim o que se diz acerca dela. Enquanto as coisas ou objetos da experiência podem ser testemunhados, vistos, ouvidos etc. os fatos (aquilo que dizemos sobre as

---

<sup>111</sup> Idem. Ibidem, 1996, p. 294-297.

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 121-123.

<sup>113</sup> PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>114</sup> Devemos à tradição kantiana a problematização dos limites de conhecimento da realidade. Consoante o pensamento transcendental de Kant, o intérprete não conhece o mundo como ele é, mas apenas nos lindes que sua consciência limitada permite.

coisas) dependem para ser não de sua existência no mundo – que não é concreta -, mas sim do enunciado.

Fatos (aquilo que dizemos sobre algo) só existem por causa dos enunciados, não havendo como aferir sua equivalência à coisa no mundo que tematizam. Acresce que essa eventual correspondência do fato enunciado à realidade só pode ser explicitada mediante proposições, o que mais uma vez comprova não haver saída do plano lingüístico para a realidade em si.

Ora, a teoria tradicional da verdade confunde objetos e fatos, pois pressupõe que uma proposição verdadeira corresponde a um fato, isto é, ela concebe o fato como correlato de uma proposição, portanto, como algo real no mundo.<sup>115</sup>

Nessa ordem de idéias, Habermas preconiza que apenas uma Teoria Consensual da Verdade pode enfrentar o problema da verdade satisfatoriamente, pois não se embasa em uma pretensa percepção extralingüística do real. Segundo a Teoria Consensual da Verdade de Habermas:

Eu só posso atribuir um predicado a um objeto se também qualquer outro que puder entrar num diálogo comigo atribuir ao objeto o mesmo predicado. A fim de distinguir as proposições falsas das verdadeiras, eu me refiro ao juízo dos outros – de todos os demais com os quais pudesse estabelecer um diálogo (com o que incluo, contrafactualmente, todos os interlocutores que eu pudesse encontrar se o histórico de minha vida fosse coextensivo com aquele do gênero humano). A condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais.<sup>116</sup>

De acordo com ela, só posso atribuir um predicado a um objeto quando qualquer outro, que pudesse dialogar comigo, também o pudesse aplicar. Portanto, para distinguir sentenças verdadeiras e falsas é necessária a referência ao julgamento dos outros, a saber, ao julgamento de todos os outros com os quais eu poderia dialogar. A condição de verdade das sentenças é o acordo potencial de todos os outros.<sup>117</sup>

Como frisa Alexy, ao atribuir o *status* de verdade à fundamentação apta a produzir o consenso, Habermas transfere da questão da verdade do âmbito da Semântica para o contexto da Pragmática, fazendo a verdade depender da fundamentação e não esta depender da verdade.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 313.

<sup>116</sup> HABERMAS, Jürgen *apud* ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 119.

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 310.

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 121.

Embora seja óbvio que o consenso descrito na Teoria Consensual de Habermas é inatingível, a referida elaboração teórica não se perde na utopia e na inutilidade, como poderiam supor críticos mais afoitos. Com efeito, vale para a Teoria Consensual de Habermas a leitura de Apel acerca da Teoria Consensual de Peirce como idéia reguladora. Dessarte, o consenso de todo o gênero humano pretendido por Habermas deve ser encarado como ideal a regular os consensos reais e provisórios que se pode obter no plano concreto.<sup>119</sup>

A concordância de todos ou consenso, porém, não é apenas inatingível. É igualmente insuficiente para garantir a validade desde que fundado, por exemplo, em coerção ou engano.<sup>120</sup> Apenas o consenso racional, vale dizer, embasado em uma argumentação racional, pode configurar a verdade. A racionalidade da argumentação ou discurso exige que seus participantes adotem uma postura racional, o que significa dizer que a racionalidade do discurso (e do consenso eventualmente obtido) depende do respeito a algumas regras de comportamento durante seu desenvolvimento. Ao conjunto dessas regras de conduta discursiva – verdades universais ou condições *a priori* da argumentação - Habermas denomina ética do discurso.

Habermas elabora sua teoria consensual da verdade no sentido de que o consenso capaz de garantir a verdade depende da observância na argumentação de todas as normas éticas do discurso, o que converte a referida argumentação numa situação ideal de fala. O consenso racional de todos os participantes só pode ser obtido no contexto de uma situação ideal de fala, pois somente no plano ideal se pode visualizar o respeito à totalidade das normas éticas do discurso, as quais viabilizam uma comunicação onde apenas a força do melhor argumento atua. A situação ideal de fala descrita por Habermas aproxima-se grandemente da teorização de Perelman sobre o auditório universal.<sup>121</sup>

Está implícita na Teoria Consensual da Verdade e na ética do discurso habermasiana a ampliação da razão empreendida pelo giro lingüístico, que, por meio do Pragmatismo, retirou da razão teórica o monopólio da produção de conhecimento. A investigação dos limites e possibilidades da razão prática como instância da racionalidade foi imensamente enriquecida, dentre outras teorias, pela Nova Retórica, de Chaim Perelman, cuja idéia central – adotada pela Teoria Consensual da Verdade e

---

<sup>119</sup> COSTA, Reginaldo. **Ética do discurso e da verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 364-365.

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., 2005, p. 127.

<sup>121</sup> PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34-50.

pela ética do discurso de Habermas – é precisamente a de que normas morais e juízos de valor (universo no qual se incluem obviamente as decisões judiciais e prescrições em geral) podem ser elaboradas e fundamentadas racionalmente.

A noção de que proposições relativas a juízos de valor, como normas morais ou jurídicas, e decisões judiciais podem ser racionalmente elaboradas no âmbito da razão prática (por meio da argumentação), embora inovadora, não é tão problemática quanto a de que a elas possa ser atribuída verdade.<sup>122</sup> Conforme McCarthy, a Teoria Consensual da Verdade de Habermas, ao postular que se pode atribuir verdade aos juízos de valor sobre os quais se forme um consenso racional, adota um conceito amplo de verdade.<sup>123</sup>

Habermas encara o discurso sob o prisma performativo, vale dizer, sob o ponto de vista da ação, valorizando sobremaneira a liberdade e igualdade dos participantes na argumentação. A situação ideal de fala, mediante a depuração procedida pelas regras éticas da argumentação, filtra do discurso a coação, a ideologia, enfim, as distorções da comunicação em geral.

Segundo Habermas, todo ato de fala encerra uma pretensão de validade, ou seja, uma pretensão de que o seu conteúdo expresse verdade. Conforme seja o tipo de ato de fala, essa pretensão genérica de validade assume um significado distinto. Da pretensão geral à validade, Habermas, aplicando-a aos diversos tipos de atos de fala, faz derivar as demais pretensões.

Primeiramente, cabe mencionar a pretensão de validade que é comum aos atos de fala, qual seja, a pretensão à intelegibilidade, segundo a qual quem participa de um discurso quer ser compreendido.

Nos atos de fala descritivos (que procuram reproduzir o mundo exterior, os objetos da experiência) a pretensão geral à validade equivale a pretender verdade como objetividade, ou seja, fidelidade na reprodução do objeto.

Nos atos de fala representativos ou expressivos (dos sentimentos ou pensamentos de quem fala), a pretensão geral à validade manifesta-se como pretensão à veracidade, isto é, pretensão de expressar-se com sinceridade.

Nos atos de fala regulativos ou normativos, gênero ao qual pertencem as normas morais e jurídicas (abstratas como as leis ou concretas como as decisões judiciais),

---

<sup>122</sup> Kelsen sustenta que normas jurídicas podem ser ditas válidas ou inválidas, mas sobre elas não podemos afirmar veracidade ou falsidade. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.228-232.

<sup>123</sup> MCCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Tradução de M. Jimenez. Madrid: Tecnos, 1987, p. 360.

pretender genericamente validade equivale a pretender correção, que implica a pretensão de poder fundamentar racionalmente a elaboração da norma.<sup>124</sup>

Logo, as regras éticas universais ou indefectíveis do discurso, consoante Habermas, podem ser traduzidas em quatro pretensões: pretensão de intelegibilidade (quem fala almeja ser compreendido); pretensão de verdade como objetividade (quem fala almeja reproduzir com fidelidade os objetos que descreve); pretensão de veracidade (quem fala deve usar de sinceridade); e pretensão à correção (quem fala deve poder fundamentar racionalmente aquilo que diz).

Todas as pretensões reunidas estão abrangidas pela prefalada pretensão geral de validade, que significa pretender expressar verdade, adotando-se aqui o conceito amplo de verdade identificado por MacCarthy na Teoria do Discurso habermasiana.

Geralmente, o discurso nasce da problematização das pretensões de verdade/objetividade e de correção. A pretensão de intelegibilidade é absolutamente inafastável da comunicação, não podendo ser problematizada, ao passo que a pretensão de veracidade não pode ter sua problematização discursivamente equacionada, visto que somente as atitudes de quem fala podem atestar se ela existia ou não.

Dentro da situação ideal de fala, o falante agrega ao conteúdo proposicional do ato de fala pelo menos duas de quatro pretensões implícitas de validade, quais sejam as pretensões de intelegibilidade mais uma, que pode ser a de veracidade, a de correção e/ou a de verdade/objetividade.<sup>125</sup>

Os atos de fala que consubstanciam normas jurídicas (abstratas ou concretas), v.g., pretendem inequivocamente intelegibilidade e correção, o que implica pretender fazer-se entender e pretender que seu conteúdo seja fundamentável racionalmente.

A situação ideal de fala – que prima outrossim pelo direito de todos os participantes do discurso de aduzirem seus argumentos livres de pressões, em condições de respeito mútuo e igualdade -, assim como o consenso ou concordância de todos, também configura uma idéia reguladora, um ideal a ser perseguido pelas situações de fala concretas.

Segundo Habermas, as normas fundamentais do discurso racional definidas pela situação ideal de fala não são pressupostas só nos discursos, mas também subjazem nas pretensões de validade feitas no agir cotidiano. Por isso, Habermas sustenta que qualquer um que esteja em uma relação

<sup>124</sup> BERTEN, A.. **Filosofia social**: a responsabilidade social do filósofo. Tradução de Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004, p. 71-74.

<sup>125</sup> Idem. Ibidem, 2004, p. 72-74. Cf. também: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

comunicativa de qualquer tipo já pressupõe a situação ideal de fala, ainda que se desvie faticamente de seus postulados. A isso só se pode subtrair quem se excluir de todo tipo de relação comunicativa.<sup>126</sup>

A diferença reside em que, quando não há questionamento das pretensões de verdade/objetividade ou correção, os atos de fala estão no plano do agir comunicativo. Já em havendo a referida problematização na comunicação, passa-se para o plano do discurso. As pretensões ou regras éticas do discurso, todavia, fazem-se presentes tanto na ação comunicativa simples quanto no discurso propriamente dito.

Logo, as normas do discurso racional são os pressupostos da ação comunicativa e do discurso, seus elementos *a priori*, presentes inclusive no âmbito da argumentação jurídica. Apesar das fortes objeções que a Teoria Consensual da Verdade enfrenta, principalmente pelos que interpretam seu caráter de ideal intangível a ser buscado nas ações comunicativas em geral e no discurso em particular como uma utopia, Alexy aponta diversos aspectos que demonstram a relevância e utilidade dessa elaboração teórica no panorama atual.<sup>127</sup>

Com efeito, a Teoria do Discurso e da Verdade Consensual de Habermas desincumbe-se não somente da tarefa de traçar as condições ideais da comunicação, as regras éticas do agir comunicativo em geral, mas também instiga a investigação sobre os limites e possibilidades da argumentação racional concreta atingir esse ideal, contribuindo para uma depuração do processo de comunicação/compreensão.

Um mérito da teoria consensual da verdade de Habermas que não pode ser desprezado é a regra geral de fundamentação decorrente da pretensão de correção, presente, por exemplo, nos atos de fala de conteúdo normativo. Realmente, consoante essa regra geral, todo falante deve, se lhe for pedido, fundamentar o que afirma ou fornecer razões bastantes para negar a fundamentação.

Na hipótese da enunciação de uma norma, o princípio da fundamentação traduz-se na possibilidade de ela ser racionalmente fundamentada, se tal for requerido, não se concebendo que deva ser aceita por todos sem fundamentação ou por um simples argumento de autoridade, e menos ainda por coação.

Qualquer um deve ter em qualquer momento o direito de poder exigir a comprovação discursiva de qualquer norma. Não é admissível uma norma que exclua isso. Esta norma é discursivamente impossível. Uma importante

---

<sup>126</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 136-137.

<sup>127</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 138-140. Robert Alexy discorre acerca das objeções de Luhmann à teoria consensual da verdade de Habermas, mas não filia-se a ela, preconizando uma complementariedade entre ela e a teoria dos sistemas de Luhmann.



contribuição desta teoria é que ela pode fundamentar a inadmissibilidade de normas desse tipo.<sup>128</sup>

Analisando a Pragmática universal, Alexy aduz, especificamente acerca da aplicabilidade da Teoria do Discurso e da Teoria Consensual da Verdade de Habermas ao Direito, o seguinte:

Às vezes, aponta-se que em muitas deliberações práticas não se pode obter nenhum consenso adequado, como, especialmente, no caso da decisão de um órgão judicial, que deve ocorrer dentro de certo prazo. Mas, no tocante a situações como esta, a teoria consensual oferece resultados consideráveis. Ela torna explícita a pretensão que também estas deliberações levantam. Também aqui se busca um resultado correto ou justo. A teoria deixa, outrossim, claro que estas discussões estão também determinadas pelas normas fundamentais do diálogo racional. Portanto, as regras da argumentação racional formam um instrumento de crítica destas deliberações; as formas de argumento elaboradas por Habermas são apenas, de um modo rudimentar, um meio de análise das fundamentações ali realizadas. [...] Finalmente, pode-se pensar que uma decisão feita dentro de um prazo predeterminado pode continuar sendo discutida. Isto acontece, por exemplo, com a discussão das decisões judiciais na Ciência do Direito.<sup>129</sup>

A Teoria Consensual da Verdade, de Habermas, em conjunto e no âmbito da Pragmática universal habermasiana, alcançou pelo menos o desvelamento de alguns dos mecanismos e regras necessários para a fundamentação de decisões e normas, o que em si já representa um avanço considerável.

Malgrado a prefalada divergência com Apel acerca da possibilidade fundamentação última, seja sustentando a possibilidade de uma fundamentação filosófica última seja refutando-a, tanto Apel quanto Habermas apontam a argumentação ou discurso como a instância da racionalidade, como palco onde ocorrem o desvelamento do sentido e a interpretação aptos ao atingimento do consenso e, por meio deste, da verdade.

Sobre a possibilidade de racionalidade, especificamente em Direito, Habermas posiciona-se da seguinte forma:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.<sup>130</sup>

Conceituando segurança jurídica, a exemplo de Alexy, como a limitação que vincula o discurso jurídico às normas jurídicas em vigor, Habermas - afastando preliminarmente a possibilidade de fundamentação racional com base no direito natural, que consoante ele 'simplesmente subordinava o direito vigente a padrões

<sup>128</sup> Idem. Ibidem 2005, p. 145.

<sup>129</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 148-149.

<sup>130</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** - entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247. v. 1.

suprapositivos’ –, elenca as três opções teóricas para equacionamento da questão da racionalidade jurídica: a Hermenêutica, o realismo e o positivismo jurídico.<sup>131</sup>

Embora possa parecer bizantina para a maioria dos operadores do Direito, a questão da racionalidade do discurso jurídico é o ponto nodal da Hermenêutica e de qualquer teoria da argumentação. A razão busca conhecer a verdade. Quando for possível garantir um discurso jurídico racional – ou seja, isento de posturas estratégicas, pressões, argumentos ideologizados etc. – estaremos mais próximos de vislumbrar a verdade através do Direito. O discurso jurídico racional é capaz de apreender os fatos com a maior fidedignidade possível e de extrair o direito mais condizente com o ordenamento jurídico e a realidade em causa.

O tema é absolutamente fascinante e paralelo àquele de que ora tratamos, pois efetivamente quem almeja analisar qualquer tipo de interpretação realizada – como a interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação – visa precisamente a aferir a racionalidade do discurso jurídico empreendido nessa interpretação, esclarecendo em que medida se pautava por uma avaliação adequada dos fatos e do Direito aplicável e em que medida se aparta da racionalidade, deixando-se corromper por elementos ideológicos contrários à ideologia dos textos jurídicos em vigor, por preconceitos e visões parciais que dificultam a visualização clara do contexto fático, por posturas estratégicas, pressões econômicas, políticas etc..

O resultado da análise de Habermas acerca das três opções teóricas para equacionamento da questão da racionalidade jurídica, a saber, a Hermenêutica, o realismo e o positivismo jurídico, desemboca na Hermenêutica e na sua Teoria das Regras da Ética Discursiva, cuja repercussão sobre a Nova Hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica jurídica explicitaremos no próximo capítulo<sup>132</sup>.

## **2.8. O nexó entre o giro lingüístico-filosófico e a Hermenêutica Jurídica: o Pragmatismo como Metodologia interpretativa para os casos difíceis.**

Kant preconizou com pioneirismo a idéia da ‘perspectiva pragmática’, segundo a qual se aplicariam conhecimentos gerais (racionais) para fins práticos de orientação ética na condução da vida.<sup>133</sup> Para Kant, existem ‘leis práticas absolutamente

---

<sup>131</sup> Idem. Ibidem, 1997, p. 247.

<sup>132</sup> No capítulo 3 veremos que Alexy também aposta em normas formais do discurso jurídico para garantia de sua racionalidade, partindo das teorizações de Habermas e elaborando suas próprias regras em seguida.

<sup>133</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 61

necessárias' - decorrentes todas do princípio da moralidade - mediante as quais a razão regula a vontade.<sup>134</sup>

Charles Sanders Peirce - que designa 'Semiótica' seus estudos em Filosofia da Linguagem relativamente aos signos lingüísticos -, profundamente influenciado por Kant, introduziu o termo pragmatismo em sua Semiótica para definir a vertente do estudo dos signos lingüísticos que se ocupa das relações dos signos com seus usuários, ou seja, que analisa como e com que propósitos a linguagem é utilizada pelos seus usuários para influir na vontade de outrem, investigando, outrossim, como e em que medida essa utilização (a comunicação) é bem-sucedida no propósito de repercutir na vontade e, pois, nas vidas dos usuários da linguagem, lançando os alicerces da vertente do pragmatismo que embasa as contribuições de Apel e de Habermas no terreno da Hermenêutica.<sup>135</sup>

Conforme explicitado anteriormente, o Pragmatismo, mercê da Hermenêutica crítica, é o setor da Semiótica em torno do qual gravita a Hermenêutica na atualidade.

O compromisso com a obtenção do sentido que emerge da coisa - e não com a justificação do sentido que o intérprete atribui à coisa – configura a meta que sempre orientou a Hermenêutica e que foi renovada na contemporaneidade em sólidas bases, mediante a intersubjetividade e a pretensão de correção das modernas teorias do discurso.

Com sua Teoria da Ação Comunicativa, Habermas burila a razão prática, vale dizer, a parcela da razão composta pelas normas que devem necessariamente regular a vontade, transmutando-a em razão comunicativa, fundada sobre o caráter inelutavelmente comunicativo (voltado ao consenso, ao acordo mútuo) das relações sociais. Para tanto, utiliza a comunicação como meio para interpretação/legitimação do direito.

Em Habermas, apenas o discurso racional – ou seja, aquele que observa os pressupostos discursivos formais necessários para que se imponha o melhor argumento - permite agregar satisfatoriamente faticidade (positividade) e validade (legitimidade), satisfazendo assim as exigências de segurança jurídica e correção.

Em suma, Habermas permite vislumbrar mais concretamente a racionalidade existente no âmbito da razão prática, ao qual pertencem o Direito e a Moral. Ao extrair

---

<sup>134</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 571-573.

<sup>135</sup> É mister frisar que o pragmatismo é um grupo de correntes filosóficas, no âmbito das quais a obra de Peirce integra o pragmatismo anglo-norte-americano, juntamente com F. C. S. Schiller, William James, John Dewey e George Herbert Mead. Cf. MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 573-577.

da razão prática a razão comunicativa, Habermas amplia o âmbito da racionalidade, permitindo ao Direito uma fundamentação racional pragmática.

Consoante analisaremos no capítulo seguinte, o pragmatismo marca profundamente o pensamento jurídico nos países dotados de sistemas jurídicos baseados na *Common Law* e ampliou de modo crescente seu espectro de influência, até alcançar a Ciência Jurídica nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, a partir da reintrodução da tópica no Direito por Viehweg com sua obra *Tópica e Jurisprudência*.<sup>136</sup>

No âmbito do Pragmatismo que informa a Nova Hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica jurídica, iniciada com a Tópica de Viehweg, desenvolveram-se teorias indiretamente discursivas como as de Muller, de Haberle etc. e outras que assumem uma ligação mais profunda e declarada com as teorias filosóficas do discurso, adotando a denominação de teorias da argumentação, como o a Teoria da Argumentação, de Perelman, e a Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy.<sup>137</sup>

A estrutura e a fisiologia dos sistemas jurídicos que seguem a *Common Law* favorecem sobremaneira a utilização do pragmatismo. Os sistemas jurídicos seguidores da *Civil Law*, ao contrário, resistiram longamente ao influxo da razão prática, principalmente em virtude da excessiva vinculação que alimentaram desde o iluminismo com a razão teórica, pautada inclusive pelo desprestígio e desconfiança com relação à retórica e à construção jurisprudencial do Direito. Hodiernamente, todavia, não há dúvidas a respeito da repercussão do pragmatismo em ambos os sistemas jurídicos. A revolução hermenêutica operada no âmbito da *Civil Law*, por intermédio da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional, é a prova inequívoca de que o influxo do Pragmatismo é atualmente um denominador comum a todos os sistemas jurídicos.

Como conseqüência do cientificismo e do positivismo filosófico, reações à unificação filosófica do conhecimento que exaltavam a autonomia e superioridade do

<sup>136</sup> Utilizamos as expressões *Civil Law* e *Common Law*, a exemplo de Mauro Cappelletti, para designar, respectivamente, os sistemas jurídicos fundados sobre o direito legislado e codificado – dos quais podemos citar o Brasil, a França, a Alemanha, e muitos países da europa continental - e os sistemas jurídicos fundados sobre o direito jurisprudencial, nos quais a técnica do precedente judicial tem papel fulcral – dos quais são exemplares os sistemas vigentes na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>137</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça, 1979. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

conhecimento científico, estimulando a crescente subdivisão da razão em áreas artificialmente estanques, o Direito foi estruturado pelo positivismo jurídico, no âmbito da *Civil Law*, como ciência independente das demais, como um fim em si mesmo.

Dessa situação decorreu um distanciamento insustentável entre Direito e realidade. O Direito perdeu sua finalidade instrumental de realização das potencialidades sociais positivas, de correção de distorções sociais e distribuição de justiça, passando a figurar apenas como uma fonte de resolução formal de litígios, limitada em sua abrangência e esvaziada em seu conteúdo.

A causa próxima da penetração do movimento pragmático, no âmbito da *Civil Law*, foi a crise que se instaurou quando o positivismo levou a dogmática a tentar desincumbir-se de uma tarefa superior às suas forças: a de ser o Direito e sê-lo autonomamente, vale dizer, desvinculada da Ética, da Sociologia, da Psicologia, mas resultou na degradação da condição humana – como comprovam as experiências jurídicas nazi-facistas na Europa embasadas em seus postulados.

A causa remota da guinada do Direito rumo à Pragmática – no âmbito da *Civil Law*, vale dizer, nos países de tradição jurídica romano-germânica como o Brasil – foi precisamente a influência do giro lingüístico filosófico na Ciência Jurídica, que, afinal de contas e apesar do ideário positivista, não existe somente para si e tampouco de *per se*.

A invasão da hermenêutica e, pois, da Filosofia pela (Filosofia da) linguagem, que assumiu contornos definidos e escala ascendente a partir de Heidegger, repercutiu sobre o Direito, fazendo emergir do descrédito e do opróbrio sua dimensão argumentativa, que os antigos denominavam pelo (atualmente pejorativo) termo ‘retórica’.

A denominada viragem ou giro ontológico, promovida principalmente por Heidegger e Gadamer na Hermenêutica trouxe também o multicitado giro lingüístico-filosófico - iniciado por Humboldt, Herder e Hamann -, em cujo interior figuras proeminentes da Filosofia da Linguagem como Peirce e Wittgenstein fizeram do Pragmatismo o elo de ligação entre Filosofia, Ciência e realidade para reaver o papel da Filosofia e da Ciência na evolução da humanidade, retirando-as do diletantismo e da especulação sem propósito.<sup>138</sup>

O Pragmatismo na Hermenêutica é uma tendência que busca a aproximação com a realidade para promover o resgate das promessas de emancipação do ser humano, colocando a razão em sintonia com os anseios de modificação ou manutenção da realidade em prol da libertação do homem de todas as formas de opressão.

---

<sup>138</sup> CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 28-43.

Particularmente a vertente do Pragmatismo integrada pela Hermenêutica Crítica de Apel e de Habermas é comprometida com essa tarefa, pois encerra o ambicioso projeto de superar a Filosofia Hermenêutica, descrevendo uma metodologia – o discurso – e os critérios de validação – as regras éticas do discurso – para aferição e controle de sua racionalidade.

A Hermenêutica crítico-filosófica de Apel e Habermas procura, dessarte, complementar a Filosofia Hermenêutica de Heidegger e Gadamer, adicionando-lhe critérios de controle e verificação da correção da interpretação efetuada para evitar a realização de interpretações subjetivistas e/ou voluntaristas que obstaculizem a visão da realidade, findando por violar a liberdade de pensar e agir do ser humano e impedir sua emancipação.

O Direito foi estruturado durante séculos para efetivar regras. Quando os princípios tiveram reconhecida sua normatividade, passando sua concretização a integrar as metas da Ciência Jurídica e da Hermenêutica Jurídica, a necessária reestruturação metodológica do Direito daí advinda, para absorção do Pragmatismo, causou reações históricas contra a falta de previsibilidade das decisões, a enunciação de significados contidos implicitamente nas normas constitucionais principiológicas, utilização de critérios metajurídicos de interpretação etc.

Dentre elas, talvez a mais importante, e com certeza a mais fecunda, foi a de Schmitt que - embora embasada em um desconhecimento ou em uma leitura equivocada dos fundamentos filosóficos da Hermenêutica Clássica tanto filosófica quanto jurídica, da Nova Hermenêutica filosófica (que engloba Filosofia Hermenêutica e Hermenêutica Crítica) e da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional - possui o mérito de haver lançado luzes sobre muitas falhas das teorias interpretativas da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional (que assumiu deliberadamente a pauta de realização da parcela axiológica do fenômeno jurídico para aproximação com a realidade e emancipação do homem), propiciando um aprimoramento orientado pela busca do sentido que emerge do objeto da compreensão.

Após a derrocada nazista, paralelamente às correntes interpretativas que buscaram construir uma jurisprudência orientada para a concretização dos valores contidos no ordenamento jurídico em detrimento do comando literalmente insculpido na norma jurídica, como reação à barbárie instaurada na Alemanha sob o manto da juridicidade positivista no período da 2ª. Guerra Mundial, teve início uma forte reação a essa abertura interpretativa que primava pela normatividade dos princípios.

Realmente, Carl Schmitt, que antes da ascensão e queda nazista já se insurgira contra o método integrativo de interpretação constitucional de Rudolf Smend, inaugura, no contexto da tentativa de restauração axiológica da jurisprudência alemã, uma profícua crítica ao largo espaço concedido ao subjetivismo e ao voluntarismo pelas correntes interpretativas que defendiam a realização dos valores pelo Direito como meta prioritária, colocando nas mãos da judicatura um poder igualmente absoluto de dizer quais os valores albergados pelo sistema jurídico e como deveriam ser concretizados em cada caso.

Posteriormente, Ernst Forsthoff, discípulo de Schmitt, reitera as teses deste, imputando responsabilidade à Teoria dos Valores da Corte Constitucional Alemã pela ‘dissolução do rigor conceitual em um palavreado inócuo’, pela preeminência da magistratura sobre a legislatura e pela violação ao princípio da separação de poderes.<sup>139</sup>

Houvessem Schmitt e seus seguidores atentado para o fato de que o novo escopo assumido pelo Direito não poderia ser realizado mediante a utilização da metodologia interpretativa positivista nem por meio de qualquer outra metodologia apta exclusivamente à efetivação de normas-regra, teriam se poupado de despender valiosos recursos intelectuais na apologia da utilização exclusiva dos mecanismos savignyanos de interpretação, direcionando suas críticas para o aprimoramento dos meios interpretativos de efetivação das normas-princípio, aperfeiçoamento este, aliás, que constituiu o verdadeiro e importante efeito das críticas à denominada jurisprudência axiológica alemã.

Em vez de agir como viúvos do positivismo e do monopólio da razão teórica, os juristas da atualidade devem assumir uma genuína postura científica, voltada a investigar e aprimorar a razão prática e seus mecanismos como instância complementar na busca do conhecimento, pois não há mais como retroceder ao estágio anterior da história, no qual a linguagem era tida apenas como meio para designar algo já conhecido, no qual se acreditava existir uma rígida separação entre sujeito e objeto do conhecimento, no qual se garimpavam fórmulas abstratas para em seguida justapô-las à realidade, no qual a retórica e a lógica informal não eram encaradas como instrumentos da ciência, mas sim relegadas à mesma condição inferior das crendices e superstições.

Friedrich Müller, em acurada análise sobre o posicionamento de Forsthoff, embora reconheça algum mérito em sua crítica à jurisprudência axiológica, bem como a necessidade de buscar-se ‘o grau de objetividade genericamente alcançável pelo

---

<sup>139</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaios de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 42.

trabalho jurídico' e a 'segurança jurídica' própria dos métodos preestabelecidos, aponta o cerne do equívoco de sua defesa de um retorno aos cânones savignyanos.

Com efeito, para Muller, o malogro do projeto de restauração dos cânones savignyanos deve-se: 1) o partirem tais cânones de uma limitação artificial da norma jurídica ao texto da mesma norma, porque o positivismo donde promanam concebe o Direito como ciência completamente autônoma e independente da realidade; 2) o não haverem sido formulados para o Direito Público, e menos ainda para o Direito Constitucional; 3) e, por fim, o necessitarem da concepção do Direito como um sistema fechado e da norma jurídica como algo previamente dado no momento da interpretação.<sup>140</sup>

Tal clareza de visão sobre as limitações do positivismo, não impediu o decano de Heidelberg, todavia, de tecer relevantes observações às falhas da jurisprudência axiológica. Com efeito, Friedrich Müller é um dos críticos atuais da jurisprudência axiológica sem rigor científico, precisamente pelo que lhe falta em termos de controle e objetividade. O emérito Professor de Heidelberg aponta o equívoco de haver o Tribunal Constitucional alemão (no caso Lüth, decidido em 15 de janeiro de 1958) identificado os direitos fundamentais a 'valores', 'ordem valorativa' ou 'ordem hierárquica de valores', preconizando sua sujeição à 'ponderação', tanto pela indeterminação do conceito de valor quanto pela igual elasticidade conceitual do termo ponderação, donde poderia advir a 'tentação a uma valoração e ponderação subjetivamente irracionais'.<sup>141</sup>

Paulo Bonavides alude com precisão à inadequação do positivismo e da metodologia jurídica jusprivatista (savignyana) para os propósitos assumidos pelo Direito no século XX.<sup>142</sup> A doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia das normas constitucionais incorre, embora inconscientemente, no mesmo erro de Schmitt e Forsthoff, conforme demonstraremos no próximo capítulo (principalmente no tópico 3.7), pela impossibilidade de romper com o positivismo e a interpretação semântica das normas jurídicas que a teoria de Kelsen impõe ao ordenamento jurídico.

---

<sup>140</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>141</sup> Idem. Ibidem.

<sup>142</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 517.



### 3. A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO CONSEQÜÊNCIA DO GIRO LINGÜÍSTICO-FILOSÓFICO.

Mauro Capelletti testemunha a guinada da Ciência Jurídica em todo o ocidente rumo ao pragmatismo, inclusive nos países de tradição jurídica romano-germânica, aludindo à ‘presente realidade jurídico-cultural italiana’ em termos de uma ‘verdadeira e própria explosão do papel da jurisprudência, como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social’, com o que enfatiza o espaço que a elaboração jurisprudencial-pragmática do Direito concede à realidade.<sup>1</sup>

A Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional, por influxo do giro lingüístico desenvolvido na Nova Hermenêutica filosófica (que engloba Filosofia Hermenêutica e Hermenêutica Crítica), baseia a interpretação no Pragmatismo, vale dizer, no uso dos signos lingüísticos para convencer, para influir na vontade de outrem, o que equivale a fundar a interpretação na argumentação, no discurso, que, assim, assume para a Nova Hermenêutica constitucional o *status* de metodologia interpretativa.

Existe um ponto onde se encontram diretamente conectados Pragmatismo e interpretação acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação. Há uma zona de convergência em que o estudo da evolução da Hermenêutica rumo ao Pragmatismo auxilia a análise da interpretação dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação.

Os direitos fundamentais à saúde e à educação, como grande parte dos direitos sociais e mesmo dos direitos fundamentais, são previstos em dispositivos permeados de conceitos abertos. Praticamente não há regras nessa seara, no sentido que Dworkin emprega para a palavra regra.<sup>2</sup> Os termos utilizados para enunciar os direitos à saúde e à educação não estabelecem uma conduta determinada a ser adotada, não designam especificamente quais as prestações aptas a materializar sua realização.

A polissemia e a indeterminação, características dos princípios jurídicos, permeiam os dispositivos constitucionais atinentes à educação e à saúde, donde resulta uma clara dificuldade de definir o seu conteúdo, as condutas que impõem a seus destinatários. Exemplificativamente, é visível a indeterminação do dispositivo

---

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 7.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

constitucional que determina a ‘progressiva universalização do ensino médio gratuito’ (art. 208, II, da CF/88). Pode-se com toda propriedade perquirir como deve ele ser implementado pelo Estado, quando e a que condutas tal expressão vincula a Administração Pública competente.

Nessa ordem de idéias, segue-se que ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, cujos pedidos consistem na realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, são aquilo que Dworkin denomina ‘casos difíceis’.<sup>3</sup>

O tema da intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, que aqui tratamos como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação, envolve um conflito entre princípios constitucionais igualmente encartados em cláusulas abertas, a saber, o Princípio da Supremacia da Constituição e o Princípio da Separação de Poderes, o que potencializa a dificuldade já identificada na solução das demandas ora enfocadas.

O que, porém, acima de tudo, torna as regras mais fáceis de aplicar que os princípios? Em que consiste essa abertura tão referida quando tratamos das normas principiológicas? Em uma oração, a abertura das cláusulas, dos conceitos aludidos, nada mais é que uma abertura semântica.

Com efeito, tudo gira em torno da aptidão maior ou menor do dispositivo constitucional para definir ou não previamente seus possíveis significados. Quando os signos lingüísticos utilizados pelo preceito constitucional não dependem de grande esforço interpretativo para transmissão dos seus significados, das condutas que impõem, vedam ou facultam, estamos diante de um dispositivo semanticamente fechado ou completo, embora não em sua totalidade.

Realmente, a totalidade de significados de um texto é incognoscível, de maneira que aquilo que denominamos dispositivo normativo semanticamente fechado é apenas um preceito com menor grau de abertura semântica.

Ao revés, quando os signos lingüísticos existentes no texto da norma jurídica são inaptos para comunicar uma mínima parcela da miríade de significados que podem assumir sem complementação de sentido jurisprudencial, ou seja, quando não declaram prévia e inequivocamente as inúmeras condutas que impõem, vedam ou facultam, estamos diante de um dispositivo semanticamente aberto, dependente de complementação através da consideração de elementos exteriores, não inseridos na literalidade do preceito.

---

<sup>3</sup> Idem. Ibidem, 2002, p. 127 e segs..

Adotamos, com a finalidade de evitar equívocos e para conferir uma noção da inesgotabilidade do sentido, donde promana a miríade de significados nos quais ele pode se desdobrar, a distinção entre sentido e significado - mercê da qual o sentido, por ser inapreensível em sua totalidade, pertence ao plano ontológico, ao passo que significado, por ser uma projeção do sentido sobre a realidade, pertence ao plano ôntico.

A positivação crescente e reconhecimento da normatividade dos princípios - preceitos constitucionais semanticamente abertos - caminha na proporção direta da necessidade de abandono das teorias semânticas de interpretação, as quais, em suma, buscam extrair o significado do texto da norma em si, desvinculado e independente da realidade à qual se aplica.<sup>4</sup>

A complementação do sentido do texto da norma semanticamente aberta requer a consideração de elementos exteriores a esse texto, que em sua maioria são fornecidos pela situação fática a ele relacionada, de sorte que só pode ser empreendida pragmaticamente, ou seja, no nível da argumentação jurídica.

No atual estágio de desenvolvimento da Hermenêutica, nos países europeus de tradição romano-germânica, os casos difíceis semanticamente são solucionados pragmaticamente, donde advém o nexo intransponível – embora pouco difundido fora dos círculos acadêmicos – entre o pragmatismo oriundo do giro lingüístico-filosófico (inserido na seara jurídica pelas correntes interpretativas enfeixadas sob a designação Nova Hermenêutica constitucional ou jurídica) e os casos difíceis, dentre os quais as ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, cujos pedidos consistem na realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público.

Com efeito, a Nova Hermenêutica jurídica representa a inserção do pragmatismo no âmbito da interpretação do Direito, que surgiu para solucionar o abandono em que jaziam as normas principiológicas, para cuja implementação o positivismo e a Hermenêutica Clássica não possuem mecanismos adequados.

Sendo a Constituição o principal – senão exclusivo – repositório de normas principiológicas, essa nova vertente da Hermenêutica Jurídica foi também denominada Nova Hermenêutica constitucional, cujos propósitos, em linhas gerais, são os de solucionar os casos difíceis e concretizar as normas semanticamente abertas, trazendo a realidade para o âmago dos raciocínios interpretativos como ingrediente indispensável

---

<sup>4</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 38-55. Nessa obra, Dworkin elabora uma percutiente crítica às teorias semânticas da interpretação.

na busca: a) do sentido dos preceitos indeterminados; e b) da solução das questões jurídicas intrincadas.

### 3.1. Noções introdutórias sobre a Nova Hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica jurídica.

A Nova Hermenêutica jurídica ou Nova Hermenêutica constitucional consiste precipuamente num conjunto de teorias interpretativas que assumiram a renovação jurídico-metodológica trazida pela adoção da argumentação ou discurso como mecanismo interpretativo no Direito, fenômeno que foi inaugurado, no âmbito dos sistemas jurídicos romano-germânicos, pela *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg.

Os constitucionalistas do Estado social, nomeadamente Kriele, Hesse, Horst Ehmke e Friedrich Muller, valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica do Direito Constitucional. Emanciparam-na da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações jusprivatistas.<sup>5</sup>

Os pontos nevrálgicos do afastamento da Tópica dos métodos de interpretação clássicos, mediante os quais ela perfaz o giro metodológico diametral que funda a Nova Hermenêutica jurídica, são: a) a não-aceitação da lógica formal como mecanismo para interpretação e aplicação do Direito e; b) a possibilidade de utilização dos *topoi*, critérios não fornecidos pelo ordenamento para a solução da lide, os quais promovem a abertura do sistema jurídico.

Ao sistema lógico-dedutivo fechado da Hermenêutica Clássica, a Tópica contrapõe uma abertura metodológica que possibilita a aproximação entre ordem jurídica (aí incluída a Constituição) e realidade.

O surgimento da Tópica como teoria inaugural da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional e a própria escola da Nova Hermenêutica jurídica não consistiram, todavia, em fenômeno isolado – como pode supor quem limita sua análise ao universo dos sistemas jurídicos romano-germânicos (sistemas que adotam a *Civil Law*, o direito legislado e codificado como fontes precípuas). Na verdade, ambas são a manifestação de um fenômeno maior que se verificou concomitantemente em praticamente todo o hemisfério ocidental: o combate ao formalismo no âmbito do Direito.

Realmente, a ruptura que a Nova Hermenêutica constitucional faz com o formalismo positivista, com a rigidez dos cânones savignyanos de interpretação e com o monopólio hermenêutico-metodológico da lógica formal e da subsunção nos sistemas

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 517.

jurídicos romano-germânicos, encontra paralelo em movimento verificado nos sistemas jurídicos da *Common Law* (baseados no direito consuetudário) contra o formalismo do *case method*.<sup>6</sup> A esse respeito esclarece Mauro Cappelletti que:

Enquanto nos Estados Unidos e, de forma talvez mais atenuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do *case method*, em França e nas áreas de influência francesa, dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo ‘científico’ e conceitual.<sup>7</sup>

Um dos aspectos que tornam o magistério de Cappelletti singular é essa perspectiva ampla que lhe traz o contato com obras de juristas oriundos da tradição romano-germânica e da tradição anglo-saxônica. Italiano, Mauro Cappelletti demonstra conhecimento profundo tanto dos mecanismos de funcionamento do sistema jurídico europeu-continental ou *Civil Law* quanto da estrutura e fisiologia do sistema jurídico anglo-saxão ou *Common Law*.

Essa visão ampliada e conseqüentemente amadurecida do evoluer da Ciência Jurídica potencializa positivamente as análises científicas do grande pensador italiano, as quais se sobressaem perante as formuladas pelos juristas dotados de perspectiva unilateral de análise, a saber, o conhecimento de apenas um dos tipos de sistema jurídico ocidental.

A Nova Hermenêutica jurídica, assim como a reação ao formalismo na utilização da técnica do precedente judicial, passam a admitir abertamente algo de há muito praticado e perceptível na Ciência Jurídica, conquanto veementemente negado pelo formalismo, a saber: a criatividade judicial, a participação dos magistrados na criação (e não somente na declaração) do Direito.

Consoante Cappelletti:

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrando, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *interessenjurisprudenz* e a *freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Geny e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão

<sup>6</sup> Em português: a técnica do precedente judicial. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-69. Cappelletti desenvolve a abordagem sobre esse fenômeno comum aos sistemas jurídicos do ocidente com arrimo em juristas e filósofos oriundos de ambos os tipos de sistema jurídico. O jurista italiano adota farta bibliografia norte-americana e inglesa, no contexto da qual cita, por exemplo, a obra do filósofo Morton G. White, *Social Thought in América: The Revolt Against Formalism*, na qual esse pensador identifica e denomina o referido fenômeno ‘revolta contra o formalismo’.

<sup>7</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 32.

da idéia de que o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.<sup>8</sup>

Logo, além de enfeixar as escolas da Jurisprudência Sociológica e do Realismo (surgidas e desenvolvidas nos Estados Unidos da América), a Escola da Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre (na Alemanha), bem como a Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito (de matriz francesa), como expoentes do movimento amplo de reação contra o formalismo, Cappelletti não somente lança luzes sobre sua abrangência como apreende uma das notas mais marcantes desse capítulo da evolução da Ciência Jurídica: o reconhecimento e defesa da criatividade dos magistrados, a conclusão de que os juízes também constroem Direito com suas decisões e não apenas declaram um Direito préexistente.<sup>9</sup>

No âmbito desse amplo movimento de reação contra o formalismo, a Tópica é, nos sistemas jurídicos que seguem a tradição romano-germânica, um desdobramento, precedido imediatamente pela Teoria Material da Constituição, a qual, por sua vez, consiste num desenvolvimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. Nessa ordem de idéias, situando cronologicamente todas essas teorias interpretativas, temos a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre antecedendo e influenciando na elaboração da Teoria Material da constituição, que por sua vez antecedeu e inspirou parcialmente o surgimento da Tópica de Viehweg.

Com efeito, a Teoria Material da Constituição – cujos principais postulados são a aproximação da Constituição com a realidade constitucional e a valorização do aspecto axiológico da Ciência Jurídica – foi uma elaboração teórica que preparou o terreno para o nascimento da Nova Hermenêutica jurídica por intermédio da Tópica.

Em razão da agenda axiológica que a interpretação jurídica assumiu desde a jurisprudência dos interesses e a Escola do Direito Livre, a Nova Hermenêutica jurídica

<sup>8</sup> Idem. *Ibidem*, 1993, p. 32-33.

<sup>9</sup> A Escola do Direito Livre é uma ramificação mais extremada – no sentido da criatividade judicial – da Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa Científica do Direito. Seu maior expoente é o jurista Haermann Kantorowics, cuja teoria distingue-se da vertente moderada da Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito, em virtude de postular a possibilidade de julgamentos *contra legem*. A maioria dos juristas considera a Escola do Direito Livre de Haermann Kantorowics como englobada pela Escola da Livre Investigação ou Livre Pesquisa do Direito, para alguns, fundada por François Gény e para outros criada por Eugen Ehrlich. Cf. ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 149-155. MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 68-73.

volta-se preponderantemente para a seara constitucional, onde está positivada a maioria dos princípios ou vetores axiológicos do ordenamento jurídico, razão pela qual, conforme já assinalamos, é também denominada Nova Hermenêutica constitucional.

A Teoria Material da Constituição surgiu no século XIX, com Lassale, e conheceu o apogeu durante a Constituição de Weimar, na Alemanha. Dentre seus mais destacados teóricos, devem ser citados Rudolf Smend, Carl Schmitt e Herman Heller.<sup>10</sup> Como todas as teorias que integram o movimento de revolta contra o formalismo no âmbito da *Civil Law*, o alvo preferencial da Teoria Material da Constituição é o positivismo jurídico.

Friedrich Müller, com acuidade, esclarece que o positivismo jurídico não se confunde nem se limita, em matéria de interpretação, à simples adoção dos cânones de Savigny, baseando-se fundamentalmente na visão da Constituição como um conjunto de normas e institutos oriundos da vontade estatal, sem nexos material com a história e a sociedade. Embora o positivismo não negue sua existência, reputa tais nexos indiferentes à Ciência Jurídica.

Aduz, ainda, o Mestre de Heidelberg que a ‘dogmática pura’ dos positivistas, ‘liberta de todos os elementos não-jurídicos mediante a exclusão da história, da filosofia e de pontos de vista políticos’ não é por isso neutra e imparcial, sendo, isto sim, expressão e instrumento de uma ‘posição política materialmente determinada’.<sup>11</sup>

O renascimento jurídico-axiológico havido na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, no lugar de reaquecer a milenar dicotomia em Filosofia do Direito que contrapunha o direito natural ao direito positivo - com franca vantagem para o direito natural, tendo em vista os abusos cometidos pelo nazismo mediante o uso desvirtuado do positivismo jurídico -, deu ensejo, a par de inevitáveis adesões ao jusnaturalismo, à construção de alternativas a esse mesmo jusnaturalismo que contemplassem o fundamento axiológico do Direito e a necessidade de sua concretização.<sup>12</sup>

A Teoria Material da Constituição foi uma das sendas doutrinárias beneficiadas com o magistério e produção científica de juristas que – principalmente na Alemanha - concluíram pelo esgotamento do positivismo da Teoria Pura, de Kelsen, mas igualmente não viam no jusnaturalismo uma tendência jurídico-filosófica com forças para fundamentar o redirecionamento do Direito rumo à concretização dos valores e de todo o arcabouço substancial das constituições contemporâneas.

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 100-102.

<sup>11</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 41.

<sup>12</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 40-42.

É relevante frisar, com esteio no magistério de Paulo Bonavides, que a concepção da Constituição como uma decisão política nesse ou naquele sentido, ou, em outras palavras, a idéia da constituição como uma decisão pela adoção de um conjunto de valores, peculiar à Teoria Material da Constituição, é uma noção familiar ao direito e, principalmente, à jurisprudência norte-americana.<sup>13</sup>

Nos Estados Unidos, contudo, a concepção material da constituição não careceu de complementação metodológica pragmática em razão dos mecanismos de funcionamento do sistema da *Common Law*, onde a construção jurisprudencial sobre o caso concreto com o auxílio de textos normativos esparsos, a técnica do precedente, e outros instrumentos de interpretação/aplicação argumentativa do Direito são a regra.

Dessarte, a análise jurídica material no âmbito da *Common Law* não encontrou os obstáculos formais que se lhe antepuseram nos países que seguem o sistema romano-germânico, pois sempre foi marcadamente argumentativa (pragmática). O sistema jurídico da *Civil Law*, ao contrário, necessitou empreender uma difícil reaproximação com os mecanismos argumentativos de interpretação/aplicação do Direito – os quais haviam sido relegados ao descrédito e opróbrio votados à retórica em geral desde o racionalismo iluminista - para, assim, resgatar o tradicional método de interpretação jurídica: a argumentação ou discurso, em virtude de sua inegável aptidão para conceder preeminência ao conteúdo da norma e à realidade concreta.

Apesar de consistir na mais sólida alternativa ao positivismo, no âmbito da *Civil Law*, antes do surgimento da tópica, a Teoria Material da Constituição não logrou repercussão que efetivamente ameaçasse o domínio positivista como metodologia interpretativa. Nada obstante a guinada axiológica que possibilitou - permitindo alguma orientação quando o desastre positivista mergulhou a Filosofia do Direito numa crise sem precedentes -, a Teoria Material da Constituição não se presta a colmatar o vácuo metodológico que a falência positivista gerou, uma vez que declara uma das maiores finalidades da interpretação constitucional, qual seja a valorização do conteúdo, do aspecto axiológico da constituição e, pois, do Direito, mas não o meio, ou seja, uma metodologia adequada para sua implementação.

Exatamente nesse contexto de vácuo metodológico para cumprimento da agenda axiológica da interpretação jurídica, outro fator decisivo para a formação da Nova Hermenêutica constitucional atingiu a Ciência Jurídica: o giro lingüístico-filosófico.

Para demonstrar com clareza de que maneira a *linguistic turn* penetrou o Direito de modo fulminante nos sistemas jurídicos seguidores da *Civil Law*, faremos pequena

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 102-103.



explicação acerca da teoria da argumentação jurídica, satisfazendo com tal empresa, outrossim, a necessidade de fornecer uma visão enciclopédica sobre esse assunto que sirva de apresentação às teorias interpretativas da Nova Hermenêutica explicitamente estruturadas como teorias do discurso – das quais abordamos a Teoria Tópica de Viehweg e as teorias da argumentação de Perelman e Alexy.

Conforme o magistério de Atienza:

O que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes (...) são a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin.<sup>14</sup>

A restauração da retórica perante o Direito por meio da Teoria da Argumentação ou ‘Nova Retórica’ - expressão cunhada por Perelman para diferenciá-la da retórica dos sofistas, que enaltecia a utilização dos sofismas para a obtenção da adesão do auditório a qualquer custo - é o caminho que vem sendo trilhado pela Hermenêutica Jurídica desde a década de cinqüenta do século passado, sob influência basicamente de três obras cujo denominador comum é a rejeição da lógica formal como único mecanismo para análise dos raciocínios jurídicos: *Tópica e Jurisprudência*, de Theodor Viehweg, *A Nova Retórica*, de Chäim Perelman e a *Lógica Informal*, de Toulmin.

Um dos poucos consensos em Hermenêutica Jurídica atualmente consiste no reconhecimento de que a decisão judicial nem sempre representa a subsunção de um fato social a uma norma jurídica pronta e acabada. Alexy cita alguns dos mais prestigiados constitucionalistas contemporâneos para afirmar a formação desse consenso.<sup>15</sup> Peter Häberle expressamente alude ao fato de que a ‘nova orientação hermenêutica’, ou seja, a Nova Hermenêutica constitucional, contraria a ‘ideologia da subsunção’.<sup>16</sup> Claus-Wilhelm Canaris menciona a ácida crítica de Diederichsen a Viehweg por haver o último, na *Tópica e Jurisprudência*, empreendido uma ‘luta contra moinhos de vento’ ao contrapor-se ao sistema jurídico axiomático-dedutivo (no qual a subsunção é a forma por excelência de aplicação das normas jurídicas), pois, há muito tempo, esse sistema jurídico não é mais defendido por ninguém.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 59.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 33.

<sup>16</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 30.

<sup>17</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 7.

A Tópica de Viehweg, se não descobriu, pelo menos assentou definitivamente o entendimento da inaptidão do esquema lógico-subsuntivo (típico da lógica formal) para fundamentar todas as decisões judiciais. Embora o pensamento de Viehweg não seja a única e quiçá nem mesmo a mais perfeita elaboração teórica nesse sentido, ocupa um lugar de divisor de águas no pensamento jurídico porque surgiu precisamente no hiato metodológico em que a Filosofia do Direito se encontrava após a decadência do positivismo.

Dentro do espectro de abrangência da *Civil Law*, a tópica veio à luz em um contexto da crise gerada pelo desprestígio da teoria positivista e pela ausência de uma alternativa metodológica sólida que desse tratamento adequado ao aspecto axiológico da Ciência Jurídica.

A Teoria da Argumentação – da qual a Tópica é um exemplar - assenta-se na descoberta de que a decisão consubstanciadora da solução da lide poucas vezes corresponde estruturalmente a um silogismo, especificamente ao silogismo judicial, onde o fato é a premissa maior, a norma positivada a premissa menor e a decisão propriamente dita corresponde a uma inferência lógico-formal, muito embora os magistrados insistam em apresentar suas decisões sob o formato silogístico.<sup>18</sup>

Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas.<sup>19</sup>

Como salientou percucientemente Perelman, toda e qualquer argumentação pode ser artificialmente transformada em um silogismo do ponto de vista estrutural, com o simples adicionar de premissas, o que não garante ao raciocínio assim estruturado assumir a essência do silogismo lógico-formal, no qual a conclusão decorre inelutavelmente das premissas.<sup>20</sup>

A maior parte dos argumentos que integram as decisões judiciais são apenas plausíveis, aceitáveis, mas não eliminam a plausibilidade e razoabilidade de outros raciocínios em sentido diverso que não tenham sido acolhidos pela decisão. O resultado da argumentação decisória não guarda uma relação de necessidade com os argumentos escolhidos, mas sim uma relação de justificação, pois a decisão judicial sempre se

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 43. Atienza faz uma acurada análise sobre o conceito, a estrutura e os limites do silogismo praticado na argumentação jurídica, por ele denominado silogismo judicial.

<sup>19</sup> LARENZ, Karl apud ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 33.

<sup>20</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica** – nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3 e segs..

movimentará dentro de alguma margem de discricionariedade, ainda que seja somente quanto aos pormenores de concretização do direito tutelado.

Destarte, nem existe certeza acerca da veracidade dos raciocínios que fundamentam decisões judiciais, nem estas consistem na única solução que o caso *sub judice* admite à luz do Direito em vigor, o que equivale a dizer que, do ponto de vista da lógica formal, o silogismo judicial nada mais é que um pseudo-silogismo.

Nessa ordem de idéias, é próprio da argumentação jurídica não os raciocínios denominados por Aristóteles como ‘analíticos’ – formados por premissas inegavelmente verdadeiras que conduzem a conclusões (decisões) inevitáveis -, mas sim os raciocínios ‘dialéticos’ (identificados e analisados por Aristóteles nos Tópicos, na Retórica e nas Refutações sofisticas), os quais são formados por premissas de validade apenas plausível ou provável e que buscam influenciar na formulação de uma decisão.

Consoante Perelman, o que diferencia o silogismo lógico-formal ou analítico – integrado pelos raciocínios analíticos - é que nele se passa obrigatoriamente das premissas à conclusão. No silogismo dialético, ao contrário, a conclusão/decisão não decorre obrigatoriamente das premissas ou raciocínios dialéticos.

Ainda consoante o formulador da Nova Retórica, o que caracteriza a decisão é a liberdade de escolha entre duas ou mais opções diante dos argumentos colocados, ou mesmo a faculdade de optar-se por não decidir, de maneira que, sendo o silogismo lógico-formal marcado pela relação de obrigatoriedade entre as premissas e a conclusão, onde esta é o único resultado que se pode obter após a manifestação daquelas, verifica-se mesmo uma inadequação estrutural do silogismo lógico-formal para conferir formato às decisões jurídicas.<sup>21</sup>

Portanto, a Ciência Jurídica é aplicada mediante o manejo de raciocínios dialéticos num contexto de controvérsia e refutabilidade constantes, o que nos leva a concluir que, embora o Direito não possa ser restringido ao debate jurídico do caso concreto, mitigando-se a força normativa da Dogmática por meio de uma excessiva valorização da Retórica, é igualmente correto que a interação do complexo de conhecimentos enfeixados pela Ciência Jurídica com a realidade, com a sociedade que ela deve servir, ocorre na argumentação tendente a fundamentar a decisão judicial.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Idem. Ibidem, 2004, p. 3.

<sup>22</sup> Muller teoriza com precisão quanto à necessidade de não relegar a dogmática a um papel secundário incompatível com o Estado de Direito, alertando para o risco à normatividade do Direito que representa o rompimento com o texto da norma jurídica enquanto elemento cogente destinado a reger o Estado e a sociedade. Cf. MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

A relação entre Tópica e Retórica é de continência, sendo a primeira, na condição de técnica de argumentação centrada no problema, englobada, abrangida, contida na segunda. A Tópica de Theodor Viehweg colocou a Teoria da Argumentação no centro do debate metodológico sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Robert Alexy encara a tópica como uma teoria da argumentação jurídica que peca pela vagueza a respeito principalmente da tarefa da dogmática na interpretação.<sup>23</sup> Paulo Bonavides, ao apresentar a obra *Métodos de Trabalho em Direito Constitucional*, de Friedrich Müller, aduz que a tópica ou nova retórica ‘inaugura um novo caminho para o conhecimento do Direito pelas vias argumentativas.’<sup>24</sup>

Realmente, Viehweg – reconhecendo que a argumentação está no âmago da Ciência Jurídica - embasa-se primordialmente na rejeição da lógica formal e do silogismo como metodologia, consistindo em uma teoria da argumentação jurídica que pioneiramente – pelo menos no âmbito dos sistemas jurídicos romano-germânicos - restitui o confronto argumentativo ao patamar metodológico, levando o objetivo de retorno à retórica ao excesso de proclamar o caráter aporético da Ciência Jurídica.

Em grande medida por causa da oposição inicial à idéia da natureza sistemática do Direito – da qual posteriormente seus próceres retrocederam -, a Tópica angariou maior repercussão que a Nova Retórica, de Perelman, e a Lógica Informal, de Toulmin.

O haver-se sobressaído pelo vanguardismo e radicalismo de suas posições no âmbito do Direito e da Teoria da Argumentação em geral, contudo, não explica de *per se* a revolução que a tópica de Viehweg provocou no universo da *Civil Law*. A reorientação do Direito rumo à interpretação/aplicação criativa, ou seja, em direção à jurisprudência criativa, a reabilitação da retórica, a valorização da contribuição de fatores extrajurídicos para a criação do Direito são idéias da tópica que não vingaram apenas à custa de uma ousadia de teorização.

Sem uma base mais sólida, essas idéias não teriam subsistido às duras críticas que, em síntese, as encararam como ameaça ao caráter científico do conhecimento jurídico e ao Estado de Direito.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 49-52.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo apud MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 12.

<sup>25</sup> Cf., a esse respeito, por todos: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

A Tópica de Viehweg ocasionou tanto impacto na comunidade jurídica por reproduzir no Direito a tendência ao pragmatismo que, quando de seu surgimento, começava a invadir a Filosofia em razão da reviravolta lingüística.

O giro lingüístico havido na Filosofia e, pois, na Hermenêutica, impulsionou e desenvolveu a Semiótica, no âmbito da qual a Pragmática responde pela investigação da relação dos signos lingüísticos com seus usuários, ocupando-se portanto da utilização dos signos lingüísticos para influir na vontade de outrem, ou seja, da argumentação, do discurso, da linguagem como comunicação.<sup>26</sup>

A repercussão mais tangível desse direcionamento pragmático imprimido ao Direito pela tópica – que é uma teoria da argumentação – e pelo giro lingüístico-filosófico é o surgimento de várias teorias da argumentação, inspiradas tanto na tópica quanto em teorias do discurso oriundas da reviravolta lingüística, como metodologia para a interpretação/aplicação da Ciência Jurídica.<sup>27</sup> A tópica concebida por Viehweg e as teorias por ela inspiradas – que materializam a corrente interpretativa denominada Nova Hermenêutica constitucional - formaram uma espécie de paralelismo com o movimento pragmático que domina hodiernamente o pensamento filosófico.

As teorias do discurso de Habermas e de Apel, que ultrapassam os estreitos limites da Ciência e, pois, da Ciência Jurídica, consistem em uma base filosófico-pragmática que sustenta e interage com as teorias da argumentação jurídica de maior repercussão. Com efeito, assim como a Teoria do Discurso de Apel busca conferir a fundamentação filosófica última por intermédio das verdades transcendentais da argumentação em geral, a argumentação jurídica foi alçada pela Nova Hermenêutica constitucional ao patamar de fundamento último do Direito, de último repositório das esperanças da metodologia jurídica após a desconstrução empreendida por Gadamer do método científico previamente elaborado como expediente hermenêutico.<sup>28</sup>

Segundo Elvi Miguel Cenci:

[...] para Apel, a argumentação adquire o status de a priori e representa um estágio irretrocedível; nos casos em que há presença de conflitos, o recurso utilizado para a solução dos mesmos é a apresentação dos diferentes pontos de vista mediante argumentos racionais.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Consoante explicitamos supra, Peirce, ao elaborar a Semiótica, subdividiu as relações do signo lingüístico em sintáticas (relações dos signos entre si), semânticas (relações dos signos com os objetos) e pragmáticas (relações dos signos com seus usuários). Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 157.

<sup>27</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 17.

<sup>28</sup> Sobre a desconstrução do método, *vide*: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 2 v.

<sup>29</sup> CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 317-336.

Com a Tópica, o fundamento último da interpretação jurídica passou a ser buscado na argumentação.

Nessa ordem de idéias, conclui-se que as teorias da argumentação em geral – como, v.g., as teorias da argumentação de Habermas e de Apel – e as teorias da argumentação jurídica – como as de Viehweg, Perelman, Alexy etc. – são verberações do giro lingüístico-pragmático.

É no âmbito da argumentação, da razão prática (pragmática), que todas as teorias interpretativas da Nova Hermenêutica centram sua metodologia. É a argumentação o nicho no qual Direito, Sociedade, Moral, Sociologia, Política, enfim, tudo converge para resultar na elaboração da norma jurídica que concretamente regerá o caso litigioso.

O pragmatismo busca a utilidade, a aplicação à realidade das proposições formuladas lingüisticamente. A argumentação é pragmática porque realiza precisamente o nexos entre signo e seu uso pelo homem, entre linguagem e ação humana, entre teoria e realidade, não somente no âmbito do Direito, mas em Sociologia, Psicologia, Matemática, Biologia etc.<sup>30</sup>

As teorias interpretativas da Nova Hermenêutica, conquanto possuam suas inevitáveis peculiaridades, possuem aspectos metodológicos compartilhados e o duplice fim de restauração axiológica e resgate das promessas de emancipação do ser humano pela aproximação do Direito à realidade.

Evidentemente o objetivo específico do presente trabalho não abre espaço para análise de todas as correntes da Nova Hermenêutica, razão pela qual nos guiamos na eleição das teorias abordadas por dois fatores: a repercussão e abrangência, visto que, em virtude das ferramentas metodológicas semelhantes e dos fins comuns, são as elaborações teóricas mais difundidas e com perspectiva mais abrangente que se prestam a esclarecer em que medida a escola que integram contribui na resolução de um problema determinado.

Dessarte, considerando os alicerces fornecidos pelas teorias do discurso de Apel e Habermas, analisaremos as teorias indiretamente discursivas de Friedrich Müller e Peter Häberle, as quais - embora influenciadas da tópica - adotam a argumentação como pressuposto e não como meta central, bem como as teorias da argumentação jurídica, de Viehweg, Perelman e Alexy, a fim de, com base nesses ensinamentos – que em conjunto materializam a Nova Hermenêutica constitucional -, analisar a interpretação jurisdicional acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam

---

<sup>30</sup> Cf. OLIVA, Alberto. **Filosofia da ciência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 13 e segs.

intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação.

A Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy, está em pleno processo de absorção de seus postulados, pois foi publicada pela primeira vez apenas em 1978, quando o debate jurídico havia já sido subvertido e direcionado rumo à Retórica, principalmente pelas retrocitadas teorias da argumentação de Viehweg e Perelman, mas já conquistou espaço de destaque dentre as teorias da argumentação pela seriedade do esforço intelectual que representa de elaborar uma nova metodologia jurídico-pragmática.

Todas essas teorias convergem para a assunção e desenvolvimento de idéias que embasam o giro lingüístico-filosófico. A Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy, vai mais além, pois assume declaradamente inúmeros postulados do pensamento de Habermas, propondo-se a aprimorá-los em favor da construção da racionalidade do discurso jurídico.

Dessarte, para a compreensão do que é a Nova Hermenêutica constitucional e de como ela age sobre a interpretação constitucional na atualidade – notadamente em se tratando das ações civis públicas que visam a concretizar os direitos à saúde e à educação mediante a intervenção jurisdicional no orçamento público - afigura-se imprescindível analisar algumas das principais teorias da argumentação jurídica que compõem essa escola da hermenêutica jurídica.

### 3.2. A Teoria da Argumentação Tópica, de Viehweg.

A interpretação dos textos legais não partiu desde sempre da premissa de que o conjunto de normas jurídicas é um sistema. A generalização da visão sistemática das normas jurídicas principiou com o movimento da codificação, posterior à Revolução Francesa, como reflexo das idéias racionalistas no âmbito do Direito.<sup>31</sup>

Realmente, as concepções científicas de Descartes e Bacon estão na raiz da idéia de que o Direito é um sistema de normas a serem aplicadas pelo critério dedutivo mediante o procedimento lógico-formal da subsunção. As demais ciências também estruturaram-se, sob influência do pensamento cartesiano e do racionalismo iluminista, como sistemas cujos princípios eram obtidos indutivamente e aplicados dedutivamente.

A Antigüidade Clássica e a Idade Média não conheceram o pensamento sistemático jurídico na forma idealizada e efetivada pelos codificadores revolucionários.

---

<sup>31</sup> Cf. SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 5. ed.. Cidade do México: Porrúa S/A, 1979. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça, 1979.

A interpretação (e aplicação) das normas era de índole aporética, realizada sob inspiração e exigência dos litígios. As demandas da vida cotidiana - e não à luz da razão humana pura - inspiravam a elaboração de textos legais esparsos, alguns dos quais ainda hoje vivos nos códigos civis ocidentais, tamanha a agudeza de percepção com que trataram as questões jurídicas que pretenderam solucionar.

Havia um prestígio da retórica e do manejo de suas técnicas de argumentação nas decisões, muitas das quais proferidas em audiências públicas, como as das ágoras gregas e fóruns romanos, após acalorados debates centrados na análise do problema especificamente levado a juízo.

Consoante o racionalismo que se impôs com a Revolução de 1789, conhecimento que não fosse pautado nos axiomas da construção indutiva dos seus princípios, aplicação dedutiva destes à realidade, bem como passível de verificação e controle rigoroso dos resultados, não merecia ser denominado ciência.

O Direito pós-revolucionário, adotando a codificação para afastar os costumes e privilégios medievais, assim como o casuísmo nas decisões jurídicas, submeteu-se e adaptou-se por inteiro ao método científico cartesiano, buscando incessantemente por mais de dois séculos apartar-se de todas as formas de saber vinculadas à razão prática.

Assim, a Retórica, a razoabilidade, os raciocínios dialéticos catalogados no *Organon* por Aristóteles foram desterrados, primeiramente para que fossem definitivamente afastadas as trevas medievais e, no segundo momento, para que a Ciência assumisse a vanguarda e preeminência dantes ocupada pela Filosofia na produção de saber.

O desenvolvimento das idéias racionalistas resultou em diversas tentativas de aplicar às ciências sociais, humanas ou do espírito a metodologia das ciências exatas e naturais.

O racionalismo iluminista ensejou, igualmente, a formulação de teorias, como a de Auguste Comte, que buscaram conferir à Filosofia o mesmo grau de certeza e verificabilidade das ciências exatas e naturais, na verdade identificando-a com a ciência para, finalmente, proclamar a supremacia do conhecimento científico.<sup>32</sup>

No sistema, as normas jurídicas consistem num conjunto de prescrições congruentes. Indissociável dessa visão de conjunto das normas jurídicas, desde seus primórdios, é a utilização da Lógica formal no processo de interpretação/aplicação das prescrições. A inferência lógica, o silogismo judicial, o ‘dá-me o fato e dar-te-ei o

---

<sup>32</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14-18.



Direito' são mecanismos de concretização de normas jurídicas consagrados pelo sistemático.

Desde os albores da Escola da Exegese, passando pela Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Interesses, a idéia do ordenamento jurídico como um sistema perpassou sem contestações dignas de registro todas as escolas interpretativas do século XIX. No século XX, o apogeu da Escola Positivista com a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, solidificou ainda mais a idéia da natureza sistemática do Direito e a trouxe incólume aos nossos dias.

O equívoco dessa estruturação sistemática do Direito, todavia, não foi se pautar na afirmação da índole sistemática da Ciência Jurídica, mas sim refutar a existência de uma parcela aporética no Direito, de uma aléia aberta no sistema para introdução de mecanismos de solução de litígios que a Lógica formal não consegue equacionar.

A total ruptura com a gênese e parcela aporética, problemática, casuística do Direito (e com disciplinas auxiliares como a retórica e a tópica) gerou uma crise de distanciamento entre Ciência Jurídica e realidade. Realmente, o dinamismo das relações sociais, que não permite um esquema estático de produção jurídica, e a existência de questões jurídicas intrincadas, nas quais não é possível o simples manejo da subsunção, v.g., em razão da dificuldade de indicar qual a norma que efetivamente rege o fato litigioso, testificam que o Direito alberga, ou pelo menos deve albergar, um espaço para a razão prática.

O problema da limitação artificial do Direito à razão teórica potencializou-se com a Revolução Industrial e o conseqüente surgimento de relações sociais não previstas pela razão iluminada dos legisladores liberais que elaboraram os códigos, fazendo-se sentir com imensa força após a Segunda Guerra Mundial, cujas incomensuráveis violações aos direitos humanos (sob os auspícios de sistemas jurídicos positivistas, declaradamente neutros em termos de conteúdo), ensejaram um direcionamento juscientífico ambivalente: de resgate do aspecto substancial da Ciência Jurídica e de aproximação desta à realidade social.

Quanto à restauração da feição axiológica do Direito, iniciou-se, através da retomada de maneira esparsa algumas lições da Escola do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses, uma valorização do aspecto substancial do ordenamento jurídico, primeiramente através da Teoria Material da Constituição. Desde então, não mais se cogitou na construção do Direito distanciado da meta de concretização de princípios veiculadores de valores morais, sociais, ecológicos etc.

O objetivo de aproximação entre Ciência Jurídica e realidade, por seu turno, não pode ser satisfeito exclusivamente com a observância de princípios abstratamente formulados. O problema da ruptura entre realidade social e Direito só começou a ser equacionado com a restauração, promovida no terreno da *Civil Law*, principalmente por Viehweg e Perelman, da tópica e das raízes aporéticas do pensamento jurídico (que incluem a retórica e a teoria da argumentação em geral) como metodologia para a fundamentação jurídica.

A tópica de Viehweg, portanto, reorientou a interpretação jurídica, situando-a no ponto diametralmente oposto ao do formalismo sistemático-positivista.

A idéia de sistema jurídico e da natureza sistemática do Direito não é exclusiva da Escola Positivista, mas nela alcançou uma rigidez sem paralelo, pelo fato de não somente o positivismo depender de uma estrutura sistemática, mas de encarar o Direito como um sistema completo e fechado.

Outro fator que contribui para que, no positivismo, a concepção sistemática da Ciência Jurídica, traduzida em um sistema fechado, seja um axioma é o objetivo de isolar a dogmática e, portanto, o sistema jurídico, de todos os outros conjuntos (sistemáticos ou não) de normas sociais. Uma das principais metas da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, *v.g.*, é identificar e isolar o elemento jurídico de todos os outros, para que se possa visualizar o ‘Direito puro’, livre de interpenetrações axiológicas, morais, sociológicas etc.<sup>33</sup>

Quando publicou, em 1953, a obra *Tópica e Jurisprudência*, Theodor Viehweg subverteu o pensamento jurídico moldado pelo padrão lógico-subsuntivo de interpretação/aplicação, dando início a um ciclo da Ciência Jurídica que ainda não teve epílogo, caracterizado pela mitigação da influência da Lógica formal, pelo reconhecimento de que apenas em hipóteses restritas o Direito pode ser aplicado por subsunção e, principalmente, pela transformação da Teoria da Argumentação na nova metodologia jurídica.

O desprestígio que a tópica trouxe para a utilização da Lógica formal na Hermenêutica Jurídica não significa, contudo, seu abandono total e menos ainda sua inutilidade. Com efeito, a Lógica formal e a subsunção continuam sendo utilizadas no âmbito jurídico, sendo comuns hodiernamente, *v.g.*, as investigações sobre a estrutura lógica da argumentação jurídica.

---

<sup>33</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cf., a esse respeito, também: MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 42, onde o Friedrich Muller faz acurada exposição das principais características do positivismo jurídico.

English aduz que o silogismo judiciário – produto da lógica formal - é ‘frequentemente difamado porque mal entendido na sua função’.<sup>34</sup> Klug, por seu turno, sustenta que a lógica formal tem ‘uma importância necessária e, portanto, insubstituível, no entanto não tem ao mesmo tempo uma importância bastante’.<sup>35</sup>

Em suma, a Lógica formal e o silogismo judiciário cumprem uma função relevante e indefectível no desenvolvimento dos raciocínios jurídicos mais simples, como, v.g., aqueles voltados à aplicação de regras, contudo, ainda nesses casos, sua utilização é passível de restrições e não esgota a metodologia de interpretação/aplicação do Direito, a qual não se pode servir exclusivamente deles e da subsunção, principalmente na solução de questões jurídicas complexas, como as que envolvem princípios. Portanto, o equívoco não reside na utilização da Lógica formal na metodologia de interpretação/aplicação da Ciência Jurídica, mas sim na utilização “somente” da Lógica formal na metodologia jurídica de interpretação/aplicação do Direito.<sup>36</sup>

A Tópica de Viehweg, primeiramente, traça um panorama da evolução do Direito desde a Antigüidade Clássica – quando foi elaborada a Tópica por Aristóteles e Cícero – para concluir que, até o Renascimento, o Direito não era tratado nem encarado como um sistema, mas sim marcadamente argumentativo, problemático, aporético, construído pelo debate e por conhecimentos fragmentários reunidos em torno da lide.

Digna de registro é a passagem em que Viehweg cita Giambattista Vico para demonstrar a natureza aporética do pensamento jurídico, aduzindo que o referido pensador se referia, em 1708, ao método jus-científico antigo denominando-o ‘método retórico’.<sup>37</sup>

Viehweg estabelece um paralelo entre o método antigo de raciocinar tópico ou retórico (visto que a Tópica é parte da Retórica) – que denomina *mos italicus* -, no qual se discutem problemas, levantando argumentos a favor e contra as possíveis soluções, e o método cartesiano, propondo em seguida o uso intercalado de ambos.

A tópica de Aristóteles é uma das seis obras que compõem o *Organon*, na qual Aristóteles distingue quatro espécies de argumentos, das quais duas interessam de perto

<sup>34</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 382.

<sup>35</sup> KLUG, Ulrich apud ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 383.

<sup>36</sup> Cf., outrossim, a propósito da inegável utilidade da Lógica formal para o estudo do fenômeno jurídico, a versão editorial da correspondência trocada por Kelsen e Ulrich Klug entre 1959 e 1965: KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. **Normas jurídicas e análise lógica**. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

<sup>37</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 59-61.

à abordagem da Tópica: os argumentos dialéticos e os argumentos apodíticos. Apodíticos ou analíticos são os argumentos ou raciocínios que partem de premissas verdadeiras e conduzem a conclusões igualmente verdadeiras por inferência lógico-formal, ao passo que dialéticos são aqueles que partem de premissas apenas plausíveis ou prováveis, denominadas *endoxa* por serem verdadeiras na opinião (= *doxa*) de todos ou dos mais sábios, ou da maioria dos mais sábios, conhecidos ou famosos.<sup>38</sup>

Para English, Viehweg demonstra que a Tópica – na condição de técnica de pensar problemas através de raciocínios dialéticos (conceituados no *Organon* da *Lógica* de Aristóteles como apenas aqueles que partem de premissas plausíveis, razoáveis, e não de premissas indubitavelmente verdadeiras, como os raciocínios apodíticos) – ajusta-se muito melhor à natureza do Direito do que os métodos axiomático-dedutivos praticados desde o racionalismo e adotados de forma generalizada, no campo jurídico abrangido pela *Civil Law*, posteriormente à promulgação do Código Civil de Napoleão.<sup>39</sup>

A Retórica foi uma das sete artes liberais que, juntamente com a Gramática e a Dialética, formou o *trivium* – vale dizer, os três conhecimentos (triviais) que deveriam necessariamente ser adquiridos por quem se dispusesse a obter alguma láurea acadêmica. A Retórica engloba a Tópica e outras técnicas argumentativas de pensar problemas, havendo sido seu estudo, na Antigüidade e na Idade Média, obrigatório e antecedente aos estudos jurídicos propriamente ditos.<sup>40</sup>

Consoante Viehweg, o Direito deve voltar-se à solução de litígios casuisticamente, dentro de um processo especial de tratamento de problemas onde certos pontos de vista – os tópicos - são confrontados com o caso concreto em uma argumentação, visando a encontrar a solução mais justa. Conforme definição lapidar de Esser, os *topoi* consistem em pontos retóricos de partida para a argumentação do problema.<sup>41</sup>

Das teorias pragmáticas consensuais da verdade apenas a de Peirce já era conhecida da comunidade acadêmica, quando Viehweg, antecipando-se às teorias consensuais da verdade de Habermas e de Apel, sustenta serem os tópicos argumentativos ou *topoi* ‘pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com

<sup>38</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 63-64.

<sup>39</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 382.

<sup>40</sup> ATIENZA, Manuel. Op. cit., 2002, p. 63-68.

<sup>41</sup> ESSER, Josef apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 490.

validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e que podem conduzir-nos ao que é verdadeiro'.<sup>42</sup>

Portanto, a Tópica de Viehweg já declarava, antes das teorias discursivas da Hermenêutica Crítica, que a argumentação, o discurso, constituía um meio para o atingimento da verdade.

A Tópica, em síntese, é a Teoria da Argumentação para resolução de problemas jurídicos mediante sua abordagem em confronto com tópicos – pontos de vista tidos por relevantes que são aleatoriamente escolhidos para auxiliar na obtenção da solução mais justa. Em Viehweg, a seleção dos tópicos é arbitrária e não comporta limites quantitativos, pois tudo na tópica deve servir ao propósito de exaurimento da discussão relativa a um determinado problema, confiando-se que a melhor solução da lide advirá naturalmente desse processo. Não existe uma valoração acerca do peso que deve ser atribuído a cada um dos múltiplos pontos de vista selecionados para a argumentação, revelando-se nesse ponto, na opinião de English e Alexy, uma de suas mais acentuadas falhas.

Conforme English, 'o processo tópico se presta na verdade para a elaboração e escolha de pontos de vista e argumentos relevantes, mas não para a apreciação do seu peso e para a descoberta de regras de preferência', motivo pelo qual entende que a tópica 'carece de complementação'.<sup>43</sup> Para Alexy, a tópica é vaga com respeito ao papel da Dogmática, vale dizer, da lei e do precedente enquanto tópico.<sup>44</sup>

Trata-se a tópica, pois, e no que revela mais uma semelhança com as teorias do discurso da Hermenêutica Crítica, de uma teoria interpretativa basicamente procedimental, sem enfoque material, sem preocupação com a substância, portanto, passível de servir a argumentos e ideologias de toda ordem. Nela, inexistente compromisso com valores predeterminados, sendo essa característica de procedimentalidade, a par do pragmatismo, a nota que responde por sua universalidade e longevidade no panorama de pluralismo axiológico e acelerado avanço tecnológico em que vivemos.

A Tópica é instrumento, é método de interpretação voltado a fornecer elementos para a solução da lide. Não configura a resposta ao problema, mas sim o caminho para encontrá-la. É uma técnica de busca e exame de premissas. Conforme assinala Larenz,

---

<sup>42</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>43</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 384-385.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 49-52.

tornou-se familiar aos juristas, devido à Teoria Tópica de Viehweg, o entendimento de que ‘a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes’.<sup>45</sup> Assevera o mesmo jurista haver sido a disseminação desse entendimento a causa de uma crescente familiarização do Direito aos pressupostos e regras da argumentação jurídica.

Nesse tocante, verificamos uma semelhança com a Pragmática transcendental, de Apel, que também rompe com a tradição de identificar fundamentação com dedução lógico-formal. Assim como Viehweg situa a fundamentação jurídica na argumentação em torno do problema, logo no nível pragmático da linguagem, Apel igualmente elaborava sua tentativa de fundamentação filosófica última no nível pragmático da linguagem, mediante o princípio da não-autocontradição performativa, com o qual liberta a fundamentação filosófica do esquema lógico-dedutivo e institui a argumentação em si (suas condições de realização) como fundamento último da compreensão e, portanto, do ato de conhecer.

A harmonia do pensamento tópico com a reviravolta lingüístico-pragmática é espantosa. Havendo a obra *Tópica e Jurisprudência* precedido a elaboração das teorias discursivas de Apel e de Habermas, essa similitude de rota demonstra que tanto os referidos próceres da Hermenêutica Crítica quanto Viehweg trilharam uma tendência generalizada da evolução do pensamento rumo ao reconhecimento de que a compreensão, sua validação (justificação) e o consenso são frutos de um diálogo coletivo. Em suma, seguiram a orientação no sentido de que a razão é comunicativa, desenvolvendo-se no nível pragmático da linguagem.

Com efeito, o direcionamento pragmático como desdobramento do giro lingüístico-filosófico não se restringiu à Filosofia e ao Direito. O ressurgimento da Tópica, outrossim, não teve na obra de Viehweg o ponto de partida. Consoante registra Atienza:

[...] a ressurreição da tópica é um fenômeno que ocorre na Europa do pós-guerra em diversas disciplinas, e não apenas, nem em primeiro lugar, no Direito. O livro pioneiro parece ter sido o de R. Curtius, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, de 1948; desde então as proposições tópicos têm um certo desenvolvimento em matérias como a ciência política, a sociologia, a teoria literária, a filosofia ou a jurisprudência. (Grifo original).<sup>46</sup>

<sup>45</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.], p. 174.

<sup>46</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 60.

Além de inserir-se em um movimento generalizado de incursão na Pragmática, a obra *Tópica e Jurisprudência* de Viehweg não foi a que primeiro o seguiu na seara jurídica. Realmente, em 1951 – logo dois anos antes da primeira publicação da *Tópica* de Viehweg – o livro de Edward H. Levi, *An introduction to legal reasoning*, que teve no âmbito da *Common Law* repercussão equivalente à da *Tópica e Jurisprudência* nos sistemas jurídicos romano-germânicos, já consubstanciava grande parcela das idéias de Viehweg. Levi, assim como Viehweg, sustenta que o raciocínio jurídico obedece ao esquema do raciocínio por exemplos, de caso a caso, do particular para o particular.<sup>47</sup>

Luis de Recasens Siches, em *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, cuja primeira publicação data do ano de 1956, antes de expor sua teoria argumentativa fundada na lógica do razoável, traça um panorama extenso de teorias que se contrapõem ao uso da Lógica formal na metodologia jurídica, citando dezenas de juristas e concepções nesse sentido, das quais algumas são anteriores, outras concomitantes à *Tópica* de Viehweg, que também é mencionada.<sup>48</sup>

Logo, embora a *Tópica* de Viehweg não tenha sido a primeira teoria pragmática do universo jurídico na contemporaneidade, ela foi elaboração jurídico-pragmática pioneira dentro dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, e voltada para tais sistemas, advindo disso e de sua inegável confluência harmônica com o pragmatismo do giro lingüístico-filosófico a enorme repercussão que teve no âmbito da *Civil Law*.

A *Tópica* de Viehweg – que surgiu e se desenvolveu no contexto filosófico do giro lingüístico, do qual ela, ao veicular o pragmatismo no Direito, é uma emanção - deu à Ciência Jurídica, principalmente no espectro de abrangência da *Civil Law*, o norte necessário para que retomasse sua sintonia com os valores, costumes e anseios sociais, enfim, para recuperação do vínculo entre Direito e sociedade.

Conseqüência controvertida do retorno à *Tópica* promovido a partir da obra de Viehweg, foi a nivelação da norma jurídica a outros critérios de solução de litígios, os denominados *topoi*, seguida por algumas correntes interpretativas que compõem a Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional.

A *Tópica* não prescinde nem ignora a existência do texto da norma jurídica como critério de interpretação, mas adota-o como simples *topos* – ponto de vista para análise e solução do caso concreto - sem nenhuma preponderância sobre os demais. Com isso, o sistema e suas disposições estáveis e notórias foram colocadas à mercê de uma escolha a ser empreendida pelo magistrado entre reconhecer-lhes a normatividade ou afastá-los

---

<sup>47</sup> Idem. Ibidem, 2002, p. 60-61.

<sup>48</sup> SICHES, Luis Recasens. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed..Cidade do México: Editorial Porrúa S.A., 1973, p. 25-130.

em prol da prevalência de outros instrumentos para o deslinde da causa, o que gerou os mais severos libelos à Tópica, encarada como ameaça mortal à segurança jurídica e ao Estado de Direito.<sup>49</sup>

Consoante Alexy, a Tópica - quer seja encarada como técnica de busca de premissas, quer como técnica sobre a natureza das premissas ou uso dessas premissas na fundamentação - consiste basicamente em uma teoria da argumentação jurídica, inapropriada sobretudo naquilo que deixa indefinido como, p. ex., qual o papel da lei, da Dogmática e do precedente em seu bojo.<sup>50</sup>

Paulo Bonavides, analisando os modernos métodos de interpretação da Nova Hermenêutica constitucional, aponta em sua implementação, mormente tendo em vista a apontada mitigação da força normativa dos textos legislativos escritos, sérios riscos para a sobrevivência do Estado de Direito, embora reconheça que:

Não é possível todavia dispensar os préstimos dessa metodologia, nomeadamente naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social. Do contrário, a plenitude da velha hermenêutica faria estremecer ou explodir os fundamentos da ordem social [...].<sup>51</sup>

A mais séria refutação, todavia, à moderna Tópica – que inclusive logrou uma revisão empreendida pelo próprio Viehweg - não se dirigiu à nivelação em que situa a norma jurídica escrita e outros *topoi* no processo de interpretação, mas sim à sua caracterização do Direito como conhecimento de índole aporética.

Claus-Wilhelm Canaris coloca a questão do desprestígio do pensamento jurídico sistemático em termos de ‘auto-entendimento da Ciência do Direito como Ciência’.<sup>52</sup> Com efeito, não há ciência onde não há ordenação sistemática de conhecimentos que confere coerência e unidade ao todo. Canaris acertadamente funda o conceito de sistema em Direito sobre os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Canaris demonstra a feição sistemática do Direito tendo em vista o que denomina ‘exigências ético-jurídicas’ que estão na raiz da própria idéia de Direito, no qual a

---

<sup>49</sup> O rol de juristas que assumiram posturas críticas com relação à tópica por esse fato é encabeçada por Claus-Wilhelm Canaris e conta em suas hostes com nomes como Diederichsen, Zippelius, Dreier, Alexy e Muller. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 49-52.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 486-487.

<sup>52</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 6.



exigência de ordem resulta diretamente do postulado da justiça e de seu princípio mais próximo: o princípio da igualdade.<sup>53</sup>

A aniquilação do sistematicismo no Direito não pode ser implementada sem a relativização dessas exigências ético-jurídicas ínsitas da própria idéia de Direito – traduzidas nos princípios jurídicos da igualdade e da segurança jurídica –, cuja importância para o Estado de Direito e para os propósitos que a Ciência Jurídica assumiu na modernidade lhes conferiu o *status* de cláusulas inegociáveis.

O fato de o fenômeno jurídico haver tido em sua gênese um tratamento aporético, casuístico, e de não se poder desvincular completamente desse elemento na *praxis* interpretativa, não significa *de per se* uma rejeição à estruturação sistemática. Embora a argumentação desenvolvida na *Tópica e Jurisprudência* de Viehweg induza à conclusão de que o Direito não se coaduna a uma sistematização das normas e procedimentos que o integram, o deslinde da questão acerca da verdadeira natureza – sistemática ou aporética – da Ciência Jurídica, do qual depende a confirmação ou negação da índole científica do conhecimento jurídico, demanda uma análise mais detida de sua evolução e estrutura.

Quanto à evolução, embora a história do Direito revele as origens aporéticas do pensamento jurídico, sempre houve uma tendência subjacente à ordenação sistemática, como revelam as compilações feitas em obediência a determinações de vários imperadores romanos no afã de impor unidade e coerência à legislação e jurisprudência romanas. Podemos exemplificar essa afirmação mediante o Édito Perpétuo, cuja elaboração foi obra do jurisconsulto Sálvio Juliano, seguindo comando do imperador Adriano, do *Corpus Juris Civilis*, cuja elaboração foi determinada pelo imperador Justiniano, dentre outros.<sup>54</sup>

Apesar da incipiente organização empreendida por esses textos, a iniciativa, propósitos e efeitos de sua reunião comprovam que, se o Direito nem sempre foi sistema, pelo menos sempre tendeu e buscou sê-lo. Realmente, as soluções mais bem elaboradas no fórum romano para questões acerca da propriedade, da repressão a infrações penais etc. foram sendo paulatinamente transformadas em texto legal para aplicação generalizada a todas as pessoas físicas e jurídicas, numa clara repercussão do ideal de justiça por meio do princípio da Igualdade.

As compilações legislativas, tornando o direito em vigor conhecido e de aplicação assegurada, também embasavam-se no princípio da segurança jurídica, que os sábios

---

<sup>53</sup> Idem. Ibidem, 2002, p. 18-19.

<sup>54</sup> TABOSA, Agérson. **Direito romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1999, p. 88-89.

jurisconsultos romanos perceberam facilitar a circulação de bens e serviços, contribuindo para o enriquecimento do império.

A ordenação sistemática assegura a concretização do princípio da igualdade, viabilizando indiretamente a realização do princípio da justiça. A garantia de coerência interna do ordenamento jurídico (unidade sistemática), do ponto de vista negativo, impede que o princípio da igualdade seja violado, e, do ponto de vista positivo, assegura a ‘tendência generalizadora da justiça’, conforme salientado por Canaris em brilhante exposição da qual destacamos o seguinte trecho:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se à partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, seja como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, (...), portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como o conjunto de valores jurídicos mais elevados).<sup>55</sup>

O princípio da justiça e suas emanções, quais sejam, o princípio da igualdade e o princípio da segurança jurídica, estão no conteúdo da idéia de Direito. Essa substância encontra na ordenação sistemática a ambiência ideal para existir e evoluir. Dessarte, a Ciência Jurídica, desde que entendida como instrumento para realização da justiça, não pode deixar de ser sistemática sob pena de plantar o gérmen de sua autodestruição.

O Estado, ao submeter-se ao Direito para evitar o arbítrio e a injustiça, assumindo a forma de Estado de Direito, também não prescinde da organização sistemática. É o próprio Direito que o exige. Os princípios da igualdade e da segurança jurídica são tomados da substância do Direito ligado ao ideal de justiça para compor o Estado de Direito.

O estágio atual do pensamento jurídico aponta na direção da síntese entre a sistematização e o desenvolvimento discursivo do Direito. Kriele discorda da tendência de contrapor o pensamento tópico ao pensamento sistemático, postulando que o método tópico da Nova Hermenêutica não rejeita a idéia de sistema - como a princípio equivocadamente se pode supor - simplesmente não confere à análise sistemática das

---

<sup>55</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

normas que regem o caso concreto a relevância que a Hermenêutica Clássica lhe atribui.<sup>56</sup> English igualmente pondera que:

[...] a contraposição do método tópico em especial ao método axiomático em sentido estrito não exclui que a ciência jurídica, não obstante a intromissão das fundamentações tópicas, se esforce por uma sistemática (embora não por uma axiomaticamente modelada).<sup>57</sup>

Realmente, Viehweg e os demais juristas da Nova Hermenêutica não tencionam negar a natureza científica do Direito. A Nova Hermenêutica não sustenta que a Tópica responde por toda a metodologia jurídica como a Lógica formal pretendeu responder no auge do positivismo. Consoante Atienza, ‘a tópica deve servir para resolver aporias ou problemas impossíveis de afastar’.<sup>58</sup>

Com efeito, a Tópica e a Teoria da Argumentação destinam-se ao deslinde das questões interpretativas mais complexas, dos problemas para os quais não exista de pronto única solução. O sistema jurídico não foi abandonado pelo influxo de suas idéias, mas sim arejado e atualizado por elas, passando a conviver com uma técnica apta à realização da concretização jurídica em casos difíceis.

O fenômeno jurídico comporta e necessita tanto da Lógica formal – nas interpretações de simples regras por exemplo – quanto da Lógica informal, argumentativa, em suma, da argumentação tópica como expediente interpretativo para questões jurídicas intrincadas.

A complexidade das organizações sociais não permite operar uma transmutação completa do pensamento jurídico em pensamento tópico, descartando-se o sistema jurídico por inteiro. A natureza sistemática do Direito igualmente não é incompatível com a adoção da tópica e das demais teorias da Nova Hermenêutica constitucional, que contribuem grandemente para a evolução da Teoria da Constituição e para o cumprimento dos compromissos de resgate dos valores e de aproximação com a sociedade que a Ciência Jurídica assumiu no século XX.

As mais prestigiadas teorias interpretativas da Nova Hermenêutica, como a Teoria Metodica Estruturante de Friedrich Müller – que, apesar de conceder espaço à Tópica atribui ao texto da norma constitucional, em caso de conflito entre critérios interpretativos, preeminência sobre qualquer outro para solução da lide – realizam uma

<sup>56</sup> KRIELE, Martin apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 490.

<sup>57</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 383.

<sup>58</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 66.

síntese dialética das virtudes da Tópica com os pilares da ordenação sistemática da Ciência Jurídica.<sup>59</sup>

Uma avaliação mais profunda da utilização da Tópica revela que ela não ensejou uma ruptura com o sistema ou do sistema, provocando, isto sim, uma abertura do sistema para que, conforme preconizou Edward Levi, os conceitos jurídicos pudessem ser atualizados pelos valores, crenças e ideais que nascem e se desenvolvem no seio da sociedade. Esses valores e idéias puderam ser introduzidos no sistema na forma de tópicos, que assim não revogam a lei, mas atualizam sua significação. A abertura do sistema realizada pela técnica de raciocínio por exemplos ou por pontos de vista implementa uma atualização do significado dos signos utilizados no sistema, compatibilizando-os com a realidade e com as mudanças operadas na sociedade em cada período histórico.<sup>60</sup>

Resta indubitável que a Tópica deixou uma marca indelével na maneira de operar com o Direito, pois mesmo os defensores mais ardorosos da índole sistemática da Ciência Jurídica não tencionam restaurar o anterior prestígio dos métodos axiomático-dedutivos de interpretação, nem teriam êxito se pretendessem fazê-lo. A Tópica levou a *praxis* interpretativa em Direito a uma fusão com a Lógica informal ou Lógica do razoável e com a Teoria da Argumentação da qual não parece haver retorno.<sup>61</sup>

Após a perplexidade que causou, as adesões apaixonadas e ácidas críticas que desencadeou, a Tópica alojou a Teoria da Argumentação no cerne da metodologia jurídica e passou a conviver com outros métodos interpretativos no seio dos sistemas jurídicos, tendo hodiernamente sua utilização defendida, ainda que de modo adjacente e complementar, pela generalidade dos juristas, como inclusive Canaris, que a considera aplicável em caso de lacunas e de autorização legal para decisão por equidade<sup>62</sup>. English, por exemplo, a recomenda para as hipóteses em que ‘são deixados espaços de jogo para a aplicação de conceitos, preenchimento de lacunas, complementação do direito’.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>60</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 60-62. Cf. também SICHES, Luis Recasens. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Cidade do México: Porrúa S.A., 1973, p. 125-126.

<sup>61</sup> Cf., a respeito do espaço que compete à lógica informal na interpretação jurídica: PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. SICHES, Luis Recasens. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Cidade do México: Porrúa S.A., 1973.

<sup>62</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 269-272.

<sup>63</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.], p. 385.

Com efeito, a Tópica cumpriu seu papel de inserir a Pragmática no Direito, oxigenando-o com os avanços do giro lingüístico, não havendo hoje vozes autorizadas que propugnem sua incompatibilidade com o sistema jurídico.

Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes, - assim se explicando também o fato de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais, como o Direito constitucional, ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso [...].<sup>64</sup>

A Nova Hermenêutica constitucional, por meio da tópica, é comprometida desde seu nascedouro com essa moderna orientação pragmático-axiológica do Direito, que visa restaurar o vínculo entre a Ciência Jurídica e realidade social, bem como dar concreção aos valores constitucionalmente assegurados na forma de princípios.

A efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva - em ações civis públicas que postulam a realização de obrigação de fazer que implica intervenção jurisdicional no orçamento público -, além de materializar um dos mais complexos exemplos de caso difícil, demanda de maneira acentuada a conjugação, na interpretação, do binômio 'penetração da realidade social – concretização de princípios', de sorte que, apenas quando inserida em interpretação compatível com a Nova Hermenêutica constitucional, tem chance plausível de transformar-se em realidade.

Parafraseando toscamente Dworkin, levar o texto da Carta de 1988 a sério é levar os direitos fundamentais à saúde e à educação a sério, considerando sua normatividade algo inegociável. Nessa ordem de idéias, uma interpretação concretizante da Constituição Federal, no atual panorama hermenêutico, é uma interpretação condizente com os postulados da Nova Hermenêutica constitucional.

Alexy, ao descrever com precisão os defeitos da tópica, fornece a melhor enunciação da sua contribuição para a Hermenêutica. Declarando que sua Teoria da Argumentação possui, num certo sentido, os mesmos propósitos da Tópica de Viehweg, Alexy entende que:

No entanto, deve-se manter a tese da tópica de que, inclusive quando não são possíveis fundamentações concludentes, não se deve conduzir à decisão irracional, assim como a idéia de que o conceito de fundamentação racional está estreitamente entrelaçado com o de discussão racional.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 277.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 52-53.

Com efeito, a Tópica, malgrado as evidentes falhas da metodologia de seleção e uso dos *topoi*, deu o direcionamento básico para as teorias interpretativas ao devolver à fundamentação jurídica o *status* de racionalidade, ao preconizar a argumentação jurídica com instância maior da interpretação, em detrimento (mas não em exclusão) dos métodos lógico-formais da razão teórica.

Assentada a indefectibilidade do sistema jurídico e da abertura que a Tópica possibilitou, passaremos a discorrer sobre as principais teorias interpretativas da Nova Hermenêutica, visto que apenas mediante essa incursão é possível analisar, com um mínimo rigor, se a interpretação efetivamente empreendida pelo Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, coaduna-se com Nova Hermenêutica constitucional.

### **3.3. O pensamento de Perelman e a Teoria da Argumentação: a mais perfeita tradução da razão prática.**

O Doutor em Direito e Filosofia pela Universidade Livre de Bruxelas, Chaim Perelman, nascido em Varsóvia e educado em Bruxelas, levou a efeito, pela via de sua teoria da argumentação, a sedimentação do movimento de ampliação da razão, no âmbito do Direito.

Com efeito, se a tópica de Viehweg trouxe aos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica os primeiros influxos do pragmatismo, a Nova Retórica de Perelman, pela profundidade e abrangência com que mergulha na razão prática (adotando como modelo o raciocínio jurídico), logra fornecer um embasamento mais sólido para a ampliação da racionalidade jurídica. A Nova Retórica prima pela consistência e pelo rigor na abordagem da razão prática, a qual recebeu um limitado e mesmo ligeiro tratamento na Tópica de Viehweg.

Conquanto seja inegável a existência e importância para o tema da obra *Tratado da Argumentação*, que escreveu em parceria com sua esposa Lucie Olbrechts-Tyteca, a Teoria da Argumentação de Perelman não se encontra sistematizada e tampouco em única obra. Ao contrário, ela é elaborada ao longo de uma infinidade de ensaios, artigos e livros, o que não é incomum nos estudos filiados à razão prática, que, ao contrário das construções pautadas pela razão teórica, não conferem importância à sistematização das idéias.

Assim como a Tópica de Viehweg, a Teoria da Argumentação de Perelman embasa-se na retórica de Aristóteles, bem como na de Cícero, adotando, ainda, e de modo original, as lições de Quintiliano. Perelman acompanha a modificação de paradigma da racionalidade operada pela reviravolta lingüístico-filosófica, que desembocou no pragmatismo, na concepção da razão comunicativa, segundo a qual o conhecimento ocorre na linguagem por meio do discurso, da argumentação.

Como visto no capítulo anterior, razão comunicativa e razão prática são noções interdependentes, visto que a razão comunicativa consiste em um desenvolvimento da razão prática, mercê principalmente do pragmatismo de Peirce - que atribui essa denominação ao ramo de seus estudos em Filosofia da Linguagem (Semiótica) que se ocupa das relações dos signos com seus usuários, vale dizer, que se ocupa da linguagem como comunicação, instrumento para esclarecimento e convencimento.

A formação intelectual de Perelman seguiu as tendências de absolutização da razão teórica, como comprova sua obra (anterior à Nova Retórica) *De la Justice* (1945), que segue uma trilha completamente oposta à da razão prática ao buscar, com inspiração em Gottlob Frege, um dos maiores teóricos da Lógica moderna, estabelecer uma noção de justiça completamente formal, destituída de todo juízo de valor.<sup>66</sup>

Porém, tendo em vista haver testemunhado e principalmente haver sido informado - durante a 2ª. Guerra Mundial e após o seu término - dos absurdos e atrocidades que a exaltação da razão teórica deu ensejo ao patrocinar o alijamento dos valores dos mecanismos de raciocínio, Perelman foi paulatinamente se convencendo não da irrelevância - pois sua sólida formação lógica e inteligência privilegiada não permitiriam - mas da insuficiência da lógica formal e da razão teórica que ela operacionaliza para descoberta e explicação da realidade, o que o instigou a pesquisar a existência de outra racionalidade, compatível com valores, a qual denominou 'lógica dos juízos de valor'.<sup>67</sup>

Em suma, Perelman, embora tenha recebido uma formação embasada na supremacia da lógica formal e da razão teórica, soube como poucos interpretar as conseqüências de tal excesso, revendo não somente suas concepções mas também todo o arcabouço de conhecimentos que adquiriu ao longo de uma carreira acadêmica que já transusera o doutoramento.

---

<sup>66</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 81-82.

<sup>67</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 13-15.

A razão pela qual Perelman logrou se transformar no mais profundo e persistente investigador da natureza e das possibilidades da razão prática é precisamente o fato de que, primeiramente, a encarou em choque, sob as lentes de uma bagagem intelectual e predisposição pessoal (pré-compreensão) completamente moldados pelo ideário do monopólio da razão teórica sustentado há séculos na comunidade científica.

Perelman atravessou um processo de assimilação da existência e relevância da razão prática que confirma em cada linha a dialética da compreensão de Gadamer, no que respeita à potencialização da apreensão do horizonte de significação da coisa interpretada quando o intérprete admite e problematiza a correção da própria pré-compreensão com que a analisa (horizonte de significação do intérprete).

A Nova Retórica parte da intuição de que existe algo entre a racionalidade formal e a irracionalidade, que existe algum tipo de racionalidade no campo dos valores. Na pesquisa desse âmbito não formal ou informal da racionalidade, onde de antemão situa os valores, Perelman elabora uma das mais abrangentes teorias argumentativas, que engloba uma análise dos argumentos desenvolvidos pela razão prática, de sua utilização, do tipo de lógica inerente a tal utilização, da sua eficácia e validade, e do papel que esse complexo de fenômenos não racionais e não irracionais - pertencentes ao âmbito informal da racionalidade (o âmbito do razoável) - desempenha para a Filosofia, ou seja, para a interpretação da realidade.

O objetivo do presente trabalho nos impele a limitar a abordagem da Teoria da Argumentação perelmaniana, subdividindo-a na análise daquelas que consideramos as principais categorias de seu pensamento: os raciocínios e o auditório universal.

### 3.3.1. Os raciocínios.

Perelman alude à classificação aristotélica dos raciocínios feita no *Organon* em raciocínios analíticos e raciocínios dialéticos, nos seguintes termos:

Os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas. Os raciocínios analíticos transferem à conclusão a necessidade e a verdade das premissas (...) Os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos *Tópicos*, na *Retórica* e nas *Refutações sofisticas* se referem não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-2.



Superando Aristóteles em sua análise, Perelman conclui que raciocínios analíticos e dialéticos distinguem-se não somente pelas premissas de que partem – os primeiros de premissas indubitavelmente verdadeiras, ao passo que os segundos de premissas apenas verossímeis –, mas pela relação de necessidade existente entre as premissas e a conclusão, que se manifesta apenas nos raciocínios analíticos.<sup>69</sup> Nos argumentos dialéticos não há essa relação de necessidade, mas sim de plausibilidade.<sup>70</sup> A conclusão oriunda das premissas, nos raciocínios dialéticos, é plausível, aceitável perante os argumentos apresentados, mas não uma consequência inarredável, donde decorre que, em tais raciocínios, o orador precisa contar com a adesão do auditório ao qual se dirige a cada conclusão para poder ir adiante em seu discurso, sem que desmorone sua possibilidade de atingir o escopo da argumentação, qual seja, o convencimento.

Especificamente quanto ao raciocínio jurídico cuja conclusão é uma decisão, Perelman aduz ainda um argumento definitivo contra a possibilidade de que a conclusão/decisão seja uma consequência inafastável das premissas, declarando que a passagem das premissas à decisão ‘não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum’.<sup>71</sup>

A decisão, aliás, é o que diferencia os raciocínios dialéticos em Direito dos que são utilizados no âmbito das demais ciências do espírito e da Filosofia.

É nisto que o raciocínio jurídico se distingue [...] daquele que encontramos em filosofia e nas ciências humanas, nas quais, na falta de um acordo e na ausência de um juiz capaz de encerrar os debates com sua sentença, cada um permanece com suas posições.<sup>72</sup>

Perelman lança luzes sobre o fato de que ‘há sempre um meio de transformar uma argumentação qualquer em um silogismo, acrescentando-se uma ou várias premissas suplementares’.<sup>73</sup> Conquanto os argumentos dialéticos, porém, possam ser – pelo simples acréscimo de premissas – artificialmente estruturados como um silogismo lógico formal, a relação de necessidade retromencionada não pode ser assim fabricada, de maneira que, assim como um raciocínio dialético ou prático, não pode efetivamente ser convertido em analítico ou apodítico, a racionalidade dos raciocínios analíticos ou apodíticos é distinta da racionalidade dos raciocínios dialéticos ou práticos.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 167.

<sup>70</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 2-3.

<sup>71</sup> Idem, ibidem, 2004, p. 3. O fato de, no ordenamento jurídico brasileiro, não ser admitido o *non liquet* não retira o valor desse raciocínio, que no mais é incontrastável.

<sup>72</sup> Idem. Ibidem, 2004, p. 8.

<sup>73</sup> Idem. Ibidem, 2004, p. 3.

Dessarte, existe uma lógica diversa da Lógica formal. Em Perelman, o raciocínio jurídico é o raciocínio prático padrão, razão pela qual sua teoria da argumentação o explora amplamente para desenvolver uma abordagem do raciocínio prático em geral, comum às ciências humanas ou ciências do espírito e à Filosofia.<sup>74</sup>

A amplitude e profundidade da Teoria da Argumentação de Perelman pode ser aquilatada quando se constata que ele identificou, na utilização dos raciocínios produzidos fora do terreno da Lógica formal, outra espécie de lógica, complementar à Lógica formal, a saber, a Lógica dos juízos de valor que, especificamente aplicada aos raciocínios jurídicos, se transforma em Lógica Jurídica. Logo, além de uma ampliação do campo da racionalidade, a Teoria da Argumentação de Perelman postula uma ampliação da Lógica em si.

Podemos resumir a convicção de Perelman de que na lógica jurídica encontrara outra lógica, completamente diversa da lógica formal, em uma citação que faz em sua *Lógica Jurídica* de afirmação de Eugene Erlich em *Die juristische logik*, segundo a qual a Lógica Jurídica ‘não consiste na aplicação da lógica geral aos fins específicos da jurisprudência’.<sup>75</sup>

Aliás, Eugene Erlich, com *Die juristischen logik*, e Edward Levi, com *An introduction to legal reasoning* (obras publicadas anteriormente às incursões de Viehweg e Perelman no terreno da razão prática), afirmaram com precedência a existência de uma Lógica Jurídica distinta da Lógica formal. Os juristas oriundos dos países de tradição jurídica anglo-saxônica, como Edward Levi, são responsáveis pelos estudos de vanguarda no campo da razão prática, haja vista a própria fisiologia dos sistemas judiciários donde procedem.

É interessante frisar com Alexy que, no estudo dos argumentos da razão prática, Perelman renunciou a uma avaliação sob as lentes da Lógica formal, embora fosse um profundo conhecedor do tema, visto que tinha formação lógico-formal e sua tese de doutorado em Filosofia versava sobre um dos maiores nomes da moderna Lógica, Gotlobb Frege.<sup>76</sup>

Perelman reconhece inclusive que, em 1947, quando decidiu se dedicar ao estudo da racionalidade dos juízos de valor, seu propósito inicial era analisar os raciocínios que

---

<sup>74</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 126-127.

<sup>75</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-6, 135 e segs..

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 174-175.

contivessem juízos de valor utilizando o método lógico-formal de Gotlobb Frege. Após dois anos de investigações, todavia, concluiu que a Lógica formal não estava presente em tais argumentações nem servia para examiná-las.<sup>77</sup>

Contrariando o posicionamento de Alexy a esse respeito, ousamos encarar a posição de Perelman não como um desperdício de oportunidade de aprofundamento da pesquisa, mas como coerência epistemológica, pois o projeto perelmaniano sempre foi o de explorar a razão prática, a lógica particular que ela encerra, de maneira que - embora a utilização do poderoso arsenal da Lógica formal moderna pudesse trazer realmente contribuições notáveis - o recurso a tal expediente impediria que se avançasse mais no recém-restaurado campo de investigação da razão prática.

Em Perelman, a argumentação jurídica é um ramo da Retórica, precisamente o seu paradigma, cujo estudo presta-se à análise de todas as demais argumentações práticas. Discorrendo acerca da retórica em Aristóteles, Perelman procura esclarecer os fatores que levaram ao seu gradual desprestígio e desuso, de sua inferiorização perante a lógica formal.<sup>78</sup>

### 3.3.2. O auditório universal.

O conceito de auditório universal e seus desdobramentos configuram o epicentro da teoria da argumentação de Perelman, para quem ‘a noção de auditório é central na retórica’.<sup>79</sup>

Toda argumentação visa a influenciar um auditório, a pessoa ou grupo de pessoas a quem se dirige. A finalidade da argumentação é a obtenção e aumento da adesão às idéias do discurso. Na consecução desse objetivo, o orador deve adaptar o discurso ao auditório que almeja influenciar.

Em virtude da não-obrigatoriedade da passagem das premissas à conclusão nos raciocínios dialéticos, Perelman sustenta que a adesão do auditório deve ser obtida argumento a argumento, durante o desenvolvimento do discurso, para que este possa avançar até seu epílogo.

Há dois tipos de auditório, o auditório particular – histórico, contingente, mais facilmente predisposto à adesão por nem sempre sujeitá-la ao discurso racional - e o

---

<sup>77</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 138.

<sup>78</sup> Idem. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64 e segs..

<sup>79</sup> Idem. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

auditório universal – ideal, atemporal, advindo sua adesão exclusivamente como produto de uma argumentação racional.<sup>80</sup>

Auditório particular é composto por aqueles a quem o discurso efetivamente se dirige no mundo, a um ou a vários ouvintes de determinada época, lugar, estamento social etc. Na maior parte de sua obra, Perelman discorre sobre o auditório particular como composto por um só interlocutor a quem o orador se dirige, ou pelo próprio orador dialogando consigo mesmo.<sup>81</sup> Precisar quem integra o auditório universal é tarefa que suscita longos debates, cuja posição mais acertada se nos afigura a de Alexy, para quem o auditório universal não é integrado por todos os seres humanos, mas pelos seres humanos dotados de racionalidade, entendida esta como capacidade argumentativa.<sup>82</sup>

A semelhança entre o conceito de auditório universal e o de situação ideal de fala de Habermas – a qual implica uma ‘comunidade ideal de comunicação’, composta por todos os seres humanos dotados de ‘competência comunicativa’ ou capacidade de argumentar - é inegável e testemunha da influência da Teoria da Argumentação, de Perelman, para o desenvolvimento da razão prática ou comunicativa não somente no âmbito do Direito e das demais ciências do espírito, mas igualmente no plano filosófico.<sup>83</sup>

Conforme Alexy, ‘também segundo Perelman um juízo de valor ou de dever apenas pode ser considerado como fundamentado racionalmente se todos podem concordar com ele’.<sup>84</sup>

O consenso ou adesão do auditório universal é o objetivo maior da argumentação, que assim é qualificada como racional. Evidentemente, assim como Habermas, Perelman é cômico e declara a impossibilidade de obtenção efetiva dessa adesão, mesmo porque o auditório universal jamais poderá se reunir no mundo, haja vista, dentre outras razões, os milhões de seres humanos com capacidade argumentativa que faleceram e os que vão nascer.

---

<sup>80</sup> PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34-50.

<sup>81</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 63.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 169-170.

<sup>83</sup> Nesse sentido: ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., 2005, p. 170.

É interessante observar a contradição ínsita em determinadas obras que, analisando a situação ideal de fala na Teoria do Discurso e na Teoria da Ação Comunicativa, de Habermas, não vêem inconveniente nem demérito na formulação habermasiana - cujo valor como idéia ou princípio regulador é reconhecido -, mas que desferem, relativamente à Teoria do Auditório Universal, de Perelman, ácidas críticas em virtude da inexequibilidade de efetiva formação desse auditório.

Alexy, por exemplo, discorrendo acerca do auditório universal de Perelman, questiona ‘até que ponto um conceito tão amplamente formulado pode servir como medida para valorar os argumentos’.<sup>85</sup> É fácil responder a Alexy: da mesma forma que o conceito de situação ideal de fala de Habermas (cuja teoria do discurso, aliás, ele adota como vetor para a elaboração da sua teoria da argumentação), vale dizer, como idéia reguladora, meta da argumentação, ideal a ser perseguido para depuração do discurso rumo à racionalidade.

O auditório universal é o conceito que rege a argumentação perante um auditório particular quando elegemos a racionalização do discurso como meta. Quem argumenta buscando somente o acordo do auditório particular constrói argumentos eficazes e alcança a persuasão. Já quem argumenta, perante o auditório particular, visando o acordo (adesão ou consenso) do auditório universal que pressupõe existir, elabora argumentos válidos e alcança o convencimento ou adesão racional. Verifica-se, dessarte, a distinção entre persuadir (o auditório particular) e convencer (o auditório universal).<sup>86</sup>

A noção de auditório universal tem sido acusada de ambigüidade pelo fato de aliar a historicidade do auditório particular à transcendência do auditório universal, por meio da interação de ambos consoante a postura do orador e sua meta (persuadir ou convencer). Essa, porém, é uma das maiores virtudes da Teoria da Argumentação de Perelman. Com efeito, o auditório universal não existe no plano físico, somente no metafísico, de maneira que, diante de um auditório particular, histórico, dirigimo-nos ao auditório universal quando agregamos à argumentação empreendida uma pretensão de validade universal – ou seja, dirigida a todos os seres racionais, dotados de capacidade de argumentar ou competência comunicativa.

Essa articulação entre o real e o ideal é o que permite a formulação de critérios racionais para a argumentação real. A rejeição à interligação entre realidade e idealidade

---

<sup>85</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 171.

<sup>86</sup> PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29-34. Cf. também PERELMAN, Chäim. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

da teoria perelmaniana é, na verdade, o preconceito contra as limitações do real mascarado em críticas pseudocientíficas, as quais olvidam o fato de que conhecer e modificar para melhor a realidade é o maior desafio da razão. Perante a razão prática, não há como suprimir a realidade em prol de teorizações abstratas e diletantes.

A Nova Retórica descortina um sistema aberto de critérios para elaboração de decisões racionais.<sup>87</sup> Não existe limite quantitativo para esses critérios e tampouco uma só decisão correta para cada caso. Na Nova Retórica, não são admitidas falácias e a validade do discurso é entregue à argumentação e ao julgamento da história.

Perelman, ao contrário de Alexy, não procura estabelecer critérios normativos de racionalidade, o que, contudo, não impediu Alexy de coletar alguns dados que considerou como critérios esparsamente elaborados pela Teoria da Argumentação de Perelman, dentre os quais a exclusão, perante o auditório universal, de afirmações nas quais o orador não acredita e de propostas que ele não seja capaz de cumprir (sinceridade e seriedade).

Entra nessa categoria, outrossim, a obrigatoriedade de apresentar os contra-argumentos levantados aos seus argumentos, ou seja, de mostrar imparcialidade na argumentação, bem como a imposição, diretamente decorrente da idéia de auditório universal, de que só sejam propostas normas que possam contar com o assentimento de todos os envolvidos (semelhantemente ao princípio da universalização, de Habermas, consoante o qual todos devem preferir a norma proposta a todas as outras opções possíveis). São também critérios de validade identificados por Alexy a obrigação de aceitação da crítica e o dever de tolerância com discursos antagônicos, diante da impossibilidade da teoria da argumentação de apontar apenas uma solução correta para cada caso.<sup>88</sup>

O mais polêmico dos critérios de Perelman é o princípio da inércia, conforme o qual uma idéia, uma vez aceita, não pode ser rejeitada sem fundamentação, de maneira que apenas a mudança necessita ser fundamentada. O viés conservador desse princípio é inequívoco e, embora sirva de base para a alegação do precedente, não possui uma razão de ser em si, pois, se a idéia é válida, qual a dificuldade ou prejuízo decorrente de que seja novamente fundamentada e aceita? Uma interpretação possível do princípio da inércia é aquela segundo a qual, com ele, é estabelecida uma limitação ao âmbito do

---

<sup>87</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 82.

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 176-177.

discurso, restringindo-se a argumentação ao que é controverso, polêmico, aos problemas qualificados como casos difíceis.

### 3.3.3. A relevância da restauração da razão prática.

A importância da Nova Retórica de Perelman consistiu no atingimento de seu escopo maior: a reabilitação definitiva da razão prática como campo da racionalidade, suscetível de investigação científica e filosófica. A Teoria da Argumentação de Perelman recuperou o universo dos juízos de valor do pântano da irracionalidade a que o pensamento cartesiano o condenara.

Perelman tem o mérito de haver contribuído decisivamente para a ampliação da racionalidade, para a admissão da razoabilidade como instância paralela à da Lógica formal. Sua teoria da argumentação presta o serviço de situar a argumentação jurídica como parcela vital da razão prática, sujeita à Lógica informal ou Lógica do razoável, desautorizando as concepções da Retórica aplicada ao Direito como adorno de emanações arbitrárias do poder estatal ou veículo para a proliferação de raciocínios falaciosos.

Identificar a racionalidade das argumentações práticas em geral, mediante a análise da racionalidade das argumentações jurídicas (retórica jurídica), além de sedimentar o *status* científico do Direito, o faz sob a perspectiva da razão prática, permitindo salvaguardar a Teoria Geral do Direito do predomínio de visões não somente formalistas quanto principalmente arbitrárias dessa ciência.

O contributo de Perelman não pode ser limitado à Nova Hermenêutica jurídica. Com efeito, a investigação dos limites e possibilidades da razão prática como instância da racionalidade foi imensamente enriquecida pela Nova Retórica, de Perelman, cuja idéia central – também presente na Teoria Consensual da Verdade e na Ética do Discurso, de Habermas – é precisamente a de que normas morais e juízos de valor (universo no qual se incluem obviamente as decisões judiciais) podem ser elaboradas e fundamentadas racionalmente.<sup>89</sup>

Os pontos de convergência entre o pensamento de Perelman e o de Habermas, aliás, são inúmeros. Como salientamos há pouco, a situação ideal de fala de Habermas, por exemplo, assemelha-se sobremaneira ao auditório universal de Perelman. A Teoria

---

<sup>89</sup> PERELMAN, Cháim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34-50.

Consensual da Verdade e a Ética do Discurso habermasianas são construídas sobre a ampliação da razão empreendida pelo giro lingüístico, que, por meio do pragmatismo, retirou da razão teórica o monopólio na produção de conhecimento. O giro lingüístico também foi pano de fundo para a elaboração da Nova Retórica, mas não responde sozinho pela base pragmática do pensamento de Habermas, que recebeu uma influência inegável também desta, com a qual guarda clara similitude de idéias.

Perelman - cuja pesquisa das possibilidades da razão prática na produção de conhecimento jurídico repercutiu muito além do âmbito do Direito -, por intermédio da Nova Retórica, alarga as fronteiras da racionalidade, contribuindo decisivamente para a difusão do entendimento segundo o qual a razão ou racionalidade é composta tanto e na mesma medida pela razão prática quanto pela razão teórica.

#### 3.4. Os limites do discurso jurídico e a Teoria da Argumentação, de Robert Alexy.

Há duas características básicas da Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy: a) é uma teoria prescritiva ou normativa, no sentido de que aponta, com minudência, regras a serem ordenadamente seguidas na argumentação; b) possui como fundamento teórico predominante a Teoria do Discurso, de Habermas, que abordamos ao tratar da contribuição dele e de Apel para o desenvolvimento da Hermenêutica.<sup>90</sup>

A teoria do discurso racional de Alexy procura estabelecer normas para a satisfação da pretensão de correção dos argumentos jurídicos, as quais visam permitir a elaboração de bons argumentos e rejeição dos maus argumentos, mas também intenta descrever a estrutura lógica dos argumentos efetivamente utilizados no discurso prático – onde revela uma faceta analítica. Portanto, a Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy, apresenta-se epistemologicamente como uma teoria analítico-normativa.<sup>91</sup>

Encarando o discurso jurídico como modalidade especial de discurso prático, Alexy - servindo-se dos ensinamentos de Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Habermas, Perelman e da teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen - primeiramente formula uma Teoria do Discurso Prático Geral para, sobre ela, edificar sua Teoria do Discurso Jurídico Racional.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup>A teoria do discurso ou da argumentação de Habermas foi construída no âmbito de sua teoria consensual da verdade, conforme assinalamos ao descrever no capítulo anterior como o pensamento de Habermas influenciou a hermenêutica no plano filosófico.

<sup>91</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 45.

<sup>92</sup>Idem. *Ibidem*, 2005, p. 150-163. A teoria da deliberação prática foi elaborada por Paul Lorenzer e desenvolvida por Schwemmer.



A Teoria do Discurso Jurídico, de Alexy, é estruturalmente formada por cinco grupos, que contêm um total de vinte e duas regras, e por seis tipos de argumentos.<sup>93</sup> A intenção declarada de Alexy na formulação expressa desse catálogo de normas do discurso jurídico racional é criar ‘um certo código da razão prática’.<sup>94</sup>

A missão teórica dessas regras é garantir que o resultado fundamentado na argumentação que as adota possa assumir a pretensão de correção ou pretensão à racionalidade.

A exposição da Teoria da Argumentação Jurídica, de Alexy, ou Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, principia enfrentando a questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral. Para ele, a nota distintiva entre argumentação jurídica e argumentação prática geral é a necessária vinculação da primeira ao direito vigente.<sup>95</sup>

Essa, porém, não é a única restrição que ele identifica no discurso jurídico. Alexy reconhece a existência de vários tipos de argumentação jurídica - como as discussões da Ciência do Direito, as decisões judiciais, os debates nos tribunais, as discussões de projetos de lei no âmbito do Poder Legislativo, a disputa de teses dentro dos processos, os debates de temas jurídicos nos meios de comunicação etc. -, aduzindo que todos possuem o denominador comum de conter, ainda que parcialmente, argumentação sobre teses jurídicas.<sup>96</sup>

Paralelamente a esse ponto de convergência, as diferentes modalidades de discurso jurídico possuem limitações distintas.

A argumentação jurídica mais livre é a que se desenvolve no âmbito da Ciência Jurídica. Com efeito, seus participantes a desenvolvem de livre e espontânea vontade, não estão adstritos a prazos nem a formalidades e podem elaborar argumentos que proponham a reformulação do Direito vigente.

A argumentação jurídica endoprocessual é a que sofre maiores restrições, pois está sujeita aos prazos e formas legais para se desenvolver. No processo, a participação do réu na argumentação não é voluntária e inexiste dever pleno de veracidade, podendo as partes argumentar consoante seja mais vantajoso aos seus interesses.

Evidentemente o fato de em algumas causas o acusado proceder voluntariamente à sua defesa não anula a realidade de que sua vontade é prescindível na argumentação. Igualmente, há partes no processo, como o Ministério Público, que por lei devem adotar

---

<sup>93</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 282-288. Em um apêndice, Alexy inseriu uma espécie de resumo dessas normas e tipos de argumento para facilitar seu estudo e debate.

<sup>94</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 46.

<sup>95</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 210.

<sup>96</sup>Ibidem, 2005, p. 209-210.

o dever de veracidade, mas aí estamos em face de uma exceção, pois, nas mais das vezes a atuação das partes na argumentação é estratégica, como revela, por exemplo, a possibilidade de, no júri, o réu apresentar tese de defesa somente em plenário ou modificá-la consoante se desenvolvam os debates com a acusação, a possibilidade de negar-se a falar ou realizar perícia para não produzir prova contra si etc.

Ainda sobre a argumentação jurídica endoprocessual, Alexy realça a distância entre o discurso jurídico racional e aquele que no cotidiano forense não pretende correção, esclarecendo que, para o estudo aprofundado das decisões judiciais fundadas nesse discurso carente de racionalidade e de sua eficácia social, são mais adequadas investigações sociológicas.

As demais formas de argumentação jurídica, consoante Alexy, situam-se, quanto às limitações, entre esses dois extremos (discurso produzido pelos doutrinadores da Ciência do Direito e argumentação endoprocessual).

Importa mencionar que, em razão das inúmeras limitações do discurso jurídico (bem delineadas por Alexy mas preteritamente identificadas), Habermas não encara o processo como instância discursiva, ou seja, não reconhece o processo judicial como discurso e sim como ação estratégica, ao contrário de Alexy que, superando aquele em cuja Teoria do Discurso se embasou, identifica corretamente que há elementos do discurso no processo, ao verificar, *v.g.*, que as partes formulam pretensões de correção quando se dirigem ao órgão jurisdicional, mesmo que para defesa de interesses individuais e resguardando-se a faculdade de só elaborar argumentos em favor de seus interesses. Para Alexy é insofismável o fato de que:

A teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as discussões jurídicas devam colocar-se como discurso no sentido de uma comunicação sem coerção e sem restrições, mas somente que, nas discussões jurídicas os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais.<sup>97</sup>

Um dos pilares da teoria de Alexy é o de que o discurso jurídico consiste em um tipo especial de discurso prático. O ponto de convergência entre o discurso prático em geral e o discurso jurídico reside em que ambos levantam uma pretensão de correção, ou seja, uma pretensão de que podem ser racionalmente fundamentados. Como a argumentação jurídica, *ex vi* das considerações retroformuladas, é alvo de inúmeras limitações não encontradas do discurso prático em geral, o discurso jurídico consiste em um caso peculiar de discurso prático, cuja singularidade limitadora principal - e comum às suas modalidades - é sua vinculação ao Direito vigente, mas que, em função das

---

<sup>97</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 216-217.

características de cada modalidade de argumentação jurídica, possui também outras restrições.

O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas.<sup>98</sup>

Alexy adota a tese de Habermas de que juízos de valor e de dever são passíveis de verdade e falsidade, logo racionalmente justificáveis. Para Alexy, no discurso jurídico a pretensão de correção tem que satisfazer duas exigências, a saber, a possibilidade de fundamentação racional dos argumentos e a obediência ao ordenamento jurídico.<sup>99</sup> Logo, a pretensão de correção da argumentação jurídica consiste na possibilidade de fundamentação racional dos argumentos consoante o ordenamento jurídico vigente. Isso implica afirmar que a possibilidade de fundamentação racional deve ser materializável dentro da moldura do Direito em vigor, embora fora dele também haja racionalidade.<sup>100</sup> A Teoria Metódica Estruturante, de Friedrich Muller, outrossim, procura estabelecer prescritivamente o vínculo entre a argumentação jurídica e o Direito em vigor.<sup>101</sup>

Alexy distingue a justificação das decisões jurídicas em justificação interna – onde se verifica se a decisão segue-se logicamente das premissas - e justificação externa – onde se verifica a correção das premissas – estatuinto regras específicas para a justificação interna e para a justificação externa.<sup>102</sup>

As regras de justificação interna são orientadas pelo princípio da universalidade, consoante a formulação que Alexy lhe atribui quando da elaboração de sua Teoria do Discurso Prático Geral, a saber, aquela segundo a qual: ‘todo falante só pode afirmar juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes’.<sup>103</sup> Essa posição equivale a subordinar as regras de justificação externa ao princípio da justiça formal de tratar igualmente o igual, significando, outrossim, que tanto a argumentação jurídica quanto argumentação prática geral têm o mesmo fundamento.

<sup>98</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 217.

<sup>99</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 46. A respeito do conceito de pretensão de correção, remetemos o leitor, para maiores esclarecimentos, ao tópico 2.7 do capítulo 2.

<sup>100</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 213-214.

<sup>101</sup>MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>102</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 217-273.

<sup>103</sup>Idem. Ibidem, 2005, p. 193.

Em Alexy, o discurso jurídico e o discurso prático geral podem lançar mão de argumentos empíricos e essa faculdade responde em larga medida pelo bom sucesso da argumentação, pois às vezes há acordo acerca do Direito e divergência quanto aos fatos. Nesse sentido é a regra de transição 6.1 do discurso prático geral, pela qual para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

Em suma, Alexy postula uma coincidência estrutural entre discurso jurídico e discurso prático geral e a necessidade de utilização de argumentos práticos gerais no discurso jurídico, que assim depende do discurso prático geral. Essa relação de dependência, contudo, não significa que se tratem de discursos idênticos e tampouco que um possa englobar o outro. Em sede da argumentação jurídica, estamos em face de uma forma especial de argumentação prática geral, de um caso especial do discurso prático geral.

Embora reconheça que a submissão do mesmo caso, por mais de um intérprete, às mesmas regras do discurso, pode resultar em interpretações diversas, a teoria da argumentação de Alexy repousa sobre uma tese central, que ao final é defendida sem vacilação, consoante a qual a obediência às regras procedimentais do discurso jurídico basta à garantia de sua racionalidade. Conforme Alexy, o cumprimento das condições, critérios e regras formais traçados é condição bastante para a racionalidade da argumentação jurídica.

### **3.5. A Teoria Metódica Estruturante, de Friedrich Müller.**

A Teoria Metódica Estruturante, de Friedrich Muller, que veio a público em 1971 na obra *Juristische Methodik*, insere-se no rol de teorias materiais da Constituição, haja vista a ênfase que concede à caracterização e realização do conteúdo constitucional, quais sejam os valores e comandos supremos do Estado.<sup>104</sup>

Ela insere-se, outrossim, no âmbito das teorias pragmáticas, tendo como uma de suas principais matrizes teóricas a Tópica de Viehweg.

---

<sup>104</sup> Até o ano de 2000 não havia tradução dessa obra nem da que lhe seguiu – *Fallanalysen zur juristischen Methodik*, onde são realizadas por Müller análises de casos concretos - para o português. Baseamo-nos, portanto, primordialmente, em edição de um trabalho escrito em 1972 por Friedrich Müller, para publicação em uma enciclopédia, intitulado *Die juristische Methode im Staatsrecht* (traduzido para o português como Métodos de trabalho do Direito Constitucional), o qual contém de forma concisa porém profunda e precisa a teoria metódica estruturante.

Conforme Gadamer, compreensão, interpretação e aplicação consistem em um processo unitário, de maneira que a parcela de sentido da lei aplicável ao caso somente se revela no momento de sua aplicação, consistindo interpretação e aplicação o fenômeno único da concretização da norma.<sup>105</sup> A teoria metódica estruturante adota o concretismo, marca aliás de todas as teorias interpretativas da Nova Hermenêutica constitucional.

Dessarte, consoante a Teoria Metódica Estruturante, a concretização não é sinônimo de interpretação, mas sim o resultado de um processo que engloba tanto esta quanto a aplicação e leva em consideração inúmeros fatores.

O equívoco maior da prática interpretativa é encarar tradicionalmente a interpretação como simples interpretação do texto da norma. Efetivamente, a interpretação parte da interpretação do texto da norma, mas desenvolve-se em um procedimento bem mais complexo e abrangente de desvelamento parcial do sentido da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Essa atividade de concretização ocorre, consoante Muller, em atos jurisdicionais e administrativos, nas elaborações de leis e no desempenho da plêiade de funções legislativas acessórias, pois em todos esses casos o trabalho implica seguir um conjunto de disposições normativas.

A Teoria Metódica de Müller concede significativo espaço à argumentação tópica ou argumentação efetivada com dados extraídos do problema *sub judice* e voltados para sua solução. Com efeito, conforme explicitaremos mais adiante, a Tópica tem um lugar assegurado, embora com relevantes e preciosas alterações, no seio da Metódica Estruturante.

As principais inovações da Teoria Metódica Estruturante no seio da metodologia discursiva de interpretação do Direito visam a satisfazer a limitação da argumentação jurídica ao ordenamento jurídico em vigor. Muller principia a explanação de sua teoria, afirmando que:

A metódica jurídica não pode fiar-se – nem com vistas aos pormenores técnicos, nem com vistas aos fundamentos teóricos – nos resultados da hermenêutica mais recente de matriz filosófica e genericamente peculiar às Ciências Humanas. Na ciência jurídica, enquanto ciência normativa aplicada, as exigências de vigência e obrigatoriedade devem ser formuladas de forma decisivamente mais rigorosa do que nas disciplinas não-normativas das Ciências Humanas.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 460-464. v. 1.

<sup>106</sup>MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 21.

Com isso, o autor aparta em princípio o Direito das demais ciências humanas, tendo em vista a incidência plena da Filosofia Hermenêutica gadameriana, base da Nova Hermenêutica constitucional, que repudia o método científico tanto para a Hermenêutica Jurídica quanto para a compreensão em geral. Müller reputa o estabelecimento de um método (científico) de concretização das normas constitucionais uma exigência do Estado de Direito e do princípio da Segurança Jurídica (por ele considerado um dos pilares dessa modalidade de organização jurídica).<sup>107</sup>

A Teoria Metódica Estruturante possui três pontos elementares de sustentação, a saber, as constatações de que: 1) a norma jurídica é mais do que o texto dessa norma; 2) de que interpretação e aplicação da norma jurídica são um processo simultâneo, a saber, a concretização; 3) e de que não somente no labor do Poder Judiciário ocorre concretização da Constituição, mas igualmente no desempenho regular das tarefas do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Considerando que um método de concretização do Direito Constitucional repercute não somente no âmbito do Poder Judiciário, mas igualmente na atuação do governo, na Administração e na atividade legislativa, constitui objetivo da Teoria Metódica de Friedrich Müller abranger de forma ‘estruturalmente unitária’, vale dizer, envolver em uma mesma estrutura metódica o ‘estilo de trabalho’ ou *modus operandi* de todas as instâncias de poder na tarefa de concretização de normas constitucionais.

Apesar, porém, de pretender considerar e servir à concretização da Constituição feita por todos os poderes de Estado, Müller elabora sua teoria empreendendo basicamente uma análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, por considerar que, ao contrário do que ocorre no Poder Executivo e no Poder Legislativo, a jurisprudência tem que ‘fornecer constantes e concatenadas representações dos seus processos decisórios’, de maneira a permitir uma análise confiável de concepções e tendências referentes ao método adotado.

Acerca da jurisprudência do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, Friedrich Müller conclui, após expor a multiplicidade de direcionamentos interpretativos adotados, existir um quadro de ‘pragmatismo sem direção’.<sup>108</sup> Segundo Müller, essa tendência ao pragmatismo ametódico predomina tanto na jurisprudência quanto na Ciência do Direito, conquanto, nesta, a falta de vinculação estrita a um caso potencialize a variedade e indeterminação dos processos interpretativos, o que, todavia, ‘não depõe

---

<sup>107</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 39.

<sup>108</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 37.

em nada contra a qualidade do conteúdo da argumentação, mas contra a transparência da sua gênese, do seu nexos de fundamentação e do seu modo de representação'.<sup>109</sup>

Preocupado principalmente com a nivelação que a Tópica empreende entre o texto legislativo e outros *topoi*, Friedrich Müller reputa prejudicial o Pragmatismo da Tópica desvinculado de um método interpretativo por considerá-lo um *modus operandi* interpretativo que abre largo flanco ao subjetivismo, comprometendo o rigor científico do Direito, advindo daí, no atual contexto da Ciência Jurídica de superação do positivismo formalista, a imperiosa necessidade de estabelecimento de um método capaz de concretizar a Constituição dotado da carga de objetividade juridicamente realizável.

Com isso, no entanto, Muller não propõe absolutamente o retorno à metodologia positivista nem aos cânones savignyanos. Com efeito, o Mestre de Heidelberg preconiza a possibilidade de construção de uma modalidade diferenciada de objetividade em Direito, embasada na explanação dos pressupostos fornecidos pela linguagem e projetados, tanto sobre o teor literal da prescrição jurídica, quanto sobre a situação litigiosa, sujeita a verificação por meio da racionalidade da argumentação, sustentando literalmente a noção de que:

Diante da ciência do direito, tradicionalmente concebida como ciência humana normativa referida à realidade, a pergunta pela sua objetividade e vigência universal se coloca de forma especial. A ciência do direito distingue-se da “objetividade” das ciências naturais em virtude da sua matéria “histórica”; distingue-se do modo de trabalho das ciências humanas “compreensivas” pela sua vinculação a normas jurídicas “vigentes”. O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal “absoluto”; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material no sentido da caracterização material de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização. A objetividade jurídica não pode alegar defrontar-se com a prescrição e o caso sem “pressupostos”. Tais pressupostos já são dados com a linguagem que abrange tanto as prescrições jurídicas quanto os intérpretes.<sup>110</sup>

Dessarte, Müller compreende a objetividade jurídica como algo que se pode obter mediante a explicitação dos pressupostos que a linguagem confere ao texto da norma e ao caso, ou seja, como algo que se pode extrair mediante a revelação da pré-compreensão do intérprete sobre o teor literal do texto da norma e sobre o contexto fático litigioso que demanda a elaboração de uma norma jurídica.

A justificação racional da pré-compreensão dentro da Teoria Metódica Estruturante deve envolver elementos de Teoria do Estado e da Constituição, deve

---

<sup>109</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 38.

<sup>110</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 65.

pautar-se pela busca da racionalidade e correção, separando a análise dos elementos jurídicos e não jurídicos e aplicando a todos uma avaliação embasada no universo jurídico, na Dogmática e na Teoria do Direito.

Embora seguindo fielmente as lições de Gadamer sobre a dialética da compreensão, Muller aduz que a pré-compreensão em Direito, principalmente no tocante aos elementos jurídicos do teor literal da norma e do caso decidendo, não é liberta de vinculações ao universo jurídico, aos conceitos jurídicos da teoria do Direito e à Dogmática, como o são a pré-compreensão filosófica ou ‘genericamente própria das ciências humanas’.<sup>111</sup>

Realmente, admitir outro modo de pré-compreensão em Direito – seja quanto aos elementos extrajurídicos do texto da norma e do fato *sub judice*, seja quanto aos elementos que possuem definição e conseqüências previstas pela teoria do Direito ou pela Dogmática -, equivaleria a retirar a normatividade da Ciência Jurídica, desnaturando-a e reduzindo as soluções alcançadas partindo dessa pré-compreensão em puro decisionismo. Em suma, a tradição em Direito deve conter e respeitar o Direito em vigor e a cultura jurídica do intérprete como fator primordial.

Clarificando o magistério de Friedrich Müller, podemos exemplificar com a situação seguinte: em havendo proibição literal da pena de morte em uma Constituição, não se pode na pré-compreensão jurídica com vistas à concretização analisar a questão da constitucionalidade de lei que preveja essa modalidade de punição para um crime bárbaro sem referência inicial à prescrição proibitiva constitucional. Não se pode desconsiderar a Dogmática e a Teoria do Direito na pré-compreensão jurídica em prol de posicionamentos prévios de índole extrajurídica porque o Direito é uma ciência normativa.

Nessa ordem de idéias, v.g., tanto uma pré-compreensão que contenha uma defesa incondicional da pena de morte na situação relatada (desconsiderando inteiramente o texto do dispositivo que em tese proíbe a pena de morte), quanto uma pré-compreensão que declare o rechaçamento cabal da pena de morte exclusivamente por motivos religiosos (sem menção ao teor literal da norma constitucional proibitiva) contrariam a visão da teoria metódica estruturante acerca do que deve ser a pré-compreensão em Direito. Na teoria metódica estruturante, a pré-compreensão jurídica deve ter como ponto de partida os posicionamentos advindos do universo jurídico, ainda que possam ser matizados ou modificados na elaboração final da norma jurídica que regerá o caso concreto.

---

<sup>111</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 64.



Aquilo que a *Metódica Estruturante* define como exposição racional do conteúdo da pré-compreensão jurídica se revela como esboço de uma teoria da argumentação jurídica voltada à concretização da Constituição cujos lineamentos gerais denotam o gênio de Friedrich Müller, que alia uma aplicação irretocável da *Hermenêutica dialética* de Gadamer ao imperativo de normatividade da Ciência do Direito.

Malgrado reconhecer os desvios a que a *Hermenêutica Clássica* utilizada pelo positivismo levou a interpretação da Constituição e das leis, o autor da *Teoria Metódica* reputa a fundamentação positivista do processo interpretativo abrangente e sólida, ao passo que o pragmatismo praticado pela jurisprudência axiológica do Tribunal Constitucional alemão, com esteio na *Nova Hermenêutica constitucional*, conferiria apenas uma fundamentação fragmentária e pouco consistente de seus processos interpretativos.

Realmente, Muller aduz, a respeito das tendências interpretativas, inclusive oriundos da *Nova Hermenêutica constitucional*, que se colocam como alternativa ao modelo de interpretação do positivismo formalista:

Mas os procedimentos propostos adicional ou substitutivamente por eles contrapõem-se em grau considerável aos imperativos de clareza dos métodos jurídicos, próprios do Estado de Direito, e à objetividade jurídica que assegura a medida possível da segurança jurídica.<sup>112</sup>

Segundo Müller, o ponto nevrálgico do equívoco da jurisprudência axiológica e das teorias interpretativas da *Nova Hermenêutica constitucional* que buscam superar a *Hermenêutica Clássica* dos cânones savignyanos praticada pelos positivistas é a adoção da mesma concepção de norma jurídica do positivismo formalista, que identifica norma jurídica com o texto da norma jurídica, numa contradição que as impede de fornecer uma fundamentação satisfatória de seus mecanismos interpretativos. Brillhantes e ilustrativas desse posicionamento são as seguintes declarações:

Do ponto de vista do método, o fracasso de tais concepções se deve ao fato de elas quererem superar o nível do positivismo legalista sem ao mesmo tempo deixar para trás o seu *background* teórico, a sua compreensão da norma, a sua identificação de norma jurídica e texto da norma e a sua concepção de prescrições como ordens logicizadas ou juízos hipotéticos (em vez de modelos de ordenamento materialmente determinados). [...] Mas ela (interpretação constitucional positivista) não foi substituída por nenhuma concepção metodológica global elaborada e continua produzindo efeitos implícitos.<sup>113</sup> (Grifo nosso).

Com efeito, o pragmatismo da *Tópica* e dos métodos interpretativos da *Nova Hermenêutica constitucional* não cabem nessa moldura estreita que, negando a interferência da realidade na formação da norma jurídica, a qual é tida como pronta e

<sup>112</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 39.

<sup>113</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 39-40.

acabada com o texto da norma, dissocia Direito e realidade, desvinculando artificialmente o texto do seu contexto.

A visão positivista do Direito como algo que existe por si só, independentemente da realidade, e não como ciência entrelaçada e a serviço da realidade, é determinante da restrição da norma ao texto, o qual é assim simplesmente acoplado sobre a realidade, seja qual for o efeito que essa justaposição produza.

Assim, o Direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e recorte normativo da realidade estão justapostos “em si” sem se relacionar, são contrapostos reciprocamente com o rigorismo da separação neokantiana de “ser” e “dever ser”, não necessitam um do outro e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal (Tatbestand) a uma premissa maior normativa.<sup>114</sup>

Corrigindo essa distorção, a teoria de Müller preconiza uma nova teoria do Direito mediante uma nova teoria da norma jurídica, onde esta é mais do que seu texto, razão pela qual a interpretação da norma deve ir além da mera interpretação do texto da norma, que é o ponto de partida e de orientação para o descobrimento da norma jurídica aplicável ao caso concreto, mas não expressa sozinho todas as suas potencialidades significativas.

A interpretação da norma jurídica não se esgota na interpretação do seu texto, pois o conteúdo da norma nem sempre pode ser previamente formulado em linguagem para todas as hipóteses às quais essa mesma norma é aplicável. A feição de diretriz que o texto da norma assume, cuja dimensão total transcende em muito esse texto, pode ser verificada pelo fato de que normas não escritas podem ser tão cogentes quanto as escritas, vale dizer, pelo fato de que a normatividade não decorre do fato de existir um texto escrito. O desvelamento da norma jurídica requer uma interpretação do programa da norma, do âmbito da norma e das peculiaridades do conjunto de fatos.

O teor literal, encarado como diretriz e limite do conteúdo da norma, expressa o programa da norma jurídica, ao passo que o âmbito da norma consiste no ‘recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação’.<sup>115</sup>

Conquanto abranja um conjunto de fatos sociais, o âmbito da norma não equivale à parcela da realidade sobre a qual incide o programa da norma porque, ao contrário da concepção positivista que aparta rigorosamente Direito e realidade (como reflexo da

---

<sup>114</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 42.

<sup>115</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 57.

separação kantiana entre ser e dever-ser), a Teoria Metódica Estruturante concebe Direito e realidade como coisas indissociavelmente entrelaçadas, que inexistem de *per se*. Com efeito, o âmbito da norma é composto de elementos destacados da realidade e/ou de elementos gerados pela norma, todos porém ‘conformados de modo ao menos parcialmente jurídico’. Não se trata de um mero recorte da realidade, mas sim de um recorte da realidade juridicamente qualificado, ou seja, encaixado em uma moldura jurídica.<sup>116</sup>

Coerentemente com a concepção do texto da norma como diretriz e limite para a elaboração *in concreto* da norma jurídica e com a visão da Ciência Jurídica como conhecimento inseparável da realidade à qual deve servir, a Metódica Estruturante, outrossim, postula consistir o Direito em um sistema aberto no qual a norma jurídica não é previamente dada. A Metódica Estruturante sustenta a existência de um componente dinâmico e construtivo na interpretação jurídica, onde revela outra repercussão da dialética da compreensão de Gadamer, que ressalta o caráter não cognitivo (declarativo) e sim construtivo da interpretação.<sup>117</sup>

Müller verifica, nas teorias interpretativas cognitivas que buscam desvendar a vontade do legislador ou da norma jurídica desde sempre prevista no seu texto, o esteio de interpretações decisionistas. A pesquisa da vontade previamente assentada na norma é um dogma de raiz positivista, fundado na rígida separação entre Direito e realidade - a qual, assim, não influi no descobrimento dessa ‘vontade’ -, que legitima a prática de interpretações voluntaristas, pois os incumbidos de decidir qual o conteúdo dessa vontade, via de regra, extraem tal decisão muito mais da própria análise subjetiva sobre o texto da norma apartado da realidade que da análise do caso decidendo, do contexto em que o texto da norma insere-se etc.

Consoante a Metódica Estruturante, a norma é um esboço de regulamentação projetado para o futuro, inseparável do caso que disciplina, de maneira que a concretização não pode resultar do descobrimento de uma vontade preteritamente estabelecida, pois tanto o teor literal da norma quanto o caso a ela referido fornecem os elementos necessários à formação da norma jurídica, que ocorre no preciso momento de sua aplicação.

Ao contrário da Tópica de Viehweg, o método de Müller não deixa em aberto o procedimento de concretização da norma – ou seja, estabelece precisamente os critérios

---

<sup>116</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58.

<sup>117</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. v.1.

utilizáveis nessa concretização e uma ordem hierárquica entre eles. Primeiramente, Müller subdivide os elementos utilizáveis na concretização em elementos metodológicos *strictiore sensu*, os elementos de concretização por meio do âmbito da norma e do âmbito do caso, elementos dogmáticos, elementos de técnica de solução, elementos de teoria e elementos de política constitucional.

Dentre os elementos metodológicos *strictiore sensu* encontram-se as regras interpretativas ou cânones de Savigny, os princípios de interpretação especificamente constitucional como, v.g., os princípios da unidade da constituição, da concordância prática etc..

Na qualidade de elementos dogmáticos, podemos elencar a jurisprudência pertinente ao caso em análise, a bibliografia jurídica passível de consulta para solução da *quaestio juris*, artigos, monografias etc.

Como elemento de técnica de solução está incluída a Tópica, que consiste em uma técnica de seleção de argumentos, os manuais de orientação para apresentação e desenvolvimento da argumentação jurídica, além de outros recursos técnicos que auxiliem estruturalmente a elaboração da norma jurídica concreta.

Elementos de Teoria Constitucional, por sua vez, consistem em teorias e conceitos extraídos da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição.

Já as considerações acerca das conseqüências desta ou daquela opção realizada pelo legislador constitucional consistem em elementos de política constitucional.

Em seguida, o Constitucionalista de Heidelberg classifica tais elementos de concretização consoante se refiram ou não diretamente à norma jurídica, elencando como diretamente referidos à norma os elementos metodológicos *strictiore sensu*, elementos de concretização através do âmbito da norma e do âmbito do caso, e parte dos elementos dogmáticos, precisamente aqueles embasados em norma jurídica.

Ato contínuo, é estabelecida uma hierarquia entre os elementos de concretização diretamente referidos à norma e os não diretamente referidos à norma, consoante a qual aqueles devem ser necessariamente utilizados no processo de concretização e prevalecem sobre estes, os quais não são de emprego obrigatório e devem ceder ante um conflito com os primeiros.

Vale ressaltar que, para Friedrich Muller, conflito é apenas a incompatibilidade total entre dois ou mais elementos de concretização e não a divergência parcial passível de acomodação.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 99.

A função dos elementos não diretamente referidos à norma é auxiliar e acessória, pois eles não se vinculam diretamente à norma jurídica, razão pela qual sua posição é subalterna em caso de conflito com os elementos diretamente referidos à norma.

Se a incompatibilidade revelar-se apenas entre elementos não diretamente referidos à norma, inexistente qualquer ordem de preferência, podendo o intérprete exercer a parcela de subjetividade que lhe toca na elaboração da decisão.<sup>119</sup>

Em caso de conflito entre elementos diretamente referidos à norma, todavia, Muller estatui uma ordem de preferência. Seguindo sempre o princípio da normatividade da Ciência Jurídica, que faz o exercício da função estatal no âmbito dos três poderes vincular-se à conformidade com a Constituição e com as leis, a Metodica Estruturante resolve possíveis conflitos entre elementos diretamente referidos à norma da seguinte forma: 1º) os elementos metodológicos *strictiore sensu* e os elementos do âmbito da norma e do âmbito do caso têm precedência sobre os elementos dogmáticos, desde que estes sejam vinculados a outra norma jurídica que não aquela que se almeja concretizar; 2º.) positivamente, ou seja, para afirmar o que é o conteúdo da norma, os elementos metodológicos *strictiore sensu* e os elementos do âmbito da norma e do âmbito do caso possuem a mesma hierarquia, ao passo que, negativamente, ou seja, para dizer o que não é o conteúdo da norma, prevalecem os critérios gramatical e sistemático cunhados por Savigny e catalogados como espécie de elementos metodológicos *strictiore sensu*; 3º.) dentre os elementos metodológicos *strictiore sensu* prevalecem os critérios gramatical e sistemático; 4º.) em acontecendo o conflito entre interpretação gramatical e interpretação sistemática, positivamente, ou seja, para determinar-se o conteúdo da norma, prevalecerá o critério sistemático se no caso comprovadamente possuir força cogente, ao passo que, negativamente, quer dizer, para determinar-se o que não é o conteúdo da norma, impõe-se sempre o critério gramatical.

Avaliando a Teoria Metodica Estruturante e, especificamente, a hierarquia entre os elementos de interpretação, vemos que a prevalência conferida aos critérios interpretativos mais estreitamente vinculados à norma concretizanda favorece principalmente a interpretação gramatical, baseada no texto da norma. Sobre essa característica, Paulo Bonavides declara que:

Depois de abrir-se amplamente para a realidade, o concretismo de Muller tem sua última postulação assentada numa estrutura jurídica limitativa, decorrente da hierarquia dos elementos hermenêuticos empregados para definir a normatividade e que discriminam, na sua prevalência, de um modo estimativo, mais técnico do que axiológico ou ideológico. Nisso talvez esteja o ponto vulnerável de sua metodologia, o flanco que ele deixou

---

<sup>119</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 100.

desguarnecido e por onde a crítica poderá ingressar para demolir todo o edifício engenhosamente erguido.<sup>120</sup>

Não comungamos da opinião deste constitucionalista brasileiro. Realmente, a característica retromencionada não enfraquece, antes sedimenta, a teoria metódica estruturante, pois estabelece a hierarquia entre os elementos de concretização inspirada naquilo que responde pela sobrevivência do Direito como tal e como ciência, a saber, a normatividade, a cogência de seus preceitos.

Atualmente, a normatividade do Direito encontra na Metódica Estruturante uma das poucas teorias interpretativas que declarada e solidamente a anteparam. A preservação da cogência dos preceitos jurídicos realiza o princípio da segurança jurídica e – quando positivados sob inspiração da isonomia – também o princípio da igualdade, que, consoante identificou Canaris, radicam na própria idéia de justiça.<sup>121</sup>

O Direito como ciência é um conjunto de normas sistematicamente ordenadas para serem coativamente impostas. Nesse sentido, a Teoria Metódica Estruturante é a resposta, dentro da Nova Hermenêutica constitucional, às edificantes críticas formuladas por Canaris à Tópica, pois trata-se de uma teoria interpretativa pragmática que preserva tanto a feição sistemática do Direito quanto a normatividade dos comandos jurídicos.

Em todos os passos do estabelecimento de hierarquia entre os elementos de concretização, Friedrich Muller explana o escopo de preservação da normatividade jurídica de alcance do ‘grau de objetividade possível’ em matéria de Direito, cuja manutenção como ciência mediante a realização desses objetivos imediatos assiste diretamente ao princípio e à instituição Estado de Direito.<sup>122</sup>

Com efeito, é o Estado de Direito que impõe a sujeição de todos – inclusive dos intérpretes e aplicadores do Direito - à Constituição e às leis, com primazia sobre os *topoi*, sobre considerações de ordem moral, filosófica etc. Dessarte, o fundamento último da hierarquização estatuída pela teoria metódica estruturante é o princípio do Estado de Direito e não fatores técnicos ou estimativos de avaliação. Conforme já esclarecemos, a Tópica com Müller situa-se em uma categoria de elementos de concretização – a dos elementos de técnica de solução – não diretamente referidos à

---

<sup>120</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 508-509.

<sup>121</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>122</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 101.

norma, logo, não obrigatoriamente utilizável na concretização e hierarquicamente inferior com respeito aos elementos diretamente referidos à norma.

Nesse sentido, aliás, a Metodica Estruturante é a contradita às críticas formuladas também por Paulo Bonavides à Nova Hermenêutica constitucional, em virtude da pretensa ameaça que esta representaria à manutenção do Estado de Direito.<sup>123</sup>

Ao identificar no texto da norma jurídica o ponto de partida e o limite da interpretação, alçando a interpretação gramatical como aquela com maior autoridade para definir negativamente o conteúdo da norma jurídica que será elaborada na concretização, Muller elege o único critério que poderá assegurar, no contexto de uma argumentação jurídica racional, a objetividade exequível em Direito. Não postula, no entanto, que o processo de concretização limite-se a isso, abrindo ao contrário amplas possibilidades de desenvolvimento pautadas pela indissociabilidade entre Direito e realidade, entre texto e contexto.

O próprio Friedrich Muller adverte, contudo, sobre o fato de que cada constituição demanda uma metódica compatível com seu conteúdo e contexto social - o que nos faz recordar a lição de Eros Roberto Grau, para quem é necessária a elaboração de 'teorias da constituição' e não de 'uma teoria da constituição'.<sup>124</sup> Tendo em vista o objeto de trabalho do constitucionalista, a saber, o ordenamento supremo - delineado pelas contingências históricas e anseios de uma determinada nação - e a realidade fática única de cada país, Muller enfatiza a necessidade de elaboração de uma metódica específica para cada constituição, que favoreça e potencialize sua normatividade, o que em nada impede o estudo e utilização de sua metódica estruturante como padrão no processo de desenvolvimento de cada metódica.<sup>125</sup>

### **3.6. Häberle e a abertura do discurso jurídico: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.**

Das teorias interpretativas da Nova Hermenêutica constitucional, a da Constituição Aberta talvez seja a mais declaradamente identificada com as raízes que a Nova Hermenêutica constitucional possui na Teoria Material da Constituição e no Pragmatismo.

Inspirada na visão epistemológica do racionalismo crítico de Popper, precisamente em suas concepções acerca da sociedade, e na Teoria da Democracia, a

---

<sup>123</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 483-487.

<sup>124</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>125</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67.

Teoria da Constituição Aberta busca a aproximação entre Constituição e realidade por meio do reconhecimento e enaltecimento do papel de intérprete constitucional que é exercido por todos os cidadãos, corporações, associações, agentes públicos, enfim, por todos os destinatários do texto constitucional.<sup>126</sup>

Consoante Popper, a Ciência deve contribuir decisivamente para a construção de uma sociedade aberta racional e crítica, favorável à concorrência de idéias e interesses diferentes, onde todas as concepções sujeitam-se ao princípio da falseabilidade, não havendo espaço para a onisciência e onipotência de uma elite (a sociedade fechada), mas sim a abertura democrática a todas as idéias racionalmente fundamentáveis.<sup>127</sup>

Ela sustenta, em síntese, a idéia de que a interpretação constitucional é um processo aberto e difuso, formado pela interpretação em sentido estrito – feita pelo magistrado e demais operadores oficiais do Direito – e pela interpretação em sentido lato – da qual participam ‘todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição’.<sup>128</sup>

Essa ampliação do círculo de intérpretes, contudo, não visa somente a promover o escopo pragmático assumido pela Ciência Jurídica desde o século passado. Considerando o constante evoluir sócio-cultural e a tradição jurídica romano-germânica – incompatível com a técnica do precedente judicial anglo-saxônica -, a Teoria da Constituição Aberta, mediante a ampliação do círculo de intérpretes, possui o mérito de favorecer a atualização dos conceitos jurídico-constitucionais sem necessidade de alteração do texto ou do recurso à revolução. Paulo Bonavides refere-se a essa característica atualizadora da Teoria da Constituição Aberta da seguinte forma:

Deixa-nos o novo método concretista a impressão de que ele se fez para tornar mais fácil por via interpretativa a mudança constitucional, com uma subordinação precariamente dissimulada da Constituição formal à Constituição material. A adaptação da Constituição à sua época preocupa de maneira constante o formulador da nova concepção interpretativa, tanto que ao fator tempo atribui importância capital.<sup>129</sup>

Na verdade, essa feição atualizadora é um desdobramento do objetivo pragmático, visto que uma das mais recorrentes maneiras de um texto legal se distanciar da realidade é não ser objeto de uma interpretação atualizadora, flexível às mudanças promovidas pelo tempo, sobre os signos, conceitos e finalidades da norma jurídica.

<sup>126</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 40.

<sup>127</sup>Idem. Ibidem, 1997.

<sup>128</sup>Idem. Ibidem, 1997, p.13.

<sup>129</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 514-515.



Adotando parcialmente a visão de Friedrich Müller a respeito da concretização da norma constitucional, ao preconizar que a referida concretização é realizada no âmbito dos três poderes do Estado por todos que, em seu labor, têm que se submeter e aplicar a Constituição, Häberle todavia vai mais longe e estende a interpretação constitucional às corporações, pessoas jurídicas, cidadãos e grupos.<sup>130</sup>

O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.<sup>131</sup>

Outro ponto de convergência com a teoria metódica de Muller é a idéia de que a norma jurídica não consiste em uma decisão prévia, simples e acabada. A concepção da norma jurídica como algo a ser complementado quando de sua aplicação e a da interpretação como aquilo que constrói essa complementação são comuns às teorias da Nova Hermenêutica constitucional, em virtude de embasar-se nos postulados da Nova Hermenêutica filosófica, cunhados principalmente por Gadamer.

Uma das objeções mais sérias à Teoria da Constituição Aberta, catalogada por Häberle, é a que teme – dependendo da forma como seja aplicada – que ela pulverize a interpretação constitucional em uma multiplicidade de entendimentos díspares. A esse respeito, Häberle esclarece o equívoco e ingenuidade de conceber o magistrado que verbaliza o sentido da norma constitucional como um sujeito isolado, suspenso no tempo e no espaço, atemporal, insensível ao contexto histórico e às pressões sociais.

A teoria da constituição aberta desnuda algo latente e recôndito na comunidade jurídica: a influência de todos os setores sociais na elaboração da interpretação jurídica. Consoante Häberle, essa influência democratiza a interpretação e mitiga o arbítrio judicial.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (...in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert). Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm

<sup>130</sup>A obra ‘Juristische Methodik’ (Metódica Jurídica) – que apresentou a teoria metódica de Muller à comunidade jurídica - foi editada pela primeira vez em 1971, ao passo que ‘Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten’ (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição), onde Häberle expõe sua teoria da constituição aberta, teve publicação inaugural em 1975, o que leva a crer, embora não de modo definitivo, que o conceito de concretização de Friedrich Müller já era bastante difundido quando da publicação da teoria da constituição aberta por Peter Häberle. Cf., a respeito desse conceito de concretização, MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>131</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 15.

também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio na interpretação judicial.<sup>132</sup>

Nesse tocante, a teoria de Habermas verbera algumas das idéias reitoras do giro-lingüístico filosófico, dentre as quais a de que a compreensão/conhecimento ocorre na linguagem. Conforme o *linguistic turn*, a linguagem é uma construção coletiva que possibilita a compreensão/conhecimento. Gadamer explicita seu papel na veiculação da tradição, contida na linguagem, e na veiculação do horizonte de sentido da coisa, que também situa-se nela. A mudança de paradigma da racionalidade operada pela reviravolta lingüística não admite a compreensão/conhecimento como uma experiência solipsista, mesmo que feita isoladamente por um náufrago em uma ilha deserta, visto que ele sempre a empreenderá lingüisticamente, ou seja, na linguagem. Assim, não há rigorosamente uma interpretação feita isoladamente pelo magistrado. A compreensão/aquisição de conhecimento é uma experiência necessariamente coletiva, porque lingüística.

Algumas das grandes polêmicas jurisprudenciais consistem, nas mais das vezes, em julgamentos em que o Poder Judiciário fez ouvidos moucos ao precário e difuso, embora existente, consenso social sobre a interpretação de uma norma jurídica, em prol do formalismo ou da satisfação dos interesses de outros poderes da República, em nosso País, notadamente do Poder Executivo.

Assim como Gadamer, que não se limita a reconhecer a influência, chegando a empreender uma reabilitação do papel do preconceito no âmbito da compreensão, Habermas não se limita a evidenciar a historicidade da interpretação do magistrado e as pressões sociais que inevitavelmente sofre como reflexo da interação natural com o meio em que vive, ressaltando, isto sim, os benefícios que isso acarreta, seja para a atualização da norma, seja para a restrição da arbitrariedade na interpretação judicial.<sup>133</sup>

Nessa ordem de idéias, a admissão de todos os agentes sociais como participantes do processo interpretativo de desvelamento do sentido da norma, longe de embaraçar a interpretação, diluindo-a em uma miríade de pontos de vista, auxilia a tarefa interpretativa do magistrado, na medida em que o conecta com a realidade, confere-lhe uma perspectiva acerca das possíveis conseqüências de seguir esta ou aquela vertente interpretativa e a possibilidade de proceder mais facilmente a atualizações, facultando, outrossim, aparelhar a decisão não somente de valor jurídico intrínseco, mas igualmente de legitimidade.

---

<sup>132</sup>Idem. Ibidem, 1997, p. 31-32.

<sup>133</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 416-427. v. 1.

Com efeito, a Teoria da Constituição Aberta desenvolve a Teoria da Democracia, no sentido de uma cidadania que não se restringe ao direito de voto, abrangendo o direito de sufrágio popular amplo, formado por diversas modalidades de participação popular na condução do Estado.

Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania [...].<sup>134</sup>

Ao contrário daquela que prestigia a participação de todos os cidadãos e grupos sociais na elaboração da interpretação da norma constitucional – influenciada pela Teoria da Democracia -, a idéia de interpretação jurídica que alija os destinatários da norma constitucional da condição de intérpretes revela, como características latentes, elitismo e autoritarismo, pois objetifica aqueles que inspiraram a elaboração do texto da norma, a quem o Direito deve servir.

Reiterando a menção a parcela do pensamento gadameriano, seguido generalizadamente pela Nova Hermenêutica constitucional, mais uma vez é mister lançar luzes sobre a concepção da interpretação como processo construtivo e não cognitivo.<sup>135</sup> Compreender não é uma atividade de descoberta de um sentido previa e plenamente elaborado por outrem (lei ou legislador), de maneira que, negar aos cidadãos e demais destinatários da norma constitucional a condição de sujeitos atuantes no desvelamento do seu sentido - além de consistir na negação de um fato evidente, pois os cidadãos efetivamente interpretam a Lei Maior em algum de seus aspectos pelo menos uma vez na vida -, equivale a garantir um monopólio da interpretação jurídica que, em última análise, resulta em uma concentração antidemocrática de poder, a saber, o poder de organização e condução da sociedade por intermédio do Estado.

Há insofismável semelhança e paralelismo entre a visão autoritária existente na Hermenêutica Jurídica que nega e desautoriza a interpretação da Constituição efetivada fora do âmbito estatal – rejeitando a possibilidade de assimilação de horizontes de significação não-estatal na pré-compreensão da norma constitucional, o que reduz artificialmente o horizonte no qual se busca o sentido dessa norma -, e o autoritarismo que é denunciado e combatido pela Nova Hermenêutica filosófica desde Heidegger.

---

<sup>134</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 37.

<sup>135</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.

Com efeito, a concepção metodológica condenada pela Nova Hermenêutica filosófica, que rejeita o papel da tradição na construção da compreensão, ou seja, que nega a influência do horizonte de significação do intérprete no processo de obtenção do sentido da coisa, simulando utilizar apenas o horizonte de significação do *interpretandum*, em vez de obter uma interpretação objetiva, apenas intenta arbitrariamente diminuir o âmbito do horizonte de significação no qual é buscado o sentido da coisa, aliás inutilmente, pois a pré-compreensão está no ser do intérprete. Conforme Gadamer, essas metodologias configuram, isto sim, uma tentativa artificial e malsucedida de dominação da coisa alvo da investigação.

Dessarte, a Teoria da Constituição Aberta sustenta que o juiz constitucional não interpreta isoladamente. O processo constitucional formal, desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário, não é a ‘única via de acesso ao processo de interpretação constitucional’.<sup>136</sup> No Brasil, v.g., o cidadão que adverte a autoridade pública acerca de seu direito de não ser preso salvo em flagrante delito ou com a apresentação de mandado judicial assinado por juiz competente, evitando a própria prisão ilegal, realiza com esse ato uma legítima interpretação da Constituição de 1988.

Em adendo aos intérpretes estatais, os cidadãos, associações, sindicatos etc. são intérpretes da Constituição da sociedade aberta, que contribuem oferecendo alternativas à interpretação constitucional, possibilitando assim a realização da constituição material.

A forma de atuação dos intérpretes da sociedade aberta não é disciplinada nem organizada, mas sim espontânea e caótica, devendo ser filtrada pela interpretação constitucional dos juízes. Evidentemente, e por tratar-se a Teoria da Constituição Aberta de um método tópico, essa inclusão e consideração das múltiplas interpretações elaboradas sobre a norma constitucional só podem ser efetivadas no interior de uma argumentação tendente a justificar a concretização da norma, como se fora um *topos* argumentativo.

Com a Teoria da Constituição Aberta, o Direito Processual Constitucional torna-se uma modalidade de exercício do direito de participação democrática e a jurisdição constitucional firma sua autoridade por meio da legitimação democrática do poder que detém no âmbito do Estado de Direito.

Peter Häberle prestou um dos mais relevantes e úteis serviços ao constitucionalismo contemporâneo e à Hermenêutica Jurídica, lançando luzes acerca da

---

<sup>136</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 42.

universalidade da interpretação (jurídica) – que apenas formalmente é confinada ao âmbito das partes e do órgão jurisdicional no processo. Um aspecto importantíssimo de sua teoria é aquele em que preconiza a necessidade de enriquecimento do cabedal de informações do magistrado, mediante a ampliação do debate jurídico processual, mercê de audiências públicas e intervenções de eventuais interessados.<sup>137</sup>

Sobre postular implicitamente, em consonância com a Nova Hermenêutica constitucional, que a interpretação jurídica é feita na argumentação, Häberle tem o mérito de haver compreendido que a limitação formal dos participantes do discurso pode comprometer a racionalidade do discurso e, por conseguinte, o sucesso da empreitada interpretativa, no âmbito do controle de constitucionalidade - incluídas aí todas as ações constitucionais, dentre as quais a ação civil pública.

Focando a interpretação constitucional, Häberle atingiu não somente a Hermenêutica constitucional com a luz de sua idéia, mas também o âmago da Teoria da Argumentação Jurídica, pois a abertura e ampliação do debate jurídico processual através de audiências públicas e da instituição de novas formas de intervenção de terceiros é o mecanismo mais tangível para realizar, no processo, a depuração ideológica do discurso jurídico, principalmente em casos difíceis.

Adotando as lições de Häberle, instituiu-se no Brasil, pela Lei n. 9.868/1999 e Lei n. 9.882/1999, a figura do *amicus curiae*, por intermédio do qual, nas ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o relator do processo pode solicitar ou admitir a prestação de informações, perícias e esclarecimentos sobre o caso sem conferir ao interveniente a condição de parte.

Com isso, ampliou-se o círculo de intérpretes formais da Constituição em sede de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>138</sup> O principal fundamento dessa ampliação e democratização do debate jurídico é a complexidade e transcendência das causas submetidas ao controle abstrato de constitucionalidade, características também presentes nas ações civis públicas para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação coletivamente considerados, onde se postule a realização de obrigação de fazer que implique intervenção do Poder Judiciário no orçamento público.

Realmente, referidas ações civis públicas também constituem *hard cases* (casos difíceis) em matéria de direitos transindividuais de imenso alcance social, de sorte que,

---

<sup>137</sup> Idem. Ibidem, 1997, p. 46-47.

<sup>138</sup> Acerca do tratamento dispensado pelo STF ao instituto do *amicus curiae* instituído pela Lei n. 9.868/1999 e pela Lei n. 9.882/1999, vide: LENZA, Pedro. Racionalização administrativa e o princípio constitucional do concurso público. **Revista dos Tribunais**, v. 857, p. 111-147, mar./2007.

assim como nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, suas decisões podem produzir efeitos com alcance amplo, capaz de atingir o patrimônio jurídico de centenas de pessoas, como, por exemplo, uma decisão que defira ou indefira o pedido de construção de cheche para crianças até seis anos de idade em um determinado município.

Logo, a ampliação da participação nas ações civis públicas referidas democratizam e legitimam as decisões de intervenção no orçamento público tomadas nessas ações coletivas.

São exemplos de medidas viabilizadas pelo sistema do *amicus curiae* em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva: o requerimento de perícias a entidades especializadas para averiguação, v.g., do verdadeiro impacto orçamentário da construção de uma escola, da contratação de médicos etc.; a solicitação de informações dos órgãos oficiais (ligados aos Ministérios da Educação e da Saúde e/ou das Secretarias de Educação e Saúde) a respeito da observância de parâmetros internacionais de prestação de serviços nessas áreas; a abertura de oportunidade de apresentação de memoriais por sindicatos de professores, médicos, portadores de enfermidade e associações civis em geral acerca da demanda.

Além de, nas aludidas ações civis públicas, ampliarem o horizonte de significação do intérprete, ao ampliar quantitativa e qualitativamente o conjunto de informações do magistrado, essas medidas têm aptidão para desconstituir os argumentos estratégicos e os raciocínios ideológicos, geralmente pautados em visões unilaterais de problemas multifacetados.

Mesmo não se estendendo – como entendemos necessário – o *amicus curiae* às ações coletivas que intentem a concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante a intervenção jurisdicional no orçamento público, a idéia de que a interpretação jurídica é uma tarefa da sociedade, da comunidade aberta, e não monopólio dos operadores do direito possui força renovadora incontestável.

Conforme assinalamos com relação ao preconceito contra o reconhecimento do pluralismo interpretativo, também com respeito ao *amicus curiae*, vemos a influência do giro lingüístico-filosófico que, ao efetuar a mudança do paradigma da racionalidade, trouxe como conseqüência o estabelecimento de uma nova forma de razão: a razão comunicativa. Se antes focava-se a relação sujeito-objeto, hodiernamente, o foco incide

sobre as relações entre linguagem e mundo, sentença e estado de coisas, em um contexto de intersubjetividade.<sup>139</sup>

Assim como Häberle desnuda a realidade de pluralismo e intersubjetividade da interpretação jurídica, conforme o *linguistic turn*, igualmente, não se concebe mais o exercício da razão como tarefa singular, pertinente ao sujeito cognoscente, mas sim como algo coletivamente desempenhado dentro da comunidade comunicativa, na linguagem.

Sendo a linguagem uma construção coletiva gradual que possibilita e na qual se realiza o conhecimento, vale dizer, uma herança que recebemos da comunidade comunicativa em que estamos inseridos, mesmo quando refletimos isoladamente, fazêmo-lo lingüisticamente, ou seja, na linguagem, de maneira que nosso pensamento é possibilitado e condicionado por esse elemento a um só tempo inerente ao ser humano e coletivamente construído, não havendo, portanto, a rigor, interpretação genuinamente individual.

O reconhecimento e estímulo à intersubjetividade e ao pluralismo interpretativo por meio de mecanismos processuais, como o *amicus curiae*, pode contribuir decisivamente para a evolução da Ciência Jurídica, visto que a abertura para assimilação do maior espectro de horizontes de significação aumenta significativamente a possibilidade de correção da interpretação empreendida, visto que o sentido do ser da coisa interpretada é inesgotável, compondo-se de uma miríade de significações que serão tanto mais bem apreendidas quanto maior o rol de intérpretes que delas se ocupem a partir de seus particulares horizontes de significação.

### **3.7. A Nova Hermenêutica constitucional como fator de evolução da tutela e da eficácia dos direitos fundamentais.**

A Nova Hermenêutica constitucional assume um dos compromissos do pragmatismo, qual seja o de promover a aproximação entre Direito e realidade para possibilitar o cumprimento das promessas de emancipação, igualdade e justiça que a Ciência Jurídica assumiu desde a Revolução Francesa.

Essa escola interpretativa tem como principal característica a assunção da Teoria da Argumentação como metodologia jurídica, razão pela qual, das teorias que a compõem, algumas assumem explicitamente sua feição de teoria da argumentação jurídica (v.g. as teorias de Viehweg, Perelman e Alexy aqui estudadas), ao passo que

---

<sup>139</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 345 e segs.

outras primam pela formulação de critérios a serem utilizados na argumentação jurídica razoável, que seria assim o pressuposto inafastável mas não o foco central da elaboração teórica (v.g. as teorias de Muller e Häberle que escolhemos abordar pela repercussão que alcançaram e pela consistência científica dos critérios de argumentação que trazem a lume, o que viabiliza sua aplicação ao problema que enfrentamos e as converte em teorias paradigmáticas da Nova Hermenêutica constitucional, aptas a transmitir uma visão de conjunto da referida escola).

É interessante frisar que, apesar do influxo do giro lingüístico-filosófico, que implica uma aceitação generalizada da estrutura da pré-compreensão elaborada por Gadamer, cujo cerne do pensamento hermenêutico consiste na afirmação de que a verdade não pode ser confinada a um método para sua obtenção e de que um método previamente estabelecido só pode conduzir a uma verdade antecipadamente conhecida e controlável, há certa recalcitrância na aceitação integral dessa postura epistemológica nas mais recentes teorias da argumentação.

A influência da Hermenêutica Crítica e das teorias do discurso de Habermas e de Apel, que buscam, através da Ética do Discurso, fornecer critérios normativos e, assim, um método para o desenvolvimento da argumentação racional, responde por essa busca crescente, de algumas teorias da Nova Hermenêutica constitucional, por critérios prescritivos do discurso racional.

À abertura metodológica inicial da Tópica de Viehweg e da Nova Retórica de Perelman, vemos suceder as teorias da argumentação prescritivas de normas para elaboração de discursos racionais, como a de Alexy, ou teorias pautadas no estabelecimento de um catálogo de critérios sucessivamente postos em ordem de preferência a ser seguida para interpretação, como é o caso da Metodica Estruturante de Friedrich Müller.

Perelman justifica sua opção pela não-indicação de um método com normas prévias para o desenvolvimento do discurso racional nos seguintes termos:

Quanto a nós, pensamos que uma teoria da argumentação não deve nem buscar um método conforme à natureza das coisas, nem encarar o discurso como uma obra que encontra em si própria sua estrutura. Tanto uma como outra dessas concepções complementares separam fundo e forma, esquecem que a argumentação é um todo, destinado a um auditório determinado.<sup>140</sup>

Cristalinamente, o gênio da Nova Retórica explicita o âmago do equívoco de quem procura mal disfarçadamente reintroduzir o método científico cartesiano na razão

---

<sup>140</sup> PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 573-574.



teórica: a argumentação é um todo onde matéria e forma não podem ser dissociadas. Na argumentação, a fusão entre substância e forma é simbiótica, de maneira que o discurso não encontra em si mesmo sua estrutura, mas sim na matéria de que trata e nas exigências de adaptação (racional) ao auditório.<sup>141</sup>

A razão prática é incomprimível às amarras metodológicas prévias, como critérios normativos da racionalidade ou listas de critérios interpretativos elaboradas com graus de preeminência previamente estatuídos, o que não impede a formulação de critérios de racionalidade do discurso desprovidos de caráter prescritivo, e sim com feição de princípios reguladores. O aprofundamento da análise da racionalidade da argumentação jurídica mediante a identificação de padrões e critérios que tenham sua utilização disponibilizada e não imposta é uma das riquezas da Teoria do Discurso Jurídico na atualidade.

Embora esteja longe de ser o único, Perelman é o expoente teórico da Nova Hermenêutica que mais proficuamente e mais profundamente demonstrou haver compreendido a verdadeira natureza da razão prática e a incerteza inerente ao seu manejo. Lógico de formação rigorosamente cientificista, alcançou, pelo contraste de sua bagagem intelectual com o novo objeto de estudo (a razão prática), um entendimento bem mais agudo dela que o demonstrado por aqueles que, não havendo respirado a atmosfera na qual a razão teórica imperou absoluta no início do século passado, já partiram, na análise da razão prática, do patamar privilegiado de informação sobre o tema que os estudos de Perelman construíram.

Não há nem pode haver certeza, na pesquisa da verdade, acerca de qual caminho percorrer para encontrá-la. Não há como saber de antemão quais regras procedimentais devem reger um discurso jurídico porque a substância influencia na forma.

A abertura concedida pela Ciência e pela Filosofia à razão prática não pretende, nem foi essa a intenção de Perelman, retirar os méritos da lógica formal, da Filosofia analítica e do positivismo lógico, mas apenas ressaltar que essas vertentes da razão teórica seguem direcionamento epistemológico diferente daquele que o estudo da razão prática impõe.

O material de trabalho da razão prática é o mundo da vida, a cultura, a sociedade, o ser humano e sua experiência única a cada instante no mundo. A razão teórica encontra seu território por excelência nos fenômenos exteriores ao ser humano, relacionados à natureza que nos cerca.

---

<sup>141</sup> Idem. *Ibidem*, 2005. Frisamos o elemento racional da adaptação porque Perelman não defende uma adaptação ao auditório através do uso de falácias ou da coação, mas sim que o orador amolde racionalmente sua exposição ao auditório.

Essa diferença de âmbito de incidência responde pela inafastável distinção de orientação epistemológica e pela complementariedade entre razão teórica e razão prática.

Nada mais distante de nossa concepção do método do que aquela visão composta por um conjunto de receitas eficazes para chegar a um resultado previsto. Essa idéia de método pressupõe o resultado desde o início; nessa concepção, método e programa são equivalentes. (...) Se temos certeza de que a realidade muda e se transforma, então a concepção do método como programa é mais do que insuficiente, porque, diante de situações mutáveis e incertas, os programas de pouco servem e, em contrapartida, faz-se necessária a presença de um sujeito pensante e estrategista.<sup>142</sup>

A renúncia aos critérios prescritivos de racionalidade do discurso, às teorias que procuram extrair do discurso sua própria estrutura é uma imposição do objeto da Teoria da Argumentação, que não comporta método-programa.

É preciso não perder de mira a noção de que a Teoria da Argumentação se destina a solucionar casos difíceis. A argumentação racional perante o caso difícil que nos propomos analisar, com a utilização das normas do discurso como princípios reguladores, é a instância de interpretação e fundamentação adequada. Os *hard cases* pertencem ao discurso racional.

Embora a Teoria da Argumentação seja a nova metodologia de interpretação/aplicação do Direito, ainda há setores da concretização jurídica que podem se servir da subsunção, da Lógica formal.<sup>143</sup> A Lógica formal e o silogismo judiciário cumprem uma função relevante no desenvolvimento dos raciocínios jurídicos mais simples, como aqueles voltados à aplicação de regras, contudo, ainda nesse caso, sua utilização é passível de restrições e não esgota a metodologia de interpretação/aplicação do Direito. Klug postula a idéia de que a Lógica formal é necessária mas não suficiente para a pesquisa científica e filosófica.<sup>144</sup>

Portanto, o erro não consiste na utilização da Lógica formal na metodologia de interpretação/aplicação da Ciência Jurídica, e sim na instituição do monopólio da razão teórica e da Lógica formal nessa metodologia.<sup>145</sup>

Numa perfeita relação de complementariedade com a Lógica formal, o silogismo e a subsunção – que têm sua utilidade na interpretação/aplicação de regras em casos

<sup>142</sup> MORIN, Edgar; CIURANA, Emilio Roger; MOTA, Raúl Domingo. **Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana.** [S. t.]. Brasília, D.F.: Cortez-UNESCO, 2003, p. 17-18.

<sup>143</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.], p. 382.

<sup>144</sup> KLUG, Ulrich apud ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.], p. 383.

<sup>145</sup> Cf., outrossim, a propósito da inegável utilidade da lógica formal para o estudo do fenômeno jurídico: KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. **Normas jurídicas e análise lógica.** Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

jurídicos simples -, a Teoria da Argumentação Jurídica – que se serve da Lógica informal ou Lógica do razoável - volta-se, principalmente, à interpretação em sede de casos difíceis. Consoante o magistério de Atienza, “a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões – os casos difíceis – relativas à interpretação do Direito”.<sup>146</sup> Por conseguinte, o universo apropriado ao desenvolvimento profícuo de uma pesquisa acerca do *hard case* que enfrentamos é o da Teoria da Argumentação Jurídica, que, hodiernamente, é composto pelas teorias interpretativas da Nova Hermenêutica jurídica.

Como percucientemente conclui Atienza, a Tópica e a Nova Hermenêutica constitucional têm o mérito incontestado de haver descoberto um campo para a investigação científica e filosófica, ao demonstrar a existência em Direito de raciocínios dialéticos que integram fundamentações razoáveis ou “não conclusivas”.<sup>147</sup>

Nessa ordem de idéias, a Tópica e a Nova Hermenêutica descortinaram todo o universo de raciocínios e fundamentações jurídicas impassíveis de análise pela Lógica formal, ou seja, o âmbito do razoável, que responde em muito maior medida pela interpretação e aplicação das normas jurídicas, mormente as principiológicas, em sua maioria alojadas nos textos das constituições.

Logo, não basta a um problema ser jurídico para que seja passível de solução por meio da Teoria da Argumentação. Para que deva incontestavelmente ser submetida à metodologia da argumentação razoável a *quaestio juris* deve se caracterizar como um caso difícil.

A relação de implicação entre a Teoria da Argumentação Jurídica e o objeto da presente pesquisa reside exatamente o fato de ele configurar um caso difícil.

Todos os direitos têm custos e a argumentação ou discurso jurídico comprometido com sua normatividade – para ser mais que uma mera peça retórica (na acepção negativa que a palavra retórica adquiriu a partir do racionalismo) - não pode olvidar que o reconhecimento da sua existência tem como pressuposto a satisfação de condições fático-financeiras necessárias a tanto. Destarte, as ações civis públicas que almejam a concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, além de todas as razões já expostas, também pelos elevados custos financeiros que exigem em caso de deferimento do pedido, consistem naquilo que, em teoria e Hermenêutica constitucional, denomina-se caso difícil ou, em inglês, *hard case*.

---

<sup>146</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 19.

<sup>147</sup> Idem. Ibidem, 2002, p. 77-79.

A Nova Hermenêutica constitucional alberga a metodologia adequada ao equacionamento de casos difíceis, a saber, a interpretação discursiva, que desempenha outrossim um relevante papel relativamente à tutela e eficácia dos direitos fundamentais.

### 3.7.1. A Nova Hermenêutica constitucional e a tutela dos direitos fundamentais.

Estamos em um período da história do constitucionalismo no qual a Teoria dos Direitos Fundamentais é o epicentro, o eixo da Teoria da Constituição. Se em seu nascedouro a clássica Teoria da Constituição buscava o equilíbrio entre a organização do poder político e a proteção aos direitos fundamentais do homem, após a Segunda Guerra Mundial, a moderna Teoria da Constituição, denominada por Ana Paula de Barcelos ‘neoconstitucionalismo’, sob inspiração do princípio da dignidade do ser humano – tão vilipendiado durante a referida conflagração mundial -, passou a submeter a organização política à realização dos direitos fundamentais.<sup>148</sup>

A Nova Hermenêutica nada mais é do que um subproduto desse movimento mais abrangente que instituiu uma nova forma de antropocentrismo: a (re)construção política e jurídica da sociedade em função da dignidade do homem, em suma, a ordenação do poder com base no princípio da dignidade do ser humano. O Estado Nacional, Deus, a igreja, o partido, os grandes grupos econômicos, enfim, todos os demais focos da ordenação político-jurídica estatal são colocados em segundo plano pela moderna Teoria da Constituição, exalçando-se o homem – e, por conseguinte, seus direitos básicos - à condição de princípio e fim da organização estatal.

Norberto Bobbio reconhece essa guinada havida no âmago do constitucionalismo que fez a Teoria da Constituição estabelecer a proteção dos direitos fundamentais do homem como meta principal aludindo a uma:

[...] radical inversão de perspectiva [...] na representação da relação política [...]: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.<sup>149</sup>

<sup>148</sup> BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abril-junho/2005. Nesse sentido também: MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abril-junho/2001.

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 24.

No contexto da moderna Teoria da Constituição, voltada para a realização dos direitos fundamentais do homem, afigura-se imprescindível o entendimento dos problemas, desejos e limitações do ser humano na e pela sociedade. Não se pode privilegiar a tutela da dignidade do homem individual e coletivamente considerado, sem compreender quais os condicionamentos sociais, econômicos, jurídicos etc. que obstaculizam a efetiva proteção da dignidade humana. Em Direito, tornou-se inafastável abandonar as teorias de organização estatal e as de interpretação/aplicação das normas jurídicas elaboradas em tubo de ensaio para reger a sociedade como se fora algo apartado do homem que nela vive.

Dessarte, a moderna Teoria da Constituição consubstancia a exigência imperiosa de aproximação do Direito à realidade social, de construção teórica a partir da observação do homem em sociedade, principalmente daquilo que o homem individual e em grupo necessita para ver plenamente respeitada sua dignidade, seu patrimônio essencial de direitos.

O constitucionalismo do pós-guerra reconheceu a importância de reger o homem, buscando-se previamente a compreensão da realidade onde ele está inserido e dos problemas que enfrenta para obter o mínimo indispensável a uma vida digna, pois apenas a observação do fenômeno da interação social e das dificuldades daí advindas permite tutelar os direitos fundamentais do homem com um mínimo de possibilidade de êxito.

Observar a sociedade e a interação do homem na sociedade requer a mitigação da importância da Lógica formal como instrumento de análise, bem como concomitantemente a abertura para o entendimento e uso de raciocínios não formais ou informais, sendo principalmente no âmbito das ciências sociais ou ciências do espírito, onde se investiga o homem em sociedade, as relações sociais etc., que vicejam os raciocínios impassíveis de análise lógico-formal, aos quais alude toda a obra de Perelman.

A Nova Hermenêutica consiste no complexo de teorias interpretativas que adotam o viés pragmático de atribuir a tarefa de interpretação e fundamentação jurídica à argumentação desenvolvida dentro dos parâmetros da Lógica do razoável. Conforme Siches, usamos a expressão 'Lógica do razoável' para diferenciá-la da Lógica formal ou Lógica do racional.

A Lógica do razoável consiste em uma maneira de pensar que, em síntese, diferencia-se da Lógica racional, principalmente por ser impregnada de valorações condicionadas pela realidade concreta que analisa, bem como de juízos embasados na

experiência individual e social de quem a utiliza. Ela permite o afastamento de interpretações da lei que conduzam a absurdos ou a flagrantes injustiças, pois trabalha com a ponderação dos efeitos resultantes da interpretação – embora, v.g., na obra de Siches, encontre seu limite nas normas jurídicas em vigor. A interpretação razoável, que utiliza a Lógica do razoável, consoante Siches, deve submissão ao Direito vigente.

Evidentemente essas valorações concretas, juízos fundados em experiência etc. só podem ser desenvolvidos dentro da argumentação, do discurso, razão pela qual Siches faz apologia da Tópica, da dialética e do pensamento sobre problemas na medida em que a estes cabe o mérito de ‘insistir sobre el dialogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre aquilatar cada uno de los argumentos’.<sup>150</sup>

Dessarte, no panorama hermenêutico atual, apenas a metodologia da Nova Hermenêutica constitucional presta-se à realização de uma interpretação concretizante dos direitos fundamentais, pois é a única que promove a aproximação entre a realidade e o Direito necessária a esse tipo de interpretação. Desvincular a tutela dos direitos fundamentais do contexto metodológico da Nova Hermenêutica jurídica equivale a dificultar grandemente a efetivação contenciosa desses direitos.

Esclarecida a relação de implicação entre a investigação ora encetada e as teorias da argumentação jurídica da Nova Hermenêutica constitucional, derivada tanto do fato de versar sobre um caso difícil quanto do fato de envolver a tutela de direitos fundamentais, passamos a discorrer acerca de outra valiosa contribuição dessa escola hermenêutica, também enraizada no Pragmatismo filosófico.

Realmente, conforme demonstraremos a seguir, o influxo do Pragmatismo na Ciência do Direito por intermédio da Nova Hermenêutica jurídica ou constitucional espargiu efeitos benéficos no terreno da justificação racional da eficácia plena e aplicabilidade imediata (justiciabilidade) dos direitos fundamentais, mormente sociais, incluídos nesse grupo os direitos fundamentais à saúde e à educação.

### 3.7.2. A eficácia dos direitos fundamentais sociais sob a perspectiva da Nova Hermenêutica constitucional.

Além de configurarem casos difíceis, para cujo enfrentamento impõe-se o manejo das teorias interpretativas discursivas da Nova Hermenêutica constitucional, as questões

---

<sup>150</sup> SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. Cidade do México: Porrúa S/A, 1973, p. 281-291. Uma exposição esclarecedora e didática da lógica do razoável é a elaborada por Fábio Ulhôa Coelho em : COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 95 e segs.

ínsitas em ações civis públicas que visam à concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação coletivamente considerados, mediante a realização de obrigações de fazer que implicam intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, partem da premissa teórica de que os direitos à educação e à saúde são fundamentais, possuindo, portanto, eficácia plena ou aplicabilidade imediata, pois este é o principal aspecto do regime jurídico de eficácia reforçada jusfundamental, juntamente com a intangibilidade conferida pelo *status* de cláusula pétrea.

Conforme esclarece Gregorio Robles, o que distingue os direitos fundamentais dos demais direitos positivos é sua posição hierárquica diferenciada e sistema de garantias reforçadas que os aparelham com vistas à sua efetivação.<sup>151</sup>

É preciso não perder de vista, de acordo com a moderna Teoria da Constituição, quando analisamos o tema da eficácia dos direitos fundamentais, que a fundamentalidade desses direitos decorre exatamente desses dois fatores, a saber, o gozarem de uma posição hierárquica privilegiada no ordenamento jurídico e o contarem com vigorosos instrumentos materiais e processuais destinados a garantir sua eficácia plena. Sem tais atributos, esses direitos não se distinguem dos demais direitos inseridos na Constituição e em outros diplomas legais.

### 3.7.2.1. Fundamentalidade dos direitos sociais.

Direitos humanos são pautas éticas ou morais estabelecidas na legislação internacional e não diretamente justiciáveis na ordem interna dos Estados que aderem aos instrumentos internacionais que os prevêm.<sup>152</sup>

A expressão direitos humanos é problemática e equívoca como reconhecem os incontáveis juristas que negam aos direitos humanos a condição de direitos, tendo em vista a não-acionabilidade que os caracteriza.

Direitos fundamentais consistem em direitos humanos positivados no âmbito da ordem jurídica interna das nações em um regime jurídico voltado a garantir-lhes uma posição privilegiada no ordenamento jurídico interno no que respeita à sua hierarquia e uma eficácia, sendo portanto direta e plenamente justiciáveis.

---

<sup>151</sup> ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales e la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 20. Marcelo Lima Guerra também fornece lições simples e esclarecedoras sobre o regime jurídico de eficácia reforçada dos direitos fundamentais, nas quais situa a aplicabilidade imediata como epicentro desse regime. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82-83.

<sup>152</sup> ROBLES, Gregório. *Ibidem*.

A raiz ou origem dos direitos fundamentais (e dentre eles dos direitos fundamentais sociais) são os direitos humanos e as declarações internacionais de direitos, razão pela qual a análise da fundamentalidade dos direitos sociais deve principiar por uma apresentação do panorama internacional que ensejou seu surgimento e positivação no ordenamento jurídico brasileiro.

Hodiernamente, a crescente batalha pela efetivação dos direitos humanos em todos os quadrantes Planeta, como decorrência de sua universalidade, produz uma crescente tendência de inserção dos tratados internacionais de direitos humanos diretamente nos ordenamentos jurídicos internos com o mesmo *status* de direitos fundamentais.<sup>153</sup>

O Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1948, a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, do Terceiro Congresso Panrusso de Sovietes, e a Constituição de Weimar de 1919 são os antecedentes históricos - somados aos horrores da 2<sup>a</sup>. Guerra Mundial - da internacionalização dos direitos humanos sociais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, elaborada logo após o fim da 2<sup>a</sup>. Guerra Mundial, elenca tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais, econômicos e culturais. Embora não consista num tratado, havendo sido adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução (que não possui força de lei) -, tem sido considerada a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, destarte, força jurídica vinculante.<sup>154</sup>

Como consectário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em 1966, foram aprovados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Conferência Mundial da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em Teerã, em 1968, firmou o entendimento acerca do caráter indivisível e da interdependência dos direitos humanos, ao estatuir que, como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais torna-se impossível.

Malgrado, todavia, em que pese o mérito da Conferência de Teerã de haver explicitado a indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já foi elaborada sob inspiração da idéia da

---

<sup>153</sup> Reflexo desse movimento foi a adição, através da EC 45, de um §3º. ao art. 5º. da CF/88.

<sup>154</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 151 e segs..



indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, sendo portanto o documento internacional pioneiro nesse sentido.

Em 1993, a Conferência Mundial da ONU reiterou a idéia da indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, ao estabelecer, no ítem quinto, parte primeira, de sua Declaração e Programa de Ação: ‘Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados’.

A idéia da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos encontra, no Direito Constitucional e Internacional contemporâneos, esteio no magistério de juristas da estatura de John Rawls - para quem a hierarquização entre direitos civis/políticos e econômicos/sociais depende do atingimento de condições mínimas de desenvolvimento econômico e proteção social - e de Robert Alexy - que subdivide a liberdade em liberdade jurídica e liberdade fática(real), de maneira que a segunda se verifica por meio da concretização dos direitos sociais e é indispensável para a existência da primeira.<sup>155</sup>

Em consonância com a Teoria da Indivisibilidade e Interdependência dos Direitos Humanos, não são poucos os juristas que, como Antônio Augusto Cançado Trindade, cujo magistério é seguido e exposto por Flávia Piovesan, vêm na deterioração das condições de vida da população, vale dizer, no desrespeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, um grave risco para a subsistência dos direitos civis e políticos, considerando – como Rawls e Alexy - que não há liberdade na indigência, na miséria, na ignorância e na doença, mas sim sujeição ao subemprego, à mendicância, à exploração sexual, à violência policial e a todas as mazelas que a ausência de condições econômicas mínimas de uma existência digna acarretam.<sup>156</sup>

Como decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, Flávia Piovesan postula a fundamentalidade dos direitos sociais - inclusive dos positivados em dispositivos constitucionais distintos do art. 5º. da Lei Maior, rejeitando o que denomina ‘argumentações topográficas’-, de maneira a sustentar sua inserção no regime jurídico de eficácia reforçada que caracteriza as normas jusfundamentais do prefalado art. 5º., composto, dentre outras garantias, pela aplicabilidade imediata.<sup>157</sup>

A idéia da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, portanto, embasa a exegese que inclui os direitos fundamentais sociais, assim como os políticos e

---

<sup>155</sup>BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 121-127.

<sup>156</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>157</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1995, p. 89-90.

de nacionalidade na expressão ‘direitos e garantias individuais’ do inciso IV, §4º., do art. 60 da Constituição Federal.

Em havendo o Direito Internacional Público, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, adotado a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, não poderia o Brasil, sem incorrer em séria contradição, ser, como de fato é, signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (havendo aderido simultaneamente a ambos em 1992), da Convenção Americana de Direitos Humanos de 25 de setembro de 1992, do Protocolo de San Salvador de 21 de agosto de 1996 (referente à Convenção Interamericana de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), dentre outros acordos internacionais de direitos humanos, e ao mesmo tempo, admitir a hierarquização e desvinculação das diversas categorias de direitos humanos. Negar a fundamentalidade dos direitos sociais, então, seria absurdo.

O Brasil, signatário de todos esses documentos fundados na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, optou pelo sistema de direitos humanos delineado pela Organização das Nações Unidas, sendo no mínimo uma grave ruptura estabelecer internamente uma ordem de prioridade entre direitos civis/políticos e sociais/econômicos, negar a fundamentalidade destes últimos ou inseri-los em um regime de fundamentalidade subalterno – opção esta que seria aliás uma inovação em matéria de Teoria da Constituição.

Em harmonia com o que emerge da análise sistemática da Constituição de 1988 e do Direito Internacional Público positivo, há visível preponderância, na doutrina constitucional pátria, das posições que afirmam a fundamentalidade dos direitos sociais positivados.

Pela profundidade e originalidade, no sentido da fundamentalidade dos direitos sociais, além do posicionamento de Flávia Piovesan - embasado na retromencionada doutrina da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos -, não podemos deixar de mencionar: o de Paulo Bonavides, fulcrado na feição de Estado Democrático e Social de Direito assumido pelo Brasil na Carta de 1988; o de Eros Roberto Grau, em grande medida fundado no magistério de Canotilho mas assente igualmente em uma profunda e sistemática análise hermenêutica da questão; e o de Ricardo Lobo Torres, que afirma serem fundamentais apenas os direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, sendo essa, aliás, a negação de fundamentalidade e aplicabilidade imediata de (parcela dos) direitos sociais constitucionalmente positivados mais bem

fundamentada, com a vantagem de viabilizar a concretização dos direitos à saúde e à educação, pois os situa no âmbito desse mínimo existencial.<sup>158</sup>

Apesar de negar até mesmo a condição de direito fundamental a alguns direitos sociais, a posição de Ricardo Lobo Torres, que ele procura embasar na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e na doutrina germânica sobre mínimo existencial, guarda coerência com a Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais, pois, se por um lado diminui consideravelmente o rol de direitos fundamentais, por outro não concebe a existência de direitos fundamentais destituídos do atributo da aplicabilidade imediata.

Nem todas as teorias de constitucionalistas brasileiros sobre eficácia dos direitos fundamentais, contudo, primam pela coerência. Contraditoriamente, a sustentação da eficácia plena ou aplicabilidade imediata dos direitos sociais não conquistou ainda todos os doutrinadores brasileiros que sustentam sua índole fundamental. Não são poucos os constitucionalistas brasileiros que declaram a fundamentalidade dos direitos sociais mas os subtraem, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, à incidência da principal característica do regime jurídico jusfundamental, a saber, a aplicabilidade imediata, assegurada em nosso ordenamento pelo art. 5º., §1º., da Lei Maior.<sup>159</sup>

Nesse rol, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais, porém, levando outrossim em consideração as diversas formas de posituação – em normas programáticas, de eficácia plena, garantias institucionais etc. – e as funções desempenhadas pelos direitos fundamentais – razão pela qual os subdivide em direitos de defesa e direitos a prestações -, encara o art. 5º., §1º., da Constituição como um mandado de otimização – invocando para tanto o magistério de Robert Alexy.

Desta forma, para Sarlet, os direitos fundamentais sociais possuiriam aplicabilidade imediata ‘na maior medida possível’, considerando-se as ‘possibilidades fáticas e jurídicas’ de concretização, donde existiria uma presunção relativa de sua aplicabilidade imediata, a qual cederia, contudo, ante recusa de aplicação fundamentada

---

<sup>158</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.

<sup>159</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 29, p. 29-58, jun./1988. Interessante e muito mencionado o argumento constante desse artigo de que nem todos os direitos fundamentais podem gozar de aplicabilidade imediata porque isso ‘contraria a natureza das coisas’.

na inexistência de ato concretizador – legislativo e/ou administrativo - do preceito constitucional social.<sup>160</sup>

Ocorre que a Constituição de Bonn – alvo da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy – praticamente não prevê direitos sociais em seu texto. Os comentadores dessa Constituição, juntamente com o Tribunal Constitucional alemão, vêm desenvolvendo há décadas teses no sentido de ampliar o rol de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, de sorte que, na Alemanha, relativamente aos direitos sociais – num contexto de inexistência de previsão constitucional –, afirmar que tais direitos devem ser imediatamente aplicados ‘na maior medida possível’ resulta em ampliar suas possibilidades de aplicação.

A teoria de Robert Alexy destina-se à Constituição de Bonn e acarreta uma extensão, ‘na maior medida possível’, do regime de eficácia reforçada, para direitos (sociais), que não têm previsão constitucional, nivelando-os aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, com o que satisfaz a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Destacamos as declarações doutrinárias da fundamentalidade daquelas acerca da aplicabilidade imediata dos direitos sociais para pôr em evidência a incongruência que acomete a boa parcela da doutrina constitucional brasileira, a qual aparta a fundamentalidade do cerne do regime jurídico jusfundamental que é a aplicabilidade imediata. Essa contradição em grande medida decorre, como alerta Andreas Krell, da transposição acrítica para nossa ordem constitucional de construções doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras, mormente alemãs, elaboradas sob o pano de fundo de constituições e contextos sociais diversos do nosso.<sup>161</sup>

Conquanto a Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais proclame sem discrepâncias a inserção em regime jurídico de eficácia reforçada como característica essencial dos direitos fundamentais, sendo isso o que os diferencia dos demais direitos do ordenamento jurídico, a desconsideração do contexto normativo, geográfico e histórico de algumas teorias alienígenas importadas para o nosso Direito Constitucional tem resultado nessa estranha formulação doutrinária: direitos fundamentais sem eficácia plena, ou seja, sem aplicabilidade imediata.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 282-283.

<sup>161</sup> KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 59-65.

<sup>162</sup> Preferimos denominar a Teoria dos Direitos Fundamentais de ‘Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais’, nomenclatura que potencializa a transmissão de pronto da conexão entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que facilita a comunicação da idéia de que a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos se transmite aos direitos fundamentais que originam.

O problema das teorias que engendraram esse estranho produto do constitucionalismo brasileiro (direito fundamental sem justiciabilidade) não reside em pretender alimentar a sempre necessária e profícua interação com a doutrina e jurisprudência estrangeiras, mas em esquecer que toda e qualquer teoria com base e repercussão no Direito Constitucional positivo, por mais perfeita que pareça ao ser aplicada no seu nascedouro, deve ser adaptada à Constituição de 1988, principalmente naquilo em que ela diverge da Constituição sob o império da qual a referida teoria é aplicada.

É certo que o progresso científico decorre em grande medida da adoção de boas idéias, as quais não possuem pátria, porém o discurso jurídico comprometido com a normatividade constitucional tem no texto da Constituição seu ponto de partida e limite, extraindo-se a norma jurídica da conjugação desse texto com diversas variáveis que, assim como o aludido texto, se apresentam com feições diversas em cada ordenamento jurídico.<sup>163</sup>

Especificamente no âmbito das teorias acerca da eficácia das normas jusfundamentais, verifica-se uma distorção na utilização – em princípio salutar – a algumas teorias interpretativas estrangeiras, visto que sua aplicação no Brasil – ao contrário do que ocorre no país de origem da tese - produz resultados desfavoráveis à normatividade e conduz ao surgimento de insólitos institutos constitucionais como o direito fundamental desprovido de eficácia plena.

O estudo e divulgação das concepções interpretativas deve sempre levar em consideração todo o panorama no qual surgiram e se desenvolvem, pois, como leciona Gadamer, não existe ponto de vista humano superior à história.<sup>164</sup> Os constitucionalistas alemães, italianos, espanhóis, portugueses etc. realizam suas interpretações e teorizações visando à concretização de suas constituições nacionais, dentro da realidade de cada país.

Nessa ordem de idéias, é mister uma análise detida acerca do que favorece ou não a concretização da Carta de 1988, podendo servir de critério nessa empreitada, quanto à eficácia das normas jusfundamentais, a não-adoção de teorias estrangeiras (ou de versões deturpadas dessas teorias) quando sua aplicação, no Brasil, importe em subversão da Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais, dificultando ou impedindo a efetivação dos direitos fundamentais assegurados em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>163</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>164</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. v.1.

Interessante exemplo de utilização de uma teoria germânica em base normativa nacional que conduz a resultado inverso do preconizado pela teoria dos direitos fundamentais e diametralmente oposto ao obtido na Alemanha é a esposada por Ingo Wolfgang Sarlet e Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de que o alcance da proteção concedida pelo art.60, §4º., da Constituição Federal brasileira, às cláusulas pétreas, abrange apenas o núcleo essencial de cada uma delas.

Embora conte entre seus patronos com esses dois luminares do Direito Constitucional brasileiro, a idéia da intangibilidade somente do núcleo essencial das cláusulas pétreas, *concessa venia*, não passa de mais uma importação apressada da sempre excelente doutrina germânica constitucional.

Realmente, na Constituição alemã, o princípio da dignidade da pessoa humana é cláusula pétrea, ao passo que os direitos e garantias fundamentais não o são. Sabedores de que os direitos fundamentais - conforme sustentado, aqui com proficiência por Paulo Bonavides, e alhures por toda a Teoria da Constituição - são pilares do Estado de Democrático de Direito, a doutrina germânica concebeu sobre o art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn, uma interpretação extensiva, de molde a considerar intangível também o cerne de todos os direitos fundamentais naquilo em que ele se vincula ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Destarte, na Alemanha, os direitos fundamentais adquirem imutabilidade por meio do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nossa Constituição é mais evoluída nesse tocante, pois arrola os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, sem necessidade de intercessão de nenhum princípio fundamental, não havendo por que aplicar interpretação restritiva ao art.60, §4º., para considerar que apenas um núcleo de cada um dos direitos fundamentais e das demais cláusulas pétreas é imodificável.

A Teoria da Intangibilidade somente do núcleo essencial das cláusulas pétreas reforça as pressões pela desnaturação da identidade de nossa Constituição, submetendo a maior parcela das decisões fundamentais do Poder Constituinte Originário (aquilo que não é o núcleo de tais decisões) ao Poder Reformador, sem que haja arrimo para tanto em nenhum dispositivo constitucional expresso ou princípio implícito - como aliás reconhecem até mesmo os formuladores dessa teoria.

O legislador constituinte originário estabelece com a sistemática das cláusulas pétreas a proteção ao núcleo essencial da Constituição e não a proteção ao núcleo do núcleo. A posição germânica - irretorquível pela sua coerência com a Teoria da Constituição e com a Teoria dos Direitos Fundamentais - foi ampliadora da identidade

de sua Constituição para resguardar os direitos fundamentais. Nossa posição deve ser precisamente a mesma (extensiva da identidade da Constituição pela via da ampliação e garantimento da eficácia dos direitos fundamentais e das demais cláusulas pétreas). Como, porém, nossos textos constitucionais não coincidem, aderir à intangibilidade somente do núcleo essencial das cláusulas pétreas equivale a trilhar a contramão do constitucionalismo contemporâneo.

A identidade constitucional não pode ser reduzida, pois já é uma redução formada pelos termos inegociáveis do contrato social que a Constituição expressa.<sup>165</sup>

É mister, sob o pálio das contribuições em matéria de interpretação constitucional cujo brilhantismo as conduz a transcender a órbita da Constituição em volta da qual gravitam, desenvolver em cada ordenamento jurídico, em prol da concretização da sua própria Constituição, uma teoria da constituição específica, pois quando está em pauta a efetivação constitucional não se trata da concretização de toda e qualquer constituição, mas sim de uma determinada constituição em um determinado país. Conforme a observação de Eros Roberto Grau:

Quando cogitamos da concretização da Constituição e de sua força normativa, é de uma determinada Constituição que cogitamos. De modo que uma teoria da Constituição não deverá jamais funcionar como 'linha de caminho de ferro' neutralizadora das análises de cada Constituição, uma a uma, o que nos levará à conclusão de que cumpre formularmos distintas teorias da Constituição.<sup>166</sup>

O magistério de Eros Roberto Grau nesse tocante funda-se nas lições de Gomes Canotilho e Gilberto Bercovici sobre Constituição dirigente, mas aplica-se a qualquer reflexão hermenêutica acerca de aplicação da Constituição.<sup>167</sup>

Finda a digressão sobre a fundamentalidade dos direitos sociais constitucionalmente positivados, da qual extraímos a inelutável conclusão de que em nosso sistema constitucional tais direitos possuem índole fundamental, passamos à análise específica das teorias acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, para extrair a perspectiva da doutrina sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Voltaremos a abordar algumas das teorias sobre a fundamentalidade já mencionadas, desta feita mais detidamente, a fim de elucidarmos como a Nova

---

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 422 e segs.. Cf. também: Idem. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo, v. 1, n. 1, p.631-680, jan.-jun./2003.

<sup>166</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 362-363.

<sup>167</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 1, n. 142, p. 33-49, abr.-jun./1999.

Hermenêutica constitucional provoca uma revolução copernicana relativamente à eficácia dos direitos fundamentais, bem como dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação.

### 3.7.2.2. Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais.

Preliminarmente, é necessário definir o que se entende por aplicabilidade imediata. Conforme Eros Roberto Grau:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade.<sup>168</sup>

Aplicabilidade imediata, portanto, independe, mas não é incompatível com ato legislativo ou administrativo voltado a garantir a efetividade da norma jurídica. A necessidade de complementação de sentido de uma norma jurídica pela atuação do Poder Legislativo ou pela implementação de programas pelo Poder Executivo não impede que goze de aplicabilidade imediata desde que lhe seja reconhecida a justiciabilidade.

A decisão jurisdicional que aplique a norma jurídica não regulamentada – quer se trate de norma semanticamente completa (a qual também pode ter seu sentido minudenciado por legislação), quer se trate de norma jurídica dependente de complementação de sentido pelo Poder Legislativo – pode perfeitamente ser sucedida pela complementação de sentido efetuada pelo Poder Legislativo.

Por que, então, consoante a maior parte da doutrina constitucional brasileira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é considerada atributo exclusivo das normas jusfundamentais que independem de complementação de sentido pelo Poder Legislativo? Primeiramente, porque a doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia dos direitos fundamentais, via de regra, não reconhece ao Poder Judiciário a possibilidade de complementar o sentido de preceitos jusfundamentais que necessitam de atuação do Poder Legislativo e/ou de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo e que não foram beneficiados com legislação e atuação administrativa concretizante.

Minudenciando a questão, fazemos agora a seguinte indagação: por que a doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia dos direitos fundamentais, via de regra, não

---

<sup>168</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318-319.



reconhece ao Poder Judiciário a possibilidade de complementar o sentido de preceitos jusfundamentais que necessitam de atuação do Poder Legislativo e/ou de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo e que não foram beneficiados com legislação e atuação administrativa concretizante ?

Para responder a esse último questionamento, é mister apelar para uma incursão e abordagem das principais contribuições da doutrina constitucional pátria sobre eficácia dos direitos fundamentais. A compreensão do panorama atual da doutrina constitucional brasileira acerca da eficácia plena ou aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais requer que nos debruçemos sobre as primeiras concepções nacionais acerca do tema, as quais foram formuladas no contexto maior da doutrina da eficácia das normas constitucionais em geral.

### 3.7.2.2.1. Eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais.

Hans Kelsen estabeleceu com precisão, há quase um século, a conexão e a distinção entre vigência e eficácia da norma jurídica, considerando vigência o estar a norma posta, pronta para ser utilizada e eficácia o ‘fato real de ela ser efetivamente aplicada’.<sup>169</sup> No mesmo sentido, Norberto Bobbio concebe a eficácia das normas jurídicas somente como eficácia social.<sup>170</sup> Eros Roberto Grau situa o estudo da eficácia social preponderantemente na seara da Sociologia Jurídica, pois ela não resulta apenas da aplicação da norma pelo Poder Judiciário mas também do cumprimento espontâneo da pelos seus destinatários e da imposição das decisões judiciais, não havendo outrossim como garantir a realização dos fins pretendidos pela norma.<sup>171</sup>

A eficácia social ou efetividade é o escopo último, mas não o objeto de estudo dos juristas que levantam a questão da eficácia dos dispositivos constitucionais, sendo mais afeita a abordagens sociológicas. Realmente, a existência e medida da eficácia social é conferida por outra modalidade de eficácia, a saber, a eficácia jurídica. A eficácia jurídica é condição de possibilidade e pressuposto da eficácia social, além de configurar o foco das abordagens jurídicas sobre o tema da eficácia das normas.

A eficácia jurídica é a aptidão da norma vigente para produzir efeitos. Luís Roberto Barroso aborda a tradicional distinção entre eficácia jurídica – aptidão da

---

<sup>169</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11-12.

<sup>170</sup> BOBBIO, Norberto *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65.

<sup>171</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318-328.

norma para produzir efeitos – e eficácia social – produção no mundo real dos efeitos para os quais a norma jurídica é criada –, utilizando o termo ‘eficácia’ para designar a eficácia jurídica e o termo ‘efetividade’ para a eficácia social.<sup>172</sup>

Inspirado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, Rui Barbosa inaugurou a reflexão acerca da eficácia das normas constitucionais no Brasil, classificando tais normas quanto à eficácia em auto-executáveis e não auto-executáveis (em inglês: *self executing* e *not self executing*).

Nas normas auto-executáveis, Rui Barbosa reconhece a aptidão para gerar efeitos, independentemente de atuação do legislador (‘já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado’), mas impõe como condição à produção de efeitos das normas não auto-executáveis a intervenção legislativa para explicitação de seu conteúdo.<sup>173</sup>

Consoante Rui Barbosa, normas auto-executáveis:

[...] são, portanto, as determinações para executar as quaes, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquellas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação [...] uma disposição constitucional é executável por si mesma quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio suppletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime.<sup>174</sup>

As palavras de Rui Barbosa não deixam dúvidas de que, desde o início, as normas constitucionais foram subdivididas, relativamente à sua eficácia, consoante a dependência ou independência semântica na comunicação dos seus significados essenciais, do âmago do seu sentido, vale dizer, conforme sua capacidade de revelar autonomamente (sem complementação de sentido ulterior) seus significados essenciais.

Ainda de acordo com as lições de Rui Barbosa, uma disposição constitucional ‘não é auto-aplicável quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei’.<sup>175</sup>

Pontes de Miranda elaborou classificação das normas constitucionais quanto à eficácia que contempla três categorias, a saber, normas que independem de

<sup>172</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-86. Essa distinção também está presente na Aplicabilidade das Normas Constitucionais de José Afonso da Silva, onde o autor confere o mesmo conceito a eficácia social e positividade. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65 e segs.

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 250. Cf. também BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 284.

<sup>174</sup> BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

<sup>175</sup> BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

concretização legislativa, normas que dependem de concretização legislativa e normas programáticas, cuja normatividade limita-se a cercear atividade legislativa que as contrarie.<sup>176</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, que assina uma das mais completas obras em matéria de eficácia das normas constitucionais, embora modestamente dirigida apenas à eficácia das normas jusfundamentais, colaciona uma crítica de José Horácio Meirelles Teixeira à utilização do critério da completude de conteúdo e, por via de consequência, às classificações de Rui Barbosa e Pontes de Miranda, pelo fato de que toda norma constitucional é, em alguma medida, incompleta na expressão de seu conteúdo, já que,

[...] quando de sua aplicação aos casos concretos, reclama – em virtude de seu grau de abstração e generalidade – uma atividade exegética, o que ocorre mesmo com as normas diretamente aplicáveis, que igualmente podem conter conceitos vagos e imprecisos, de tal sorte que é possível falar em normas mais ou menos completas, isto é, em graus de completude normativa. Por outro lado – tal como observa Meirelles Teixeira –, esta crítica não deveria ser encarada de forma por demais severa, ‘pois quando se fala em norma completa, tal conceito se refere a uma aptidão da norma para significar e produzir seus efeitos essenciais, não todos os efeitos possíveis.’<sup>177</sup>

Embora redigida nas décadas de 1950/1960, a obra de Meirelles Teixeira só foi publicada há alguns anos, razão pela qual, embora já proclamasse a eficácia de todas as normas constitucionais, coube a José Afonso da Silva o mérito de haver elaborado pioneiramente a mais importante revisão na doutrina clássica da eficácia das normas constitucionais, segundo a qual todas as disposições constitucionais são eficazes, embora possuam cargas distintas de eficácia.<sup>178</sup>

Realmente, José Afonso da Silva, superando a doutrina clássica, postula a existência de alguma eficácia jurídica em todas as disposições constitucionais e estabelece a subdivisão das normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, incluídas nessa última categoria as normas programáticas (ou de princípio programático) e as de princípio institutivo.<sup>179</sup>

Consoante Luís Roberto Barroso, a clássica obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, de José Afonso da Silva, editada pela primeira vez em 1967, tratou, por uma questão de opção metodológica, da eficácia jurídica das normas constitucionais e

<sup>176</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 252.

<sup>177</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254-255.

<sup>178</sup> Idem. *Ibidem*, 2006, p. 254-255. Cf. também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118.

não da eficácia social.<sup>180</sup> Como a opção metodológica pela eficácia jurídica é a regra e não a exceção em Direito, só podemos concluir que, com tal afirmação, Luís Roberto Barroso indicou o enfoque rigidamente centrado na eficácia jurídica da tese do publicista José Afonso da Silva, que não se insere no movimento doutrinário e jurisprudencial comprometido com a efetividade ou eficácia social da Constituição, o qual busca há décadas estreitar os laços entre eficácia jurídica e eficácia social.<sup>181</sup>

Esse movimento, que se iniciou na Europa do pós-guerra, só atravessou o Atlântico rumo ao Brasil pouco antes da convocação da Assembléia Nacional constituinte que elaborou a Carta de 1988, o que explica, com relação à doutrina constitucional brasileira elaborada até essa época, a abordagem formal que fazia da eficácia jurídica, como algo rigidamente apartado da eficácia social, sem buscar na Hermenêutica ou na Teoria Geral do Direito saídas para ampliar e aprofundar a eficácia jurídica dos preceitos constitucionais, como fizeram os constitucionalistas comprometidos com a efetividade da Constituição desde o período imediatamente anterior à promulgação da Carta de 1988, e principalmente após sua promulgação.<sup>182</sup>

Um dos expoentes desse movimento pela efetividade das normas constitucionais no Brasil, Luís Roberto Barroso, alude à existência de um elenco de direitos sociais desprovidos de eficácia jurídica e social já na Constituição de 1969, possuindo sua tese de docência-livre o título *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer*. Nesse trabalho acadêmico, referido constitucionalista insere, como uma preocupação de sua geração, o tema da eficácia social ou efetividade no debate acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais.<sup>183</sup>

Luís Roberto Barroso classifica as normas constitucionais quanto à eficácia jurídica em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas, sustentando que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, mas apenas aquelas que veiculam direitos subjetivos – ou seja, aquelas que conferem ‘poder de ação, assente no direito objetivo, e

---

<sup>180</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>181</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>182</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288.

<sup>183</sup> Outro expoente dessa geração de constitucionalistas empenhados na luta pela normatividade constitucional, principalmente no setor dos direitos sociais, foi Paulo Lôpo Saraiva. Cf. SARAIVA, Paulo Lôpo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

destinado à satisfação de um interesse' - são dotadas de aplicabilidade imediata, sendo portanto justiciáveis.<sup>184</sup>

A posição de Luís Roberto Barroso, principalmente por destacar o relevante papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição - em contraste com outros posicionamentos que, mais influenciados pela doutrina clássica, ainda se pautam pelo monopólio do Poder Legislativo nessa tarefa -, é avançada e comprometida com a normatividade constitucional, embora, por se manter ainda presa à interpretação exclusivamente semântica da Constituição, não logre abordar satisfatoriamente a eficácia jurídica no que diz respeito às normas constitucionais de índole principiológica, as quais se caracterizam, via de regra, pela incompletude semântica.

Um dos pontos fracos da teoria de Luís Roberto Barroso sobre a eficácia das normas constitucionais, denunciador de sua vinculação à tradicional visão exclusivamente semântica da interpretação constitucional, é aquele onde discorre sobre as normas constitucionais programáticas. Luís Roberto Barroso caracteriza tais normas, essencialmente, como preceitos não justiciáveis, com força normativa apenas para, em suma: a) revogar atos normativos anteriores contrários; b) evitar de inconstitucionalidade atos normativos posteriores contrários; c) dar ensejo a oposição judicial ao cumprimento de regras ou atos administrativos posteriores contrários; d) orientar a interpretação e decisão jurisdicional em sede de ação judicial que os aborde.<sup>185</sup>

Juntamente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, José Afonso da Silva situa os direitos sociais no âmbito das normas programáticas, mas, para Luís Roberto Barroso, os conceitos de direitos sociais e normas programáticas não se confundem, ainda que haja direitos sociais que configuram normas programáticas.<sup>186</sup>

Com efeito, Luís Roberto Barroso conceitua os direitos sociais como 'regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual', e normas programáticas como 'aquelas em que o

---

<sup>184</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 292-294.

<sup>185</sup> Idem. Ibidem, 2006, p. 117.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140. Luís Roberto Barroso sustenta que apenas alguns direitos sociais consistem em normas programáticas. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106 e segs.. A jurisprudência do STF e do STJ considera os direitos sociais à saúde e à educação espécies de normas programáticas, mas não lhes nega por isso em todas as hipóteses a justiciabilidade, o que indica que faz uso simbólico da classificação de J. Afonso da Silva sem aderir integralmente aos seus conceitos.

legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos'.<sup>187</sup>

Dessarte, Luís Roberto Barroso entende existirem direitos sociais que configuram direitos subjetivos, sendo, pois, justiciáveis, e direitos sociais vazados em dispositivos que apenas traçam orientações aos poderes públicos, os quais são destituídos de justiciabilidade. Os direitos sociais que não configuram normas programáticas, de acordo com Luís Roberto Barroso, são normas que 'definem direitos para o presente', ou seja, exigíveis no presente por encartarem direitos subjetivos. Já os direitos sociais positivados em normas programáticas são 'proposições diretivas' e devem ser 'efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do estado'.<sup>188</sup>

Em suma, embora aluda à ocorrência, no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, de um rompimento com a concepção do constitucionalismo liberal ou Estado de Direito da legalidade, para o qual as normas programáticas representavam meras 'exortações morais destituídas de eficácia jurídica', e afirme que nem todo direito social é norma programática (exemplificando tal afirmação ao citar, dentre outros, o direito a seguro-desemprego), Luís Roberto Barroso concebe, por meio das normas programáticas, a existência de normas constitucionais não justiciáveis.<sup>189</sup>

Com efeito, aliando-se nesse tocante à doutrina da eficácia jurídica de José Afonso da Silva – a qual por sua vez se baseou nas lições de Vezio Crisafulli e Ugo Natoli -, Luís Roberto Barroso não formula hipótese de violação justiciável de norma programática (por ação ou omissão estatal), sustentando, ao revés, a não-justiciabilidade das normas constitucionais programáticas como sua nota característica.<sup>190</sup>

Luís Roberto Barroso capta com enorme perspicácia os diversos graus de incompletude e indeterminação semântica das normas constitucionais, bem como as possibilidades de mudança na interpretação da eficácia das normas, mormente jusfundamentais, advindas dessa constatação. Incorre, porém, na tradicional falha da interpretação semântica de limitar a justiciabilidade às normas dotadas de maior grau de

---

<sup>187</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

<sup>189</sup> Paulo Bonavides estabelece com rigor histórico e jurídico a transição do Estado de Direito pós-revolucionário da legalidade, com constituições vazadas no molde abstrato das declarações de direitos, para o Estado de Direito da constitucionalidade, caracterizado pela superioridade hierárquica e normatividade das constituições. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>190</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 113-118. Luís Roberto Barroso realça, todavia, a possibilidade de oposição judicial ao cumprimento de regras ou atos administrativos posteriores contrários a norma constitucional programática (op. cit., 2006, p. 151-152). Cf. também: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 174-178.

completude semântica, bem como na contradição de caracterizar as normas programáticas como não justiciáveis para depois admitir algumas hipóteses de justiciabilidade dessas normas, o que revela a índole ideológica e não científica da limitação retromencionada.<sup>191</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet - sem romper com a doutrina clássica otimizada pela revisão de José Afonso da Silva, segundo a qual é reconhecido algum grau de eficácia a todas as normas constitucionais - posiciona-se nos seguintes termos acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais:

Uma análise mais detida de todas as formulações referidas fatalmente revela que o conteúdo do dispositivo é de suma relevância para a determinação de sua normatividade, não esta que, em última análise, pode ser reconduzida (com as devidas ressalvas críticas) ao entendimento já advogado por Ruy Barbosa, de que a completude da norma assume feições de verdadeiro pressuposto para sua aplicabilidade e eficácia.<sup>192</sup>

Não pode haver dúvidas, em face de tal declaração, sobre o inequívoco comprometimento da teoria de Sarlet com uma visão exclusivamente semântica da interpretação constitucional. Como todos os constitucionalistas desde José Afonso da Silva, Sarlet postula a existência de eficácia jurídica em todas as normas constitucionais, mas as distingue em razão do que denomina ‘densidade normativa’, sustentando que as normas constitucionais de alta densidade normativa podem produzir efeitos independentemente de intervenção do legislador, ao passo que as de baixa densidade normativa não podem, sem a *interpositio legislatoris*, gerar seus efeitos.

Epistemologicamente essa nova nomenclatura não indica nenhum novo critério que distinga as normas constitucionais quanto à eficácia, pois não há nenhuma diferença entre o critério de divisão das normas constitucionais pela ‘densidade normativa’ e pela incompletude de seu conteúdo – a não ser a afirmação do autor da Teoria da Densidade Normativa de que a diferença de densidade normativa não responde sozinha pelas diversas cargas de eficácia das normas constitucionais, ao contrário do critério da incompletude de conteúdo, o qual se desincumbe sozinho do papel de justificar os distintos graus de eficácia atribuídos a cada preceito da Lei Maior.

Com efeito, Sarlet enuncia a densidade normativa, a forma de positivação e a função da norma constitucional como fatores que influenciam sua eficácia, sem aperceber-se de que nenhuma dessas categorias o faz ultrapassar o fator que realmente distingue os preceitos constitucionais quanto à aplicabilidade, a saber, a incompletude semântica, denominada pela doutrina clássica ‘incompletude de conteúdo’.

---

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2006, p. 151-152.

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 262.

A classificação das normas constitucionais pelas funções – de defesa ou a prestações – não se sustenta, primeiramente, tendo em vista a indivisibilidade originária dos direitos fundamentais, visível através da análise das declarações de direitos que os consagraram como direitos humanos.<sup>193</sup> Tal categorização não vinga, outrossim, em virtude da recente jurisprudência que, comprovando a tese da indivisibilidade, vem extraíndo direitos a prestações de direitos individuais clássicos.<sup>194</sup> Por fim, mas não por último, a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações revela-se frágil em razão das lições de Gustavo Amaral e Flávio Galdino, inspiradas em Holmes e Sunstein, no sentido de que os denominados ‘direitos de defesa’ também implicam prestações onerosas como, v.g., a manutenção do sistema judiciário.<sup>195</sup>

Já a densidade normativa é uma repercussão da forma ou técnica de positivação das normas e ambas vinculam-se a maior ou menor indeterminação semântica dos signos utilizados no texto da norma, gravitando, portanto, em torno da incompletude semântica.

Dessarte, ‘densidade normativa’ não passa de uma expressão designativa da mesma coisa já tratada pela doutrina clássica: os diferentes graus de incompletude semântica dos textos das normas constitucionais. O equacionamento do problema da eficácia jurídica das normas constitucionais – ao contrário do que fazem crer os magistérios de Sarlet e de algumas recentes obras sobre o tema, como a de Maria Helena Diniz (que insere a intangibilidade na discussão) – não reside em identificar um novo critério para distinguir as normas quanto à eficácia, vale dizer, em apontar o que responde pela maior ou menor dificuldade de aplicação (tarefa da qual a doutrina clássica já se desincumbiu satisfatoriamente), mas sim, como demonstraremos, em transpor o nível semântico da interpretação para lograr colmatar a incompletude semântica já identificada.<sup>196</sup>

A doutrina sobre a eficácia das normas constitucionais no Brasil encontra-se praticamente estagnada desde a revisão promovida por José Afonso da Silva, porque vem se mantendo ao largo do giro lingüístico-filosófico que, com Heidegger, Gadamer,

---

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>194</sup> KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

<sup>195</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton and Company, 1999. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as escolhas trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>196</sup> DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.



Apel, Habermas e outros, deu origem à Nova Hermenêutica filosófica e, no âmbito do Direito, ensejou o surgimento da Nova Hermenêutica constitucional ou Nova Hermenêutica jurídica, a partir da *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg.

Em vez do primado da razão teórica, do positivismo, dos conceitos abstratos, a Nova Hermenêutica, tanto filosófica quanto jurídica – tendo como pilares a descoberta de que conhecer é interpretar, de que a interpretação e aplicação (concretização) são um e o mesmo evento, e que este evento ocorre na linguagem - prioriza a interpretação pragmática, o manejo da razão prática, a aproximação entre ciência e realidade.

Embora a Constituição abrigue a maior parcela de normas jurídicas cujo texto é formado por signos lingüísticos abertos, semanticamente incompletos/indeterminados e/ou polissêmicos, do ordenamento jurídico, como os princípios da separação de poderes, do devido processo legal etc. - e não poderia ser de outra maneira, já que a Lei Maior é o nicho dos fundamentos estruturais, valores e objetivos da nação -, a doutrina constitucional brasileira insiste em aplicar-lhe uma interpretação semântica, peculiar ao positivismo e inteiramente inadequada para o propósito de extrair o significado de preceitos dessa natureza.

Realmente, a interpretação semântica, calcada na razão teórica, procura extrair o significado ou a maior parcela do sentido do texto de cada dispositivo constitucional simplesmente a partir da leitura de tais signos, como se seu significado pudesse ser obtido em abstrato, destacado da realidade sobre a qual incide. Obviamente, quando adotado esse esquema de interpretação pelo Poder Judiciário, somente uma norma cujo texto comunique de pronto, em abstrato, seu significado pode ser interpretada e, portanto, aplicada, razão pela qual as normas constitucionais abertas ou semanticamente incompletas/indeterminadas têm sua interpretação/aplicação postergada indefinidamente, até receberem complementação legislativa de sentido.

A doutrina da eficácia das normas constitucionais no Brasil não aderiu ainda ao movimento pragmático de interpretação da Constituição, que nos países europeus de tradição jurídica romano-germânica já possui mais de meio século de existência, havendo gerado inúmeras das teorias e institutos – como a reserva do possível, o mínimo existencial, a interpretação conforme a Constituição etc. - que alguns dos nossos constitucionalistas utilizam sem apartar-se da interpretação semântica da Constituição.

É interessante e contraditório o fato de que alguns dos melhores argumentos desenvolvidos para negar a eficácia plena dos direitos e garantias fundamentais no Brasil hajam sido formulados com a utilização de teorias nascidas da jurisprudência

alemã, cujo Tribunal Constitucional pratica há décadas a interpretação prevalentemente pragmática das normas constitucionais, comprovando que o pragmatismo hermenêutico-constitucional não somente é possível como cientificamente fecundo. Na Alemanha, porém, conforme veremos, tais institutos e teorias não se prestam a impedir a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais.

### 3.7.2.2.2. Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais sob a perspectiva da Nova Hermenêutica constitucional.

Desde Rui Barbosa as normas constitucionais são classificadas quanto à eficácia conforme seu grau de completude semântica, sua ‘capacidade de exprimir tudo o que intenta’.<sup>197</sup> Em tema de eficácia, todas as subdivisões de dispositivos constitucionais e jusfundamentais, independentemente de quantas espécies de normas identifiquem, giram em torno do critério da autonomia semântica do texto da norma na comunicação dos seus significados essenciais ou parcela essencial de seu sentido.

A maior ou menor aptidão do texto da norma para exprimir o âmago do seu sentido, vale dizer, para revelar autonomamente (sem complementação de sentido ulterior) seus significados essenciais é o paradigma que subjaz às teorias acerca da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Embora não concordemos com as retromencionadas observações de José Horácio Meirelles Teixeira, trazidas a lume por Ingo Wolfgang Sarlet sobre a impropriedade do critério do grau de completude de conteúdo ou grau de completude semântica, elas revelam acertadamente que toda norma jurídica – principalmente as normas constitucionais – possuem certo grau de abstração e generalidade.

A norma jurídica é formada por signos lingüísticos que expressam apenas parcialmente o sentido do preceito, embora umas expressem quase a totalidade de seu sentido e outras somente uma pequena parcela dele. Logo, o que distingue as normas jurídicas em tema de eficácia não é a total completude de umas em comparação com a incompletude de outras, pois todas as normas em alguma medida são semanticamente incompletas, mas sim o grau ou nível de incompletude semântica, a quantidade de conceitos abertos, a maior ou menor vagueza dos termos utilizados, em suma, a expressão ou não de parcela essencial do seu sentido.

Apesar de embasada em uma premissa verdadeira, qual seja a de que não existe, a rigor, norma jurídica semanticamente completa, a crítica de Meirelles Teixeira à

---

<sup>197</sup> BARBOSA, Rui apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 251.

utilização do critério da incompletude semântica não procede, pois não infirma os diversos níveis de completude/autonomia semântica que o texto de uma norma pode assumir e as repercussões disso na compreensão do seu sentido.

O problema da eficácia das normas constitucionais jamais residiu na identificação, precisa aliás, de que há normas que necessitam de uma complementação de sentido, mas sim nas limitadas propostas de complementação de sentido elaboradas. Embora Meirelles Teixeira tenha dado o passo mais seguro rumo à resposta ao problema da eficácia das normas constitucionais, não a vislumbrou.

Atualmente, em tema de eficácia plena ou aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, para fins didáticos, podemos agrupar os diversos rumos assumidos pela doutrina brasileira da seguinte maneira: a) posicionamentos que negam a aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais; b) entendimentos intermediários que sustentam ser a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais uma meta a ser perseguida ‘na maior medida possível’, com complementação de sentido do texto da norma exclusivamente pelo Poder Legislativo; c) entendimentos que afirmam a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, sustentando ser possível, para tanto, em caso de omissão legislativa e/ou administrativa, a complementação do sentido da norma pelo Poder Judiciário, diante de caso concreto.

Na primeira categoria, é mister mencionar o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o art. 5º., §1º., não pode ser aplicado a todos os direitos fundamentais, pois isso ‘contraria a natureza das coisas’.<sup>198</sup>

No segundo grupo, sobressai-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem os direitos fundamentais não são um conjunto homogêneo de normas, distinguindo-se pela técnica ou forma de positivação, razão pela qual ora assumem o formato de direitos subjetivos, ora de normas programáticas etc., o que repercute sobre sua eficácia.<sup>199</sup>

Apesar de não atravessar as fronteiras semânticas da doutrina clássica da eficácia das normas constitucionais, Sarlet adota a distinção entre norma jurídica e texto da norma jurídica, ao aludir à ‘técnica ou forma de positivação’; mas não atribui à forma de positivação o *status* de referencial único para avaliação da eficácia.<sup>200</sup> Classificando os direitos fundamentais, consoante a função desempenhada, em direitos de defesa e

---

<sup>198</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 29, p. 29-58, jun./1988.

<sup>199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 267-269.

<sup>200</sup> Idem. *Ibidem*, 2006, p. 270.

direitos a prestações, Sarlet entende que a eficácia da norma jusfundamental é uma resultante da forma de positivação e da função desempenhada pelo direito fundamental.

Na interpretação do art. 5º., §1º., da Lei Maior, Ingo Wolfgang Sarlet leva em consideração, outrossim, os seguintes argumentos:

[...] ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação de poderes, há certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta. Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para implementação de determinados programas sócio-econômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.<sup>201</sup>

O que passa ao largo da posição assumida por Sarlet é o fato de que colisões de direitos fundamentais só são solucionáveis *in concreto*, ou seja, pragmaticamente, bem como que a Teoria da Reserva do Possível é outro fruto da razão prática.

A reserva do possível consiste numa criação jurisprudencial, originada em um processo que versava sobre criação de vagas em universidades públicas para atender todos os candidatos interessados, e não uma construção da razão teórica que impede a justiciabilidade de direitos fundamentais, *in casu* o direito fundamental à educação.<sup>202</sup> A elaboração e aplicação da Teoria da Reserva do Possível na Alemanha foi e é feita jurisprudencialmente, vale dizer, no âmbito de processos que versam sobre a efetivação de direitos fundamentais.<sup>203</sup>

Em vez de partir da premissa da impossibilidade de aplicabilidade imediata de um direito fundamental, os operadores do Direito na Alemanha levam a *quaestio juris* ao tribunal competente para que este aquilate se, como e até onde o referido direito fundamental poderá ser concretizado ‘pelo Poder Judiciário’ (frise-se: sem necessidade de aguardar *interpositio legislatoris*).

Quanto à alegada falta de qualificação dos tribunais brasileiros para implementar programas socioeconômicos, é necessário esclarecer que o Poder Judiciário não necessita contar com administradores públicos de toga, pois, é inerente ao poder jurisdicional a autoridade para determinar aos destinatários de uma norma violada que a cumpram, devendo estes, para a obediência a tais ordens, lançar mão dos recursos humanos, técnicos e financeiros de que dispõem. Já no que respeita à falta de

<sup>201</sup> Idem, *ibidem*, 2006, p. 281.

<sup>202</sup> KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

<sup>203</sup> Idem, *ibidem*, 2000.

legitimação do Poder Judiciário para proceder à implementação de programas socioeconômicos, entendemos que a legitimação advém da supremacia constitucional e do princípio do Estado Democrático de Direito, que restariam completamente destruídos se o Poder Judiciário não puder restaurar a ordem jurídica agredida por violação a um direito fundamental.

Não há como justificar satisfatoriamente a negação *a priori* da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais encartados em normas semanticamente incompletas, como alguns direitos fundamentais sociais, sob a alegação de uma reserva do possível que somente é aferível *in concreto*.

Não se trata de fechar os olhos para o fato de que nem todas as demandas sociais são financeiramente viáveis, mas sim de afirmar que apenas a avaliação *in concreto* do pedido pode configurar uma aplicação da teoria da reserva do possível – cuja solução poderá apontar para a possibilidade de enquadrar a postulação em programa social já existente, ou para a possibilidade de implementá-la em exercício financeiro futuro, ou até mesmo para a impossibilidade de sua satisfação diante do quadro orçamentário atual e imediatamente subsequente.

A Teoria da Reserva do Possível, na Alemanha, não consiste em fundamento para que o Poder Judiciário se quede inerte, aguardando a complementação de sentido de norma constitucional principiológica pelo Poder Legislativo ou a atuação do administrador público, mas sim um produto da apreciação efetiva de demandas intentadas na Cômte Constitucional para concretização de direitos fundamentais. Na Alemanha, os direitos fundamentais são justiciáveis, o que permite a apreciação das suas reais possibilidades de concretização.

Embora servindo-se de interpretações pragmáticas do Tribunal Constitucional alemão que definem, em matéria de direitos fundamentais, no âmbito do processo, a existência, violação por ação ou omissão e possibilidade de restauração do direito afrontado, Sarlet e muitos outros doutrinadores não sustentam a possibilidade de complementação de sentido de normas jusfundamentais semanticamente incompletas pelo Poder Judiciário no Brasil.

Preconizando uma solução que considera intermediária, Sarlet afirma que o art. 5º., §1º., da Constituição Federal, consubstancia um princípio, um mandado de otimização, a ser realizado na maior medida possível e que gera ‘presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais’.<sup>204</sup>

---

<sup>204</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 282-283.

Essa presunção, todavia, é relativa, pois a não-efetivação dos direitos e garantias fundamentais poderá ocorrer em virtude da ‘ausência de ato concretizador’ do Poder Legislativo, de forma que eventual recusa da aplicação dos direitos e garantias fundamentais deverá ser necessariamente fundamentada e justificada.

Traduzindo a teoria de Sarlet: o magistrado ou tribunal brasileiro verifica se a norma jusfundamental comunica claramente seu sentido (grau de completude semântica), aplicando o ‘mandado de otimização’ em caso afirmativo e, em caso negativo, postergando a concretização do preceito jusfundamental para período posterior ao aludido ato concretizador do Poder Legislativo. Verifica-se, portanto, que esse mandado de otimização nada otimiza, permanecendo a concretização dos direitos fundamentais na mesma situação que lhe traçou a doutrina clássica da efetividade das normas constitucionais.

Representando a corrente que sustenta a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, se necessário por intermédio de complementação de sentido de seus termos procedida *in concreto* pelo Poder Judiciário, temos os posicionamentos de Luís Roberto Barroso e Eros Roberto Grau.

Antes de mencionar a relevante contribuição de Luís Roberto Barroso acerca da eficácia dos direitos fundamentais, teceremos algumas considerações sobre suas lições em matéria de eficácia das normas constitucionais em geral.

À primeira vista, o que subjaz ao entendimento de Luís Roberto Barroso e da doutrina constitucional majoritária acerca do tema da eficácia das normas constitucionais é a postura de fazer depender a aplicabilidade imediata da norma semanticamente incompleta (como vários dos direitos sociais): a) da capacidade de ser aplicada pelo Poder Judiciário, independentemente de complementação de sentido; b) ou do fato de já haver tido seu sentido complementado pelo Poder Legislativo. Somente as normas cujo texto fornece de antemão, ou após complementação de sentido pelo Poder Legislativo, a parcela essencial de seu sentido podem ser imediatamente aplicadas, quer voluntariamente, quer pelo Poder Judiciário, em caso de violação.

Nesse entendimento, é clara a identificação entre aplicabilidade imediata e completude semântica. Será, no entanto, que aplicabilidade imediata e completude semântica são institutos idênticos? Caso não sejam, a incompletude semântica é incompatível com a aplicabilidade imediata?

A justiciabilidade dos direitos fundamentais, individual e coletivamente, é atributo indispensável para que adquiram efetividade. Coerentemente com o postulado da eficácia plena (aplicabilidade imediata) das normas jusfundamentais, Robert Alexy

leciona com clareza solar no sentido de que toda tentativa teórica de eliminação da justiciabilidade das normas jusfundamentais – consequência da aplicabilidade imediata ou produção incontinenti de efeitos -, tendo em vista as dificuldades advindas de sua aplicação, configuram ‘solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional’.<sup>205</sup>

Assentado pelo próprio Alexy que as normas de direitos fundamentais têm a natureza de normas-princípio, sendo compostas por conceitos abertos, com um grau de indeterminação semântica em seus termos imprescindível à enunciação da realização de um valor e não de uma conduta determinada como ocorre com as regras, verificamos (em face da sustentação retromencionada da aplicabilidade imediata e justiciabilidade inerentes aos direitos fundamentais, também formulada por Alexy, a qual aliás não encontra dissensos dignos de registro no Direito Constitucional comparado) que incompletude semântica não é algo incompatível com aplicabilidade imediata e justiciabilidade.<sup>206</sup>

Uma análise mais acurada revela que o problema da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais no Brasil deita raízes na tradição de realizar a interpretação das normas jurídicas apenas no nível semântico da linguagem, exegese esta própria do positivismo jurídico, do qual a doutrina nacional não conseguiu se apartar inteiramente.

Afirmar a eficácia plena das normas jusfundamentais, no Brasil, verberando literalmente o conteúdo do art. 5º, §§ 1º. e 2º., da Carta de 1988, é tarefa espinhosa em razão da base hermenêutica das teorias e classificações de normas constitucionais quanto à eficácia elaboradas desde Rui Barbosa, consistente no esquema interpretativo lógico-formal típico da jurisprudência dos conceitos, pautado pela aplicação lógico-substantiva das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, ao qual é vedado raciocinar acerca dos preceitos constitucionais para deles extrair um significado que não seja dado de pronto e simplesmente justaposto ao fato litigioso.<sup>207</sup>

Mencionamos também o parágrafo segundo do art. 5º. da Lei Maior porque nele se encontra consubstanciada a abertura no catálogo de direitos fundamentais, os quais são predominantemente, mas não exclusivamente, positivados no prefalado art. 5º. O

---

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 217, p. 67-79, jul.-set./1999.

<sup>206</sup> Idem. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>207</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 274.

aludido parágrafo segundo possibilita a exegese consoante a qual a Carta de 1988 albergou a indivisibilidade dos direitos fundamentais, que assim gozam do mesmo regime de eficácia reforçada, permitindo sustentar, nessa ordem de idéias, que os direitos fundamentais sociais, e dentre eles os direitos fundamentais à saúde e à educação, possuem a garantia material estatuída no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo constitucional.

O texto de uma norma jusfundamental comanda a realização de um valor e não de uma conduta previamente delimitada. Esse comando de valor desdobra-se em comando de conduta apenas diante de uma situação concreta, mas é impossível ao legislador prever todos os possíveis desdobramentos valor-conduta que o texto de uma norma principiológica pode produzir. Em vista disso, os direitos fundamentais necessitam da abertura e indeterminação semântica que caracterizam o texto das normas onde são previstos.

A interpretação semântica das normas constitucionais não faculta ao intérprete ir além do significado expresso de plano pelo texto da norma constitucional, motivo pelo qual não possui aptidão para conferir eficácia a normas semanticamente incompletas, de índole principiológica como os direitos fundamentais. A doutrina constitucional brasileira emprega precisamente esse modelo ou base hermenêutica, o que repercute prejudicialmente sobre a eficácia dos direitos fundamentais, senão vejamos o seguinte trecho, no qual Luís Roberto Barroso, ao tratar da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, as subdivide entre:

- a) as que devem ser prontamente exigíveis pela aplicação direta do texto constitucional; b) as que não prescindem de legislação infraconstitucional integradora para deflagração da plenitude de seus efeitos.<sup>208</sup>

É extremamente importante esclarecer que esse é o posicionamento de Luís Roberto Barroso relativamente à eficácia das normas constitucionais e não à eficácia especificamente dos direitos fundamentais. Distinguindo o fato de necessitar de legislação integradora da condição de norma programática, Luís Roberto Barroso defende a possibilidade de, com esteio no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, o Poder Judiciário completar o sentido do preceito jusfundamental social no âmbito do processo, quando a ausência de lei com o mesmo objetivo ‘não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional’.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138-139.

<sup>209</sup>Idem. Ibidem, 2006, p. 118 e 140.



Conforme Luís Roberto Barroso, embora a complementação jurisdicional do sentido da norma jusfundamental – seja na tutela individual seja na tutela coletiva – ofereça imensas dificuldades práticas e políticas,

[...] seria puramente ideológica, e não científica, a negação da possibilidade de o Judiciário intervir em tal matéria. Porque em diversas outras situações em que a Constituição ou a lei utilizam conceitos vagos e imprecisos, é exatamente ao juiz que cabe integrar, com sua valoração subjetiva, o comando normativo. Assim se passa, por exemplo, quando ele fixa o valor da ‘justa indenização’ na desapropriação (CF/88, ART. 5º, XXIV);(...) ou quando fixa alimentos ‘na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’ (C. Civil, art. 1.694, §1º).<sup>210</sup>

Logo, apesar de praticar e preconizar uma interpretação das normas constitucionais em geral no nível meramente semântico, é Luís Roberto Barroso quem, abrindo exceção para complementação jurisdicional de sentido dos direitos fundamentais - no que revela sua vinculação ao ideário da luta pela normatividade constitucional -, fornece um argumento relevante para rechaçamento da tese da incompatibilidade entre incompletude semântica e aplicabilidade imediata, a saber, o de que o Poder Judiciário já procede há muito tempo a complementações de sentido de conceitos indeterminados, inclusive relativamente a normas sem *status* constitucional de direito fundamental, logo não inseridas em regime de eficácia reforçada.

A doutrina da eficácia das normas constitucionais de Luís Roberto Barroso, conservadora na análise da eficácia das normas constitucionais em geral (tendo em vista não vislumbrar saída no patamar semântico da interpretação, pois assenta-se sobre essa herança hermenêutica do positivismo formalista), apresenta-se, porém, com relação à eficácia das normas jusfundamentais, avançada e inovadora, ao vislumbrar a possibilidade de complementação de sentido pelo Poder Judiciário dos conceitos abertos do texto da norma de direito fundamental.

Dessarte, ampliando as possibilidades de complementação do sentido das normas jusfundamentais, com a admissão da complementação de sentido pelo Poder Judiciário, figuram o já mencionado entendimento de Luís Roberto Barroso e o de Eros Roberto Grau -, os quais afirmam em uníssono a possibilidade de complementação de sentido da norma jusfundamental pelo Poder Judiciário, com fulcro no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil.

Essa posição de vanguarda, todavia, é minoritária, visto que a verificação de que há normas constitucionais que não expressam, *prima facie*, seu conteúdo, que são semanticamente dependentes de complementação, geralmente vem acompanhada, na doutrina constitucional pátria, do entendimento de que cabe exclusivamente ao Poder

---

<sup>210</sup>Idem. Ibidem, 2006, p. 148.

Legislativo proceder à complementação de sentido que requerem, mesmo em se tratando de direitos fundamentais.<sup>211</sup>

Ricardo Lobo Torres, por exemplo, considera direitos fundamentais, logo, dotados de aplicabilidade imediata, apenas aqueles vinculados ao mínimo existencial, ou seja, às condições mínimas de existência humana digna.<sup>212</sup> Do direito ao mínimo existencial ou direito às condições mínimas de existência humana digna, oriundo do direito de liberdade, emanariam um *status negativus* e um *status positivus*, consoante os quais o Estado, respectivamente, deve não intervir ou agir para concretizá-los.<sup>213</sup>

Consoante Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais, desde que visem à satisfação do mínimo existencial, são fundamentais, inserindo-se no *status positivus* dos direitos humanos, mas no que excedem as condições mínimas da existência humana digna submetem-se à reserva do possível e às ‘escolhas trágicas do orçamento’ pois não têm relação com o direito de liberdade nem com o mínimo existencial dele derivado, sendo, em ambas as hipóteses, ‘sujeitos sempre a *interpositio legislatoris*’.<sup>214</sup>

Para Ricardo Lobo Tôrres, ‘como não exibem a eficácia própria dos direitos fundamentais e, por isso, não são garantidos na via judicial sem prévia lei formal, os direitos sociais e econômicos ficam na dependência do exercício da cidadania ativa’.<sup>215</sup>

Ao buscar a fonte da Teoria do Mínimo Existencial, contudo, verifica-se que ela, assim com a Teoria da Reserva do Possível, não é uma criação da razão teórica e tampouco é utilizada por seus criadores para negar justiciabilidade e, pois, aplicabilidade imediata a direitos fundamentais. Ao contrário, a Teoria do Direito ao Mínimo Existencial, assim como Teoria da Reserva do Possível, é uma construção pragmática. A Teoria do Direito ao Mínimo Existencial consiste numa elaboração da jurisprudência alemã da década de cinquenta do século passado, destinada a estender o elenco de direitos fundamentais da Carta de Bonn.

Em razão do malogro da Constituição de Weimar de 1919 - prenhe em direitos fundamentais sociais que não lograram adquirir efetividade – o qual contribuiu para a ascensão do nazismo ao poder e, indiretamente, para a produção de nefastas conseqüências em matéria de direitos humanos, a Constituição de Bonn, elaborada logo após a Segunda Guerra Mundial e promulgada em 23 de maio de 1949, positiva o

---

<sup>211</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 320-321.

<sup>212</sup>TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 152. v. 5.

<sup>213</sup>Idem. Ibidem, 2000, p. 172.

<sup>214</sup>Idem. Ibidem, 2000, p. 179.

<sup>215</sup>Idem. Ibidem, 2000, p. 189.

princípio da Dignidade da Pessoa Humana em seu art. 1º, I, e, a título de direitos fundamentais, prevê os direitos à vida e à integridade física (art. 2º), à igualdade (art. 3º), à liberdade de pensamento, crença e consciência (art. 4º), dentre outros, inserindo como direitos fundamentais sociais apenas algumas disposições acerca do direito à educação nos arts. 6º. e 7º.

A preponderância de direitos fundamentais individuais e a primazia do princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Lei Fundamental de Bonn ensejou uma interpretação pragmática e construtiva do Tribunal Constitucional alemão, que passou a afirmar a existência do direito a um mínimo existencial com base na dignidade do ser humano - bem como a extrair direitos a prestações, inclusive sociais, a partir do direito à vida, do direito à integridade física e de outros direitos fundamentais individuais, com esteio no princípio do Estado Social (art. 20, I).<sup>216</sup>

Assim, em julgamento proferido em 1951, o Tribunal Constitucional alemão determinou, graças ao ‘direito ao mínimo existencial’, o aumento do valor do numerário designado ‘ajuda social’, então distribuído aos cidadãos carentes.<sup>217</sup> Na Alemanha, por meio da Teoria do Mínimo Existencial, foi possível estender jurisprudencialmente o princípio da Dignidade do Ser Humano, e seu *status* constitucional, a direitos sociais não albergados no texto constitucional, dentro de uma interpretação pragmática dos limitados recursos da Lei Fundamental de Bonn que ampliou o rol de seus direitos fundamentais.

No Brasil, apregoa-se a utilização semântica da Teoria do Direito ao Mínimo Existencial, ou seja, defende-se sua aplicação num estágio anterior à justiciabilidade, precisamente para impedir sua aplicabilidade imediata e submeter direitos fundamentais (mormente sociais) à complementação de sentido via *interpositio legislatoris*. Com tal posicionamento, insere-se no esquema de utilização da Teoria do Direito ao Mínimo Existencial um elemento não cogitado por seus formuladores alemães: a necessidade de complementação legislativa de sentido como condição para a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais.

Após quarenta anos de socialdemocracia, nos quais foram efetivados os direitos sociais básicos na Europa ocidental, erradicando-se grande parte das mazelas sociais trazidas pela 2ª Guerra Mundial, a realidade sobre a qual era construída a jurisprudência das cortes constitucionais européias alterou-se, com repercussões óbvias sobre a

---

<sup>216</sup> KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

<sup>217</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 25-60.

interpretação constitucional pragmática dos direitos sociais. Com efeito, o raciocínio mediante o qual o ser humano tem direito a um mínimo de condições para uma existência digna continua irretorquível; o que mudou foi o panorama fático sobre o qual incide o direito ao mínimo existencial.

Se, no princípio, a urgência na garantia do padrão mínimo social justificava a construção jurisprudencial ‘casuística, gradual e cautelosa’ do que significava o mínimo existencial, hodiernamente sustenta-se, com a tranquilidade de não estar violando o princípio da dignidade do ser humano, que os limites do projeto social constitucional devem ser mais estreitos, concedendo-se primazia à concretização dos direitos sociais mediante os instrumentos da cidadania participativa e da atuação do legislador.<sup>218</sup>

Essa mudança de atitude ocorre em parte por causa da influência da Nova Hermenêutica constitucional no ideário jurídico europeu, pois que, sendo pragmática e não semântica a exegese constitucional que se pratica na Europa ocidental, o teor da norma constitucional que dela resulta é fruto da interação do texto da norma com a realidade.

Em Portugal, em razão das reformas e investimentos econômicos e sociais ocasionados pela formação da União Européia, os quais garantiram o respeito a um padrão mínimo social respeitável se comparado com a situação brasileira, deu-se fenômeno similar, cuja expressão doutrinária mais autêntica é mudança de orientação de Gomes Canotilho, que antes defendia a vinculação do legislador ao comando constitucional em matéria social em sua célebre obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, mas, no prefácio da 2ª. edição desta, passou a sustentar a necessidade de maior autonomia do legislador infraconstitucional na tarefa de complementação de conteúdo das normas constitucionais enunciadoras de direitos sociais.<sup>219</sup>

Obrigatória para os estudiosos da Teoria da Constituição Dirigente é a leitura da análise acerca do prefácio da segunda edição da *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, feita por Eros Roberto Grau, na qual, com base em interpretação autêntica de Gomes Canotilho sobre o aludido prefácio, sustenta que ele não decretou a morte da

---

<sup>218</sup> MURSWIEK, Dietrich apud KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais** – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 8-20, 1998.

<sup>219</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 1982. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

Constituição dirigente, mas sim o amadurecimento da tese no sentido de que o normativismo constitucional não é capaz de, por si só, transformar a realidade no sentido almejado pela Nação.<sup>220</sup>

Como se a razão prática fosse uma tecnologia avançada demais para nosso limitado discernimento tropical, afeito somente à razão teórica de matriz positivista, os defensores da ‘não-justiciabilidade’ de todos os direitos fundamentais procuram manter a interpretação constitucional brasileira num nível exclusivamente semântico, negando, em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, a possibilidade de complementação do conteúdo dos preceitos jusfundamentais pelo Poder Judiciário.

Dentre outros recursos de menor prestígio, a doutrina da ‘não-justiciabilidade’ de todos os direitos fundamentais louva-se de uma aplicação distorcida de teorias vazadas pragmaticamente pelo Tribunal Constitucional alemão, o qual não as engendrou para limitar ou negar, mas sim para ampliar e afirmar a justiciabilidade dos direitos fundamentais e até mesmo de preceitos constitucionais de estatura inferior.

A doutrina constitucional brasileira da eficácia dos direitos fundamentais que nega a aplicabilidade imediata e, portanto, a justiciabilidade de todas as normas jusfundamentais, mantém-se aferrada à crença positivista do Direito como fruto exclusivo da razão teórica, quando ‘já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular’.<sup>221</sup>

Ao contrário do que faz crer a doutrina constitucional brasileira da eficácia da normas constitucionais, em 1969, no apogeu da construção da jurisprudência concretizadora (não somente dos direitos fundamentais mas da integralidade) da Lei Fundamental de Bonn, num contexto social menos favorável do que o da atualidade, o Tribunal Constitucional alemão proferiu acórdão (NJW 1969, Heft 14, p. 597-604) do qual Rolando E. Pina extraiu em 1973 as seguintes conclusões:

- a) Quando a teoria sobre as normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal-expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do legislativo –, vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição.
- b) O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional.

---

<sup>220</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 358-372.

<sup>221</sup> Idem. *Ibidem*, 2006, p. 322.

- c) Não dependendo, a vigência da norma constitucional programática, da ação do Poder Legislativo, quando - atribuível a este a edição de lei ordinária -, dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica violação da ordem constitucional.
- d) Neste caso, tal mora pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais.<sup>222</sup>

Apesar do choque que causa no Brasil a idéia de o Poder Judiciário, em caso de omissão do Poder Legislativo, complementar o sentido de normas (jusfundamentais ou não) semanticamente incompletas, a interpretação pragmática utilizada pelos tribunais europeus – da qual resulta complementação jurisprudencial do sentido de preceitos constitucionais e infraconstitucionais abertos - há muitos anos produz teorias e concepções importadas para o Brasil em obras doutrinárias que as apresentam desvinculadas de sua origem jurisprudencial, de sua vinculação a casos concretos, como se resultassem das mentes privilegiadas do Velho Continente, elucubrando abstratamente sobre o Direito.

Exemplo disso são alguns tratados de Direito Administrativo brasileiros, praticamente elaborados sobre as teses mais brilhantes verberadas no *Conseil d'Etat* francês, tribunal *sui generis* que produz pragmaticamente o Direito Administrativo na França, por meio de uma jurisprudência complementadora do sentido de preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Realmente, o Conselho de Estado francês, ao qual compete julgar as demandas entre os cidadãos e a Administração Pública, complementa o sentido de normas jurídicas positivadas e até mesmo elabora normas autônomas, ou seja, cria Direito pragmaticamente, jurisprudencialmente, sem intervenção legislativa propriamente dita. Assim procede o prefalado órgão em grande medida porque a maioria das normas jurídicas que lhe incumbe fazer observar (assim como os preceitos jusfundamentais sociais) possuem um grau de incompletude semântica que impede a adoção de interpretação semântica.

Quase desnecessário observar, outrossim, quanto seria inútil a tentativa de quem quisesse esconder este novo e crescente papel atrás da débil defesa da velha ficção da natureza ‘meramente declarativa’ e ‘puramente lógica’ da interpretação judiciária. Mesmo no país de Montesquieu, a acentuada criatividade da justiça administrativa foi a tal ponto reconhecida que se vislumbra no *droit administratif* um direito em larga medida jurisprudencial; a orientação, aliás, pode ser repetida para a justiça constitucional de países como a Alemanha ou a Itália.<sup>223</sup>

<sup>222</sup> PINA, Rolando E. *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 365.

<sup>223</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 55-56.

No Brasil, a retórica da impossibilidade de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais possui grande força, em virtude da não-utilização da interpretação pragmática pelo Poder Judiciário para complementar o sentido de preceitos jusfundamentais sociais, havendo insofismável elemento ideológico nessa postura, conforme aponta percucientemente Cláudio Ari Melo.<sup>224</sup>

Com efeito, a técnica de positivação em normas semanticamente dependentes de complementação não é exclusiva e tampouco inerente aos direitos fundamentais sociais. Toda norma jurídica é passível de alguma complementação semântica e, quando tal complementação favorece um direito individual típico, não se verifica a oposição de óbice doutrinário à sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade. Por outro lado, a maioria dos constitucionalistas brasileiros identifica a existência de direitos sociais positivados na forma de direitos subjetivos, com completude semântica suficiente para prescindir de regulamentação legislativa ulterior.<sup>225</sup>

No embate sobre a auto-aplicabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a questão não é, absolutamente, de técnica constitucional. Aqui predominam disputas travadas no âmbito da teoria constitucional e da ciência política, e são fortemente marcadas por posições ideológicas. Discute-se, aqui, as fronteiras entre o jurídico e o político, entre o político e o econômico e entre o jurídico e o econômico, o confronto entre a força normativa da constituição e os fatores reais de poder, a legitimidade democrática do poder judicial, o papel do princípio majoritário na distribuição de direitos fundamentais, o caráter contramajoritário da tutela judicial dos direitos fundamentais.<sup>226</sup>

Realmente, há direitos fundamentais previstos em dispositivos semanticamente incompletos – como o princípio do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa – que ainda não tiveram uma complementação de sentido específica pelo Poder Legislativo (felizmente, caso contrário haveria um engessamento paralisante da força normativa desses preceitos) nem a implementação de prestações positivas pelo Poder Executivo aptas a garanti-los – como, v.g., a estruturação das defensorias públicas estaduais – e que têm seu sentido pragmática e continuamente complementado pelo Poder Judiciário, sempre que um órgão jurisdicional prolata uma decisão utilizando-os como fundamento, sem que tal postura jurisprudencial seja considerada um abalo à separação de poderes.

---

<sup>224</sup> MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.

<sup>225</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>226</sup> MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.

Diante da inação do Poder Legislativo e do Poder Executivo em conferir eficácia aos comandos jusfundamentais sociais carentes de complementação semântica, todavia, é levantada a barreira ideológica segundo a qual somente o Poder Legislativo e o Poder Executivo podem, agindo, complementar-lhes o sentido.

Apenas a utilização da interpretação pragmática das normas constitucionais semanticamente dependentes de complementação, introduzida pela Nova Hermenêutica, é capaz de resolver a grave questão da omissão legislativa e administrativa em propiciar a concretização dos direitos fundamentais sociais, dos direitos fundamentais em geral, das normas ditas programáticas, enfim, de todos os dispositivos constitucionais que não expressam, *prima facie*, a parcela essencial de seu sentido, em virtude de serem compostas por signos lingüísticos cujos múltiplos significados só podem ser desvelados em face do caso concreto.

A interpretação semântica das normas constitucionais – utilizada comumente pelas teorias nacionais acerca da eficácia das normas constitucionais - busca delimitar de antemão (ou seja, em estágio anterior à aplicação da norma) todas as suas potenciais significações. Ela extrai os significados possíveis exclusivamente da leitura em abstrato do texto da norma e não perante um caso concreto que a invoque, caracterizando-se, dessarte, por encarar a norma jurídica apenas como texto, estática e abstratamente.

A interpretação pragmática, ao contrário, é realizada argumentativamente, no âmbito de um caso concreto, no qual podem ser obtidos elementos não presentes no texto da norma para complementação de seu sentido e, consoante preconizado por Friedrich Müller, elaboração da norma jurídica propriamente dita. A interpretação pragmática visa a elucidar o significado da norma em atividade, perante um caso concreto, caracterizando-se, portanto, pelo seu dinamismo e complexidade. Ela transcende o significado estático do texto normativo, sendo indicada exatamente para a exegese de preceitos com elevado grau de abstração e generalidade, preenhes em conceitos indeterminados, para a solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, enfim e sobretudo, para casos difíceis.

Não existe relação de exclusão entre os níveis semântico e pragmático da interpretação, assim como entre Lógica formal e Lógica informal, mas sim de estreita complementaridade.

Uma das principais vantagens da interpretação pragmática é que ela não condena os direitos fundamentais sociais e tampouco os direitos fundamentais sociais à saúde e à educação a aguardar uma regulamentação ou a criação de um programa governamental



*sine die* para ser realizado, mas igualmente não permite a concretização de tais preceitos constitucionais em todas as ações judiciais que demandem sua efetivação.

Com efeito, se por um lado, por intermédio da interpretação pragmática, nenhum direito fundamental é ineficaz ou de eficácia limitada *a priori*, sendo premissa inicial sua eficácia plena, por outro, a exigibilidade de concretização da norma jusfundamental, ou seja, a decisão no sentido da sua violação e possibilidade de restauração é aferida, *in concreto*, levando-se em consideração todos os aspectos fáticos e jurídicos envolvidos.

Embora consideremos transferíveis para a teoria de Gustavo Amaral sobre a eficácia dos direitos fundamentais todas as críticas que formulamos ao entendimento de Ricardo Lobo Tôrres acerca da matéria - cujos fundamentos o primeiro adota -, e apesar de reputarmos completamente equivocada a colocação que faz do problema em termos de 'sobvalorização dos meios judiciais de controle' e 'subvalorização dos meios não judiciais' - pois o que existe é a afirmação da justiciabilidade dos direitos fundamentais diante da omissão dos poderes encarregados de concretizá-los extrajudicialmente -, comungamos da opinião de Gustavo Amaral segundo a qual 'a escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada', sendo, ao revés, motivo bastante para a denegação da proteção de um direito fundamental.

O reconhecimento dos limites orçamentários das pretensões de satisfação de direitos fundamentais não é incompatível com a justiciabilidade das normas jusfundamentais, a qual, aliás, se presta precisamente para permitir a aferição não somente da ocorrência de violação a direito fundamental, mas igualmente da possibilidade financeira de restaurá-lo.<sup>227</sup>

Outro aspecto vantajoso pouco explorado da interpretação pragmática é o fato de o processo - no qual seja postulada a efetivação de direito fundamental encartado em norma semanticamente incompleta -, além de poder ensejar um debate no qual sejam detalhados aspectos relevantes atinentes à alegação de violação e necessidade de restauração do direito fundamental, contar com a possibilidade de uma solução consensual, que contemple o anseio de concretização da norma jusfundamental com as possibilidades fáticas disponíveis para essa implementação.

Não se pode extrair a eficácia de uma norma semanticamente incompleta exclusivamente de seu enunciado porque o texto desse tipo de norma, isoladamente considerado, não expressa sequer uma parcela mínima dos significados nos quais seu sentido pode se desdobrar em face da realidade sobre a qual incide.

---

<sup>227</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22 e 185.

Luigi Ferrajoli classifica as normas jurídicas como pertencentes a dois sistemas, o nomoestático e o nomodinâmico, sendo possível, no primeiro, a identificação das figuras deônticas (proibição, permissão, obrigação), presentes em cada norma, simplesmente com o uso da lógica formal e do raciocínio dedutivo, ao passo que, no segundo, as figuras deônticas seriam induzidas do confronto da norma com fatores exógenos.<sup>228</sup>

As normas do sistema nomoestático – dentre as quais Ferrajoli identifica os direitos fundamentais individuais - indicam claramente, desde o primeiro instante da positivação de seu texto, quais categorias deônticas contêm, razão pela qual estão aptas desde que entram em vigor a produzir seus efeitos essenciais.

Já as normas do sistema nomodinâmico não possuem auto-suficiência deôntica, dependendo de elementos situados fora do texto da norma para, diante de um caso concreto, elaboração das categorias deônticas a elas correspondentes.

Apesar de discordarmos da relação de exclusão que o autor estabelece entre incompletude semântica e expressão de plano das categorias deônticas, pois há normas semanticamente incompletas que, todavia, apontam desde o início a criação de uma obrigação (categoria deôntica), v.g., de fazer, como é o caso dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, citamos o magistério de Ferrajoli, porque ele corrobora o entendimento de que normas semanticamente incompletas não podem ser interpretadas da mesma forma que as normas semanticamente completas.<sup>229</sup> O que Ferrajoli denomina auto-suficiência deôntica preferimos designar ‘auto-suficiência semântica para expressar a parte essencial de seu sentido’.

Aquilo que Manoel Gonçalves Ferreira Filho qualifica como ‘contrário à natureza das coisas’ não é a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, mas a realização da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais dentro da camisa de força da interpretação semântica. Luís Roberto Barroso e Eros Roberto Grau, que preconizam a complementação endoprocessual de sentido dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, com fulcro no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, estão propondo, exatamente, a via pragmática, argumentativa da interpretação, única apta a dar concretude a tais preceitos, que se caracterizam, mormente no caso dos direitos sociais, pela incompletude semântica.

---

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

<sup>229</sup> Não se podendo olvidar que toda norma jurídica é passível de regulamentação, minudenciação, logo não há, a rigor – como observou argutamente Meirelles Teixeira –, norma jurídica semanticamente completa. O que denominamos completude semântica da norma é apenas a aptidão de comunicar parcela essencial do sentido e não de comunicá-lo integralmente.

As classificações semânticas retrodescritas retiram dos direitos sociais, e, pois, dos direitos à saúde e à educação, a possibilidade de serem imediatamente aplicados, pois trabalham exclusivamente com a complementação legislativa de sentido como via aceitável, já que nelas a parte essencial do sentido da norma tem que ser apreensível em abstrato.

A jurisprudência axiológica do Tribunal Constitucional alemão é, nada mais nada menos, do que a complementação jurisprudencial, em concreto, de sentido dos conceitos abertos da Constituição de Bonn, num exercício de pragmatismo constante e profícuo que já engendrou inúmeras teorias (como a do mínimo existencial, da reserva do possível, dentre outras) utilizadas pelos que resistem, no Brasil, à aplicabilidade imediata pragmática de todos os direitos fundamentais, inclusive dos sociais.

Em se tratando de direitos fundamentais sociais e, portanto, dos direitos à saúde e à educação, havendo omissão legislativa e/ou administrativa em viabilizar a produção imediata dos efeitos do preceito constitucional, a interpretação pragmática pelo Poder Judiciário impõe-se como consectário da aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais, da incompletude semântica inegável da grande maioria dos direitos sociais, da supremacia constitucional e do princípio da Separação de Poderes, ao qual conferimos exegese consentânea com o princípio do Estado de Direito, conforme detalharemos no capítulo seguinte.

Os direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, exemplo de norma semanticamente incompleta, somente gozarão de eficácia plena quando inseridos em uma interpretação pragmática – não somente em ações individuais como já vem ocorrendo no STF e no STJ para obtenção de remédios, tratamentos de saúde, próteses etc., mas igualmente no âmbito de ações coletivas, já que configuram direitos eminentemente transindividuais.

Conforme exporemos em abordagem específica da jurisprudência sobre saúde e educação no próximo capítulo, a jurisprudência do STF e do STJ tem-se mostrado sensível à necessidade de concretizar tais direitos, principalmente o direito à saúde pela via individual, realizando, para tanto, e reiteradas vezes, interpretações pragmáticas no âmbito da tutela individual desses direitos, das quais têm resultado condenações da Fazenda Pública a fornecer medicamentos, vagas em unidades de terapia intensiva etc.

Demonstraremos, outrossim, que a tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação não tem recebido a mesma acolhida, aplicando-se-lhe, nas mais das vezes, a interpretação semântica que inviabiliza de plano qualquer pretensão de efetivação das normas jusfundamentais.

Confirmando análise que realizamos ainda quando do nascimento do projeto de pesquisa que ora desenvolvemos, verificamos que a discrepância de tratamento hermenêutico que os tribunais do nosso País imprimem à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação, consoante sejam demandados individual ou coletivamente, decorre, primeiramente, do grau de complexidade potencializado das demandas coletivas nesse setor, cuja decisão pode implicar intervenção jurisdicional significativa no orçamento público.

Tal complexidade e suas implicações, porém, não mascaram nem evitam o malefício provocado pela interpretação semântica imprimida às ações coletivas, mediante a qual o Poder Judiciário volta as costas às cláusulas do Estado Social da Constituição de 1988 em prol de uma pretensa obediência ao princípio da separação de poderes que apenas serve à manutenção do *status quo* de desigualdade social e exclusão.

Como destaca com inteira propriedade Luís Roberto Barroso, uma das características do Poder judiciário brasileiro é praticar o que designa ‘interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo’.<sup>230</sup> Na análise jurisprudencial constante do capítulo 4, veremos até que ponto o STF e o STJ, na tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação, contribuem para reforçar a retromencionada crítica de Luís Roberto Barroso.

Diante do malogro da interpretação semântica e do positivismo jurídico que a consagrou, a Nova Hermenêutica, corolário do pragmatismo filosófico, consiste precisamente na tentativa de reaver o prestígio e as propostas do Direito para a humanidade feitas desde a Revolução Francesa - sintetizáveis no lema ‘liberdade, igualdade, fraternidade’. Materializou-se como movimento interpretativo que rompeu com o monopólio da Lógica formal e da interpretação semântica para introduzir no Direito a Lógica informal e a interpretação pragmática ou argumentativa, a qual possui condições ideais para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais sociais, logo dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

O discurso jurídico, a argumentação jurídica racional, é a metodologia interpretativa adequada para as questões jurídicas mais complexas, não equacionadas pelo manejo da Lógica formal, da subsunção e do silogismo. A razão comunicativa ou pragmática no âmbito do Direito, viabilizada pelas teorias interpretativas da Nova Hermenêutica, enseja a possibilidade de uma interpretação adequada (concretizante) das

---

<sup>230</sup> BARROSO, Luis Roberto *apud* MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 224, p. 239-284, abril-junho/2001.

normas jusfundamentais semanticamente incompletas, logo, dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Realmente, a Nova Hermenêutica encerra um projeto de mudança interpretativa estrutural mediante a substituição da Semântica pela Pragmática, o qual opera nas normas jurídicas consagradoras dos direitos fundamentais à saúde e à educação e nas normas jusfundamentais em geral uma revolução copernicana que age diretamente sobre a eficácia dessas normas.

Considerando cumprida a tarefa de esclarecer em que consiste a Nova Hermenêutica constitucional e de como esta repercute na tutela e na eficácia dos direitos fundamentais, procuraremos elucidar se a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados em ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, coaduna-se com a Nova Hermenêutica constitucional.

#### 4. A INTERPRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NO ORÇAMENTO PÚBLICO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO.

##### 4.1. Introdução.

Embora seja amplamente divulgada, a Nova Hermenêutica e seus postulados são esquecidos quando implicam o abandono definitivo de um dos últimos e mais resistentes resquícios do positivismo formalista: a aplicação exclusiva da interpretação semântica. Levar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais à saúde e à educação – a sério requer a adoção da interpretação pragmática, donde decorre o rompimento com várias amarras ideológicas sem amparo constitucional, como, por exemplo, a absolutização da separação de poderes em detrimento da independência e harmonia entre os poderes que o Texto Constitucional consagra (literalmente) no art. 2º. da Carta de 1988.

Os naufragos da interpretação exclusivamente semântica da Constituição sustentam-se em uma tábua de salvação recorrente: a alegação de que os juizes não podem agir como legisladores, quando, diante da consagração constitucional dos direitos sociais com *status* de direitos fundamentais e da transformação do Estado Liberal de Direito em Estado Social de Direito (havida no Brasil e em muitos países no século XX), o poder de impor a supremacia constitucional nesse setor – vale dizer, a justiciabilidade e conseqüente tutela jurisdicional de direitos fundamentais sociais em face da omissão dos poderes Executivo e Legislativo – é exercício típico de poder jurisdicional.

Apenas no contexto de uma Constituição que não adote a fórmula do Estado Social nem os direitos fundamentais sociais, seria correto qualificar o reconhecimento e imposição jurisdicional de direitos sociais como atividade legislativa.

No presente capítulo, descortinaremos a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados nas ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação.

Grande parte da jurisprudência abordada utiliza exclusivamente uma interpretação semântica da Constituição de 1988. Além de intrinsecamente inadequada para promover a concretização de normas semanticamente abertas, como os direitos fundamentais à saúde e à educação, a interpretação semântica da Lei Maior não confere à negativa de aplicabilidade imediata e, pois, de efetivação incontinenti dos direitos fundamentais

sociais o anteparo sólido que permitiria em face de um texto constitucional que não contivesse as peculiaridades do nosso.

Mesmo no nível sintático-semântico da interpretação constitucional, a sustentação da não-aplicabilidade imediata das normas fundamentais sociais em nossa ordem constitucional é desconfortável, primeiramente em face de uma análise sistemática da Carta de 1988 – que aponta na direção do estabelecimento de um Estado Social e Democrático de Direito. Em segundo lugar em razão da literalidade do art. 5º., §§ 1º. e 2º., da Constituição Federal, e à quantidade de remédios jurídico-constitucionais positivados na Carta de 1988 para assegurar a concretização de todos os direitos fundamentais.

Como terceiro argumento, deve-se mencionar a vocação das inovações em matéria de remédios constitucionais - a exemplo da ação civil pública, constitucionalizada pela Constituição de 1988, do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão - para a tutela dos direitos coletivos, sendo a natureza coletiva inerente aos direitos sociais.

Esse panorama não deixa margem para uma interpretação tão restrita sobre a eficácia dos direitos fundamentais quanto a que nega a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais sociais em razão de sua incompletude semântica.

O notório insucesso do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão para coibir a omissão dos poderes Executivo e Legislativo na concretização da Constituição – acarretado pela interpretação que lhes imprimiu o Supremo Tribunal Federal – não significa, mormente no que tange aos direitos fundamentais sociais, que essa omissão não é justiciável.

Ingo Wolfgang Sarlet advoga a tese de que a previsão do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão comprova que há normas que demandam interposição do legislador para complementação de sentido. Para ele, a existência dos aludidos remédios constitucionais testifica a existência de preceitos que não gozam de aplicabilidade imediata.<sup>1</sup> Não vemos como possa prosperar tal raciocínio, visto que a necessidade de *interpositio legislatoris* não é incompatível com a aplicabilidade imediata do preceito jusfundamental.

Com efeito, o que existe entre a demanda de complementação de sentido legislativa/atuação administrativa concretizante e a complementação de sentido jurisdicional é, ao revés, uma relação de complementariedade, pois a complementação

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 276.

de sentido jurisdicional dar-se-á precisamente para colmatar a omissão legislativa e/ou administrativa, de sorte que, enquanto não realizada a complementação de sentido legislativa/atuação administrativa concretizante, pode-se proceder à complementação de sentido jurisdicional.

Por outro lado, a referida tese de Sarlet embasa-se em uma premissa falsa, a saber, a de que há norma jurídica constitucional semanticamente completa, ou seja, um preceito na Lei Maior pronto e acabado cujos signos componentes possuem significado unívoco e imutável, de modo que uma ulterior complementação legislativa de sentido seja inútil, razão pela qual pode ser aplicado sem que se lhe agregem nuances não indicadas explicitamente pelo legislador constitucional.

Realmente, sempre há, em alguma medida, incompletude semântica e complementação jurisdicional de sentido, o que não exclui a possibilidade de haver, igualmente, complementação legislativa de sentido. Mesmo os preceitos jusfundamentais com maior carga de completude semântica – como os direitos fundamentais de liberdade – tanto sofrem alguma parcela de complementação jurisdicional de sentido, quanto também carecem (de forma latente) de *interpositio legislatoris*, a qual por vezes é exercitada, embora essas normas possam comunicar significados cogentes desde logo.

O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão constituem, isto sim, uma afirmação do legislador constituinte no sentido de que a justiciabilidade da omissão inconstitucional é a regra.

No que tange especificamente aos direitos fundamentais à saúde e à educação, existem ainda as vinculações orçamentárias constitucionais, em face das quais seria absurdo concluir, no nível sintático-semântico, que o constituinte originário não pretendia vê-los implementados incontinenti.

#### 4.1.1. Jurisprudência e pesquisa jurídica.

As pesquisas científicas em Direito não restringem seu espectro de influência ao debate nos meios acadêmicos. Friedrich Muller salienta a existência de um interesse de conhecimento específico na Ciência Jurídica: o interesse de decisão.<sup>2</sup> Busca-se o conhecimento jurídico, principalmente, para decidir melhor ou influir no aperfeiçoamento de decisões judiciais.

---

<sup>2</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 63.



Perelman aponta a possibilidade de encerramento por meio de uma ‘solução mediante autoridade’ – leia-se ‘decisão’ - como aquilo que distingue o raciocínio jurídico dos demais, nos quais ‘na falta de um acordo e na ausência de um juiz capaz de encerrar os debates com sua sentença, cada um permanece em suas posições’.<sup>3</sup>

Evidentemente, em Direito, o discurso jurídico doutrinário não possui compromisso de submissão à decisão judicial e, mesmo no âmbito do processo, a parte sucumbente total ou parcialmente pode manter internamente seu posicionamento, contudo sem a possibilidade de impô-lo a outrem. Igualmente, no âmbito das ciências não jurídicas, é possível que a adoção fundamentada de determinado posicionamento pelo cientista – em virtude do consenso que alcance – adquira a força de uma solução mediante autoridade, acarretando a formação de uma escola científica predominante e a construção de um sistema para interpretação do objeto de estudo que imponha racionalmente a adoção do posicionamento-matriz.

Portanto, quanto ao modo como são solucionadas as controvérsias, o que distingue a Ciência Jurídica das outras ciências, em última instância, é o instituto do processo, mediante o qual se faculta a busca de uma solução mediante autoridade em todos os litígios, submetendo-se as teses e controvérsias científicas a uma decisão formal e documentada, ao passo que, em outros ramos do conhecimento científico, a imposição de um posicionamento em face de uma controvérsia ou questionamento não goza de instrumento semelhante, só podendo ser buscada mediante a exposição racional de argumentos visando ao consenso.

Considerando que o presente trabalho é voltado para a solução do problema prático da eficácia dos direitos fundamentais à saúde e à educação – ou seja, destina-se a uma abordagem da discrepância entre eficácia social e eficácia jurídica de tais direitos -, não poderia ser desenvolvido sem o direcionamento da investigação para a *praxis* jurídica.<sup>4</sup>

Realmente, se devido ao instituto do processo as especulações em Direito albergam sempre a possibilidade de, influenciando em decisões judiciais, operar diretamente sobre as controvérsias que constituem seu objeto, uma pesquisa destinada a equacionar

---

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8-11. O discurso jurídico, quando transposto para o interior do processo, possui a peculiaridade de ser indefectivelmente encerrado pela decisão judicial. Perelman aborda somente o discurso intraprocessual, tendo em vista seu compromisso primordial com a razão prática.

<sup>4</sup> Sobre os conceitos de eficácia jurídica e eficácia social *vide*: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-86. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65 e segs.. Na *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, José Afonso da Silva confere à eficácia social o mesmo conceito de positividade.

uma questão atinente à eficácia (social e jurídica) de direitos postos – *in casu*, os direitos fundamentais à saúde e à educação – não pode ser encetada sem uma incursão no tratamento intraprocessual que tais direitos vêm recebendo.

Apenas a análise dos processos que têm por pleito a concretização dos direitos fundamentais à educação e à saúde permite visualizar e corrigir as distorções que, implementadas contra esses direitos no âmbito processual, comprometem na prática aquilo que tais normas jurídicas teoricamente asseguram, gerando a discrepância entre eficácia jurídica e eficácia social desses direitos.

É importante frisar que a falta de efetividade (eficácia social) dos direitos fundamentais à saúde e à educação não tem no Poder Judiciário sua principal fonte – pois este atua subsidiariamente na tarefa de concretizá-los. O enfoque do presente trabalho recai sobre a omissão administrativa tendo em vista não somente a subsidiariedade da responsabilidade jurisdicional, mas igualmente o fato de que a tarefa legislativa nesse setor vem sendo desempenhada com regularidade, não havendo vácuos legais significativos nesse terreno.

Não nos ocupamos aqui de omissão legislativa, seja porque educação e saúde são matérias regulamentadas constitucional e infraconstitucionalmente com razoável grau de minudência, seja porque preconizamos a interpretação pragmática dos preceitos, mormente jusfundamentais, da Constituição. Em outras palavras, propugnamos a possibilidade de complementação de sentido dos preceitos normativos semanticamente vagos, indeterminados, como alguns dos atinentes aos direitos à saúde e à educação, pelo Poder Judiciário.<sup>5</sup>

A atuação legislativa em saúde e educação torna-se pouco perceptível, não pela efetiva ausência de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais regulamentando o assunto, mas sim em razão da interpretação semântica que lhes imprimem a doutrina e o Poder Judiciário.

Consoante explicitamos no tópico 3.7, a interpretação semântica não se compadece da natureza diversa dos direitos fundamentais à saúde e à educação, bem como de outras normas semanticamente incompletas, as quais sempre requerem a

---

<sup>5</sup> Conceito lapidar de omissão legislativa é o elaborado por Canotilho, segundo quem ‘não se trata, pois, de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado’ de maneira que ‘o simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional’. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 330-338. Sobre o conceito de omissão legislativa *vide* também: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91-93.

complementação supletiva do sentido de seus termos pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário, conforme sua concretização ocorra pela via ordinária ou por intermédio da atuação jurisdicional subsidiária destinada a suprir lacuna administrativa.

Sob pano de fundo legislativo assaz favorável, contrastam tanto a omissão do Poder Executivo em concretizar a agenda social constitucional da saúde e da educação, quanto a existência de falhas nos processos encetados em virtude da carência de políticas públicas nessa área.

Em suma, a análise da jurisprudência atinente ao objeto desta pesquisa é parte fundamental do trabalho, o ponto de partida inarredável para que possamos compreender a interpretação do Poder Judiciário acerca dos pedidos de realização de obrigação de fazer que implicam intervenção jurisdicional no orçamento público, formulados nas ações civis públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais à saúde e à educação, bem como aferir sua adequação à Nova Hermenêutica constitucional.

Com efeito, o estudo da jurisprudência nacional nesse tema permite defrontarmos com o posicionamento do Poder Judiciário acerca da matéria, o qual determina até que ponto os direitos fundamentais à educação e à saúde são justiciáveis e quais as hipóteses atualmente aceitáveis de intervenção no orçamento público para concretizá-los.

Procuraremos, no presente capítulo, outrossim, descortinar as possibilidades de interpretação nesse setor que otimizem a concretização dos retromencionados direitos fundamentais, apontando sugestões para a interpretação em foco que possam contribuir para a preservação da normatividade constitucional.

#### 4.1.2. Direitos fundamentais à saúde e à educação e omissão estatal.

Os direitos fundamentais à saúde e à educação podem ser judicialmente demandados em ações individuais e coletivas, pois pertinem tanto a coletividade quanto ao indivíduo singularmente considerado.

Tendo em vista que a efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação requer ordinariamente a interferência no orçamento público - pois implica realização de despesa de pequena monta (quando exigidos como direitos individuais indisponíveis) ou na realização de despesas vultosas (quando exigidos como direitos coletivos) -, é pertinente esclarecer que há duas modalidades de intervenção do orçamento público para concretização das normas jusfundamentais atinentes à saúde e à educação: a

intervenção no orçamento em sede de ação por obrigação de fazer contra a Fazenda Pública e a intervenção no orçamento em sede de execução de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.

A intervenção no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação pode verificar-se no âmbito da prestação de dois tipos de tutela jurisdicional, a saber, a tutela cognitiva e a tutela executiva.<sup>6</sup> Sempre, porém, no contexto da exigência de obrigações de fazer perante o Estado.<sup>7</sup>

Realmente, a concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação demanda a realização de prestações estatais positivas – obrigações de fazer - que inarredavelmente causam algum impacto no orçamento público.

A efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação possuem índole completamente infensa à resolução em perdas e danos, logo, não ocorre em sede de ações cognitivas de cobrança ou execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública. Quando se ingressa com ação visando à concretização dos direitos fundamentais à educação e à saúde, não se cogita na obtenção de valores por meio de ação de cobrança nem de execução por quantia certa. A aquisição de numerário nesses casos só ocorre indiretamente como, *v.g.*, com relação aos valores cominados em multas diárias para compelir o devedor a realizar a obrigação de fazer que lhe toca.

As ações civis públicas que têm por objeto a compra de medicamentos, próteses auditivas, construção de hospitais, escolas, creches etc. demandam obrigações de fazer cujos sujeitos passivos são os entes federativos. Embora possível, em poucas hipóteses, nas ações civis públicas para defesa dos direitos à educação e à saúde, seria útil converter tais obrigações de fazer em perdas e danos, transformando a execução por obrigação de fazer numa execução por quantia certa.

No sistema processual brasileiro, as ações que têm por objeto obrigações de fazer contra a Fazenda Pública e as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública não se distinguem das promovidas contra particulares e em ambas se verifica uma repercussão orçamentária, mas a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público não ocorre apenas em virtude de ações ou execuções de obrigações de fazer, havendo geração de despesa orçamentária por determinação judicial também, *v.g.*, em virtude de condenações da Fazenda Pública ao pagamento de verbas trabalhistas, previdenciárias, indenizatórias etc.

---

<sup>6</sup> Não desconhecemos evidentemente a existência e importância da tutela cautelar – voltada a satisfazer o imperativo (necessidade) de que a tutela cognitiva e a tutela executiva tenham utilidade -, contudo deixamos de abordá-la por não se relacionar diretamente ao objeto desta pesquisa.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

Não tratamos aqui dessas outras modalidades de intervenção do Poder Judiciário no orçamento público. O presente trabalho tem por objeto a interpretação do Poder Judiciário sobre os pedidos de obrigação de fazer que impliquem necessariamente criação ou majoração de despesa orçamentária pública, formulados nas ações (civis públicas) intentadas contra a Fazenda Pública para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

As ações individuais desse tipo podem - em tese - ser ajuizadas para tutela do direito à saúde ou do direito à educação em situações singulares, verificáveis mesmo quando o Estado cumpre nessa área o papel que lhe é traçado pela Constituição, como *v.g.*, ações que postulam o fornecimento de medicamento ou tratamento para moléstia rara não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde e cujo fornecimento não seja previsto na legislação pertinente. Malgrado o cumprimento integral da agenda jurídico-estatal no setor da saúde, ou seja, mesmo em havendo uma reestruturação completa do SUS e sua inteira adequação às normas jurídicas que o regulam, é possível que haja demanda judicial em uma hipótese como essa.

O fato de grande parte das ações individuais em matéria de saúde e educação, no Brasil, pleitearem obrigações de fazer que seriam plenamente satisfeitas se não houvesse omissão estatal com relação aos deveres constitucionais, não faz da omissão estatal que eventualmente lhes sirva de pano de fundo um elemento que integre sua essência.

A intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação dos direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, ao contrário, é suscitada sempre em sede de omissão total ou parcial, materializada, via de regra, mediante a inação do Poder Executivo na realização das políticas públicas capazes de efetivá-los.

Quando a tutela coletiva ensejada pelas ações civis públicas para construção de escolas, hospitais etc. é acionada, torna-se insofismável a não atuação total ou parcial do Poder Executivo, cabendo esclarecer somente, no âmbito do processo, se tem condições financeiras de atuar no sentido demandado – caso em que sua inação configura omissão violadora de direito -, pois não se pode ignorar o fato de que a inércia ante o comando normativo, por si só, não basta à configuração do ilícito, vez que, sem a viabilidade orçamentária da implementação da política pública requerida, ocorre uma limitação fática intransponível ao cumprimento do preceito normativo. Só existe norma jurídica comandando a realização, *v.g.*, de uma política pública educacional, se o contexto fático fornecido pelo caso concreto albergar a viabilidade financeira de sua implementação.

A inviabilidade orçamentária, todavia, é uma alegação que deve ser aferida *in concreto*, pragmaticamente, não se tomando as declarações oriundas do poder omissor como axiomas, verdades que prescindem de investigação e prova.

Logo, na análise das ações individuais, podemos nos defrontar ou não com a omissão estatal administrativa. Já nas ações coletivas, tal omissão é bastante freqüente. A omissão do Poder Executivo é um ingrediente do contexto fático das ações coletivas enfocadas quando a Administração Pública devia e podia agir no sentido requestado pela demanda.

Para Jorge Miranda, há omissão quando, diante do comando normativo, a ação determinada não é praticada, não é praticada consoante determina a norma ou não é praticada em tempo hábil.<sup>8</sup>

Embora a omissão do Poder Executivo em efetivar os direitos fundamentais à saúde e à educação se trate de uma modalidade de omissão inconstitucional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal, e pertencente ao controle abstrato de constitucionalidade, não pode ser utilizada para combatê-la.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen leciona acerca do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, esclarecendo sua vocação para remediar exclusivamente a omissão legislativa, ao declarar que:

[...] tais institutos constitucionais estão mais voltados para a falta de normas densificadoras de direitos assegurados na Constituição Federal, do que para o não cumprimento de tais leis, que estabelecem, em sua maioria, diretrizes para políticas públicas.<sup>9</sup>

Tratando especificamente da ação de inconstitucionalidade por omissão, a mesma autora aduz:

Se os mecanismos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão atuam na ausência de normas concretizadoras de direitos e garantias constitucionais, não são adequados para coibir a ausência de ações do Executivo (administração) para implementar as políticas públicas necessárias à consecução dos fins propugnados nas normas infraconstitucionais, quando estas normas já existem.<sup>10</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que a Constituição de 1988 se inspirou na Constituição portuguesa de 1976, ao positivar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual, na esteira das lições de Canotilho, almeja colmatar omissões legislativas. O Jurista brasileiro destaca, outrossim, que a decorrência lógica do

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 116. v.5.

<sup>9</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 49.

<sup>10</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 55.

suprimento da lacuna legislativa pelo Poder Judiciário seria a elaboração jurisprudencial da norma inexistente, solução todavia desconsiderada pelo STF, que optou, assim como no caso do mandado de injunção, pela comunicação da falta da norma em questão.<sup>11</sup>

Conforme Oswaldo Luiz Palu, no âmbito da função de controle inerente ao Poder Jurisdicional, coexistem o controle de constitucionalidade e o controle de conformidade, aduzindo que o controle jurisdicional da omissão administrativa situa-se no âmbito do controle de conformidade, do qual resultam as *injunctio*s, ou seja, as obrigações de fazer ou não fazer dirigidas a órgão estatal.<sup>12</sup>

A omissão do Poder Executivo sobre a qual nos debruçamos é passível de ensejar e tem dado azo, isto sim, a ações civis públicas, mandados de segurança coletivos, ações ordinárias para cumprimento de obrigação de fazer, dentre outros remédios processuais.

Aqui ocupamo-nos somente das omissões enfrentadas em sede de ação civil pública, não somente pelo fato de que a presente hipótese de pesquisa nasceu da atuação que desenvolvemos representando o *Parquet*, que detém como função institucional a promoção da ação civil pública, mas também porque constatamos ao pesquisar a jurisprudência enfocada que a ação civil pública e o Ministério Público possuem a primazia, respectivamente, como remédio constitucional e instituição, voltados ao combate das omissões do Poder Executivo violadoras dos direitos fundamentais à saúde e à educação, o que facilita grandemente a pesquisa jurisprudencial empreendida no tema.

#### 4.1.3. As duas principais modalidades de vício da jurisprudência enfocada.

A análise da jurisprudência revela a ocorrência de dois tipos básicos de desvio: o erro jurídico puro e simples, decorrente de uma aplicação flagrantemente equivocada de normas e de conceitos oriundos da Dogmática, e a interpretação ideologicamente contrária à concretização jurisdicional dos direitos fundamentais à saúde e à educação, mediante intervenção no orçamento público.

Pertencente à primeira categoria de vício, podemos mencionar, como um dos principais equívocos jurisprudenciais, a confusão do regime processual e constitucional das ações e execuções de obrigação de fazer destinadas à efetivação dos direitos

---

<sup>11</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>12</sup>PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159 e segs..

fundamentais à saúde e à educação com o regime processual e constitucional das execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Além desses equívocos ocasionados por interpretações flagrantemente apartadas do sistema literalmente delineado pelos dispositivos constitucionais e processuais vigentes para reger as ações enfocadas, existem distorções interpretativas bem mais sutis e nocivas, que contribuem em muito maior proporção para a crise de ineficácia dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Estão, nessa última categoria, os argumentos ideologizados, bem como aqueles comprometidos com um modelo de Estado diverso do eleito pelo constituinte de 1988, sem falar nos raciocínios estabelecadores de restrições aos direitos fundamentais à saúde e à educação sem respaldo em obstáculos econômicos, políticos ou jurídicos reais.

Procuraremos descortinar, com a maior fidelidade possível, os dois principais vícios retro-referidos, abordando-os conjunta e separadamente, conforme exija o propósito de obter clareza na exposição.

Em virtude, no entanto, da maior complexidade do segundo tipo de vício – a saber, o elemento ideológico contrário à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante intervenção jurisdicional no orçamento público -, e do fato de que ele responde em muito maior medida pela crise de eficácia dos direitos fundamentais à saúde e à educação, configurando genuína armadilha discursiva à sua normatividade, além de abordá-lo no tópico 4.2 por ocasião da análise dos arestos jurisprudenciais citados, a ele dedicaremos especificamente os tópicos 4.3 e 4.4 deste capítulo.

#### **4.2. Análise jurisprudencial.**

O termo seqüestro, em Direito, bastante empregado na jurisprudência enfocada, é polissêmico, devendo-se, por uma questão de correção e clareza metodológica, proceder à explicitação da acepção utilizada.

Com efeito, existe: a) o seqüestro com natureza de medida cautelar específica, previsto nos art. 822 *usque* 825 do CPC, o qual, consoante Humberto Theodor Jr., assegura futura execução para entrega de coisa e consiste na apreensão de bem determinado (logo diverso de dinheiro), objeto do litígio, para assegurar sua entrega, em bom estado, ao vencedor da causa - atentando-se para o fato de que a apreensão de quantia em dinheiro, nos termos dos art. 813 a 821 do CPC, é denominada arresto, que também configura medida cautelar específica; b) o seqüestro instituído pela



Constituição Federal, ao disciplinar a sistemática de pagamentos da Fazenda Pública no âmbito de execuções por quantia certa.

Realmente, o art. 100, §2º., da Constituição Federal, designou a apreensão da quantia devida pela Fazenda Pública como ‘seqüestro’, limitando-o à hipótese de quebra da ordem cronológica dos precatórios, razão pela qual a jurisprudência e a maioria dos doutrinadores que tratam de intervenção no orçamento público lançam mão da palavra ‘seqüestro’ para aludir à apreensão de numerário dos cofres públicos por determinação judicial.<sup>13</sup>

No presente trabalho, fazemos uso do termo seqüestro precisamente com a acepção que lhe confere o art. 100, §2º., da Lei Maior.

Convém alertar, todavia, antes de iniciarmos o exame jurisprudencial, para o fato de que os posicionamentos sucessivamente construídos na jurisprudência do STJ e do STF em matéria de tutela individual e coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, não indicam uma escala linearmente ascendente de aprimoramento dos julgados.

Embora revelem uma lenta e ininterrupta evolução orientada pelo ideal da normatividade constitucional, tais posicionamentos não são fruto de reflexão nem de movimento organizado de concretização integral da Lei Maior, mas sim a resultante das árduas batalhas que vêm sendo empreendidas nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, principalmente pelo Ministério Público.

#### 4.2.1 A jurisprudência do STJ e a tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação

##### A. Tutela individual do direito fundamental à educação

Em matéria de intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação do direito à educação, a jurisprudência do STJ cinge-se em sua quase totalidade a ações que visam a assegurar o direito de crianças individualizadas, de zero a seis anos de idade, a matricular-se em creches, consoante previsto no art. 208, IV, da Constituição Federal e no art. 54, IV, da Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

No âmbito da Primeira Seção do STJ - à qual incumbe julgar as causas de Direito Público e que é integrada pela Primeira e pela Segunda turmas da referida Corte - há uma alternância de entendimento acerca da viabilidade de tais demandas, pois alguns

---

<sup>13</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 413. v. 2.

julgados consideram que, como o prefalado art. 54 apenas reproduz o supracitado art. 208, a *quaestio juris* seria de índole constitucional e não infraconstitucional, excedendo assim a competência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, é ilustrativa a decisão unânime proferida em 21 de junho de 2007 pela Primeira Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial n. 628447/SP, a qual, acatando o voto da relatora, Min. Denise Arruda, declarou que:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DE ATENDIMENTO EM CRECHE A CRIANÇAS DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O tribunal de origem analisou as questões relacionadas à exigibilidade em juízo do direito ao atendimento em creche a crianças de até seis anos de idade, bem como à possibilidade de o Judiciário determinar ao Município o cumprimento do referido direito, sob aspectos constitucionais, os quais não podem ser apreciados em sede de recurso especial.

2. Ademais, o dispositivo infraconstitucional apontado como violado (art. 54, IV, da Lei 8.069/90) reflete disposição constitucional (art. 208, IV, da CF), não gozando de autonomia a proporcionar a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Precedentes do STJ: REsp 562.501/SP, 2ª. Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 12.3.2007, p. 208; REsp 804.595/SC, 1ª. Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14.12.2006, p. 282; AgRg no Ag 685.140/SP, 1ª. Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.9.2005, p. 203; REsp 435.893/SP, 1ª. Turma, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJ de 1º.3.2004, p. 124.

4. Recurso especial não-conhecido.<sup>14</sup>

A mesma Primeira Turma, em julgado de 02 de setembro de 2004, nos autos do Recurso Especial n. 575280/SP, acolhendo voto de vista do Min. Luiz Fux, decidiu pelo conhecimento e provimento do recurso, cujo cabeçalho da ementa do acórdão respectivo resume a questão nos seguintes termos:

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO A MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.<sup>15</sup>

Pode-se à primeira vista imaginar que o primeiro julgado segue a doutrina de Jorge Miranda a respeito de inconstitucionalidade, conforme a qual há

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. Recurso Especial n. 628447/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. Denise Arruda. Data do julgamento: 21/06/2007. DJ 02/08/2007, p. 333. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 24/11/2007.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. Recurso Especial n. 575280/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. José Delgado. Relator(a) p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 02/09/2004. DJ 25/10/2004, P. 228. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24/11/2007.

inconstitucionalidade em sede de uma violação direta ao texto da Lei Maior, de maneira que, estando o dever de fornecimento de creche para crianças de zero a seis anos previsto constitucionalmente, estar-se-ia nessa hipótese diante de uma inconstitucionalidade, cuja apreciação toca ao STF.<sup>16</sup> O segundo julgado todavia comprova que a primeira turma não adota tal doutrina e tampouco possui uma posição assentada sobre a matéria. De qualquer sorte, como acontece em muitas ações aqui enfocadas, o referido direito também é previsto, *ipsis literis*, na legislação infraconstitucional – peculiaridade do ordenamento jurídico nacional que torna inviável a aplicação do magistério de Jorge Miranda nesse tocante.

Vale ressaltar que o primeiro entendimento citado não espelha uma superação deste último, vez que, em abril de 2007, no Recurso Especial n. 510598, a Segunda Turma igualmente decidiu pelo provimento, determinando a matrícula das crianças G.F. e A.F.A. em creche do Município de Santo André, na região metropolitana de São Paulo, conforme pleiteado pelo Ministério Público paulista.<sup>17</sup>

Dessarte, ora as turmas da Primeira Seção conhecem, ora sustentam não poder conhecer de recurso especial embasado em desobediência ao art. 54, IV, do ECA, o que denota a insegurança do STJ no enfrentamento do tema da efetivação do direito fundamental à educação.

Conquanto os argumentos supratranscritos e a existência da súmula n. 126 do STJ sustentem que, para os intérpretes mais açados aparentemente reforça a tese da incompetência do STJ para o julgamento de causas cujo dispositivo infraconstitucional ventilado reproduz preceito constitucional, entendemos que uma reflexão mais detida sobre o dissenso induz à conclusão de que a tese da impossibilidade de conhecimento das demandas que versam simultaneamente sobre o art. 54 do ECA e sobre o art. 208 da CF/88 não merece prosperar.<sup>18</sup>

Com efeito, a aludida súmula procede bem ao procurar preservar a competência do STF para proferir a última palavra em matéria de interpretação de dispositivos constitucionais, mas absolutamente não se contrapõe a que o STJ exerça sua competência relativamente aos preceitos infraconstitucionais.

---

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 325 e segs. v. 2

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Turma. Recurso Especial n. 510598/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha. Data de julgamento: 17/04/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 24/11/2007.

<sup>18</sup> Segundo a Súmula 126 do STJ, a interposição de recurso extraordinário é condição de admissibilidade do recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional e qualquer deles é suficiente para, por si só, manter o *decisum*.

A súmula 126 afirma, ao revés, que deve haver apreciação do recurso especial desde que se interponha, igualmente, recurso extraordinário quanto ao fundamento constitucional, para que este seja apreciado pelo Pretório Excelso, o que induz a uma inequívoca reiteração da competência do STJ para apreciação da parcela infraconstitucional da demanda.

Não é possível, evidentemente, emitir juízo acerca de dispositivo infraconstitucional sem assumir posicionamento sobre a matriz constitucional na qual está fundado, não sendo razoável, portanto, exigir do STJ que destaque artificialmente o fundamento infraconstitucional do fundamento constitucional da ação e analise isoladamente o primeiro. Apenas em obras de ficção, como o *Mercador de Veneza*, de Shakespeare, é aceitável uma exegese jurídica que exija de alguém o inexequível, como extrair um pedaço de pele humana sem verter uma gota de sangue com tal atitude.

O formalismo do entendimento que sustenta a impossibilidade de conhecimento pelo STJ das demandas que versam sobre o art. 54 do ECA, em virtude da similitude de redação deste com relação ao art. 208 da CF/88 (esposado, v.g., na retromencionada decisão do Recurso Especial n. 628447/SP) beira à teratologia, pois, mesmo reconhecendo a existência de norma infraconstitucional (art. 54, IV, do ECA) proclamando o direito de crianças de até seis anos ao atendimento em creche, o fato de o tribunal de origem haver analisado o referido direito sob o prisma constitucional do art. 208 consistiria em empecilho ao pronunciamento do STJ sobre a matéria infraconstitucional envolvida.

Eis, contudo, que poucos direitos no ordenamento jurídico interno não têm seu fundamento nem podem ser extraído do texto da Constituição Federal. Ainda que o direito infraconstitucionalmente assegurado possua matriz constitucional expressa e idêntica, tal previsão literal do Texto Constitucional não configura argumento para a negativa da validade e cogência do texto inferior como norma jurídica, pois a coincidência com o texto da Lei Maior não enfraquece, mas sim reforça a normatividade do dispositivo infraconstitucional.

Em suma, a norma infraconstitucional que reproduz o texto da Constituição não consiste, em virtude dessa reprodução, em cópia esvaziada dos atributos inerentes a toda norma jurídica, em texto com valor meramente literário ou documental.

Mais uma vez, levantamos a hipótese de – malgrado toscamente – estarmos em face de uma aplicação da teoria do constitucionalista português Jorge Miranda sobre o conceito de inconstitucionalidade, pois, consoante o referido Catedrático, há inconstitucionalidade se o ato ou norma impugnado malferir matéria regulada

expressamente pela Constituição<sup>19</sup>. Partindo de tal raciocínio, é possível sustentar – em situações como a do art. 208, IV, da CF/88 e do art. 54, IV, do ECA – que, em havendo possível violação do primeiro dispositivo, a questão seria somente de controle de constitucionalidade, mas tal equivaleria a fazer de conta que a norma infraconstitucional, *in casu*, o ECA, deixou de existir.

A reprodução pura e simples de dispositivos constitucionais certamente não é a melhor técnica de regulamentação da Lei Maior, mas diante dessa realidade de nossa legislação infraconstitucional não se pode simplesmente descartar-lhe os textos, cuja normatividade deve ser respeitada e considerada pela interpretação.

Há poucos assuntos não regulamentados em matéria de educação e saúde, sendo assaz difícil a existência de questão jurídica alusiva à saúde ou à educação à qual não se aplique o Texto Constitucional. A constitucionalidade evidente da matéria em nada exclui a possibilidade e mesmo a obrigatoriedade de sua regulamentação por norma infraconstitucional, visto que grande parte das normas que asseguram tais direitos são semanticamente incompletas e necessitam de complementação de sentido legislativa e de atuação administrativa. Nessa ordem de idéias é absurdo que a própria regulamentação da norma jusfundamental social semanticamente incompleta – tida pela maioria dos constitucionalistas brasileiros como condição de possibilidade de sua aplicabilidade imediata – seja, quando realizada, encarada como obstáculo ao exercício do direito constitucionalmente previsto e infraconstitucionalmente regulamentado.

Ter de enfrentar uma barreira interpretativa dessa ordem leva-nos a refletir sobre a assombrosa capacidade do formalismo doutrinário e jurisprudencial brasileiro para construir óbices à efetivação de direitos sociais, pois inicialmente exigem regulamentação do direito fundamental para reconhecer sua justiciabilidade, e em seguida tornam inócua sua justiciabilidade em virtude de haver sido implementada a regulamentação.

Acertadamente enfatizou Meirelles Teixeira que inexistente norma jurídica de conteúdo completo efetivamente. Toda norma jurídica – e nesse universo inclui-se principalmente a norma constitucional, em geral dotada de maior grau de generalidade e abstração - em alguma medida é semanticamente incompleta, vale dizer, não expressa em toda a plenitude todas as suas significações possíveis.<sup>20</sup> Nessa ordem de idéias, segue que, ser alvo de disciplinamento, de regulamentação, é o destino natural de

---

<sup>19</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 324 e segs. v. 2.

<sup>20</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254-255.

qualquer preceito constitucional, não se podendo inferir do fenômeno jurídico da regulamentação que apenas a norma constitucional regulamentada produz efeitos jurídicos, sendo a norma infraconstitucional regulamentadora um atavio literário que não pode ter sua cogência defendida pelo STJ.

O art. 54 e muitos dos dispositivos da Lei n. 8.069/1990 representam o cumprimento pelo Poder Legislativo de um dever constitucional no sentido da regulamentação não somente do art. 208, mas também de vários preceitos constitucionais atinentes à educação e à saúde.

Para citar apenas um no universo de centenas de exemplos idênticos, verificamos que, assim como o art. 54 do ECA reproduz o teor do art. 208 da Constituição, o art. 1.512, *caput*, do Código Civil de 2002 – o qual estatui que ‘o casamento é civil e gratuita a sua celebração’ - espelha literalmente o contido no art. 226, §1º., da Constituição de 1988, e nem por isso existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça demitindo-se da atribuição de decidir questões jurídicas referentes à natureza e gratuidade do casamento. Por que então as ações que pleiteiam a concretização de direitos sociais infraconstitucionalmente regulamentados, como o atendimento de crianças de até seis anos em creches, encontra, no fato de a regulamentação verberar o preceito constitucional, obstáculo ao seu conhecimento pelo STJ?

A pergunta pode ser respondida com uma palavra: ideologia. As demandas sociais são espinhosas, revolvem a estrutura do poder político secularmente instituído no País, pois foram constitucionalizadas precisamente para modificar essa estrutura em prol da implementação do modelo de Estado Social traçado pela Constituição de 1988.

Não há como negar a existência do direito ao atendimento de crianças de até seis anos em creches - pois até mesmo os mais conservadores juristas brasileiros que teorizam sobre a eficácia os direitos fundamentais sociais asseguram que, após regulamentação infraconstitucional, se tornam exigíveis judicialmente. O reconhecimento da justiciabilidade do direito fundamental social mencionado importa em proclamar, na hipótese, a intervenção jurisdicional no orçamento público para custeá-lo, o que transformaria a atuação do Poder Judiciário em nosso País, fazendo-o transpor os limites impostos pelo Estado Liberal clássico e assumir o novo papel que lhe compete no âmbito do Estado Social.

O desconfortável dessa postura na atualidade é que, ao contrário das constituições liberais, a Carta de 1988 prevê e minudencia a realização de várias políticas públicas sociais em matéria de educação e saúde, exigindo do Poder Judiciário a assunção de uma conduta comprometida com a nova agenda constitucional.

O elemento ideológico é de tal forma patente na jurisprudência acerca da matéria que o art. 208 da Lei Maior consubstancia outras políticas públicas em educação, além da inserção de crianças de até seis anos em creches, mas praticamente não existem no banco de jurisprudência do STJ ações civis públicas pleiteando a efetivação de outras prestações além da prevista no inciso IV do prefalado dispositivo constitucional.

Realmente, o art. 208 da CF/88 elenca também a obrigatoriedade do ensino fundamental gratuito, a criação de projetos governamentais para a progressiva universalização do ensino médio gratuito, a criação de projetos para o atendimento educacional especializado a portadores de deficiência, dentre outras condutas igualmente reproduzidas no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essas outras políticas públicas em educação, todavia, são bem mais onerosas e complexas. Elas não consistem simplesmente em abrigar e alimentar crianças de zero a seis anos, mas sim em construir escolas, contratar professores e outros profissionais qualificados, fornecer material didático apto, capacitar professores e servidores para lidar com estudantes especiais etc. Sua concretização jurisdicional aticaria muito mais os pruridos liberais da magistratura brasileira com assento no STJ, na medida em que assegurá-las implica assumir uma postura de maior ingerência jurisdicional em assuntos tradicionalmente afetos somente ao Poder Executivo.

O Min. Luiz Fux, no voto de vista vencedor exarado nos autos do prefalado Recurso Especial n. 575280, menciona a incidência do princípio da inafastabilidade à guisa de fundamentar a competência do STJ para julgar as causas referentes a possível violação do art. 54, IV, do ECA, declarando que:

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, [...]. Ora, se é dever do Estado é direito subjetivo da criança. Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegure, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. [...] Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. [...] Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda

Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.<sup>21</sup>

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça tem deferido pontualmente a matrícula de crianças individualizadas de zero a seis anos em creches, embora haja decisões de indeferimento, v.g., com base na matriz constitucional do art. 54, IV, do ECA. As demais políticas públicas educacionais previstas pelo retrocitado art. 54 e pelo art. 208 da CF/88 raramente figuram na jurisprudência do aludido tribunal, o que demonstra a prevalência daquela, que demanda menos custos e que pode ser implementada com o mínimo de invasão da competência do Poder Executivo.

O desencontro dos posicionamentos acerca da possibilidade ou não de julgamento de ações que versam sobre o art. 54, IV, do ECA, é patente e atual, convivendo com decisões menos recorrentes exaradas em ações postulando vagas em escolas de ensino fundamental, fornecimento de ensino fundamental adequado a crianças e adolescentes com necessidades especiais, dentre outras.

A jurisprudência do STJ no tocante à tutela individual do direito à educação é fiel à concepção semântica da doutrina constitucional brasileira de que a norma constitucional de conteúdo incompleto - ou semanticamente incompleta como preferimos designar - só é passível de complementação de conteúdo pelo Poder Legislativo. É denominador comum nas fundamentações da maioria das decisões a afirmação de que a regulamentação infraconstitucional tem o condão de dotar o preceito constitucional de justiciabilidade, aquinhoando-o com 'normatividade suficiente'.

A adoção declarada pelo STJ da tese constitucional, majoritária no Brasil, de que apenas ao Poder Legislativo cabe complementar o conteúdo de normas constitucionais incompletas produz uma contradição insuperável em face de situações como a dos arts. 208 da Lei Maior e 54 do ECA, nas quais a norma infraconstitucional praticamente transcreve a norma constitucional, não lhe acrescentando uma só vírgula esclarecedora. Realmente, nesses casos, eleva-se o legislador ordinário, constituído, à condição de árbitro do momento e da forma por meio da qual os dispositivos constitucionais terão eficácia plena e aplicabilidade imediata, em detrimento da autoridade do legislador constituinte, cujas disposições são transformadas em projetos a serem chancelados ou não pelo primeiro, a seu talante e quando considerar oportuno.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. Recurso Especial n. 575280/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. José Delgado. Relator(a) p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 02/09/2004. DJ 25/10/2004, p. 228. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24/11/2007.



## B. Tutela individual do direito fundamental à saúde

No âmbito das ações individuais relativas aos direitos à saúde, o entendimento acerca do cabimento do bloqueio ou seqüestro de verbas públicas para compra de medicamentos necessários ao combate de moléstias graves, fornecimento de tratamento médico-hospitalar, dentre outras obrigações de fazer destinadas a assegurar o direito à vida em situações nas quais existe iminente risco de falecimento, passou por uma transformação.

Realmente, a tutela individual do direito à saúde, apesar de sua estreita vinculação ao direito à vida, enfrentou obstáculos no STJ ainda maiores do que os impostos ao direito à educação.

Enquanto a tutela do direito individual à educação se defronta, nos mais das vezes, somente com sutis equívocos de interpretação – como a permanência dos estreitos e ultrapassados limites semânticos -, a tutela individual do direito à saúde, além das dificuldades oriundas dessa interpretação constitucional, comprometida anatômica e fisiologicamente com o positivismo jurídico, incorreu numa sucessão de erros edificados sobre uma confusão entre o regime jurídico das execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública e o regime jurídico das ações e das execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, que deram azo ao estabelecimento de três posicionamentos, que passamos a analisar.

### B.I. Primeiro posicionamento

Com efeito, operando em equívoco que ainda persiste na primeira turma do STJ, tratava-se o bloqueio ou seqüestro de recursos públicos, requerido e eventualmente concedido no âmbito de ações cognitivas para cumprimento de obrigação de fazer, como se correspondesse ao seqüestro de recursos públicos previsto no art. 100, §2º., da Constituição Federal para instrumentalizar ações de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Em poucas palavras, havia uma confusão – que ainda remanesce na primeira turma do STJ e em boa parcela dos tribunais do País - entre tutela cognitiva e tutela executiva que repercute na caracterização das medidas judiciais à disposição do juízo em cada uma delas para operacionalizar a adequada prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, vale mencionar ilustrativamente o seguinte julgado, exarado nos autos do Recurso Especial n. 784.188/RS, cujo relator foi o Min. Teori Albino Zavascki:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º, E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (*astreintes*) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461<sup>a</sup> do CPC. Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1<sup>a</sup> T., Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; RESP 592132/RS, 5<sup>a</sup> T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AgRg no RESP 554776/SP, 6<sup>a</sup> T., Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRg no RESP 718011/TO, 1<sup>a</sup> T., Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005.

2. Todavia, não se pode confundir multa diária (*astreintes*), com bloqueio ou seqüestro de verbas públicas. A multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. Já o seqüestro (ou bloqueio) de dinheiro é meio executivo de sub-rogação, adequado a obrigação de pagar quantia, por meio do qual o Judiciário obtém diretamente a satisfação da obrigação, independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado.

3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

4. Recurso especial provido.<sup>22</sup>

Esse é um dos últimos julgados do STJ denegando a realização de seqüestro no âmbito de ações individuais de cumprimento de obrigação de fornecer medicamentos, próteses ou custeio de tratamento para enfrentamento de moléstia grave onde há risco de vida. As incorreções da referida decisão são inúmeras. Primeiramente, as ações para cumprimento de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública situam-se no âmbito da tutela cognitiva, não se lhes aplicando as regras disciplinadoras da tutela executiva, dentre elas o art. 100, §2º., da Constituição Federal. Nem mesmo as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública regem-se pelo disposto no art. 100 e seus parágrafos da Constituição Federal, o qual incide exclusivamente sobre execuções por quantia certa.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1<sup>a</sup> Turma. Recurso Especial n. 784188/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Fernanda Ribas Real. Relator(a): Min. Teori Albino Zavascki. Data de julgamento: 25/10/2005. DJ 14/11/2005, p. 230. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24/11/2007.

Nessa ordem de idéias, torna-se imprescindível delimitar qual o âmbito da tutela cognitiva.

Tutela jurisdicional consiste no exercício da função jurisdicional do Estado. Enquanto a jurisdição ou função jurisdicional corresponde ao poder estatal de declarar e impor a observância do Direito, a tutela jurisdicional materializa-se no exercício desse poder através da proteção concreta de direitos.

Consoante o provimento jurisdicional requestado - tipo de proteção exigida pelo direito por intermédio da ação -, a doutrina processual civil majoritária, que fazemos representar pelo magistério de Moacyr Amaral Santos a esse respeito, classifica as ações em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares.<sup>23</sup> As ações de conhecimento – por objetivarem o accertamento sobre o direito aplicável à lide - ensejam tutela cognitiva; as ações de execução – por visarem à realização concreta do direito previamente reconhecido - dão azo à tutela executiva; e as ações cautelares – tendo em vista almejarem preservar a utilidade das ações cognitivas e executivas - efetivam a tutela cautelar.

Na classe das ações de conhecimento, em conformidade com o Código de Processo Civil e a prefalada doutrina majoritária, Santos situa as ações declaratórias, as ações constitutivas e as ações condenatórias, esclarecendo que as declaratórias visam a uma declaração acerca da existência ou inexistência de um direito; as constitutivas objetivam, por meio de uma declaração, à modificação de uma situação jurídica anterior com a conseqüente alteração, criação ou extinção de direitos; e as condenatórias almejam, além de uma ‘declaração quanto à existência de uma relação jurídica’, a imposição ao réu de uma prestação de fazer, não fazer, ou dar.<sup>24</sup> Para Moacyr Amaral Santos, o denominador comum das ações de conhecimento é o fato de que:

Necessariamente, em todo processo de conhecimento, o juiz, depois de se inteirar do conflito de interesses, depois de conhecê-lo plenamente, declarará quanto à existência da relação jurídica entre as partes. Por isso, o processo de conhecimento também se denomina *processo de declaração*, tanto mais que o juiz, na decisão, declarará a vontade da lei reguladora do caso concreto.<sup>25</sup>

Além das ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, Pontes de Miranda identificou ainda duas outras classes de ações, a saber, as ações mandamentais e as ações executivas *lato sensu*, atribuindo às primeiras a peculiaridade de as decisões que as encerram consubstanciarem uma ordem a ser cumprida, independentemente de execução e não conterem simplesmente o accertamento acerca de uma prestação de dar,

---

<sup>23</sup> SANTOS, Moacyr Amaral . **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 173-185. v. 1.

<sup>24</sup> Idem. Ibidem, 1998, p. 176-180.

<sup>25</sup> Idem. Ibidem, 1998, p. 176.

fazer ou não fazer. Em outras palavras, a decisão mandamental é uma ordem a ser obedecida independentemente de execução e cujo descumprimento caracteriza crime de desobediência. Já a ação executiva *lato sensu* consiste naquela que enseja a imediata atuação de meios sub-rogatórios durante seu trâmite, vale dizer, enseja verdadeira execução forçada em seu interior, sem necessidade de outro processo.<sup>26</sup>

Conforme Humberto Theodoro Jr., não há diferença ontológica entre as sentenças condenatórias e mandamentais, pois ‘tanto a condenatória quanto a que se diz mandamental contêm um comando no sentido de impor ao vencido uma prestação em favor do vencedor. A maneira de forçar a parte aos efeitos do mandamento sentencial é que varia.’<sup>27</sup> Para Theodoro Jr., a diferença está no campo do procedimento executivo posterior à sentença, logo, em algo exterior e ulterior à ação cognitiva.

Marcelo Lima Guerra, por seu turno, faz uma das mais agudas e profundas críticas à adoção da classificação quádrupla das ações cognitivas, sustentando que a aceitação das duas outras modalidades de ação oriundas da doutrina de Pontes de Miranda repousa sobre dois fatores: a) a adoção de um conceito restrito de ação/sentença condenatória como sendo exclusivamente aquela que forma título executivo apto ao manejo de medidas executivas sub-rogatórias; e b) sobre a importação (apressada e irrefletida a nosso juízo) da teoria da correlação necessária entre condenação e meios executivos sub-rogatórios. Com efeito, esclarece o processualista cearense que, ao contrário do Direito Processual Civil positivo italiano, matriz da referida Teoria da Correlação, o Direito Processual Civil positivo brasileiro prevê e preconiza o manejo de medidas executivas coercitivas e sub-rogatórias no processo de execução, não sendo correto, à luz do nosso ordenamento, identificar como condenatórias apenas as ações/decisões que autorizem a utilização de meios executivos sub-rogatórios, visto que ‘no direito positivo brasileiro, mesmo dentro de um processo de execução autônomo, tanto podem ser utilizadas medidas sub-rogatórias como coercitivas’, sendo ‘inteiramente equivocado, portanto, associar a sentença condenatória [...] com a adoção de medidas sub-rogatórias’.<sup>28</sup>

A incorreção epistemológica de Pontes de Miranda na elaboração das duas modalidades supramencionadas de ação/sentença resta evidente pelo fato de que, conforme apontado com singeleza por Theodoro Jr. e com acuro metodológico por

---

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

<sup>27</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 582. v. 2.

<sup>28</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44-47.

Guerra, tais espécies de ação não são construídas sobre nenhuma característica própria que possuam e que as diferenciem das ações condenatórias. Para Marcelo Lima Guerra, as ações/sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* ‘incluem-se integralmente no conceito de sentença condenatória’.<sup>29</sup> Filiamo-nos a esse posicionamento do processualista Marcelo Lima Guerra tanto pela correção metodológica quanto pela congruência com o Direito Processual Civil em vigor no Brasil. Em sentido contrário, vale consultar a obra de Ovídio Baptista da Silva – um dos maiores expoentes na defesa da classificação quinária -, para quem as ações/sentenças mandamentais e as ações/sentenças executivas *lato sensu* se distinguem por ensejarem, dentro da mesma relação processual, atividade posterior à sentença de mérito com o fito de prestar a tutela jurisdicional invocada pela peça exordial.<sup>30</sup> Há ainda os doutrinadores que constroem suas reflexões acerca das alterações implementadas no CPC pelas leis 8.952/1994 e 10.444/2002 sobre o alicerce da classificação quinária das ações.<sup>31</sup>

O julgado retrotranscrito - Recurso Especial n. 784188/RS – e outros posteriores revelam que, após entrar em vigor a Lei n. 8.952/1994 (e principalmente a Lei n. 10.444/2002, editada em data posterior à do julgamento do mencionado recurso especial), assim como a jurisprudência, vozes autorizadas da doutrina foram tomadas pela perplexidade diante das ações cognitivas híbridas – como é o caso das ações condenatórias a obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa e das ações ordinárias complementadas por tutela antecipada, que tiveram acrescidos alguns meios executivos para instrumentalizar a prestação de tutela jurisdicional que ensejam.

Com efeito, grande parte da doutrina e da jurisprudência passou a situar tais ações cognitivas – em razão da existência de medidas executivas e não mais em virtude do critério do provimento jurisdicional principal almejado - no âmbito da tutela executiva.

Marcelo Lima Guerra, por exemplo, confere uma conexão exacerbada, quase simbiótica, entre condenação e execução, enfeixando sob o espectro de incidência da tutela executiva as ações condenatórias em geral, inclusive aquelas que os seguidores da classificação quinária de Pontes de Miranda denominam ações mandamentais e ações executivas *lato sensu*, como se nelas o objetivo de acertamento da prestação devida (provimento jurisdicional invocado) houvesse sido suplantado pelos meios executivos postos a serviço desse acertamento em razão das exigências da efetividade da tutela jurisdicional e da celeridade processual.

---

<sup>29</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 49.

<sup>30</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1990. v. 2.

<sup>31</sup> Cf., como exemplar dessa vertente processual, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

Realmente, Guerra subdivide a tutela jurisdicional cível em tutela declaratória, tutela constitutiva e tutela executiva, consoante o critério da necessidade de proteção do Direito, pelo qual o órgão jurisdicional deva tutelá-lo: a) eliminando a incerteza jurídica acerca de sua existência ou inexistência; b) alterando uma situação jurídica entre dois ou mais sujeitos de modo a constituir, modificar ou extinguir direitos; ou c) realizando concretamente um direito subjetivo.<sup>32</sup>

É interessante que ele não altera o critério de Moacyr Amaral Santos de classificação das ações pelo provimento jurisdicional invocado, pois invoca-se ou postula-se aquilo que o direito necessita para ser protegido, contudo simplesmente entende a postulação de acertamento acerca da existência de um dever do réu de adimplir uma prestação de dar, fazer ou não fazer como se fizesse parte da necessidade (pedido de provimento jurisdicional) de realização concreta de um direito, *in casu*, o direito a tal prestação.

Em outras palavras, não existem modalidades autônomas de tutela jurisdicional [...] a serem arroladas ao lado das tutelas declaratória, constitutiva e executiva, e que possam ser denominadas de “tutela mandamental” ou “tutela executiva *lato sensu*”, ou ainda, “tutela condenatória”.<sup>33</sup>

Embora assista razão na identificação entre ações condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais, que epistemologicamente não se distinguem, pelo menos pelo critério da providência jurisdicional principal requerida, Guerra as enfeixa sob o manto da tutela executiva. Trata-se de um elastecimento forçado da abrangência da tutela executiva, pois ações condenatórias (condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais para quem se filia à classificação de Pontes de Miranda) houve e haverá, mesmo sob o pálio das leis 8.952/1994 e 10.444/2002, nas quais não foi/será requerido, não foi/será possível requerer ou foi/será frustrado o pedido instrumental feito em seu bojo de realização concreta do direito à prestação cujo acertamento, este sim, busca-se como meta primordial. E nem por isso essas ações deixaram/deixarão de atingir um provimento jurisdicional de mérito. Estamos aqui em face da necessidade da distinção entre o instrumental e o principal, entre o acidental e o essencial.

As medidas executivas porventura existentes no âmbito das ações condenatórias – em cujo conceito englobamos as condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu* – não lhes retira a índole cognitiva, visto que não se pode definir como essencial à

---

<sup>32</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18-23.

<sup>33</sup> Idem. *Ibidem*, 2003, p. 49.

condenação algo eventual, que poderá ou não ocorrer, como é o caso da utilização de meios coativos e/ou sub-rogatórios durante a tramitação dessas ações cognitivas.

Marcelo Lima Guerra, com base na doutrina italiana, afirma a existência de um ‘vínculo funcional’ entre condenação e execução, conceituando a sentença condenatória em função da tutela executiva como ‘a declaração judicial do direito à qual o ordenamento condiciona, em alguns casos, a prestação de tutela executiva’.<sup>34</sup> Não se pode negar o vínculo entre condenação e execução porque a condenação transitada em julgado forma título executivo, mas esse vínculo e a instrumentalidade entre condenação e execução não significa que as ações condenatórias não possuam natureza cognitiva, visto que não se pode definir como essencial à condenação algo eventual, que poderá ou não ocorrer, como é o caso da execução.

A tutela antecipada, instituída pela Lei n.8.952/1994, faculta em algumas hipóteses a satisfação do direito antes do julgamento de mérito no âmbito de qualquer ação de conhecimento mas isso não induz – como seria lógico se a possibilidade de manejo de meios executivos fosse o critério para classificação das ações como pertinentes a essa ou aquela modalidade de tutela jurisdicional – ao raciocínio de que a tutela cognitiva acabou, de que foi tragada pela tutela executiva.

Realmente, o que inexoravelmente resulta de uma ação condenatória (condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, para os adeptos da classificação quinária) com julgamento de mérito é uma declaração acerca da existência de um dever do réu a cumprir uma prestação (de pagar quantia, entregar coisa, fazer ou não-fazer). A satisfação do direito, por meio de processo de execução autônomo ou de módulo processual executivo na cognitiva, é complemento de inestimável valor, porém, só será aspecto essencial no âmbito de um processo executivo autônomo, visto que a ação de conhecimento não depende para existir e operar seus efeitos da realização concreta do direito acertado. Logo, a conceituação da sentença condenatória em função daquilo que não integra sua essência, como a possibilidade de satisfação concreta do direito cujo reconhecimento é almejado mediante a previsão de meios de coação e/ou de sub-rogação, e sua alocação artificial no âmbito da tutela executiva constitui posicionamento incompatível com a correção epistemológica.

Em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º., XXXV, da Constituição Federal, do princípio da efetividade da tutela jurisdicional que dele decorre e do direito fundamental à razoável duração do processo,

---

<sup>34</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 25.

o processo civil brasileiro vem há alguns anos municiando nosso ordenamento com ações cognitivas híbridas – no sentido de albergarem medidas cognitivas e executivas.<sup>35</sup>

Embora não expresso em nossa Constituição, o direito fundamental à razoável duração do processo é daqueles que devem ter sua constitucionalidade reconhecida com arrimo art. 5º., §2º., da Lei Maior. Com efeito, consoante salienta Samuel Miranda Arruda, a garantia prevista no art. 5º., LIX, está associada ao aludido direito fundamental.<sup>36</sup>

O magistério de Chiovenda há décadas identifica, no conjunto das ações de conhecimento, uma categoria de ‘ações com predominante função executiva’.<sup>37</sup> O estabelecimento dessa categoria por Chiovenda, assim como das categorias das ações mandamentais e das ações executivas *lato sensu* por Pontes de Miranda, laborou em imprecisão metodológica, notadamente quanto à palavra predominante, que em português significa preponderante. A função que prepondera, que responde pela existência da ação de conhecimento, mesmo quando nela concedida, *v.g.*, seqüestro de quantia com base no art. 461 do CPC, é de acerto do direito, a de manifestação acerca de uma relação jurídica, seja tal manifestação o pressuposto de uma execução em processo autônomo ou nos próprios autos. Caso, no mesmo exemplo, as medidas executivas resultem infrutíferas, a ação continuará seu curso, pois sua finalidade predominante ‘não’ é executiva. Afigura-se-nos mais adequado denominar tais demandas ‘ações com função executiva autônoma’.

Com efeito, a ação monitória, criada pela Lei n. 9.079/1995, o instituto da antecipação de tutela, inserido no Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/1994 (que também responde pela alteração do art. 461 do CPC), são exemplos de ações com função executiva autônoma, cuja criação segue uma tendência generalizada na atualidade e pacificamente identificada pela doutrina.

Não obstante possam ser autonomamente manejados o processo de conhecimento e o de execução, registra-se no direito moderno uma tendência muito acentuada a neutralizar ou minimizar a rígida dicotomia de funções entre os dois tipos básicos de prestação jurisdicional. Assim, as medidas como a antecipação de tutela e a ação monitória permitem que numa só relação processual se realizem tanto as funções cognitivas como as executivas. O processo civil moderno assume com essa roupagem a natureza interdital e o juiz, então, pode decretar medidas satisfativas do direito

---

<sup>35</sup> Cf., sobre o conceito e desdobramento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>36</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

<sup>37</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. G. Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.



material da parte mesmo antes de proferida a sentença definitiva sobre o mérito da causa.<sup>38</sup>

As recentes alterações implementadas no Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/1994 e pela Lei n. 10.444/2002, que aparelharam as ações condenatórias por obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa com meios executivos coercitivos e subrogatórios - motivo pelo qual o rito de tais ações passou a ser denominado por parte da doutrina como 'processo sincrético' – respondem em grande medida por posicionamentos desse jaez, que subtraem as ações condenatórias à tutela cognitiva.

A expressão 'processo sincrético', cunhada por Sálvio de Figueiredo Teixeira e referida por Marcelo Lima Guerra, é utilizada por este último para defender a ocorrência não de uma fusão, mas de uma justaposição entre as tutelas cognitiva e executiva na mesma ação. Realmente, Marcelo Lima Guerra afirma ser mais apropriado falar em 'sucessão conjugada' de processos (executivo e cognitivo), pois na verdade as ações que permitem conhecimento e execução justapõem as tutelas cognitiva e executiva.<sup>39</sup>

*Data venia*, nesse tocante discordamos do processualista cearense, pois o caso é mesmo de sincretismo, de fusão, de entrelaçamento, visto que as medidas executivas inseridas no interior de ações cognitivas muitas vezes podem ser levadas a efeito antes do provimento jurisdicional de mérito acerca do direito parcialmente executado, totalmente executado ou cuja execução foi garantida. As ações cognitivas aparelhadas por meios executivos não têm estabelecida, na teoria nem na prática, uma sucessão temporal entre as etapas cognitiva e executiva, que induziria a uma justaposição. Na prática, processos são fenômenos menos ordenados e lógicos do que faz supor a teoria processual.

A profundidade e clareza de visão teórica do professor Marcelo Guerra sobre cada uma das categorias processuais que aborda - e que faz de suas obras em Direito Processual Civil instrumentos indispensáveis para os estudiosos da área, pela singeleza e objetividade com que descortinam os mais complexos institutos processuais – vez ou outra o impede de aceitar o caótico sem ordená-lo, sem subdividir suas partes e impor direcionamento ao fenômeno.

As ações cognitivas híbridas ou ações cognitivas com função executiva autônoma pertencem à categoria das ações (cognitivas) condenatórias. No âmago dos posicionamentos através dos quais lhes é integralmente imposto o regime jurídico das

---

<sup>38</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 579. v. 2.

<sup>39</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-33.

ações executivas, podemos divisar, primeiramente, uma clara dificuldade em distingui-las das verdadeiras ações executivas e, em segundo lugar, a adoção de um novo e insustentável critério para classificação das ações: o critério do tipo de medidas (cognitivas, executivas e até mesmo cautelares) que aparelham a ação.

É com base no critério do provimento jurisdicional requestado na ação que foi elaborada a classificação das tutelas jurisdicionais em cognitiva, executiva e cautelar, bem como foi esse também o critério que, dentro da tutela cognitiva, deu azo à divisão das ações em declaratórias, constitutivas e condenatórias. O erro de retirar as ações condenatórias do âmbito da tutela cognitiva – efetivado pela substituição do retromencionado critério do provimento jurisdicional almejado pelo critério da existência de medidas executivas - fica mais evidente quando consideramos que as ações condenatórias a obrigação de pagar quantia não tiveram seu regime alterado, subsistindo nelas íntegra a feição eminentemente cognitiva. Realmente, a ação condenatória clássica, vale dizer, não aparelhada por medidas executivas, subsiste em nosso ordenamento por intermédio das ações que objetivam um acerto relativamente a obrigações de pagar quantia.

Lecionando sobre a diferença entre a tutela executiva e a cognitiva em termos de distinção entre processo executivo e o de cognição, Cândido Rangel Dinamarco esclarece que:

Enquanto aquele (processo de execução) tem por objeto a pretensão do exequente à satisfação de um direito que afirma, neste (processo de cognição) o objeto é a pretensão a uma sentença de mérito de determinado conteúdo. Em consequência, a falta do direito alegado pelo autor no processo de conhecimento não impede a emissão do provimento final sobre a pretensão exposta, o qual será, nessa hipótese, desfavorável a ele.

Além disso, enquanto o processo de cognição tem por objetivo um julgamento, o de execução visa a atingir resultados práticos. *A certeza é um objetivo na cognição e um ponto de partida na execução.* Enquanto se fazem digressões sobre o direito na cognição, na execução o direito é um marco inicial.

A distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o executivo reside, pois, no endereçamento teleológico de cada um deles: enquanto no primeiro toda a atividade converge a um ato final de acerto (sentença), no segundo, os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam a preparar o ato material final satisfativo de direito (entrega: v. infra, n. 202).<sup>40</sup>

O magistério de Dinamarco não deixa dúvidas acerca do equívoco de, na vigência do Código de Processo Civil elaborado através da Lei n. 5.869/1973, classificar as ações pelo critério da existência de medidas cognitivas, executivas ou cautelares. Com efeito, além de o Código Buzaid haver adotado o critério da providência jurisdicional almejada, Dinamarco lança luzes sobre o fato de que a tutela cognitiva enseja algumas

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 113-114.

medidas executivas, assim como igualmente a tutela executiva não se concretiza apenas pelo manejo de medidas executivas, pois o juiz, v.g., ao realizar juízo de valor acerca da perfeição e exequibilidade do título executivo, está realizando medida cognitiva dentro do processo de execução.<sup>41</sup> Em suma, inexistente uma rígida e inexpugnável separação entre as ferramentas processuais cognitivas e executivas. Nas ações cognitivas preponderam os atos e medidas de acertamento do direito, nas ações executivas preponderam os atos e medidas voltados à satisfação do direito acertado.

Não só atos executivos o juiz realiza no processo executivo, assim como o processo de conhecimento contém atividades não cognitivas. O juiz da execução é também o juiz de todos os incidentes desse processo [...].<sup>42</sup>

Mais adiante, complementa o processualista da USP:

Algum conhecimento em todo processo precisa haver e o que caracteriza o processo de conhecimento é que, nele, este é feito como seu escopo específico e central.<sup>43</sup>

Dessarte, consoante sistemática do CPC, as medidas de acertamento, satisfação ou cautela do direito servem ao provimento jurisdicional invocado como principal objetivo da demanda, o qual, este sim, caracteriza a tutela pretendida.

Nessa ordem de idéias, ações que objetivam condenações a obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, concernem à tutela cognitiva, haja vista que nelas as medidas de satisfação do direito não constituem o escopo principal. Pelo critério do provimento jurisdicional invocado, as ações condenatórias (nas quais englobamos as condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*) continuam no âmbito da tutela cognitiva. Não há como negar o caráter eventual das medidas executivas que as aparelham - as quais só terão lugar quando configurada a satisfação de alguns requisitos -, ao contrário do aspecto de acertamento da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, que é o objetivo inexorável da demanda, ou seja, aquilo que, uma vez realizado, exaure a função jurisdicional e que, enquanto não realizado, impedirá o encerramento regular do processo.

O art. 100 da Constituição Federal não regula a ação que deu ensejo ao recurso especial cuja ementa do julgamento linhas atrás transcrevemos, haja vista que o objeto da *actio* era o fornecimento de medicamentos, logo, uma obrigação de fazer. O multicitado art. 100 da Lei Maior disciplina o regime das execuções por quantia certa

---

<sup>41</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175. v. 1.

<sup>42</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 1997, p. 115.

<sup>43</sup> Idem. *Ibidem*, 1997, p. 174.

contra a Fazenda Pública, não estendendo seus efeitos ao processo de conhecimento nem às execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.

Ricardo Perlingueiro Mendes da Silva entende que as ações que objetivam o custeio de tratamento médico nas quais, em razão do risco de vida, é concedido o seqüestro de verbas orçamentárias que garantam o aludido tratamento consistem em ações para cumprimento de obrigação de “dar dinheiro” (pagar quantia?!). Para o Processualista, a prestação da tutela por seqüestro de verbas orçamentárias independentemente de precatório caracteriza a existência de verdadeira ‘execução por quantia certa contra a fazenda pública’, pois considera que o sistema do precatório, no qual o pagamento depende da vontade da fazenda pública, não consiste em genuína execução<sup>44</sup>. Se aceito, o aludido raciocínio pode ser aplicado às ações nas quais se pede o fornecimento de medicamentos e nas quais o seqüestro da quantia necessária para comprá-los é determinado pelo Poder Judiciário. Perfilhar tal entendimento, contudo, equivale a abandonar o critério estatuído pelo CPC de classificação das ações de acordo com o provimento jurisdicional essencialmente requerido, bem como implica confundir os conceitos de tutela específica e resultado prático equivalente.

Com efeito, a demanda que pede o cumprimento de obrigação de pagar quantia corresponde a uma ação de cobrança, a qual só pode obter tutela específica (satisfação na forma requerida pelo autor) com o fornecimento do numerário almejado, pois este é seu pedido essencial. Independentemente da entrega de numerário ao autor, há condutas que podem ser adotadas pelo réu em ação para custeio de tratamento ou fornecimento de remédios, como a celebração de convênios com hospitais particulares que realizam o tratamento almejado e que não eram credenciados pelo Sistema Único de Saúde (seguido do encaminhamento do autor enfermo), a ampliação, por decreto, de programa de fornecimento de medicamentos (que geralmente existem no âmbito das secretarias de saúde) para abranger os remédios solicitados, as quais podem acarretar a tutela específica nessas demandas. Em suma, a implementação das políticas públicas cuja ausência condiciona o surgimento do processo - requerendo custeio de tratamento médico ou o fornecimento de remédios, a criação de vagas em creches, construção de escolas etc. – é apta a solucionar a lide com tutela específica, ao passo que o seqüestro nas hipóteses de custeio de tratamento médico ou fornecimento de medicamentos é medida executiva inserida, com esteio no art. 461 do CPC, no âmbito de ações cognitivas para cumprimento de obrigação de fazer, que apenas possibilita a obtenção

---

<sup>44</sup> SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes da. Redefinição de papéis na execução de quantia certa contra a fazenda pública. **Revista CEJ** – Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, v.1, n. 31, p. 203-220, dez./2005.

de resultado prático equivalente diante da impossibilidade de tutela específica da obrigação de fazer.

Obviamente os direitos à saúde e à educação não configuram direito a obtenção de numerário em dinheiro, dependendo sua tutela específica da prestação de obrigações de fazer que em conjunto constituem as políticas públicas constitucional e legalmente determinadas para as áreas da saúde e da educação. A ação fundada em tais direitos cuja solução encontrada – liminarmente e/ou a título de provimento final - tenha sido o seqüestro de dinheiro resolveu-se por meio da tutela pelo equivalente, ou seja, mediante a obtenção do resultado prático equivalente ao qual expressamente alude o art. 461 do CPC.

Para Marinoni e Arenhart:

Tutela específica é o contrário de tutela pelo equivalente ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida. A tutela específica preocupa-se com a integridade do direito, impedindo sua degradação em pecúnia. A tutela pelo equivalente implica na monetização dos direitos.<sup>45</sup>

O fato de o art. 100 da Constituição consubstanciar previsão de uma hipótese de seqüestro, a saber, o seqüestro decorrente da quebra da ordem cronológica dos precatórios judiciais em ação de execução de quantia certa contra a Fazenda Pública - dentro do panorama de perplexidade ante os modernos instrumentos processuais positivados para possibilitar a temporalmente razoável e eficaz prestação jurisdicional -, produziu o equívoco jurisprudencial de transpor todo o art. 100 da Lei Maior para causas que sua normatividade não alcança.

Um dos pontos nodais da jurisprudência que não admite a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para efetivação dos direitos à saúde e à educação, contudo, é o posicionamento que sustenta ser o seqüestro medida processual privativa das execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública e não um instrumento processual que aparelha a prestação jurisdicional.

O art. 100 da Lei Maior não esgota as possibilidades de seqüestro do ordenamento jurídico brasileiro, restringindo unicamente as hipóteses de seqüestro no âmbito de execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública. Seu escopo e sua força normativa dirigem-se a regular a dinâmica dos pagamentos feitos pelo erário em virtude de sentença condenatória de pagar quantia transitada em julgado, e não a disciplinar quais as modalidades de provimentos antecipatórios ou cautelares possíveis no âmbito de

---

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147. v. 3.

ações cognitivas de cumprimento de obrigação de fazer e de execuções de obrigações de fazer.

Dessarte, a exegese exposta na retrocitada ementa labora no equívoco de conferir ao art. 100 da Carta de 1988 incidência sobre a tutela cognitiva e sobre as execuções de obrigação de fazer, quando o espectro de abrangência do referido dispositivo cinge-se às execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Mesmo adotando pacificamente para a palavra seqüestro o sentido que lhe reserva o art. 100 da Constituição Federal, existe na doutrina uma acalorada discussão acerca da natureza da medida, da qual resultam dois principais posicionamentos: o primeiro sustentando tratar-se o seqüestro de medida cautelar.<sup>46</sup> E o segundo, ao qual nos filiamos, preconizando que ele consiste em medida antecipatória satisfativa.<sup>47</sup>

O seqüestro aludido pelo *decisum* retrocitado não é oriundo de nenhuma “obrigação de pagar quantia” nem de “obrigação de pagar quantia decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa”, consistindo, isto sim, em medida antecipatória ou cautelar, consoante a posição que se adote acerca de sua natureza, destinada a garantir em tempo razoável e de maneira útil, com arrimo no art. 461 do Código de Processo Civil, o cumprimento da obrigação de fazer que instrumentaliza.

Inegável é que, independentemente da natureza jurídica cautelar ou antecipatória que se lhe atribua, na base dessa hipótese de seqüestro, subjazem o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, o princípio/direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e o direito fundamental à razoável duração do processo.

Na raiz do transplante forçado do art. 100 da Constituição Federal e do rito da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública para o cerne de ações cognitivas de cumprimento de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública e de ações de execução de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública identifica-se, sem grande esforço, a pouca intimidade do Poder Judiciário com as alterações empreendidas no CPC que mitigaram o sistema anterior de rígida separação das três modalidades de tutela jurisdicional em três tipos de processo, no qual a tutela executiva era prestada quase que exclusivamente mediante processo autônomo.

---

<sup>46</sup> THEODORO JR., Humberto. **Execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987; GRECO FILHO, Vicente. **Da execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Saraiva, 1986.

<sup>47</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes da. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Malheiros, 1999; GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 1998; ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

As mudanças advindas principalmente da Lei n. 8.952/1994 e da Lei n. 10.444/2002 – dentre as quais destacamos a criação da tutela antecipada dentro e fora das ações para cumprimento de obrigação de fazer (arts. 273 e 461, §3º., do CPC); a instituição do primado da tutela específica no âmbito das ações para cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 461, *caput*, e 461-A, *caput*, do CPC); a possibilidade de imposição de multa diária (meio executivo coercitivo) pelo magistrado, independentemente de pedido do autor, nas ações para cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 461, §4º., e 461-A, §3º., do CPC); a autorização para manejo de medidas executivas elencadas em rol exemplificativo - em sede de ações para cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, em caráter instrumental à realização da tutela específica ou do resultado prático equivalente (arts. 461, §5º., e 461-A, §3º., do CPC); a determinação de execução da sentenças oriundas de ações para cumprimento de obrigação de fazer e não fazer consoante o art. 461 do CPC, aplicando-se subsidiariamente o Capítulo III do Título II do Livro II do CPC, que regulamenta o processo autônomo de execuções de obrigações de fazer e não fazer –, quanto às obrigações da fazer e não fazer, realmente transformaram em exceção a prestação de tutela executiva por meio de processo autônomo.

A Lei n. 8.952/1994 deu início a um conjunto de reformas no Código de Processo Civil, às quais a Lei n. 10.444/2002 deu continuidade, cuja principal consequência foi a transformação das ações para cumprimento de obrigação de fazer e não fazer em ações onde a tutela cognitiva é prestada conjuntamente (sincreticamente) com medidas executivas, e no âmbito das quais, após a completa prestação da tutela cognitiva (elaboração de decisão de mérito com ou sem o prévio manejo das prefalladas medidas executivas), é possível a prestação de tutela executiva no mesmo processo.

## B. II. Segundo posicionamento

Após um período de denegação generalizada dos pedidos de intervenção no orçamento mediante seqüestro de verbas públicas para cumprimento de obrigações de fazer pelo Estado, principalmente em matéria de saúde, em síntese sob o argumento de que a incidência do art. 100 da Lei Maior impedia a execução direta por expropriação mediante seqüestro de recursos públicos (que constituem bens impenhoráveis), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a deferir os aludidos pedidos, notadamente em causas individuais nas quais o direito à vida estava sob a iminência de

ser violado, sendo mais usuais as demandas pela aquisição de medicamentos de alto custo não fornecidos ordinariamente.

Os julgados dessa fase, contudo, ainda não abandonam de todo os equívocos apontados há pouco. Com efeito, são comuns as alusões à incidência do art. 100 da Constituição Federal e à impenhorabilidade dos bens públicos. Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º, E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos do art. 461 e 461-A do CPC. Precedentes.
3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito a ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.
4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.
5. Recurso especial parcialmente provido.<sup>48</sup>

Embora ainda admita a incidência do art.100 da Constituição Federal sobre ação para cumprimento de obrigação de fazer e estabeleça implicitamente uma inexplicável (sem previsão legal) relação de exclusão entre multa diária e seqüestro como providências instrumentais à prestação de tutela jurisdicional, o julgado vislumbra a natureza fundamental do direito à saúde, a urgência no fornecimento dos medicamentos e a omissão estatal como fatores que, ao serem submetidos à técnica hermenêutica de ponderação com o retrocitado art. 100 e com a apontada exclusão entre multa diária e seqüestro, impõe a prevalência do direito fundamental à saúde.

---

<sup>48</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. Recurso especial n. 840.912-RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Teori Albino Zavascki. Data de julgamento: 15/02/2007. DJ 23/04/2007, p. 236. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 25/11/2007.



Muitos dos acórdãos consubstanciadores do segundo posicionamento aludem a um ‘conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos’, no qual o primeiro deve prevalecer sobre o segundo quando há risco de vida em jogo.

O segundo posicionamento, embora não o combata, catalizou a superação do equívoco de introduzir o art. 100 da Lei Maior no âmbito de ações e execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.

Com efeito, em voto exarado nos autos do Recurso Especial n. 820.674, a Min. Eliana Calmon lança luzes, com arrimo em citações de inúmeros precedentes, sobre a subsistência do primeiro posicionamento na Primeira Turma, aludindo igualmente, em virtude das dissidências desta e da mudança de orientação havida na Segunda Turma - no sentido de afastar a incompatibilidade entre multa cominatória e bloqueio de verbas, considerando tais modalidades de medidas constritivas englobadas pelo art. 461, §5º., do CPC aplicáveis às execuções e ações de obrigação de fazer atinentes ao direito à saúde -, à alteração de entendimento operada na Primeira Seção, responsável pelo julgamento das questões de Direito Público e composta pela Primeira e pela Segunda Turma do STJ.<sup>49</sup> Consoante noticia a Min. Eliana Calmon, a Primeira Seção passou a admitir o bloqueio de verbas como medida ínsita no rol exemplificativo do prefalado art. 461, §5º..

A partir da elaboração do segundo posicionamento, instaurou-se saudável controvérsia no Superior Tribunal de Justiça, precisamente no interior da Primeira Seção. A Primeira Turma durante algum tempo se manteve fiel ao primeiro posicionamento e a Segunda Turma ao segundo, ao passo que a Primeira Seção evoluiu, com a Segunda Turma, da adoção do segundo posicionamento para o entendimento de que o art. 100 da Carta de 1988 definitivamente não se aplica às execuções e ações de obrigação de fazer atinentes ao direito à saúde, tendência de julgamento que denominamos terceiro posicionamento, sobre o qual passamos a discorrer.

### B. III. Terceiro posicionamento

Concomitantemente ao segundo posicionamento, vem sendo construída, ainda predominantemente no âmbito de decisões monocráticas, uma interpretação acerca do bloqueio ou seqüestro de verbas públicas pelo Poder Judiciário para concretização na

---

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Turma. Recurso Especial n. 820674/RS. Recorrente: L da S F Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Eliana Calmon. Data de julgamento: 18/05/2006. DJ 14/06/2006, p. 210. Disponível em <<http://stj.gov.br/>>. Acesso em 25/11/2007.

esfera individual do direito à saúde que não incorre no deslize de sustentar uma incidência do art. 100 da Lei Maior. Dessa espécie, transcrevemos o cabeçalho da ementa do acórdão do Recurso Especial n. 836.152-RS (rel. Min. Luiz Fux - publicação no DJ 13/03/2007):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, §5º., DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.<sup>50</sup>

O art. 100 da Constituição Federal é citado como argumento de defesa do réu, mas em nenhum trecho do *decisum* é acatada tal exegese, situando-se o bloqueio de verbas, isto sim, no âmbito das medidas executivas fornecidas em rol exemplificativo pelo art. 461, §5º., do CPC.

Abandona-se a tese da ponderação entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos em virtude da percepção de que o regime do art. 100 se destina a reger somente as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública.

#### 4.2.2. A jurisprudência do STF e a tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação

A tutela individual do direito à educação pelo STF, assim como a do STJ, também gravita em torno das políticas públicas previstas no art. 208 da CF/88 que foram objeto de regulamentação, com clara predominância da tutela do direito a creche assegurado às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, IV, da CF/88 e art. 54, IV, do ECA), razão pela qual transferimos à maior Corte do nosso País todas as críticas que fizemos ao STJ relativamente à índole ideológica dessa posição acerca do acervo normativo da Carta de 1988 que trata do direito à educação.

A ideologia da interferência mínima nas políticas públicas educacionais, que também permeia a jurisprudência do STF, acarreta na tutela individual uma gritante e desproporcional preponderância da justiciabilidade da política pública educacional

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. Recurso Especial n. 836152/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 08/03/2007. DJ 13/03/2007. Disponível em <<http://stj.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

menos onerosa e que acarreta a menor intromissão possível do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo, a saber, a prevista no art. 208, IV, da Lei Maior, em detrimento de outras igualmente regulamentadas pelo legislador infraconstitucional, *ex vi* dos incisos I a III e V a VII do art. 54 do ECA, porém de execução mais complexa e cara, como a construção de escolas de ensino fundamental, fornecimento de ensino fundamental para crianças e adolescentes com necessidades especiais etc..

É inequívoca, outrossim, a filiação do Supremo Tribunal Federal à tese da necessidade de complementação de conteúdo da norma jusfundamental social pelo Poder Legislativo - através de legislação infraconstitucional - para que preceitos dessa índole adquiram justiciabilidade, não sendo incomuns, *v.g.*, as alusões ao fato de que a regulamentação infraconstitucional de algum inciso do referido art. 208 dota-o de 'normatividade suficiente'. Dessarte, assim como preconiza o STJ, sob a óptica do STF, sem a complementação de sentido efetuada pelo legislador infraconstitucional, as normas jusfundamentais sociais semanticamente incompletas ou formadas por conceitos abertos, quando não regulamentadas pelo Poder Legislativo, carecem de aplicabilidade imediata, não podendo ser tuteladas pelo Poder Judiciário, ao qual estaria vedado complementar seu sentido em caso de omissão dos demais poderes.

Ainda que, muitas vezes, como é o caso do art. 208 da Lei Maior e do art. 54 do ECA, tal 'regulamentação' consista somente em uma transcrição de normas constitucionais em textos legais hierarquicamente inferiores, ambas as cortes reiteram em suas argumentações a submissão de direitos fundamentais constitucionalmente vazados mediante conceitos semanticamente abertos à promulgação de leis federais, leis complementares federais etc.

No que respeita ao direito encartado no art. 208, IV, da Constituição Federal, é de justiça aduzir o esforço que o Pretório Excelso tem empreendido para não somente tutelá-lo como para imprimir a essa tutela a celeridade possível dentro da realidade estrutural do Poder Judiciário.

Comprovando a existência de um compromisso com a tutela das políticas públicas educacionais, constitucionalmente estatuídas e infraconstitucionalmente regulamentadas, cabe mencionar, inicialmente, decisões como, *v.g.*, a proferida nos autos do Recurso Extraordinário n. 436.996, interposto pelo Ministério Público de São Paulo, contra decisão do Tribunal de Justiça paulista que, em ação civil pública,

denegou a matrícula de crianças de zero a seis anos em creche pública, na qual o referido recurso foi provido, garantindo-se o direito negado pelo tribunal de origem.<sup>51</sup>

Em outros julgados, o Pretório Excelso nega no mérito provimento a agravos regimentais ou recursos extraordinários, assegurando com tal posicionamento a efetivação do direito previsto no art. 208, IV, da Lei Maior, como no seguinte caso:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART.208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, §2º.) – RECURSO IMPROVIDO.<sup>52</sup>

Ao lado de acórdãos desse jaez, que conhecem do recurso interposto e mantêm ou revogam decisões inferiores dos tribunais de origem para assegurar o direito a creche de crianças até seis anos de idade, existem dezenas de decisões monocráticas que, invocando a Súmula 283 do STF, asseguram o respeito ao mesmo direito negando seguimento, *v.g.*, a recurso extraordinário, sob o argumento de que o não-provimento ou não-conhecimento do recurso especial concomitantemente interposto acarreta o trânsito em julgado do fundamento infraconstitucional da decisão recorrida.

Diferentemente das decisões que conhecem do recurso e mantêm ou reformam a decisão recorrida, seja esta concessiva ou denegatória do direito de que trata o art. 208, IV, da Lei Maior, esse segundo tipo, na quase totalidade dos casos, é proferido somente em sede de recurso extraordinário intentado contra decisão concessiva de direito de matrícula em creche pública. Em outras palavras, a decisão pelo não-conhecimento em virtude do alegado trânsito em julgado do fundamento infraconstitucional é adotada quase sempre quando a decisão recorrida deferiu o direito consubstanciado no retrocitado art. 208, IV, da Constituição. Embora à primeira vista esse dado possa parecer carente de relevância, uma análise mais detida revela sua importância vital para a compreensão do modo como o direito fundamental à educação vem sendo individualmente tutelado pelo STF, logo, dos pontos positivos e negativos da interpretação realizada.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 436996/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. Celso de Melo. Data de julgamento: 22/11/2005. DJ 03/02/2006. Disponível em <<<http://stf.gov.br>>>. Acesso em: 25/11/2007. Vide também o Informativo n. 410 do STF, igualmente disponível em <<http://stf.gov.br/>>.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410715. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Celso de Melo. Data de julgamento: 22/11/2005. DJ 02/12/2005. Disponível em <<<http://stf.gov.br/>>>. Acesso em 25/11/2007.

Para clarificar a questão, transcrevemos uma típica decisão monocrática de não-conhecimento de recurso extraordinário, intentado concomitantemente a recurso especial, para reforma de decisão concessiva do direito a creche para criança de até seis anos de idade:

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão que assegurou o direito à matrícula para crianças em instituição pública de assistência infantil da municipalidade com fundamento na garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos termos dos arts. 208 e 211, §2º, da CF/88 e do art. 54, IV, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 2. O recorrente também interpôs recurso especial contra esse acórdão, para afastar os argumentos infraconstitucionais sobre a obrigatoriedade de disposição de vagas em creche municipal. Este, todavia, não foi admitido pelo Tribunal *a quo* (fls. 170/172), decisão que foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça (fl. 195). 3. O fundamento relativo ao Estatuto da Criança e do Adolescente, suficiente per se para manter o acórdão recorrido no tocante à garantia de atendimento, tornou-se, portanto, definitivo, obstando a impugnação, mediante recurso extraordinário, com base nos arts. 208 e 211, §2º, da Constituição. Incidente, pois, a Súmula n. 283. 4. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 16 de dezembro de 2005. Ministra Ellen Gracie - Relatora.<sup>53</sup>

Algumas dessas decisões monocráticas de não-conhecimento de recurso extraordinário aduzem o argumento de que o recurso especial concomitantemente interposto não aludiu ao fundamento infraconstitucional do direito constitucionalmente previsto no art. 208, IV, da Lei Maior: a saber, o art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990. Conforme essa interpretação da questão, o fundamento infraconstitucional retromencionado também teria transitado em julgado e, como o recurso extraordinário não se destina a analisar dispositivos infraconstitucionais, incidiria a Súmula 283 do STF. É o caso, *v.g.*, das decisões exaradas em sede dos recursos extraordinários 377957/SP<sup>54</sup>, 443158/SP<sup>55</sup>, 463210/SP<sup>56</sup>.

O art. 54, IV, do ECA, é encarado como ente desconectado do art. 208, IV, da Constituição, de sorte que pode, isoladamente, fundamentar e manter uma decisão judicial, independentemente daquilo que resulte da interpretação deste último. *In casu*,

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 461677/SP. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 16/12/2005. DJ 10/02/2006. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em 25/11/2007.

<sup>54</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 377957/SP. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Alexandre da Silva Matos. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Data de julgamento: 21/10/2004. DJ 09/11/2004. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 443158/SP. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Data de julgamento: 21/03/2005. DJ 08/04/2005. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em 25/11/2007.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 463210/SP. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Data de julgamento: 07/11/2005. DJ 03/02/2006. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

os dispositivos possuem a mesma redação, mas a argumentação não faz menção a isso, aludindo, isto sim, à força da norma infraconstitucional para decidir o caso em última instância, já que se trata de fundamento ‘suficiente *per se* para manter o acórdão recorrido’, amoldando-se ao conceito de ‘fundamento suficiente’ da Súmula n. 283 do STF. Desta forma, a impossibilidade de avaliá-lo em cotejo com o art. 208, IV, da CF/88 em recurso extraordinário, em virtude de seu ‘trânsito em julgado’, retira do STF a possibilidade de analisar a constitucionalidade da interpretação imprimida pelo STJ ao referido dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Seguindo essa linha de raciocínio, como a doutrina e jurisprudência pátria majoritária – inclusive no âmbito do STJ e do STF - não admitem a justiciabilidade de políticas públicas constitucionais educacionais não regulamentadas infraconstitucionalmente, temos que não é possível, na hipótese *sub examen*, o controle jurisdicional por parte do STF acerca da violação do art. 208, IV, da Constituição, pois este não pode ter sua violação aferida sem o concurso do art. 54, IV, da Lei n. 8.069/1990 e é vedado o controle de constitucionalidade *incidenter tantum* do STF acerca da interpretação do prefalado art. 54, IV, ou porque ela transitou em julgado ao não ser ventilado em recurso especial ou porque o recurso especial conferiu exegese e aplicação ao art. 54, IV, e esse fundamento é autônomo com relação à norma constitucional que regulamenta, não podendo ter sua interpretação questionada em recurso extraordinário.

*Data maxima venia*, não concebemos a existência de trânsito em julgado de fundamento e menos ainda a existência de dispositivo regulamentador independente do regulamentado. Realmente, quanto à possibilidade de alegação de violação a direito reconhecido pelo ordenamento jurídico em ação ou recurso pode haver o fenômeno da preclusão. Dado, porém, que o direito em questão é assegurado, a um só tempo, por norma constitucional e por norma infraconstitucional, a alegação acerca de sua violação só deixará de ser passível de julgamento de mérito pelo Poder Judiciário quando a preclusão se operar sobre a faculdade de intentar demanda cujo esteio seja o fundamento constitucional do direito.

Assim é porque uma norma infraconstitucional regulamentadora não pode adquirir significado independente da fonte constitucional donde promana, a qual pode ser utilizada como parâmetro para aferição de sua constitucionalidade enquanto não esgotadas todas as vias processuais para tanto. O fundamento infraconstitucional não pode ser tido como ‘fundamento suficiente’ em face da Constituição, nos termos da Súmula n. 283, pois ele não tem força normativa equivalente à do fundamento constitucional que concomitantemente ampara a decisão recorrida. Em outras palavras:

o significado do fundamento infraconstitucional é apenas uma explicitação do sentido do fundamento constitucional, logo, ambos dependem um do outro e a interpretação do primeiro submete-se à interpretação do segundo.

Quando o STJ afirma que o art. 54, IV, do ECA não foi apreciado pelo tribunal de origem, haja vista que este mencionou no *decisum* recorrido apenas a ofensa ao art. 208, IV, e a outros dispositivos da Constituição, razão pela qual a constitucionalidade da matéria impede o conhecimento de recurso especial interposto, assim como quando o STF aduz que o art. 208, IV, da Constituição, foi apenas indiretamente ofendido, tendo em vista que a decisão do tribunal de origem procedeu a interpretação equivocada ou violou exclusivamente o art. 54, IV, do ECA, defrontamo-nos com uma retórica irreal, que oscila entre o formalismo e a negação do óbvio.

Realmente, a matéria atinente a qualquer dispositivo infraconstitucional regulamentador da Constituição jamais deixará de ser constitucional, independentemente de os artigos da Constituição regulamentados serem expressamente mencionados na decisão recorrida, não havendo como sustentar a tese do não-conhecimento de recurso especial nesses casos, pela excessiva constitucionalidade do tema, visto que fazê-lo implica em negar a possibilidade de conhecimento de recurso especial pelo simples fato de a norma infraconstitucional ser o resultado de um processo de regulamentação de dispositivos constitucionais.

Igualmente, a alusão recorrente à violação ‘indireta’ da norma constitucional não passa de uma ficção discursiva, pois, diante do vínculo que existe entre norma constitucional regulamentada e norma constitucional regulamentadora, mediante o qual esta explicita (ou pelo menos deveria explicitar) um ou alguns dos significados possíveis daquela, é inegável que qualquer violação ou interpretação equivocada da norma infraconstitucional regulamentadora diz respeito à norma constitucional regulamentada, que poderá estar sendo violada e não ‘indiretamente’ violada.

Acresce que o direito à educação recebeu do legislador constitucional tratamento detalhado, sendo praticamente impossível que a interpretação de qualquer dispositivo resultante de sua regulamentação infraconstitucional não se sirva a todo instante da fonte constitucional como norte. Não há como apartar, na interpretação do direito à educação, os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais – embora seja possível, numa atitude meramente formal e estratégica, não fazer referência expressa à consulta e avaliação destes ou daqueles conforme a corte seja o STJ ou o STF.

Aqui não estamos, porém, em face propriamente de uma sucessão involuntária de incorreções. Subjaz claramente a essa retórica irreal – que desemboca numa tentativa de

mascarar uma realidade óbvia, consistente no fato de que não se analisa uma complexa questão jurídica sobre política pública educacional isolando cada norma incidente sob a lente de um microscópio - uma tática de tutela do direito à educação pautada pela diretriz de evitar confrontos diretos com o Poder Executivo, pois tais decisões do STF só têm sido formadas quando a decisão recorrida é favorável à criação de vagas em creches públicas.

Por outro lado, abreviando a solução final da demanda, ao evitar o périplo burocrático que medeia a decisão monocrática de admissibilidade do recurso extraordinário e o acórdão respectivo, o STF prestigia o Princípio da Razoável Duração do Processo. De parte as imperfeições apontadas no discurso, assim julgando, o STF evita que o direito consubstanciado no art. 208, IV, da Lei Maior tenha sua tutela definitiva e irrevogável inutilmente postecipada, com o que privilegia um dos mais relevantes direitos fundamentais, expressamente positivado na Carta de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º. da Constituição Federal.

O direito encartado no art. 208, IV, da Constituição Federal é daqueles que necessita de uma coesão estreita com o Princípio da Razoável Duração do Processo, pois só pode ser efetivamente tutelado dentro de um lapso rigidamente determinado, findo o qual, sem concretização, terá irremediavelmente perecido, de sorte que a questionável jurisprudência *sub oculis* acerca do não-conhecimento de recurso extraordinário encontra no Princípio da Razoável Duração do Processo seu mais forte anteparo.

Comungamos do entendimento que afirma não somente a natureza principiológica do art. 5º., LXXVIII, da Lei Maior, mas sua posição proeminente no contexto do Estado Democrático de Direito. Consoante precisa explanação de Paula Emília Moura Aragão de Souza Brasil:

Vale destacar, ademais, a função de diretriz do sistema exercido pelo princípio da razoável duração do processo. Sob esse aspecto, é suficiente para demonstrar seu relevo ímpar, no Estado Democrático de Direito, comparar a sua não observância com a ofensa a seus congêneres do devido processo legal e do acesso à jurisdição. Assim como se reconhece a impotência e o abandono do cidadão pelo Estado, quando se lhe impõe um processo inquisitório sem garantia de defesa ampla ou se lhe restringe o acesso à jurisdição; por igual forma, também fica sujeito o indivíduo ao desamparo, se não possui a garantia de que a máquina judicial, instada, dar-lhe-á resposta em tempo devido. Com efeito, recorrendo ao exemplo extremado (embora não tão raro), dos processos que sobrevivem aos litigantes, para estes o retardo da máquina equivale à sua total inoperância.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> BRASIL, Paula Emília Moura Aragão de Souza. **A tutela do direito fundamental à razoável duração do processo**: repressão da demora e reparação do dano decorrente no processo civil brasileiro. 2007.



Não haveria maiores problemas quanto à efetivação do direito à educação utilizando-se essa atitude, afinal de contas o resultado vem garantindo a eficácia social da política pública prevista no art. 208, IV, da CF/88 e o espírito da interpretação pragmática que preconizamos para a Constituição coaduna-se com interpretações que concedam preeminência ao resultado concreto da decisão em detrimento de elaborações teóricas irretorquíveis.

Essa exegese do STF, no entanto, que entende, com fundamento na Súmula n. 283/STF e no ‘transito em julgado’ do fundamento infraconstitucional da decisão (art. 54, IV, da CF/88), não ser possível conhecer de recurso extraordinário, conjugada com o retro-analisado entendimento do STJ no sentido da impossibilidade de conhecimento (pelo STJ) das demandas que versam sobre o (mesmo) art. 54, IV, do ECA, em virtude da similitude de redação deste com relação ao art. 208, IV, da CF/88 e da eminente constitucionalidade da matéria, pode resultar, a médio e longo prazo, em sérios prejuízos para a eficácia jurídica e social do direito à educação e de todas as políticas públicas que a Constituição prevê em seu favor.

Realmente, de um lado o não-conhecimento do recurso especial pela aguda constitucionalidade da matéria, e de outro a impossibilidade de conhecimento do recurso extraordinário pelo ‘trânsito em julgado’ do fundamento infraconstitucional tido como ‘suficiente per se para manter o acórdão recorrido’, pode em tese estreitar excessivamente a via do controle jurisdicional do STJ e do STF sobre a violação do art. 208, IV, da CF/88 e, pois, do próprio direito à educação, comprometendo dessarte o princípio do Acesso ao Poder Judiciário previsto no 5º., XXXV, da Lei Maior.

A conjugação das pefaladas tendências de julgamento demonstra existir algo como uma recalcitrância, tanto no STJ quanto no STF, em enfrentar o mérito das ações, mesmo individuais, que postulam a concretização do direito fundamental à educação por intermédio da realização das políticas públicas que o aparelham, como é o caso da prevista no art. 208, IV, da Lei Maior. Quando juridicamente não é mais possível negar a agenda social educacional da Carta de 1988 e sua normatividade, devolve-se mais uma vez, mercê dessa interpretação formalista expressa numa retórica irreal, a responsabilidade integral de sua implementação ao Poder Executivo. Em suma, as mais altas cortes do Poder Judiciário procedem, ainda que inconscientemente, como Pilatos no julgamento de Cristo, preferindo não decidir o mérito.

Portanto, pelo risco de estreitamento excessivo da via do controle jurisdicional do STJ e do STF sobre a violação do art. 54, IV, do ECA, e do art. 208, IV, da CF/88, com prejuízo inequívoco para o princípio do Acesso ao Poder Judiciário – gerado pela confluência do entendimento de não-conhecimento do recurso especial pela aguda constitucionalidade da matéria com o entendimento de impossibilidade de conhecimento do recurso extraordinário pelo ‘trânsito em julgado’ do fundamento infraconstitucional tido como ‘suficiente per se para manter o acórdão recorrido’ – consideramos teoricamente mais rigoroso e juridicamente mais seguro romper com o formalismo e com as posturas estratégicas de aparente inércia perante as omissões do Poder Executivo, bem como transcender o nível semântico da interpretação para realizar a tutela do direito à educação sem contradições e subterfúgios.

O princípio da Segurança Jurídica, corolário do princípio da Igualdade, encontra muito maior guarida com a elaboração de um discurso - nas decisões das ações individuais e coletivas que exijam a concretização do direito fundamental à educação – que espelhe a maior correção possível, a qual só pode ser obtida quando, v.g.: a) admitir-se que a mera transcrição de uma norma constitucional não lhe minúcia inteiramente o sentido, mesmo porque a significação de uma norma principiológica só é plenamente atingida perante um caso concreto, sendo a complementação de sentido, por exemplo, do art. 208, IV, da Lei Maior, perpetrada adequadamente somente *in concreto* pelo Poder Judiciário, reconhecendo-se, outrossim, que este já vem procedendo a complementações pragmáticas de sentido nessa matéria; b) sustentar-se que, apesar da possibilidade de aferição da constitucionalidade da interpretação imprimida ao art. 54, IV, do ECA, em face do prefalado art. 208, IV, a índole do direito que ambos prevêm requer seja tutelado sob rígida orientação do princípio da Razoável Duração do Processo, o que pode significar sua manutenção *in limine* na decisão de admissibilidade do recurso extraordinário e/ou mesmo alterações no trâmite deste para conferir-se maior celeridade na apreciação incidental da referida (in)constitucionalidade; c) abandonar-se a estratégia do não-confronto ou do confronto mínimo do Poder Executivo diante das omissões inconstitucionais deste, pois as políticas públicas educacionais de patamar constitucional não foram criadas nem estão sujeitas às opções políticas quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário, sobrepairando, isto sim, a ambos.

No tocante à tutela individual do direito fundamental à saúde pelo STF, a primeira observação que se impõe é a de que a jurisprudência do Pretório Excelso não incorre, como a do STJ, no equívoco de trazer à baila uma pretensa incidência do art. 100 da Carta de 1988. Senão vejamos o seguinte aresto:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, *caput* e parágrafo 2º., da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, §2º., cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.<sup>58</sup>

O segundo aspecto digno de menção é o da onipresença de alguns requisitos, jurisprudencialmente elaborados, para o deferimento da tutela individual do direito à saúde. O STF verbera o entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para tutela individual do direito à saúde deve ser excepcional, por meio da elaboração de decisões, deferindo tal intervenção para compra de medicamentos, custeio de tratamento médico-hospitalar, cirurgias, aquisição de próteses etc., desde que presentes as seguintes condições: a) existência de risco ao direito à vida; b) a hipossuficiência de quem pleiteia a tutela individual do direito à saúde, malgrado a opção expressa no art. 196 da Constituição Federal pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde; c) em caso de pedido de medida subrogatória como o seqüestro, o baixo custo da medida requestada em comparação com o advindo da imposição de multa cominatória ao erário ou à autoridade pública responsável. Exemplificativamente vale citar o seguinte julgado:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º., CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). RECONHECIDO E PROVIDO.<sup>59</sup>

O discurso jurídico nesse setor da jurisprudência, principalmente no enfrentamento do mérito das demandas, é sensivelmente mais franco. Apesar de, nas decisões de não-conhecimento de recurso extraordinário, também serem produzidas

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 597.182-9/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator(a): Min. Cezar Peluzo. Data de julgamento: 10/10/2006. DJ 06/11/2006. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 393175/RS. Recorrente: Luiz Marcelo Dias e outro. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 01/02/2006. DJ 02/02/2007. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

afirmações sobre violação ‘indireta’ de norma constitucional regulamentada pela ofensa a norma infraconstitucional regulamentadora, inexistente nessa área senda jurisprudencial que impeça sistematicamente a apreciação do mérito em virtude de argumentos de tão baixo quilate. Defrontamo-nos, na apreciação da jurisprudência do STF sobre a tutela individual do direito à saúde, isto sim, com decisões que manejam com desenvoltura o seqüestro de recursos orçamentários, a imposição de multa cominatória, dentre outras medidas previstas no art. 461, §5º., do CPC, desde que presentes algumas exigências destinadas a conferir razoabilidade à utilização de tais expedientes coercitivos e à distribuição de recursos e bens que sabidamente são escassos a cidadãos individualizados.

Ao contrário do que crêem os intérpretes semânticos da Constituição, o reconhecimento das limitações fáticas à realização de direitos fundamentais não prejudica sua normatividade quando o discurso que as aborda é formulado sobre informações sólidas e opções razoáveis de concretização. Diante da inegável limitação de recursos orçamentários e do fato de que a tutela individual da saúde sana apenas omissões contingentes, não restaurando o direito à saúde para toda a coletividade, conforme pretendido pela Constituição, é razoável que o STF aja com cautela e parcimônia na determinação do dispêndio de recursos financeiros destinados à concretização do direito à saúde de todos os cidadãos brasileiros e não somente dos que batem às portas do Poder Judiciário.

A interpretação pragmática não é incompatível, mas sim favorável, à elaboração discursiva de critérios, ditados pela interação de texto da norma e peculiaridades do caso, que otimizem a concretização de direitos fundamentais quando não é possível sua efetivação plena. A tutela individual de direitos coletivos requer especial prudência. Os recursos orçamentários existentes para custear a concretização dos direitos sociais pertencem a todos os cidadãos brasileiros e não somente aos que exercitam o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º., XXXV, da Constituição Federal.

A clareza do discurso com que o Supremo Tribunal Federal reconhece o imperativo de efetivar o direito à saúde na tutela individual, mas limita as hipóteses de efetivação àquelas em que há risco de vida, em que o beneficiado é hipossuficiente e em que a medida de seqüestro adotada é menos onerosa do que outras, como, *v.g.*, a multa cominatória ou *astreintes*, trilha precisamente a interpretação pragmática necessária à defesa da normatividade constitucional.

Com efeito, o STF não cultiva a tendência de omissão quanto ao julgamento do mérito das ações individuais atinentes à intervenção no orçamento público para garantia do direito à saúde, mas igualmente não as julga sem considerar as limitações que a realidade de escassez de recursos impõe à sua atuação nessa área. O pragmatismo, em última instância, consiste precisamente nessa interação simbiótica e transparente entre (texto da) norma e realidade, por meio de um discurso jurídico com os olhos voltados para a Constituição, mas com os pés fincados do chão.

Os postulados básicos da teoria metódica estruturante de Friedrich Muller – especificamente analisados no tópico 3.5 deste trabalho - como, *v.g.*, a distinção entre norma e texto da norma e a formação da norma pela sua interação com a realidade compõem a bússola jurídico-pragmática que deve ser seguida na interpretação constitucional, todavia sem abandono do espírito crítico e considerando as peculiaridades da realidade fática e jurídica brasileira.

#### 4.2.3 A jurisprudência do STJ e do STF na tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação

A tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante intervenção do Poder Judiciário no orçamento público está irrompendo num movimento ascendente, dos mais singelos órgãos do Poder Judiciário às mais altas cortes.

Com efeito, ao contrário do volume processual inexpressivo no STJ e no STF, nas instâncias inferiores do Poder Judiciário existe considerável número de ações coletivas postulando a intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos à saúde e à educação.

Os juízes, tribunais estaduais e federais têm julgado ações civis públicas visando a sanar pelo menos uma parcela dos enormes problemas gerados pela omissão estatal na realização das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação e pela má gestão dos recursos destinados a esse escopo.

Em contraste com a tendência de multiplicação das ações coletivas nessa área nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, verificamos que o STJ e o STF possuem pouco volume processual nesse setor, permanecendo insulados dessa discussão, que consiste no grande divisor de águas da nossa história constitucional recente, pois do posicionamento definitivo do Poder Judiciário sobre tal questão depende a manutenção ou ruptura com a decisão fundamental da Carta de 1988: a criação de um Estado Social.

O STJ e o STF vêm subtraindo-se - através de expedientes formais como, *v.g.*, a alegação de que a decisão recorrida não alude expressamente a matéria constitucional

ou de que o aspecto constitucional não foi prequestionado - do acalorado debate travado nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça estaduais acerca do papel do Poder Judiciário no controle da omissão estatal violadora dos direitos fundamentais à saúde e à educação coletivamente considerados.

Recentemente, a bomba-relógio do descaso em relação à saúde estourou. O congelamento da tabela do Sistema Único de Saúde, os salários baixos pagos aos médicos e demais profissionais da área e as precaríssimas condições dos hospitais e postos de saúde deflagraram um movimento grevista em vários estados do Nordeste e acenderam na sociedade o alerta quanto à necessidade de intervenção no setor, sendo consenso inquestionável, senão a omissão estatal, pelo menos a má gestão dos recursos destinados à saúde nos três níveis de governo.

Apesar de todo esse contexto caótico relativo à saúde e da notória falência do sistema educacional público – que agora tentam remendar com medidas paliativas como a criação de cotas em universidades públicas -, paira nas entrelinhas das poucas decisões que encontramos uma sutil, embora firme, resistência do STJ e do STF à justiciabilidade do direito à educação e do direito à saúde em sua dimensão coletiva. Em outras palavras, é sensível a oposição à idéia da justiciabilidade de causas cujo objeto seja a construção de hospitais, criação de leitos, compra de equipamentos, edificação ou ampliação de escolas, contratações de professores e médicos. Senão vejamos os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DEVER DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO.

1. O ensino fundamental é prioritário, mas ao Estado impõe-se a obrigação de prestar o ensino fundamental, cabendo ao Município incluí-lo na sua política educacional.
2. Aos órgãos públicos só pode ser imposto pelo Judiciário obrigação de fazer que importe gastos imediatos, fora do normal orçamento, em se tratando de urgentes necessidades, quando em perigo a vida.
3. Com referência à educação, dever estatal de urgência, mas passível de espera razoável, a imposição de obrigação de fazer pode aguardar planejamento específico.
4. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer, o que não impede seja o Município coagido a cumprir a sua obrigação de forma mediata.
5. Recurso especial improvido.<sup>60</sup>

Consoante este julgado, o direito à educação é urgente, mas simultaneamente não o é, pois ‘passível de espera razoável’. Apesar da não-inclusão de crianças

---

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Turma. Recurso Especial n. 782196/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator(a): Min. Eliana Calmon. Data de julgamento: 13/03/2007. DJ 22/03/2007. Disponível em <[http://:stj.gov.br/](http://stj.gov.br/)>. Acesso em: 25/11/2007.

tempestivamente no sistema educacional comprometer toda sua formação e rendimento pedagógico, fomentando a baixa qualidade do ensino, a evasão escolar e o déficit de aprendizagem, o STJ deixa claro que, a seu juízo, direito a ser satisfeito urgentemente é somente o direito à vida. Com entendimentos dessa estirpe, o Estado brasileiro, por intermédio do seu Poder Judiciário, assegura, qual leviatã hobbesiano, aos seus cidadãos apenas o direito à vida, postecipando a efetivação dos demais indefinidamente.

Conforme o mesmo aresto, a educação infantil pode aguardar ‘planejamento específico’ do Poder Executivo Municipal, embora a ação verse exatamente sobre sua omissão em ‘planejá-la’ a contento. A retrocitada decisão data de 13 de março de 2007, logo foi prolatada mais de dezoito anos após a promulgação da Constituição de 1988 e mais de dez anos após a promulgação da Emenda Constitucional 14/1996, a qual declarou incumbir prioritariamente aos municípios a educação infantil e o ensino fundamental, sendo impressionante que, depois de mais de uma década de inação do Poder Executivo Municipal acionado, no tocante ao dever constitucional de propiciar a educação infantil, a fé do STJ na atuação voluntária da referida Administração Municipal nessa área permaneça inabalável. Em suma, a ementa é redigida como se houvesse sido constatado ao final que não houve omissão inconstitucional por parte do Poder Executivo Municipal demandado.

Ademais, é jogada sobre os ombros do Ministério Público a responsabilidade pela indicação dos meios para cumprimento da obrigação de fazer que toca ao referido Poder Executivo, quando, *in casu*, a missão do *Parquet* é alegar e provar a prática da omissão estatal, postulando a restauração da ordem jurídica violada, e não assessorar o Poder Executivo faltoso no desempenho de suas funções típicas. O recado todavia é claro: ao intrometer-se tão atrevidamente nas atividades da Administração – ou melhor, na inatividade da Administração –, deve o Ministério Público estar consciente de que arcará com o ônus de, como lição, ser instado a apontar detalhadamente como deve o Poder Executivo colmatar sua omissão.

A índole de castigo é evidente, pois de nada adianta solicitar esses serviços ao *Parquet* se resultará debalde seu esforço nesse sentido, uma vez que, consoante a retrocitada decisão, o direito à educação pode esperar ser implementado espontaneamente por quem não o fez.

Outro caso que não pode deixar de ser aqui abordado, e que muito esclarece sobre a parca jurisprudência do STJ e do STF quanto à tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação, é o acórdão do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 241.752-2/MA, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do

Estado do Maranhão, exarada nos autos de Mandado de Segurança impetrado pela Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão contra o Município de São Luís, cuja ementa declara:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADE PRIVADA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. PRESTAÇÃO DE ENSINO ESPECIALIZADO. REPASSE DE VERBAS DESTINADAS À EDUCAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONVÊNIO. IMPOSSIBILIDADE. ENSINO FUNDAMENTAL A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. NÃO-OFERECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. CONSEQÜÊNCIA. PAGAMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELA IMPETRANTE. PRETENSÃO INCABÍVEL. SÚMULA 269-STF. 1. Os recursos públicos, por disposição constitucional, serão repassados às escolas públicas, podendo ser dirigidos às comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação e, ainda, que assegurem a destinação de seu patrimônio a outras instituições de idêntica natureza, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades. 2. Entidade privada declarada de utilidade pública pelo Governo Federal e reconhecida como de assistência social sem fins lucrativos. Repasse de verbas destinadas à educação. Necessidade de se observar as condições impostas pela Carta da República e de estabelecer convênio com o poder público. 2.1. Repasse de recursos financeiros por decisão judicial. Impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na liberdade do ente público de celebrar contratos administrativos. Direito líquido e certo. Inexistência. 3. Ensino obrigatório a portadores de deficiência. Não-oferecimento pelo poder público. Conseqüência: imputação de responsabilidade à autoridade competente. Apuração. Necessidade de produção de provas. Mandado de Segurança. Inadequação da via eleita. 4. Comprometimento do poder público com o pagamento de dívida contraída por entidade privada na realização de trabalho social, de competência estatal. Pretensão incabível. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança. Incidência da Súmula 269/STF. Agravo regimental não-provido.

No Mandado de Segurança cuja decisão ensejou a interposição de recurso extraordinário e, em conseqüência do juízo negativo de admissibilidade deste, a interposição do agravo regimental, a impetrante postulava que fosse determinado ao Município de São Luís a abertura, no prazo de 05 (cinco) dias, de 373 vagas na rede pública de ensino fundamental para os deficientes auditivos que nela realizam seus estudos fundamentais ou, caso isso não seja possível, que o Município de São Luís fosse condenado a repassar mensalmente à impetrante numerário suficiente ao custeio do ensino fundamental dos referidos deficientes auditivos, que assim seria realizado pela impetrante.

O voto vencedor, exarado pelo relator do caso, Min. Maurício Corrêa, principia por uma alusão à decisão de sua lavra negativa de seguimento do recurso extraordinário, a qual reitera decisão idêntica do juízo *a quo* (Tribunal de Justiça do Estado do

---

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 241757/MA. Agravante: Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão – ADAMA. Agravado: Município de São Luís. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 29/06/1999. DJ 12/08/1999. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.



Maranhão), já atacada em agravo de instrumento intentado perante o STF e por este provido; ou seja, a impetrante ingressou com recurso extraordinário perante o TJ-MA contra a decisão de mérito deste, que exarou decisão interlocutória negando seguimento ao referido recurso, razão pela qual a impetrante intentou agravo contra esta decisão interlocutória, o qual foi conhecido e provido pelo STF, que ordenou enfim a remessa do recurso extraordinário, em cujo juízo de admissibilidade, todavia, o relator, Min. Maurício Corrêa, reitera a barreira levantada ao conhecimento da causa. Malgrado a vinculação direta da causa ao art. 208, I e III, §§ 1º. e 2º., e ao art. 213, ambos da Constituição Federal, fez-se necessário um dispêndio impressionante de tempo e esforço apenas para fazer subir a questão à apreciação do STF.<sup>62</sup> Nada admira existam tão poucas ações coletivas dessa índole no Pretório Excelso.

A decisão do Min. Maurício Corrêa, negando seguimento ao recurso extraordinário tem por base o fato de que os arts. 30, VI, e 211, §2º., ambos da Lei Maior – que tratam respectivamente da manutenção pelo Município de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental em cooperação técnica e financeira da União e do Estado-membro, bem como da atuação prioritária do Município no ensino fundamental e na educação infantil -, foram suscitados no recurso extraordinário, porém não abordados pela decisão recorrida nem prequestionados por meio de embargos de declaração, razão pela qual incidiriam as súmulas n. 282 e 356 do STF. O formalismo desse entendimento beira o rompimento com o bom senso, pois, primeiramente, a decisão recorrida tratou da questão da atuação prioritária do Município no ensino fundamental, a qual foi levantada desde o início do feito pelo menos para apreciação da legitimidade passiva *ad causam* do impetrado, assim como apreciou e julgou o pedido de repasse de verbas à impetrada.

Ademais o art. 30, VI, da Constituição, não diz respeito ao âmago da causa. Houvesse a impetrante deixado de mencioná-lo na petição do recurso extraordinário, nenhum óbice essa omissão significaria para a apreciação dos pedidos formulados. Realmente, dos referidos dispositivos constitucionais, apenas o art. 211, §2º, trata de parte do cerne da questão, cuja maior parcela tem sede constitucional nos arts. 208, I e III, §§ 1º. e 2º., e ao art. 213, ambos da Constituição Federal, mas, como a legitimidade passiva *ad causam* do Município para demanda onde seja exigido ensino fundamental é evidente e constitui premissa necessária para que houvesse, como houve, decisão de

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 241757/MA. Agravante: Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão – ADAMA. Agravado: Município de São Luís. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 29/06/1999. DJ 12/08/1999. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

mérito do TJ-MA ensejadora de recurso extraordinário, não se sustenta o entendimento do prefalado Ministro.

Com efeito, o art. 211, §2º, da Lei Maior toca ao julgamento da demanda na medida em que estabelece a responsabilidade do Município pela prestação do ensino fundamental público e gratuito, com o que se estabelece a legitimidade passiva *ad causam*. Considerando que a legitimidade passiva *ad causam* do Município de São Luís é condição da ação de Mandado de Segurança em tela, a qual não teria logrado ser julgada no mérito sem que antes fosse apreciada e verificada sua existência, revela-se inexplicável a arguição de que o art. 211, §2º., da Constituição não foi objeto de análise da decisão recorrida.

Apesar de fazer referência à sua objeção quanto ao conhecimento do feito expressa no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, no voto do agravo regimental interposto para reforma de tal entendimento, o Exmo. Sr. Min. Relator finda por enfrentar o mérito, interpretando o pedido da impetrante corretamente no que concerne a alguns aspectos adjacentes, como ao rechaçar: a) o prazo exíguo de 05 (cinco) dias; b) o pleito de ressarcimento da impetrante pelo que já despendeu com a educação de seus associados – visto que o Mandado de Segurança não é sucedâneo da ação de cobrança -; e c) a obrigatoriedade de seguir os mesmos padrões de ensino da impetrada.

O não-acolhimento do referido lapso, do pedido de ressarcimento e da adoção do padrão pedagógico da impetrada, contudo, não compromete nem inviabiliza o deferimento da parcela essencial do pedido, qual seja a inclusão de 373 deficientes auditivos no sistema público municipal de ensino fundamental.

É precisamente na apreciação do âmago do pedido que residem os equívocos fulcrais do julgamento. Primeiramente, o pedido principal de prestação de ensino fundamental pelo Município de São Luís não é analisado, centrando-se o voto no pedido alternativo de repasse de verbas, mais fácil de ser derrubado. Realmente, aduz o voto vencedor do agravo regimental que ‘não basta que a entidade privada tenha sido declarada de utilidade pública pelo Governo Federal e reconhecida como de assistência social sem fins lucrativos’, sendo imperativa a celebração de convênio com o Município de São Luís para tanto e impensável a interferência do Poder Judiciário na liberdade de contratar deste.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 241757/MA. Agravante: Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão – ADAMA. Agravado: Município de São Luís. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 29/06/1999. DJ 12/08/1999. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

Em segundo lugar, apesar do disposto no art. 208, §§ 1º e 2º, da Constituição, segundo o qual o ensino obrigatório é direito público subjetivo cujo não-oferecimento ou oferta irregular importa em responsabilidade, o referido voto vencedor não considera que o direito ao ensino fundamental – único tido como obrigatório, consoante o art. 208, I, da Lei Maior – configure direito líquido e certo para fins de mandado de segurança, findando por negar provimento ao agravo regimental.

No que respeita à adequação do mandado de segurança como via processual para defesa do direito líquido e certo encartado no art. 208, §§ 1º. e 2º., da Constituição a decisão incorre num desvio de enfoque, pois alega que o mandado de segurança não é o remédio processual adequado para apuração da responsabilidade pela omissão na prestação do ensino fundamental requerida. Claro que não é e nem isso foi pedido, havendo sido o §2º. do prefalado art. 208 citado apenas para demonstrar a natureza do direito ao ensino fundamental de direito público subjetivo líquido e certo, dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata. A existência de desvio de verba pública que deveria ser destinada à educação e de agentes públicos responsáveis tanto por isso quanto pela omissão na prestação do ensino fundamental em São Luís pode perfeitamente ser mencionada numa ação de mandado de segurança; o que não se pode é intentar mandado de segurança visando à apuração dessas responsabilidades, mas, *in casu*, o pedido não cogita em tamanho disparate. Aqui, os fatos aduzidos pela impetrante para contextualizar a demanda foram embaralhados com o pedido e utilizados para elaborar uma argumentação superficial e falaciosa.

Em suma, o voto do agravo regimental deveria ater-se a apreciar a admissibilidade do recurso extraordinário, mas seu prolator não conseguiu conter-se ante o mérito, enfrentando-o, em linhas gerais, somente quanto ao pedido alternativo e aos aspectos equivocados do pedido principal, o que revela sua predisposição negativa quanto à justiciabilidade do direito à educação na dimensão coletiva, que representa o pedido principal ignorado. Sequer a ementa revela qualquer ítem do pedido principal. Na pequena abordagem que faz ao pedido principal, o voto do relator calca aos pés o art. 208, §§ 1º. e 2º., da Constituição, ao declarar que aquilo que a Carta de 1988 denomina direito público subjetivo passível de ensejar apuração de responsabilidade pela violação não se enquadra no conceito de direito líquido e certo.

No contexto do mesmo agravo regimental, o Min. Marco Aurélio Melo exara voto – infelizmente vencido – em sentido diametralmente oposto ao do entendimento do relator, no qual sustenta que a via eleita não é inadequada, bem como que o art. 208, III,

---

da Constituição Federal, possui aplicabilidade imediata, declarando que ‘há o direito líquido e certo dos deficientes físicos a essa educação, porque previsto na lei da República, na Constituição Federal’.<sup>64</sup> Aduz o referido Ministro que o aludido art. 208, III, a par dos arts. 212 e 213, todos da Lei Maior, ‘não foram relegados, no tocante à eficácia, a uma regulamentação futura’.<sup>65</sup> O Min. Marco Aurélio lança luzes ainda sobre: a) o fato de que os pedidos formulados no mandado de segurança são alternativos, de sorte que albergam a possibilidade de o impetrado escolher entre ambos, sendo sua prerrogativa dizer como cumprirá o dever que lhe cabe; b) o fato de que nenhum dos artigos da Constituição que embasam o pedido remete a lei regulamentadora, ‘a não ser quanto à definição do que se entenda – isso já temos – como escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas’.

O referido voto do Min. Marco Aurélio Melo esclarece que, em sendo acolhido o pedido principal, daí não recorre que o STF estaria impondo ao impetrado nem a celebração de convênio nem a prestação do ensino fundamental aos deficientes auditivos, mas sim que estaria comandando ao mesmo escolher, a seu talante, entre essas duas opções para satisfação da obrigação que lhe toca. O referido voto vencido, aliás, é o único que, ao analisar o mérito, centra sua análise no pedido principal.

Em suma, é ainda bastante arraigado no STJ e no STF o entendimento contrário à atuação do Poder Judiciário contra omissões inconstitucionais deduzidas em ações que, no afã de efetivar os direitos fundamentais à saúde e à educação em prol da coletividade, postulem a criação de despesa orçamentária e/ou o bloqueio de recursos públicos. Na tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação, existe, portanto, uma tendência comum de julgamento das retrocitadas cortes caracterizada pelo conservadorismo - que almeja não interferir nas questões atinentes à não-implantação dos direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva – e pelo formalismo – que viabiliza a manutenção da posição conservadora, por meio de obstáculos procedimentais fincados entre a causa e a apreciação de mérito.

O formalismo desempenha uma finalidade específica no âmbito da tutela coletiva dos direitos à saúde e à educação – que quando deferida implica a geração ou majoração

---

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 241757/MA. Agravante: Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão – ADAMA. Agravado: Município de São Luís. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 29/06/1999. DJ 12/08/1999. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 241757/MA. Agravante: Associação dos Deficientes Auditivos do Maranhão – ADAMA. Agravado: Município de São Luís. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento: 29/06/1999. DJ 12/08/1999. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em: 25/11/2007.

de despesa pública orçamentária: a de permitir uma sobrevida à negação da força normativa dos direitos fundamentais à saúde e à educação, visto que no atual estágio de evolução do Direito Constitucional, é problemática a negação pura e simples da normatividade de qualquer parcela da Constituição, o que dificulta, no âmbito de uma decisão de mérito, a subsistência do conservadorismo sem o formalismo para ampará-lo.

Nessa ordem de idéias, verifica-se a instauração de um círculo vicioso, no qual as barreiras processuais formalistas sustentam a posição conservadora do STJ e do STF, a qual, concomitantemente, alimenta a manutenção do formalismo, que se traduz numa retórica falaciosa diuturnamente violadora da Constituição sob o pretexto de assegurar a observância de regras de índole inferior, cuja interpretação pode sem grande esforço ser realizada em conformidade com a Lei Maior.

Em virtude disso, a jurisprudência dessas cortes na tutela coletiva da saúde e da educação configura verdadeiro laboratório para estudiosos da escola jurídica do realismo norte-americano, sobretudo da doutrina de Jerome Frank, segundo a qual a decisão judicial é desenvolvida de modo retrospectivo, partindo-se da conclusão para em seguida construir-se artificialmente as premissas que a embasam.<sup>66</sup>

Há evidentemente, também, decisões que resultam na concessão da intervenção no orçamento público para efetivação do direito à educação em sua dimensão coletiva (não encontramos exemplar concessivo referente ao direito à saúde coletivamente considerado), seja dando provimento a pedido nesse sentido, seja negando provimento a recurso destinado a impedir a referida intervenção. Elas, todavia, se destinam, quase sempre, a determinar a criação de vagas em creches, política pública educacional menos onerosa e menos complexa que as demais constitucionalmente asseguradas, cuja imposição, dessarte, representa uma ingerência de menor monta no orçamento público e nas atribuições da Administração Pública. Dessa categoria, citamos as seguintes:

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;II -

<sup>66</sup> FRANK, Jerome apud ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 24-26.

progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5- Um País cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus

delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido.<sup>67</sup>

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª. Turma. Recurso Especial n. 575280/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. José Delgado. Relator(a) p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 02/09/2004. DJ 25/10/2004, p. 228. Disponível em <<http://stj.gov.br/>>. Acesso em 25/11/2007.

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário n. 410715/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator(a): Min. Celso de Melo. Data de julgamento: 27/10/2005. DJ 03/02/2006. Disponível em <<http://stf.gov.br/>>. Acesso em 25/11/2007.

Considerando que a Constituição alçou os direitos à educação e à saúde ao patamar jusfundamental, que lhes dotou de aplicabilidade imediata, intangibilidade e vinculações orçamentárias, minudenciando inclusive algumas das políticas públicas destinadas a implementá-los, é clarividente que sua concretização consiste em um dos principais escopos do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo legislador constituinte em 1988 – a saber, o de um Estado Social e Democrático de Direito -, não podendo, dessarte, a atuação do Poder Judiciário destinada a efetivá-los, diante das omissão dos demais poderes da República, sequer ser entendida como ‘intervenção’ no orçamento público, mas sim como exercício de função jurisdicional típica.

Utilizamos reiteradamente aqui o termo ‘intervenção’ para denominar o bloqueio de recursos públicos, ou a geração de despesa pública no orçamento dos entes federados, simplesmente porque traduz mais facilmente o significado que tencionamos transmitir, tendo em vista o histórico manejo exclusivo de verbas públicas orçamentárias pelo Poder Executivo, mas entendemos imprescindível esclarecer que só podemos falar em ‘intervenção’ nesses casos porque nem sempre a evolução do conhecimento se reflete numa linguagem rigorosa do ponto de vista científico. Não é outra a razão pela qual continuamos a declarar, após quinhentos anos das descobertas de Copérnico e Galileu, que ‘o Sol nasce’ e ‘o Sol se põe’.

De todo o exposto, concluímos que o maior limite imposto pelo STJ e pelo STF – como também pelos demais tribunais do País - à intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação no âmbito da tutela coletiva não reside nos obstáculos formais que erguem contra o princípio do Acesso ao Poder Judiciário nesse setor, nem na inexistência de recursos públicos suficientes para tanto (alegação que raríssimas vezes é comprovada por quem a formula nem investigada pelo órgão jurisdicional). Com efeito, o nó górdio das ações que pleiteiam a efetivação dos direitos fundamentais à educação e à saúde consiste precisamente na interpretação conferida ao art. 2º. da Lei Maior, segundo a qual falece autoridade ao Poder Judiciário para determinar a realização de políticas públicas.

A importância, para o deslinde das ações coletivas em saúde e educação, da concepção do Poder Judiciário sobre o princípio da Separação de Poderes é tamanha que praticamente todos os demais obstáculos ideológicos nelas desenvolvidos têm-na como fonte principal, razão pela qual havemos por bem, ao analisar separadamente a ideologia da jurisprudência, centrar o foco dessa análise na interpretação do princípio da Separação de Poderes, o que fazemos no tópico que segue.



### 4.3. Crítica da ideologia da jurisprudência

#### 4.3.1. O senso comum teórico dos juristas: elemento ideológico do discurso jurídico

Embora constitua um significativo avanço - se considerarmos a raiz lusa conservadora, contra-revolucionária (avessa às bandeiras da Revolução Francesa) e socialmente indiferente dos tribunais brasileiros -, a jurisprudência do STJ e do STF sobre intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva não tem refletido as concepções da Nova Hermenêutica constitucional, ou seja, da Hermenêutica pós-reviravolta lingüístico-pragmática.

Procedendo a uma análise do conjunto de decisões a respeito da intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para implementação de políticas públicas em saúde e educação, verificamos haver ainda um longo caminho a percorrer para apartar suas fundamentações do que Warat denomina sentido comum teórico dos juristas.

Com efeito, leciona Luis Alberto Warat que o sentido comum teórico, base do discurso jurídico no Brasil, compõe-se de um horizonte de sentido formalista de raiz positivista.<sup>69</sup> Ele alia a convicção de que o papel do operador do Direito é reproduzir o sentido verberado (exclusivamente) pela lei a um descomprometimento com a tarefa de transformação social que também toca à Ciência Jurídica desde o movimento racionalista que embasou a Revolução Francesa.

Realmente, os juristas que pautam seus discursos no senso comum teórico crêem que apenas ‘reproduzem o que está contido na lei’ e que, se a decisão do caso resultante da justaposição da lei sobre o fato não se revelou justa, ‘deve-se modificar a lei’, como se o texto da lei prescindisse de interpretação ou albergasse apenas uma possibilidade interpretativa.<sup>70</sup> Além do mais, tal posicionamento demanda para sua sustentação uma atividade legiferante que acompanhe a velocidade e multiplicidade das mudanças sociais, o que a história demonstra ser inexecutável.

A construção interpretativo-jurisprudencial como mecanismo de garantia da normatividade dos textos legislativos é inconcebível onde domina o senso comum teórico. Consoante Streck, o sentido comum teórico conduz ao conformismo dos operadores jurídicos, que, inconscientes de seu papel ativo na elaboração do sentido da norma, bem como da responsabilidade pela distribuição de justiça que lhes cabe,

---

<sup>69</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 57 e segs. v. 2.

<sup>70</sup> Idem. Ibidem, 1995, p. 82.

pensam estar apenas aplicando subsuntivamente dispositivos legais a fatos previstos, e não buscando extrair - da conjugação do texto legal com o contexto fático - soluções ainda não aventadas, destinadas à materialização da justiça no plano concreto.<sup>71</sup>

Conforme o senso comum teórico, que foi plasmado no Brasil ao longo de séculos de interpretação semântica positivista, os dispositivos legais e a jurisprudência assentada são o Direito pronto e acabado, nada havendo que lhes adicionar, como se a sociedade fosse estática e não criasse a cada dia novas pretensões, novas realidades conflituosas.

O operador do Direito dominado pelo senso comum teórico é o magistrado teorizado por Montesquieu: um mecânico aplicador de regras que não trabalha com os conceitos jurídicos nem precisa compreender a realidade sobre a qual incidirão, pois entende tais conceitos como algo pronto e acabado, puro e imutável, limitando-se a aplicá-los como um delegado do Poder Legislativo.

O intérprete vítima dessa ideologia pode até se permitir um exercício crítico do arcabouço legislativo em confronto com a realidade, mas apenas no plano das idéias, como o faria Pilatos, sem avançar para uma utilização do resultado dessa crítica, com o que satisfaz sua consciência pouco exigente, visto que, no plano prático,

[...] quando submetido à pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica. [...] ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (tão somente) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassam o teto hermenêutico prefixado (horizonte de sentido).<sup>72</sup>

A argumentação jurídica é um espelho que reflete tanto os elementos dogmático-jurídicos quanto ideológicos dos argumentos formulados. O senso comum teórico dos juristas brasileiros revela-se sem pejo como viés ideológico da fundamentação de suas decisões e petições. Warat, há trinta anos, já discorria não somente acerca da existência de elementos ideológicos nas argumentações jurídicas efetivamente empreendidas, como sobre a constatação de que toda teoria da argumentação possui uma carga ideológica. Com efeito, já em 1977, logo um ano antes da primeira edição da teoria da argumentação de Alexy, Warat descrevia a argumentação jurídica como “uma reflexão processada a partir da ideologia”, pois tem “como ponto inicial básico o pensamento ideologizado”.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

<sup>72</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 66-67.

<sup>73</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 95. v. 1.

Alexy, igualmente, aduz, em sua Teoria da Argumentação, que o ponto de partida do discurso é formado pelas convicções normativas, interesses, interpretações de necessidades e informações empíricas de quem o desenvolve.<sup>74</sup>

Logo, mesmo as mais perfeitas teorias procedimentais da argumentação postas são em prática sobre um elemento ideológico. A percepção desse fato encontra amparo teórico na ontologia hermenêutica de Heidegger e na ontologia hermenêutico-dialética de Gadamer, as quais demonstraram a presença de um horizonte de sentido do intérprete – composto pela sua pré-compreensão, que envolve ideologia, inclinações pessoais, preconceitos, bagagem intelectual, enfim, toda a individualidade com a qual se parte em busca de conhecer - em interação com o horizonte de sentido da coisa interpretada.

O senso comum teórico dos juristas é o elemento ideológico de que partem os operadores do Direito no Brasil e cujo conteúdo retarda a adoção de medidas pelo Poder Judiciário coerentes com a normatividade da Constituição Federal de 1988 e dos direitos fundamentais que consubstancia.

No que respeita ao presente estudo, é a normatividade dos direitos fundamentais à saúde e à educação que constatamos estar sendo sistematicamente solapada pelo senso comum teórico dos operadores do Direito de nosso País.

Quando abordamos o senso comum teórico dos juristas brasileiros como obstáculo ideológico à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação, não estamos tratando da necessária ponderação em caso de colisão entre princípios constitucionais, que vez ou outra impõe a aplicação de apenas um dos preceitos em conflito, mas sim de uma prática jurisprudencial antiga e generalizada de negar a aplicabilidade imediata a esses direitos fundamentais tendo em vista a incompletude semântica das normas que os consubstanciam, bem como em razão do repúdio à determinação da implementação de políticas públicas aptas a concretizá-los por importarem em atuação jurisdicional sobre o orçamento e a gestão administrativa do Estado.

Partindo das lições de Gomes Canotilho e aplicando-as à Constituição de 1988, temos, em ordem decrescente de hierarquia e abstração, o princípio do Estado Democrático de Direito como ‘princípio fundamental estruturante’, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da Igualdade como ‘princípios fundamentais gerais’ e os direitos fundamentais como ‘princípios constitucionais especiais’.<sup>75</sup> Fora dessas categorias de princípios temos as regras constitucionais, as quais não se

---

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 47.

<sup>75</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 128 e segs..

sobrepõem aos princípios com os quais porventura conflitem e que são aplicáveis por meio da técnica *all or nothing* (tudo ou nada).

A ponderação como técnica interpretativa destinada à harmonização de princípios que entram em tensão, na hipótese *sub examen*, verifica-se quando os direitos fundamentais à saúde ou à educação têm sua incidência total ou parcialmente sacrificada em virtude de outro princípio (seja fundamental estruturante, fundamental geral ou constitucional especial) que, diante das circunstâncias de fato e de direito da causa imponha sua aplicação, situação na qual não há malferimento à normatividade constitucional, e sim plena efetivação da Lei Maior, cujos princípios não são absolutos nem o poderiam ser.<sup>76</sup> Numa expressão que retrata fiel e precisamente o estado de tensão e mútua restrição em que coexistem os princípios constitucionais, Germana Oliveira Moraes alude à sua ‘tentação escorpíônica’.<sup>77</sup>

A interpretação pragmática que discursivamente explicita a necessidade de prestigiar outro princípio constitucional cuja aplicação se imponha à dos direitos fundamentais à saúde e à educação em uma determinada situação concreta em nada ofende a normatividade constitucional. Conforme demonstramos no tópico 4.2, a posição hermenêutica do STJ e do STF, ao estabelecer, na tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação, critérios para a concessão da tutela jurisdicional, visando a mitigar a violação ao princípio da Igualdade decorrente do dispêndio individualizado de recursos públicos coletivos, realiza precisamente uma interpretação pragmática na qual utiliza a técnica da ponderação.

Assaz importante é esclarecer que o problema não reside em existirem elementos ideológicos no ato de interpretar e, portanto, de a interpretação resultar num discurso jurídico ideologizado em alguma medida, pois é inevitável a penetração de elementos advindos da individualidade do intérprete, ou seja, oriundos de sua pré-compreensão – como suas crenças, o cabedal intelectual de que seja dotado etc. – na interpretação.

O texto da norma constitucional objeto de interpretação pertence à categoria denominada por Dilthey como ‘expressão de vida’. Trata-se de uma objetivação do espírito humano, logo, é de sua índole conter traços ideológicos oriundos dos espíritos de seus elaboradores. Por outro lado, não há como conhecer/interpretar sem projeção

---

<sup>76</sup>ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87 e segs. Cf. também DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>77</sup>MORAES, Germana Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 187-188.

das concepções ideológicas do intérprete sobre o objeto da interpretação – *in casu* o texto da norma constitucional, o qual também contém sua ideologia.

A existência de elementos ideológicos só se torna prejudicial quando o intérprete não procura confrontá-los com a ideologia que exsurge do texto normativo, quando o intérprete, inconscientemente, deixa-se dominar pela própria carga ideológica, não desenvolvendo uma autocrítica da ideologia.

A admissão do indefectível elemento ideológico oriundo da pré-compreensão do intérprete e do elemento ideológico subjacente ao Texto constitucional/legal interpretado não transmuta a interpretação num exercício de voluntarismo e subjetivismo. Conforme destacamos no tópico 2.6, o resultado dessa interação da tradição do intérprete (pré-compreensão) com aquilo que o texto comunica é um confronto dialético de dois horizontes significativos, cujo resultado é a fusão de horizontes, de maneira que, quando o intérprete é consciente da existência de sua pré-compreensão e do papel limitado que ela deve desempenhar no processo interpretativo, submete mais facilmente suas concepções ideológicas, que integram seu horizonte significativo, à ideologia manifestada pelo horizonte significativo da coisa a ser interpretada.

Transpondo-se tal processo, designado por Gadamer ‘dialética da compreensão’, às causas coletivas em matéria de direitos fundamentais à saúde e à educação, é mister aduzir que a ideologia constitucional só não prevalecerá se o intérprete não pesquisar qual a ideologia subjacente à Constituição Federal de 1988 e, especificamente, ao seu catálogo de direitos fundamentais. A atitude hermenêutica de quem adota a supremacia constitucional como limitação do discurso/interpretação jurídica é a de buscar extrair e expor no discurso interpretativo as idéias que o Texto Constitucional acatou (sua ideologia), quer se compatibilizem, quer conflitem com as suas próprias, assumindo concomitantemente os consensos e dissensos que alimenta com a ideologia da Lei Maior, para permitir a todos visualizar e eventualmente controlar o processo dialético de interpretação por meio da crítica às posições manifestadas.

Equivocado se nos afigura, portanto, o intérprete não admitir a bagagem ideológica com a qual interpreta, não permitindo assim a autocrítica e a crítica dessa carga ideológica. Com relação à Constituição, a atitude acrítica revela-se extremamente nociva quando a influência sistemática dos elementos ideológicos resulta em frustração continuada, diuturna, da cogência e imperatividade de um ou alguns de seus dispositivos, mormente os dotados de aplicabilidade imediata – como, *v.g.*, os que

encartam os direitos fundamentais -, sendo esse precisamente o efeito da atividade interpretativa quando nela a ideologia constitucional é sobrepujada por outra ideologia.

Um dos principais limites do discurso jurídico elaborado no âmbito do processo - tão bem identificados por Alexy - é a necessidade de obediência às leis escritas.<sup>78</sup> Friedrich Muller, no mesmo sentido, reconhece no texto da norma escrita o limite inicial e final da sua interpretação.<sup>79</sup> Essas preciosas lições, aplicadas à interpretação constitucional, permitem concluir que, embora o intérprete a encete partindo da sua carga ideológica, é a ideologia albergada pelo Texto Constitucional que deve prevalecer e ser verberada nas decisões judiciais.

Eros Roberto Grau de há muito vem lecionando sobre a existência de uma ideologia contrária à ideologia constitucional, a qual denomina 'ideologia jurídica', caracterizada por conferir apenas eficácia retórica aos preceitos constitucionais de índole social, afirmando a existência e normatividade de tais dispositivos no plano ideal, porém adiando indefinidamente sua concretização no plano real.<sup>80</sup>

O combate à ideologia contrária à normatividade dos direitos fundamentais e, pois, dos direitos fundamentais à saúde e à educação, só pode ser feito mediante uma teoria material da argumentação jurídica, centrada na desconstrução das manifestações ideológicas incompatíveis com a ideologia constitucional, por intermédio da problematização e da crítica aos argumentos ideológicos que as compõem.

Os reais empecilhos à efetivação dos direitos fundamentais em geral e, especificamente, dos direitos fundamentais à saúde e à educação, principalmente em sua dimensão coletiva, devem exsurgir endoprocessualmente, na análise dos fatos e do direito de que trata o processo, e não aprioristicamente, por meio da assunção de atitudes interpretativas incompatíveis com a eficácia plena e, portanto, aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais.

Procuramos evidenciar, no tópico 4.2, tais posições, denominadas por Tércio Sampaio Ferraz 'procedimentos interpretativos de bloqueio' à efetivação dos direitos fundamentais.<sup>81</sup> Podemos elencar como exemplo de procedimentos interpretativos de bloqueio aqui identificados a exigência de uma precisão semântica própria de regras, a

---

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 209-210.

<sup>79</sup> MÜLLER, Friedrichs. Métodos de trabalho do direito constitucional. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>80</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 333.

<sup>81</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

denegação de tutela jurisdicional de mérito em virtude de barreiras formais - como, v.g., quando o dispositivo constitucional jusfundamental é reproduzido *ipsis literis* em norma infraconstitucional, o STJ nega provimento de mérito pela excessiva constitucionalidade da matéria, e o STF concomitante ou sucessivamente recusa-se a apreciá-la em decorrência da interposição e indeferimento de recurso especial perante o STJ (seja qual for o fundamento do indeferimento, inclusive a constitucionalidade da matéria) -, dentre outras mais sutis.<sup>82</sup>

Denominador comum dos argumentos ideológicos contrários à normatividade dos direitos fundamentais (*in casu* à saúde e à educação), orientados ou não pelo senso comum teórico (que se liga mais a uma interpretação semântica e positivista), é sua aptidão para causar enorme desconforto em face de uma constituição – a Carta de 1988 – claramente afinada com a moderna Teoria da Constituição centrada na idéia da concretização dos direitos fundamentais do homem. Prova disso foi a mudança estrutural inaugurada pela Constituição de 1988, mediante a qual os direitos e garantias fundamentais foram positivados logo no vestíbulo do texto, indicando sua posição proeminente na nova ordem constitucional. Tais raciocínios estão deslocados no tempo, incomodando pela desestabilização do Estado de Direito que provocam. Formulados em claro descompasso em relação ao texto da Constituição, semeiam a insegurança jurídica adiando *sine die* o respeito a considerável de parcela de preceitos constitucionais.

A implantação de uma nova ordem constitucional após trinta anos de ditadura não pode ser feita sem mudanças estruturais no País, mas grande parte dos julgados retrocitados realizam manobras discursivas impressionantes para garantir a manutenção do *status quo* de omissão estatal na implementação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

#### 4.3.2. Crítica da jurisprudência do STJ e do STF na tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação

Uma visão panorâmica dos dados coletados acerca da tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante intervenção do Poder Judiciário no orçamento público revelam inicialmente que o STJ e o STF se consideram efetivamente interventores nessa área e não agentes, no sentido de que entendem deva ser sua participação excepcionalíssima, cercada de cautela e limitada na maior medida possível.

---

<sup>82</sup>Consulte-se, a respeito dos prejuízos acarretados à efetivação dos direitos fundamentais pela interpretação semântica, o capítulo 3.7 deste trabalho, e acerca dos ‘procedimentos interpretativos de bloqueio’ à efetivação dos direitos fundamentais utilizados pelo STJ e pelo STF a análise jurisprudencial que realizamos no tópico 4.2 da presente dissertação.

Há, outrossim, e em consequência dessa visão ‘interventiva’ sobre o papel que desempenham, uma inclinação mais acentuada à realização da intervenção jurisdicional no orçamento público no âmbito da tutela individual da saúde, pois nesta a periclitada da vida em grande parte das demandas justifica a adoção de medidas extremas como o seqüestro de recursos públicos.

Quanto à intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização do direito fundamental à educação, identificamos, na jurisprudência do STJ, a preponderância de julgados deferindo a política pública educacional prevista no art. 54, IV, do ECA, em detrimento das outras igualmente positivadas por meio do referido art. 54, bem como algumas posições conflitantes entre si, no âmbito da Primeira Seção - à qual incumbe julgar as causas de Direito Público e que é integrada pela Primeira e pela Segunda turma da referida Corte.

Conforme expusemos há pouco, há uma alternância de entendimento acerca da possibilidade de conhecimento de recurso especial fundado em ofensa ao art. 54, IV, do ECA, pois alguns julgados consideram que, como o prefalado art. 54, IV, apenas reproduz o art. 208, IV, da Constituição, a causa seria de índole constitucional e não infraconstitucional, de sorte a exceder a competência do Superior Tribunal de Justiça.

No tocante à intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização do direito fundamental à saúde em demandas individuais, verificamos existirem no STJ três posicionamentos sucessivamente construídos numa espécie de evolução. Os dois primeiros introduzem indevidamente o art. 100 da Constituição no regime jurídico das ações e execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública. O terceiro não incorre no mesmo equívoco, aproximando-se do entendimento do STF tanto por isso quanto pela elaboração pragmática de requisitos para concessão da intervenção jurisdicional no orçamento público destinada a concretizar individualmente o direito à saúde.

A jurisprudência do STF relativamente à tutela individual dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, embora não denote em seus julgados a profícua flexibilidade do STJ, tem primado por um mais acentuado rigor científico no trato das questões materiais referentes e processuais adjacentes ao tema, não apresentando via de regra posicionamentos contraditórios entre si.

Relativamente à intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização do direito fundamental à educação individualmente considerado, o STF reproduz a inclinação ideológica do STJ de viabilizar predominantemente a política



pública educacional menos complexa e menos onerosa consubstanciada no art. 208 da Lei Maior, a saber, a prevista em seu inciso IV - que coincide *ipsis litteris* com a contida no inciso IV do art. 54 do ECA -, apesar de o retromencionado art. 208 conter outras políticas públicas educacionais igualmente importantes para a concretização do direito à educação.

Existe também no STF uma tese, diante de decisões concessivas do direito encartado no art. 208, IV, da Lei Maior, acerca da impossibilidade de conhecimento de recurso extraordinário, tendo em vista o trânsito em julgado dessas decisões e a autonomia do fundamento infraconstitucional (norma infraconstitucional regulamentadora). Especificamente nessas decisões, o formalismo do Pretório Excelso atinge seu ápice, produzindo afirmações como a de que a falta de vaga em creche pública para uma ou algumas crianças viola diretamente o art. 54, IV, do ECA e apenas 'indiretamente' o art. 208, IV, da Lei Maior.

Há uma infeliz confluência, em matéria de tutela individual da educação, entre a jurisprudência do STJ que verbera a impossibilidade de conhecimento de recurso especial fundado em ofensa ao art. 54, IV, do ECA pelo fato de que este apenas reproduz o art. 208, IV, da Constituição - o que revelaria a natureza constitucional da demanda - e a jurisprudência do STF que se posiciona no sentido da impossibilidade de conhecimento do recurso extraordinário pelo trânsito em julgado de decisão do STJ sobre a aplicação do art. 54, IV, do ECA, que seria fundamento autônomo da demanda. Esses entendimentos conjugados podem limitar demasiadamente o acesso ao Judiciário para tutela do direito à educação.

Logo, os limites impostos pela jurisprudência do STJ e do STF à intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação do direito à educação em sua dimensão individual são: 1. sua implementação apenas através das políticas públicas educacionais regulamentadas infraconstitucionalmente (o que não oferece maiores dificuldades, tendo em vista tratar-se a educação, após a Carta de 1988, de um dos setores mais beneficiados pela complementação de sentido legislativa infraconstitucional); 2. sua realização apenas em caráter excepcional e com o mínimo de ingerência possível nos assuntos tradicionalmente afetos ao Poder Executivo, privilegiando-se dessarte a política pública educacional apta a ser tutelada com menor dispêndio de recursos públicos e movimentação da máquina administrativa, a saber, a criação de vagas em cheches públicas já existentes; 3. a elaboração de interpretação formalista para viabilizar a tutela do direito à educação sem assumir o desgaste advindo do enfrentamento do Poder Executivo com a assunção declarada de teses jurídicas

contrárias à omissão deste; 4. o desenvolvimento de mecanismos processuais de filtragem para evitar a tutela jurisdicional de mérito nesse setor, considerado menos necessitado de proteção jurisdicional invasiva das atribuições do Poder Executivo que o direito à saúde, visto que, consoante o entendimento das aludidas cortes expresso em muitos julgados, ao contrário da saúde, a educação pode aguardar implementação por meio da atuação ordinária do Poder Executivo.<sup>83</sup>

A jurisprudência do STF acerca da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização do direito fundamental à saúde individualmente considerado desenvolve-se por intermédio de um discurso bem menos formal, promotor da necessária compatibilização entre o Texto Constitucional e a realidade.

Na tutela individual da saúde, o terceiro posicionamento do STJ e a jurisprudência do STF apresentam semelhanças inequívocas que indicam a formação de algo como um entendimento informalmente unificado sobre o assunto, cujos pontos de convergência permitem delinear os limites que ambas as cortes impõem à intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para concretização individual do direito fundamental à saúde.

Dessarte, em matéria de limites impostos pela jurisprudência do STJ e do STF no âmbito da tutela individual do direito à saúde, não há criação de obstáculos formais à apreciação do mérito das demandas, pruridos em arrostar os interesses do Poder Executivo omissos, nem construção de senda jurisprudencial destinada a evitar o julgamento de ações desse jaez. Pragmaticamente, STJ e STF exigem, para concessão do pedido de intervenção jurisdicional no orçamento público destinada a efetivar individualmente o direito à saúde: 1. existência de risco ao direito à vida; 2. a hipossuficiência de quem pleiteia a tutela do direito à saúde; 3. em caso de pedido de medida sub-rogatória como o seqüestro, o baixo custo da medida requestada em comparação com o advindo da imposição de multa cominatória.

Inspirados pela conexão entre o direito à saúde e o direito à vida, o STJ e o STF lograram desenvolver nesse setor um discurso jurídico bem mais sensível ao imperativo da normatividade constitucional e à realidade social do País. Embora seja lamentável que, ao contrário do legislador constituinte, não nivelem educação e saúde, mesmo porque só prestigiam a saúde como meio para proteção do direito à vida, merece aplauso e distinção a jurisprudência relativamente à intervenção jurisdicional no

---

<sup>83</sup> Cf., na qualidade de exemplo ilustrativo dessa tendência: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Turma. Recurso Especial n. 782196/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator(a): Min. Eliana Calmon. Data de julgamento: 13/03/2007. DJ 22/03/2007, p. 326. Disponível em <<http://stj.gov.br/>>. Acesso em 25/11/2007.

orçamento público para efetivação do direito fundamental à saúde individualmente considerado, na qual o nível semântico da interpretação jurídica é transcendido e complementado pela interpretação pragmática.

Realmente, os direitos à saúde e à educação, embora possam ser exigidos individualmente, assistem a coletividade. A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 196 o princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, bem como, mediante o art. 208, o princípio da universalização do ensino fundamental gratuito e da progressiva universalização do ensino médio gratuito. Esse dado, a par da insofismável limitação dos recursos orçamentários existentes para garantir sua concretização, da desigualdade das condições de acesso individual ao Poder Judiciário para pleiteá-los e da concomitância da vigência do Princípio da Igualdade, consubstanciado no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, apontam no sentido de que a elaboração pragmática de requisitos para sua tutela individual faz-se necessária, a fim de que a distribuição individual dos recursos da fatia orçamentária atinente à saúde e à educação não configure um favorecimento aos poucos que logram acesso à justiça nem comprometa a implementação dos direitos à educação e à saúde em sua dimensão coletiva.

A crescente tutela individual dos direitos à saúde e à educação é um claro indicador do fracasso administrativo na implementação das políticas públicas aptas a conferir concretude aos direitos à saúde e à educação. A tutela individual, porém, não é o mecanismo adequado à correção de tal distorção, podendo quando muito configurar um paliativo para situações emergenciais.

Realmente, não vemos inconstitucionalidade nem equívoco na imposição de condições à referida tutela individual desses direitos, visto que sua efetivação na dimensão coletiva – esta sim almejada e aparelhada pela Carta de 1988 - requer recursos de elevada monta, sendo portanto salutar toda parcimônia no dispêndio de recursos orçamentários em tal setor. Ademais, a distribuição indiscriminada de tutela jurisdicional individual nessa área acarreta flagrante e insofismável violação ao princípio constitucional da igualdade, pois aqueles aquinhoados com o deferimento de seus pedidos judicialmente formulados são erigidos a um patamar diferenciado com relação à imensa maioria dos cidadãos, que não têm suas demandas em saúde e em educação igualmente tuteladas pelo Estado.

Havendo o legislador constituinte traçado um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, edificado sobre a universalização dos direitos à saúde e à educação, cuja natureza essencialmente coletiva de sua previsão constitucional obriga

os três poderes da República a promover-lhe uma concretização em nível igualmente metaindividual, é inequívoco que sua efetivação jurisdicional individual trata-se de exceção voltada a evitar o perecimento total.

Não se trata aqui de subvalorizar a tutela individual dos direitos à saúde e à educação, que consiste numa decorrência da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais – da qual emanam as posições subjetivas de vantagens, faculdades e poderes - conjugada com sua dimensão objetiva, que submete todos os poderes estatais ao escopo de concretizá-los. O cerne do posicionamento aqui sustentado, isto sim, é a afirmação de que a Carta de 1988 almeja, sob clara inspiração do Princípio da Igualdade, a construção de um Estado Social que garanta ao universo da totalidade dos seus cidadãos os direitos à educação e à saúde, projeto que apenas pode ser implementado mediante a realização das políticas públicas aptas a assegurá-los em prol da coletividade.

Dessarte, a efetivação jurisdicional individualizada dos direitos à saúde e à educação, sobre não possuir aptidão para viabilizar a construção do Estado Social delineado pela Lei Maior – em virtude da escassez de recursos públicos aliada aos milhões de brasileiros carentes de tutela jurisdicional nesse setor -, entra em rota de colisão com o Princípio da Igualdade, de sorte que as exigências que lhe são pragmaticamente impostas configuram o resultado da ponderação entre o eventual direito (à saúde ou à educação) eventualmente concretizado e o prefalado princípio, a qual impõe sacrifícios a ambos.

A jurisprudência acerca da tutela individual do direito à saúde – diferentemente da jurisprudência sobre tutela individual do direito à educação – aproxima-se em grande medida do que preconiza a interpretação pragmática da Constituição, vale dizer, afina-se com os postulados da Nova Hermenêutica constitucional, os quais deveriam igualmente orientar a jurisprudência na tutela individual da educação, pois a Constituição de 1988 erigiu ambos os direitos sociais (saúde e educação) ao mesmo patamar, munindo-os em certos casos inclusive de importantes garantias paralelas, como, *v.g.*, a vinculação de parcelas do orçamento público.

Dessarte, a interpretação pragmático-constitucional no âmbito da tutela individual já é uma realidade em matéria de saúde que pode, com pequeno esforço de adaptação, ser transposta para a educação nas ações que consubstanciem situações nas quais a possível lesão a este direito caracterize, pelo risco de perecimento total, a necessidade de emergência em sua tutela.

Nessa altura das reflexões aqui desenvolvidas, consideramos suficientemente explicitados os principais aspectos, positivos e negativos, da interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão individual. Portanto, todo o restante da pesquisa volta-se a analisar somente a interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva.

A jurisprudência acerca da tutela coletiva dos direitos à saúde e à educação, todavia, revela outra realidade, na qual a Nova Hermenêutica constitucional não tem logrado penetrar, malgrado seu mais de meio século de história bem-sucedida nos sistemas jurídicos romano-germânicos dos países da Europa continental - como Alemanha, Itália, Espanha etc. -, nos quais a nata do pensamento jurídico brasileiro busca diuturnamente inspiração.

A começar pela ínfima quantidade, com relação à tutela individual, de julgados no STJ e no STF, defrontamo-nos com um dos mais complexos quadros jurisprudenciais surgidos sob o pálio da Constituição de 1988, ilustrativo do conflituoso encontro histórico da visão (ideologia) conservadora positivista e liberal que há séculos determina os rumos do País – com poucos lapsos de influência do trabalhismo como doutrina social (inaugurado na era Vargas e deposto a baionetas pelo golpe militar de 1964) - com a visão (ideologia) social democrata subjacente à Carta de 1988, texto dirigente voltado a fundar no Brasil um Estado Democrático e Social de Direito.

#### 4.3.3. Crítica da jurisprudência do STJ e do STF na tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação: princípio da separação de poderes como sustentáculo do estado de direito *versus* princípio da separação de poderes como obstáculo ao estado de direito

Conforme salientamos ao final da análise da jurisprudência, o principal componente da carga ideológica do discurso jurídico desenvolvido em sede de ações coletivas aptas a ensejar a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação reside na interpretação conferida pelo Poder Judiciário ao art. 2º. da Constituição Federal.

O entendimento do STJ e do STF acerca do significado que o art. 2º. da Lei Maior, no âmbito dessas demandas metaindividuais, infelizmente tem impedido a efetivação do disposto nas normas que consubstanciam os direitos à saúde e à educação.

Prova inquestionável dessa afirmação é, primeiramente, a pífia quantidade de ações desse jaez nas referidas cortes de justiça, ante o contexto social de colapso do sistema público de saúde e de inépcia do sistema educacional, em um panorama normativo de detalhamento com o qual os direitos fundamentais à saúde e à educação são positivados na Constituição Federal – para não mencionar o elenco considerável de garantias que os aparelham.

Em segundo lugar, a assunção, na interpretação da cláusula da separação de poderes da Carta de 1988, de ideologia divergente da ideologia constitucional, pois desfavorável à concretização das normas jusfundamentais atinentes à saúde e à educação, pode ser comprovada mediante a análise que explicitamos no tópico 4.2.3 do presente trabalho, a qual concluiu pela existência de uma tendência comum de julgamento do STJ e do STF caracterizada pelo conservadorismo - que almeja não interferir nas questões atinentes à não-implementação dos direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva – e pelo formalismo – que viabiliza a manutenção da atitude conservadora, por meio de obstáculos procedimentais fincados entre a causa e a apreciação de mérito.

A concretização coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação passa necessariamente pela visão do Poder Judiciário acerca dos lindes dentro dos quais deve atuar no Estado Democrático de Direito, pois tal concretização não pode ser realizada sem dar azo a repercussões sensíveis tanto no orçamento público quanto na gestão administrativa. Portanto, o entendimento do Poder Judiciário acerca da cláusula da separação de poderes é o elemento jurídico-ideológico subjacente à resistência quanto à idéia da justiciabilidade dos direitos à saúde e à educação em sua dimensão coletiva.

Considerando que o direito à saúde e o direito à educação constituem temas nos quais a regulamentação legislativa é sensivelmente mais desenvolvida do que em outros setores sociais, restam excluídas, em grande medida, as possibilidades nas quais o Poder Judiciário procede à atividade de regulamentação tipicamente legislativa para efetivá-los - embora seja indefectível a existência de uma carga de criatividade judicial na elaboração de decisões a tal respeito, tendo em vista a possibilidade de complementação de sentido jurisdicional das normas semanticamente abertas nessa matéria, e, pois, de criação de Direito pelos magistrados que, nesse sentido, desempenham um certo tipo de tarefa assemelhada à legislativa também nessa área.

A interpretação pragmática da Constituição que postulamos, aliás, implica utilização da criatividade judicial tão negada e combatida pelo positivismo jurídico, pois não obriga mas admite a criação de Direito, desde que observados os limites impostos

pelo Direito legislado, que dessa maneira se vê do Direito jurisprudencial para atualizar-se e – em razão da incompletude semântica em alguma medida presente em todos os textos legais – atingir sua plenitude de significação no âmbito do caso concreto.

Com respeito ao Poder Executivo, todavia, é que se colocam as mais aflitivas dúvidas sobre os limites de atuação do poder jurisdicional, pois a maioria dos magistrados brasileiros, assim como o STJ e o STF, ao visualizar o resultado prático que possivelmente pode advir de uma demanda coletiva nas áreas da saúde ou da educação, a saber, a construção de uma escola, a compra de equipamentos e ampliação do número de leitos em unidade de terapia intensiva de nosocômio, a reforma de hospital, a contratação de médicos, professores etc., recua chocado ante a iminência de estar invadindo o indevassável terreno das atribuições inerentes à Administração Pública.

Será, no entanto, que a separação de poderes implica uma rígida divisão de funções estatais estanques? O princípio da separação de poderes consiste apenas em divisão das funções inerentes ao poder político ou também é integrado pelo dever de controle recíproco? Em havendo omissão estatal no desempenho das atribuições constitucionais por um dos poderes, os demais estão impedidos de agir para colmatar a lacuna, tendo em vista a impossibilidade de adentrar a seara dos misteres do poder faltoso? Enfim, a cláusula da separação de poderes impede o controle recíproco dos poderes quanto à sua atuação na construção do modelo de Estado Social vazado na Constituição Federal? O princípio insculpido no art. 2º. da Constituição de 1988 veda o controle do Poder Executivo pelo Poder Judiciário no que tange à implementação de políticas públicas em saúde e em educação?

As respostas a essas indagações são fornecidas em remansosa doutrina, cujas principais contribuições procuraremos expor. Nenhuma delas, porém, é tão profunda, abrangente e objetiva no tratamento do assunto quanto a de Mauro Cappelletti, que, na obra *Juízes Legisladores*, o aborda sob o pano de fundo de uma análise tanto de sistemas jurídicos erigidos consoante a *Common Law* quanto de sistemas jurídicos seguidores do modelo europeu continental ou *Civil Law*.<sup>84</sup>

A amplitude de visão da tese de Cappelletti alçou-a, no âmbito do presente trabalho, à condição de vetor teórico básico da abordagem sobre os limites de atuação jurisdicional, cujos pontos dos quais discordamos – em sua maioria em razão das

---

<sup>84</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

peculiaridades do nosso ordenamento jurídico e contexto histórico – procuraremos evidenciar.

Não fosse o giro lingüístico filosófico e seus desdobramentos sobre a Hermenêutica jurídica, que resultaram na pragmatização da interpretação constitucional dos casos difíceis por meio de várias teorias da argumentação jurídica, provavelmente embasaríamos nossa consideração na obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de J. J. Gomes Canotilho, que se dedica a explorar, em suma, ‘o que deve e pode uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que estes podem e devem fazer para cumprir o comando constitucional’.<sup>85</sup>

Nossa perspectiva, todavia, pela sua harmonização aos postulados da Nova Hermenêutica, é a ‘do que o Poder Judiciário pode e deve fazer em prol do cumprimento das cláusulas (constitucionais ou não) do Estado Social’, precisamente o ponto debatido por Cappelletti. Tal esclarecimento é absolutamente necessário, pois o incomensurável valor do magistério de Canotilho para a efetivação do Estado Social pode fazer crer na inafastabilidade da adoção de sua perspectiva de enfrentamento dessa questão.

Cappelletti traça um painel que começou a se delinear com a Revolução Industrial, que - ao massificar a produção, distribuição e consumo de bens e serviços - gerou uma série de tensões e relações sociais e jurídicas de proporções metaindividuais.

[...] cada vez mais freqüentemente, por causa dos fenômenos de massificação, as ações e relações humanas assumem caráter coletivo, mais do que individual: elas se referem preferentemente a grupos, categorias e classes de pessoas, do que apenas a um ou poucos indivíduos [...].<sup>86</sup>

Tais conflitos e relações jurídicas metaindividuais (nesse sentido, coletivas) deram azo ao surgimento de ações igualmente coletivas, e, portanto da tutela coletiva, mas o desdobramento mais importante dessa gama de interesses nascidos com a Revolução Industrial é o da assunção paulatina, pelo Estado, de novas funções. Consoante a análise de Cappelletti, a Revolução Industrial deu gênese a tensões e conflitos metaindividuais para cuja solução foi elaborado um novo tipo de Estado: o Estado-Providência ou *Welfare State*, o qual, incumbido de desempenhar numerosas tarefas para mitigar os efeitos negativos do capitalismo industrial, deu ensejo ao açambarcamento, pelos

<sup>85</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>86</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 57.



poderes Executivo e Legislativo, e em alguns países, também, pelo Poder Judiciário, de uma parcela crescente de atribuições e poder político.<sup>87</sup>

Fábio Konder Comparato leciona no sentido de que, antes da Revolução Industrial, ‘o conceito de política’ era ‘algo inexistente ou desimportante’ para a Teoria Jurídica.<sup>88</sup> Antes da Revolução Industrial, situando-se a política fora dos textos jurídicos, principalmente em seu aspecto de programa de ação ou atividade voltada a interferir no cotidiano da sociedade, não havia sentido em a teoria do direito se ocupar em defini-la ou tratar dos institutos que lhe são afins.

O fenômeno do avultamento dos deveres do Estado, da ingerência estatal na vida dos cidadãos e, conseqüentemente, do agigantamento do poder político dos poderes Executivo e Legislativo é denominado por Cappelletti como *Big Government*, o qual, uma vez instaurado, levou o Poder Judiciário a uma encruzilhada: permanecer nos estreitos e confortáveis limites que possuía sob o Estado Liberal pós-revolucionário ou assumir também novéis atribuições correspondentes às dos demais poderes, tornando-se, por conseguinte, o ‘terceiro gigante’.<sup>89</sup>

Os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.<sup>90</sup>

Fábio Konder Comparato aborda a transformação do Estado liberal em Estado-Providência, aludindo à ‘passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo’, ou seja, de um Estado que traçava poucas regras (*nomos*) de conduta a serem rigidamente observadas para um Estado que assume inúmeras finalidades (*telos*).<sup>91</sup>

Esse efeito do *Big Government* ou Estado telocrático de impulsionar o surgimento de um Poder Judiciário dotado de tarefas e poderes dilatados começou a fazer-se sentir na forma da revolta contra o formalismo no âmbito do Direito, verificada tanto nos

<sup>87</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993.

<sup>88</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, n. 737, p. 11-22, março/1997.

<sup>89</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 61. A expressão *Big Government* na verdade não foi cunhada, mas sim pinçada por Mauro Cappelletti das obras de grandes juristas norte-americanos, como Arthur S. Miller, que aborda em sua obra *Judicial Activism and American Constitutionalism: Some Notes and Reflexions* não somente o *Big Government* mas também fenômenos a eles correlatos como o *Big Business*, o *Big Labor*, etc..

<sup>90</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 47.

<sup>91</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, n.737, p. 11-22, março/1997.

sistemas jurídicos romano-germânicos quanto nos anglo-saxônicos do hemisfério ocidental – onde o capitalismo industrial surgiu e se desenvolveu em primeiro lugar –, pois as intrincadas e geralmente imprevisíveis relações jurídicas metaindividuais recém-nascidas com a Revolução Industrial não podiam ser solucionadas pelos mecanismos lógico-formais da Hermenêutica de feição clássica nem da estrita aplicação da técnica do precedente judicial.<sup>92</sup>

Na verdade, o Poder Judiciário vem sendo pressionado mais diretamente a assumir novas atribuições em prol da implementação do Estado-Providência pela intensificação – fruto do *Big Government* - da produção de Direito legislado. O aumento da produção de direito legislado, conseqüência da assunção de novas tarefas pelo Estado, representa outro fenômeno comum aos países que adotam a *Common Law* e a *Civil Law*, o qual acarretou a expansão do Direito jurisprudencial e, pois, do papel criativo dos juízes.<sup>93</sup>

Inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno, caracterizado incisivamente pelo conhecido jurista americano Grant Gilmore como ‘orgia de leis’. Obviamente, contudo, um aparelho administrativo sempre mais complexo foi e deve ser criado, com o fim de integrar e dar atuação prática a tais intervenções legislativas. O *welfare state*, na origem essencialmente um ‘estado legislativo’, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em ‘estado administrativo’ [...].<sup>94</sup>

Longe de ser um fenômeno restrito ao Brasil – atribuído pela *communis opinio* verberada na mídia nacional, inconscientemente influenciada pela velha concepção do Estado mínimo liberal, de que o Estado brasileiro tenta equacionar problemas por decreto -, o aumento da quantidade de textos legais e a diversificação dos assuntos legislados é uma realidade em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, que impulsionou e precedeu a ‘explosão do papel da jurisprudência como fator de adaptação do Direito às profundas transformações da nossa realidade social’.<sup>95</sup>

[...] o aumento do direito legislado na América, definido como verdadeira e própria ‘orgia legislativa’, longe de conduzir à diminuição da criação judiciária, constrangeu os tribunais a fazer uso de instrumentos até então inconcebíveis, de *judicial activism*, e isto antes de tudo com vistas a remediar a incapacidade do legislador de atualizar tempestivamente leis tornadas obsoletas.<sup>96</sup>

A relação entre Direito legislado e Direito jurisprudencial – entendido este como Direito produzido com ingredientes oriundos da criatividade judicial, sem as peias do

<sup>92</sup> Especificamente sobre a revolta contra o formalismo, vale consultar o tópico 3.1 do presente trabalho.

<sup>93</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 17-20.

<sup>94</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 39.

<sup>95</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 7.

<sup>96</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 19.

formalismo, afinado com o manejo da lógica do razoável – é de complementaridade e não de exclusão. A união dessas duas fontes de produção do Direito, acentuada na atualidade, ilustra a fusão entre razão teórica e razão prática que caracteriza a Ciência e a Filosofia desde a segunda metade do século XX, como decorrência do giro lingüístico-pragmático e do declínio do monopólio da razão teórica como mecanismo de produção de conhecimento, este advindo do fracasso do conhecimento por ela exclusivamente produzido em ensejar o progresso da humanidade na forma de emancipação do ser humano da opressão física, econômica, intelectual etc..

A criatividade da jurisprudência sempre existiu, em ambos os sistemas jurídicos ocidentais (*Common Law* e *Civil Law*). A mera declaração mecânica do Direito, o juiz a quem ‘bastam os olhos’ pois ‘onde esta (lei) é exata, o juiz a observa’ é uma ficção.<sup>97</sup> O magistrado em forma de ‘ser privado de alma’ ou ‘boca que repete as palavras da lei’ não existe.<sup>98</sup> Toda a doutrina relativa à neutralidade absoluta do magistrado não passa de uma deturpação construída sobre a idéia salutar da tripartição de funções estatais e controle recíproco com vistas a combater o arbítrio, rebaixando-a do patamar científico de idéia para o nível ilusório do mito: o mito da separação de poderes.<sup>99</sup>

Realmente, toda interpretação é, em alguma medida, criativa – ocorre na linguagem mediante a fusão do horizonte significativo do intérprete com o horizonte significativo da coisa interpretada. Nesse sentido, os juízes são, sim, legisladores.<sup>100</sup> Em sede da interpretação de direitos sociais, essa criatividade torna-se mais evidente porque – ao contrário do que ocorre na legislação clássica – os direitos sociais não são positivados por meio de normas que indiquem um comportamento que se considera correto em detrimento de condutas opostas desautorizadas, espécie de preceito que pode ser elaborado com nível razoável de determinação semântica.

Como percucientemente salientou Horácio Meireles Teixeira, cujo magistério analisamos no tópico 3.7, toda norma jurídica (texto de norma jurídica) possui certo grau de indeterminação semântica, vale dizer, não existe texto de norma jurídica escrita

---

<sup>97</sup> MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **O espírito das leis**. Tradução publicada sob licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial (editor Victor Civita), 1973, p. 91 e segs.

<sup>98</sup> RADBRUCH, Gustav apud AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 112.

<sup>99</sup> Cf., a respeito do mito da separação de poderes na forma de negação da indefectível criatividade judicial na interpretação/aplicação do Direito: AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 110-133.

<sup>100</sup> Consulte-se nesse sentido as lições de Heidegger e Gadamer, base filosófica da Nova Hermenêutica, sobre as quais discorreremos nos tópicos 2.5 e 2.6 deste trabalho.

que expresse a totalidade de significações que pode assumir em contato com a realidade.<sup>101</sup>

As normas que encartam direitos sociais prescrevem a implementação, geralmente gradual, de programas e políticas sociais, o atingimento de objetivos e finalidades e a adoção de princípios<sup>102</sup>, de sorte que se caracterizam por um acentuado grau de incompletude semântica, também definida simplesmente como ‘abertura’ ou ‘indeterminação’, o que enseja a necessidade de uma atividade criativa bem maior que em sede de outros preceitos jurídicos. Dessarte, não há norma jurídica sobre a qual não exista interpretação criativa, mas sim normas jurídicas com grau mais acentuado de interpretação criativa.

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve-se reiterar, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõem-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo também se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.<sup>103</sup>

O Direito jurisprudencial, produto da interpretação pragmática, possui aptidão para fazer o Direito legislado atingir sua plenitude de significação no caso concreto, pois permite uma fusão simbiótica entre o texto da norma e a realidade sobre a qual deve incidir, na qual são levadas em consideração variantes e nuances fornecidas pela questão litigiosa impossíveis de serem previstas pelo legislador e capazes de agregarem significados igualmente imprevistos aos signos utilizados por ele. Em se tratando de casos difíceis, a interpretação criativa, o direito jurisprudencial construído pragmaticamente, é uma necessidade vital, sem a qual a *quaestio juris* simplesmente não pode ser resolvida.

A novidade trazida pela reação ao formalismo - iniciada nos Estados Unidos da América e demais países seguidores da *Common Law*, com as escolas da Jurisprudência Sociológica e do Realismo, na Alemanha e em diversos países seguidores da *Civil Law*

<sup>101</sup> Conforme aludimos no tópico 3.7, embora tenha tido essa argúcia de percepção, o Jurista brasileiro não logrou transcender o horizonte semântico da cultura jurídica brasileira de sua época e a utilizou somente para criticar a adoção do critério da incompletude semântica para classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, o que todavia não retira o valor inestimável de suas lições (cf., a esse respeito, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254-255).

<sup>102</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 41.

<sup>103</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 42.

com a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre, e na França com a Escola da Livre Pesquisa do Direito, liderada por François Gény - não foi, portanto, a construção jurisprudencial de parcela do Direito, ou seja, a criação de Direito pelos magistrados, acontecimento definido por Cappelletti como ‘verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada’, mas sim o desmascaramento e defesa desse mecanismo de produção do Direito como válvula de escape contra o excessivo formalismo impeditivo da normatividade dos princípios constitucionais e como única via para solução dos casos difíceis.<sup>104</sup>

A necessidade de um Poder Judiciário dotado de mais atribuições e maior quinhão de poder político é, em última análise, decorrência da expansão administrativa e legislativa do Estado no sentido da assunção de uma agenda social que engloba desde os direitos à saúde e à educação até o direito à higidez ambiental, à proteção das minorias etc.

Cappelletti não deixa de mencionar o novo alento que o liberalismo político e econômico – nicho da teoria do Estado mínimo - recebeu nos primeiros anos após a queda do muro de Berlim em 1989, mas, com base nos mais renomados economistas da atualidade, como o prêmio Nobel de Economia oriundo da Stanford University, Kenneth J. Arrow, alerta para o fato de que essa tendência não se aprofundou nem se expandiu, não havendo revertido o fenômeno de assunção de tarefas pelo Estado provocado pelo *Welfare State*.

Com efeito, para o economista Kenneth J. Arrow, a insuficiência da ‘*invisible hand*’ de Adam Smith (mão invisível do mercado) para desincumbir-se de tarefas como, v.g., a proteção ambiental é que sua inclinação é no sentido da ‘maximalização do lucro’, vetor que muitas vezes aponta na direção inversa dos interesses ambientais e dos demais interesses salvaguardados pelo Estado-Providência. Desta forma, conclui Arrow, o Estado deve assumir a promoção da defesa do meio ambiente e de outras atribuições igualmente incompatíveis com a ‘maximalização do lucro’ como o combate ao congestionamento de tráfego.<sup>105</sup>

Os Estados Unidos da América, pelo fato de somar algumas das virtudes do capitalismo de mercado e do socialismo interventor, são um País definido por boa parte de seus mais proeminentes economistas, a exemplo de M. Abramowitz, presidente da ‘American Economic Association’ e também catedrático de Stanford, como uma

---

<sup>104</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 7.

<sup>105</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 37-39.

‘economia mista’.<sup>106</sup> Logo, mesmo o Estado no qual as lições de Adam Smith foram mais utilmente e mais longamente aproveitadas, encampou atribuições na área social e de proteção ambiental, em virtude da transformação operada no Estado moderno, das quais seus economistas não prevêem como nem quando se desvencilhará.

Este formidável crescimento do papel do estado em geral, e da função legislativa em particular, parece constituir na verdade um fenômeno bem longe de estar concluído.<sup>107</sup>

Dessarte, ao contrário do que pensa o senso comum, o modelo de Estado implantado nos Estados Unidos da América e também no Reino Unido – organizações estatais ícones do liberalismo político e econômico - consubstancia apesar disso a assunção de inúmeras tarefas inimagináveis sob o pálio do Estado liberal clássico, as quais provocaram o enorme crescimento da atividade legislativa (direito legislado) e o conseqüente avultamento das atribuições da Administração Pública e da interpretação criativa (direito jurisprudencial), ou seja, o aumento da produção de direito por órgãos do Poder Judiciário.

Nesses e em outros países desenvolvidos dotados de constituições concisas e isentas de cláusulas sociais, a formulação dos mecanismos do Estado-Providência ocorreu primeiramente por via legislativa (avultamento do Poder Legislativo), o que catalizou a criação de órgãos, departamentos e secretarias para dar cumprimento à legislação de *Welfare State* ou legislação social (avultamento do Poder Executivo), assim como o expressivo aumento da atuação política do Poder Judiciário por meio da dilatação da criação jurisprudencial de Direito (avultamento do Poder Judiciário).

Se nos Estados Unidos apenas a legislação infraconstitucional social e o aparato administrativo construído para implementá-la já induziram o pensamento jurídico e econômico norte-americano a identificar e dissecar o fenômeno do *Big Government* como catalizador do crescimento das atribuições e do poder político do Poder Judiciário, no Brasil - onde os fundamentos legislativos da construção do *Welfare State* são positivados na Constituição de 1988, que indica expressamente os interesses sociais que a nação deve defender por intermédio dos poderes constituídos e às vezes até mesmo a maneira de fazê-lo - torna-se fenômeno inegável (bem como irretrocedível – sem revolução ou golpe político, em razão da rigidez e da supremacia constitucionais –) a ocorrência do *Big Government*, vale dizer, a assunção de uma agenda social pelo Estado brasileiro que ampliou grandemente suas tarefas, modificando sua feição no

---

<sup>106</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 39.

<sup>107</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 35.

âmbito das três esferas de poder político, muito principalmente com relação ao Poder Judiciário.

No Brasil, o surgimento do *Big Government* ou Estado telocrático – salvo nos períodos de elaboração das constituições republicanas democráticas - não tem no Poder Legislativo a força de motor propulsor verificada alhures. Realmente, nosso sistema político – mercê de fatores como a tradição de autoritarismo dos longos períodos ditatoriais, a inexistência, nos períodos democráticos, de fidelidade partidária e voto distrital etc. – caracteriza-se pela forte ingerência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, levada ao paroxismo por meio de expedientes ilícitos como a formalização de alianças à custa de concessões de emissoras de rádio e televisão, da distribuição de cargos públicos e, até mesmo, recentemente, do pagamento de ‘mensalão’.

Dessarte, delineada a anatomia, fisiologia e atribuições (inclusive sociais) do Estado pela Constituição, o *Big Government*, no Brasil, tem funcionado na dependência quase exclusiva da atuação do Poder Executivo, que, encarnando a posição de locomotiva na condução do Estado, tem submetido tanto Legislativo quanto Judiciário, com raros episódios de insubordinação deste último. Conforme leciona Oswaldo Luiz Palu:

O Estado Intervencionista deslocou o eixo do poder para o Executivo (na realidade, o governo). Natural que as antigas relações entre os poderes tenham se alterado e um maior controle sobre aquele que é o centro do poder estatal tenha sido desenvolvida. O controle jurídico do poder somente se impôs pela insuficiência dos controles políticos do poder, e não por outro motivo qualquer.<sup>108</sup>

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen também reconhece a desproporcionalidade do avultamento das atribuições do Poder Executivo, com relação ao Poder Legislativo, em virtude do modelo de Estado-Providência que assumimos, aduzindo que:

Assim, as políticas públicas da ordem social traçadas na Constituição Federal já possuem mecanismos legais para aplicabilidade. Portanto, a função de implementação, hoje, cabe muito mais administradores, do que aos legisladores.<sup>109</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho traça um painel do período que antecedeu mais imediatamente a elaboração da Carta de 1988, ressaltando que a ação popular e a ação civil pública foram antecedentes da ampliação dos mecanismos de controle do Poder

<sup>108</sup>PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 158.

<sup>109</sup>FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

Judiciário sobre a realização, pelos demais poderes, do conjunto de atribuições assumidas pelo Estado brasileiro ainda durante o regime ditatorial.<sup>110</sup>

Esse movimento culminou com a elaboração da atual Lei Maior, que aumentou ainda mais não somente o rol de instrumentos para exercício desse controle como também ampliou sobremaneira o universo de atribuições do nosso modelo de Estado Social.

Luís Roberto Barroso dá-nos o testemunho da luta de sua geração em prol da eficácia constitucional, que se iniciou ainda sob o pálio da constituição ditatorial de 1969, a qual já continha direitos sociais positivados cujo anseio de concretização motivou a doutrina constitucional da época a buscar saídas em um contexto político no qual o Poder Executivo era o único e soberano poder da nação, mas onde, como hoje, já havia cláusulas do Estado-Providência carentes de efetivação, bem como normas e atribuições estatais sociais em profusão.<sup>111</sup>

Dessarte, a pressão do *Big Government* sobre o Poder Judiciário brasileiro não nasceu com a Carta de 1988, apenas avultou com ela - e não por causa da constitucionalização de direitos sociais, mas sim em virtude da implantação efetiva do Estado Democrático de Direito, visto que na ditadura muitos deles também eram constitucionalmente previstos, mas sem Estado de Direito as normas jurídicas não comandam ou pelo menos não bastam para o exercício do comando do Estado.

O Brasil, embora de maneira bem menos acentuada e aparelhada que na atualidade, aderiu ao *Welfare State* desde a Constituição de 1934. A expansão daí advinda das atribuições dos poderes Executivo e Legislativo em nosso País, característica da ocorrência do *Big Government*, é, dessarte, uma realidade anterior à atual ordem constitucional.

Portanto, o que singulariza o panorama brasileiro atual não é a existência de uma agenda social constitucional nem o gigantismo dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim o fato de que a real implantação do Estado Democrático de Direito, com a Constituição de 1988, vem ocasionando um movimento de pressão crescente sobre o Poder Judiciário para que assuma o papel de controle dos demais poderes em defesa da supremacia constitucional, muito principalmente no que concerne à efetivação da agenda constitucional social.

---

<sup>110</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988 - judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287 e segs.



O amesquinamento do Poder Judiciário, compatível com o Estado mínimo liberal e indefectível no regime ditatorial, tornou-se o calcanhar-de-aquiles, o foco de tensão e desequilíbrio da República brasileira pós-1988, na qual está cada dia mais difícil de sustentar a manutenção de larga medida de atribuições estatais insindicáveis. A doutrina jurídica brasileira assiste ao florescimento contínuo de teses no sentido da sindicabilidade estatal, visto que a Ciência é o primeiro repositório dos avanços ulteriormente prodigalizados no meio social, ao passo que a trincheira da jurisprudência das cortes superiores é a mais resistente à referida sindicabilidade, porque, em Direito, é a última, ou seja, é a que impõe as mudanças no plano concreto, é a que transforma Ciência (Jurídica) em realidade.<sup>112</sup>

A reação conservadora do STJ e do STF diante de sua nova missão, e, em geral, a reação conservadora do Poder Judiciário brasileiro perante o poder político de controle no qual o Estado Democrático e Social de Direito instituído pela Carta de 1988 o investiu, também foi adotada pelo Poder Judiciário em outros países diante de situação similar, a exemplo da havida na Itália, entre a promulgação de sua atual Constituição e a criação de sua Corte Constitucional, conforme nos relata o italiano Mauro Cappelletti, para quem

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas finalidades e princípios [...].<sup>113</sup>

Plauto Faraco de Azevedo, fundado nas idéias de Louis Althusser e Charles Eisenmann, identifica também a modificação operada no Estado como causa principal que fez irromper com força incontrolável a criatividade judicial ou criação jurisprudencial do Direito.<sup>114</sup> O mesmo autor enfatiza o equívoco da concepção do

<sup>112</sup> Além das diretamente citadas - malgrado o grande número de trabalhos nessa área nos últimos anos impedir a elaboração de um rol completo tanto quantitativa quanto qualitativamente - podemos mencionar exemplificativamente: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004; FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005; BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002; GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004; FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>113</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42.

<sup>114</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 111.

eminente comentador do Código Francês, Laurent, acerca da cláusula da separação de poderes, segundo a qual:

Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem a missão de fazer o direito, o direito está feito. Não há mais incerteza, o direito está escrito nos textos autênticos. Mas, para que os códigos apresentem esta vantagem, é preciso que os autores e os magistrados aceitem esta nova posição. Diria mesmo que se devem resignar a ela...fazendo o direito, os juristas e os magistrados usurariam o poder que dessa atribuição investiu-se [...].<sup>115</sup>

Nessa ordem de idéias, o aumento das atribuições e responsabilidades dos juízes decorre da transformação do Estado que o fez assumir atribuições em prol da coletividade, dando azo ao crescimento da produção legislativa de Direito, a qual alavancou o aumento da produção jurisprudencial de Direito, tanto para atualização do Direito legislado quanto para viabilização de uma interpretação/aplicação dos textos legais que deles extraía tudo o que podem oferecer em prol da concretização de normas voltadas ao atingimento de finalidades.

Logo, a permanência do Poder Judiciário dentro da estrutura e fisiologia que lhe foi traçada pelo Estado Liberal, perante o agigantamento do Poder Executivo e do Poder Legislativo, havido principalmente no século XX, serve à concepção laurentiana da idéia de tripartição do poder político estatal, ao mito da separação de poderes, mas impede o funcionamento do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) inerente ao princípio da separação de poderes, colocando a salvo de controle jurisdicional todo o arcabouço de novéis atribuições estatais adicionadas pelo Estado-Providência.

O poder político é uno, sendo a expressão ‘separação de poderes’ inadequada para designar o modelo de organização estatal adotado desde a Revolução Francesa. Na verdade, o que existe é uma tripartição de ‘funções’ próprias do poder político.<sup>116</sup>

No nascedouro, a idéia da separação do poder político absoluto em três funções estatais compunha-se do binômio divisão-controle. A divisão de funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário jamais foi um fim em si mesma para seus idealizadores, mas sim um mecanismo a serviço do sistema de controles recíprocos que impediria o ressurgimento do absolutismo, a dominação de um poder pelo outro.

O escopo da divisão de funções estatais, do fracionamento do poder político, é evitar a concentração excessiva de poder político em um só ente, órgão ou pessoa, e,

<sup>115</sup> BONNECASE, Julien apud AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 108-109.

<sup>116</sup> FREIRE JR., Américo Bedê. A separação de poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 238, p. 37-41, out.-dez./2004. Nesse sentido também: JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973.

assim, a derrocada do Estado de Direito pelo ressurgimento do autoritarismo, ao passo que o instrumento para atingimento desse objetivo é o sistema de controles recíprocos entre os poderes - denominado pelo constitucionalismo norte-americano *checks and balances* .

A omissão do Poder Judiciário no exercício de controle dos demais poderes com relação à satisfação da Constituição e das leis naquilo que relacionam-se com a agenda social assumida pelo Estado providência, deixando enorme parcela de atividade estatal isenta de fiscalização, resulta em clara violação dos propósitos do próprio Montesquieu, que pensou a tripartição do poder político estatal para combater o arbítrio absolutista oriundo da inexistência de controle sobre o poder político. Conforme precisa avaliação de Oswaldo Luiz Palu,

Insistir em ver o Poder Judiciário como mero executor das decisões políticas, adrede tomadas, negando-lhe a função de controle político – idéia que me parece incidível ao Estado Democrático de Direito – é volver ao início do constitucionalismo, conspurcando o próprio ideal de Montesquieu e Locke.<sup>117</sup>

Américo Bedê Freire Júnior igualmente interpreta o princípio da separação de poderes como instrumento para realização do projeto político de 1789 - vale dizer, combate ao absolutismo pela afirmação dos direitos fundamentais e o controle do poder político com vistas a garantir a inviolabilidade desses direitos -, o que leva o aludido autor a denominar qualquer interpretação da cláusula da separação de poderes que a transforme em embaraço à efetivação dos direitos fundamentais ‘um arrematado absurdo’.<sup>118</sup>

Realmente, atribuir à separação de poderes significado que acarrete o efeito de impedir a concretização dos direitos fundamentais é subverter a ordem da Teoria Constitucional, transformando a separação de poderes de ferramenta para defesa dos direitos fundamentais em mecanismo de violação dos direitos fundamentais, de sustentáculo do Estado de Direito em obstáculo ao Estado de Direito.

Hodiernamente, muitos doutrinadores se debruçam diretamente sobre o Espírito das Leis e empreendendo uma releitura da obra do Barão de la Bréde e de Montesquieu, na qual concluem que o mito da separação estanque do poder político em três poderes é uma idéia distorcida que não coincide com o pensamento do grande cientista político e jurista francês.

---

<sup>117</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120.

<sup>118</sup> FREIRE JR., Américo Bedê. A separação de poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 238, p. 37-41, out.-dez./2004.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho, afirma, por exemplo, que ‘no livro de Montesquieu, os três Poderes podem reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar de concerto’.<sup>119</sup> Eduardo García de Enterría igualmente declara não haver no ‘Espírito das Leis’ nenhuma base de sustentação para a idéia de divisão estanque entre os poderes estatais.<sup>120</sup>

Nunca houve uma divisão incomunicável dos poderes estatais como realidade, a exemplo do que esclarecem as lições de Cappelletti acerca da ‘verdade banal’ da produção jurisprudencial (criativa) de Direito. Como projeção equivocada da realidade, ou seja, como construção distorcida sobre um ideal científico, o mito da separação tem demonstrado uma enorme vitalidade, subsistindo durante muito tempo.<sup>121</sup>

Gomes Canotilho também sustenta que a teoria da separação de poderes foi vítima de um mito, segundo o qual Montesquieu postulou um sistema de incomunicabilidade entre as funções estatais, que não estariam cada qual sujeito ao controle e interferência dos demais.<sup>122</sup>

Gustavo Amaral traz à luz, com esteio na obra de Armin Uhler, o contexto histórico - de corrupção e entrelaçamento com o absolutismo do sistema judiciário - no qual os revolucionários engendraram o mito da divisão estanque de poderes para extirpar uma das chagas do *ancién regime*, creditando tal opção política à obra de Montesquieu.<sup>123</sup>

Um dos mais completos estudos sobre a construção do mito da estrita separação de poderes é de autoria de José Filomeno de Moraes Filho, o qual colaciona, dentre outros, o magistério de Kelsen, Duguit, Hariou e outros luminares da Teoria do Direito e da Teoria Política, procedendo a uma releitura crítica acerca do real significado do princípio da Separação de Poderes que igualmente desvela a fragilidade e caráter mítico da doutrina da divisão estanque de poderes.<sup>124</sup>

Nos Estados Unidos, onde o sistema de *cheks and balances* predomina na composição da cláusula de separação de poderes, desde os albores da proclamação de

---

<sup>119</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>120</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolución francesa y administración contemporânea**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 49 e segs..

<sup>121</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 110-133.

<sup>122</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.. **Direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

<sup>123</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 218-223.

<sup>124</sup> MORAES FILHO, José Filomeno. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e praxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; et. al.. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 152-197.

independência em 1776, não existe controvérsia digna de registro sobre a tarefa que o Poder Judiciário deve desempenhar no controle das decisões políticas.

Nos Estados Unidos sempre se entendeu que o Judiciário deveria ter forte presença no controle das decisões políticas. Não apenas A. de Tocqueville dissera-o em sua obra 'A democracia na América', como se percebe pelos arrestos de seu mais elevado tribunal.<sup>125</sup>

Em França, o princípio da separação de poderes durante séculos foi interpretado conferindo-se ênfase apenas à estrita divisão de funções estatais, razão pela qual a nova feição imprimida ao Estado pelo surgimento do Estado-Providência (em decorrência da Revolução Industrial) ensejou a criação de um órgão especial – no âmbito do Poder Executivo, mas dotado de independência equivalente à de um tribunal judiciário – destinado a resolver os conflitos entre os cidadãos e a Administração: o *Conseil d'État*.

Constrangido pelo discurso laurentiano, o Poder Judiciário francês não logrou equiparar-se aos demais na formação estatal pós-*Big Government*, mas não relegou as conquistas do Estado Social ao arbítrio, instituindo, isto sim, um mecanismo de controle quase-judiciário eficiente em razão da independência com que é exercido, o que evitou danos ao Estado de Direito francês.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho enfatiza que essa saída literalmente à francesa do Poder Judiciário, que não assumiu o controle dos atos da Administração, não resultou em prejuízo para a sociedade francesa, visto que o *Conseil d'État* vem primando por uma atuação corajosa e independente no exercício de tal função de controle.<sup>126</sup>

Alemanha e Itália criaram órgãos similares – respectivamente, o *Verwaltungsgerichtsbarkeit* e o *Consiglio di Stato*.<sup>127</sup> Posteriormente, esses e outros países com sistemas jurídicos baseados na *Civil Law* criaram as famosas 'cortes constitucionais', tribunais incumbidos de exercer o vácuo de controle jurisdicional dos poderes não assumido pelos retrocitados tribunais quase-judiciários e cuja forma de composição e prerrogativas destinam-se a dotá-los de poder equivalente ou mesmo superior aos dos poderes fiscalizados.

Em suma, os Estados de Direito da Europa continental, na impossibilidade ideológica de superar as concepções de Laurent sobre a separação de poderes, desenvolveram órgãos judiciários e quase-judiciários para não permitir aos poderes

<sup>125</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136.

<sup>126</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>127</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 48.

Executivo e Legislativo o arbítrio oriundo da insindicabilidade. Nos países seguidores da *Common Law* a função de controle e fiscalização é exercida reciprocamente pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contudo, nos Estados Unidos da América, em razão de limitações humanas e materiais do Poder Judiciário para tal fiscalização – como, v.g., necessidade de conhecimentos específicos –, foram criadas paralelamente as *adjudicatory agencies*, espécies de agências reguladoras, com atribuições similares aos dos órgãos quase-judiciários retromencionados, que não substituem mas compartilham e auxiliam o Poder Judiciário norte-americano no exercício de suas atribuições de controle dos demais poderes.<sup>128</sup>

No Brasil, cujo sistema jurídico baseia-se na *Civil Law* mas cuja estruturação do Estado e dos poderes inspira-se, desde a Proclamação da República em 1891, nos Estados Unidos da América, o Poder Judiciário nega-se a exercer o controle dos demais poderes quanto ao cumprimento das cláusulas constitucionais do Estado-Providência e não há órgão quase-judiciário incumbido de assumir essa tarefa.<sup>129</sup> Em suma, a estrutura é para o funcionamento de uma jurisdição una, cuja parcela de atribuições referente ao controle e fiscalização da observância dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, todavia, é declinada pelo Poder Judiciário, em última análise em virtude de uma concepção de *séparation des pouvoirs* insustentável, diante da ausência de organismos outros que se incumbam de tal controle, configurando-se assim clara violação ao princípio do Estado de Direito.

No Brasil, cujo sistema é de jurisdição una - vale dizer, onde inexiste um contencioso administrativo paralelo ao Poder Judiciário para exercício da função de controle dos atos e omissões da Administração Pública - há somente o gigantismo legislativo e administrativo, em um panorama no qual cláusulas do Estado Social são sistematicamente desconsideradas e, na prática, insindicáveis, tendo em vista a recalcitrância do Poder Judiciário em assumir integralmente a parcela da função jurisdicional atinente ao controle dos atos e omissões do Poder Executivo violadores da Constituição Federal e das leis.

Consoante explanação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pautada na doutrina clássica acerca do Estado de Direito e da Separação de Poderes, a função típica do Poder Judiciário, qual seja, a jurisdição, implica a atribuição de ‘apreciar ato de outro

---

<sup>128</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 50 e segs.

<sup>129</sup> Cf., no sentido da adoção pelo Brasil do modelo norte-americano da separação de poderes desde a Constituição de 1891: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 137; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 218.

Poder’, embora não para controlar e sim para ‘assegurar o império da lei’.<sup>130</sup> O referido autor destaca que os franceses se apegam a tal ponto à idéia da independência entre os poderes que não admitem seja a conduta do Poder Executivo sujeita ao crivo do Poder Judiciário, mas distingue esse peculiar posicionamento francês da doutrina clássica, sustentando que, em virtude do princípio da inafastabilidade do controle judicial (leia-se: inafastabilidade da tutela jurisdicional), enunciado explicitamente em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1946, não há como negar a pertinência à função jurisdicional da atribuição de apreciar conduta de outro Poder cuja inadequação à Constituição ou à lei seja argüida, pois, ‘na visão clássica já era admitido que o Poder Judiciário revise os atos administrativos que violassem direitos individuais’.<sup>131</sup>

É interessante e desmistificante mencionar, outrossim, que a atuação política e legislativa do Poder Judiciário, precisamente como legislador negativo, iniciou-se com o controle de constitucionalidade. Primeiramente, em 1803, nos Estados Unidos da América, cujo então presidente da Suprema Côrte engendrou a teoria do controle de constitucionalidade fundado em declaração expressa da Constituição norte-americana afirmando-se a norma jurídica suprema do País.<sup>132</sup> Posteriormente, em todos os países que adotaram esse instituto, dentre eles o Brasil, desde o início do regime republicano.

Logo, o ponto da divergência entre a doutrina clássica da Separação de Poderes e do Estado de Direito seguida no Brasil e a moderna interpretação desses pilares do Estado moderno não é - contrariamente do que ocorre de modo peculiar em França - a existência do poder de controle jurisdicional de atos e omissões dos demais poderes, mas sim a extensão de tal poder de controle.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, outrossim, colaciona o entendimento de Karl Loewenstein, para quem a doutrina de separação de funções de Montesquieu está superada hodiernamente, embora não a idéia da divisão das funções em si, pois considera que, atualmente, o poder político deve ser dividido em três tarefas fundamentais entre três entes distintos: a definição da política (*policy decision*), a execução da política (*policy execution*) e o controle da política (*policy control*).<sup>133</sup>

O magistério de Loewenstein não deixa dúvidas de que o elemento central do Estado contemporâneo é, como também ressalta Fábio Konder Comparato, as novéis

---

<sup>130</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>131</sup> Idem. Ibidem, 1994, p. 2-3 e 12.

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 425-426.

<sup>133</sup> Idem. Ibidem, 2003, p. 16-17.

finalidades que assumiu, ou seja, sua feição telocrática de direcionamento a fins dantes não constantes de sua pauta de atribuições, em função dos quais são pensadas e gestadas as políticas públicas. Nesse contexto, a inexistência de controle sobre as referidas finalidades é inconcebível.

Conforme Oswaldo Luiz Palu a idéia da separação de poderes e a noção dos freios e contrapesos são técnicas distintas que podem ser adotadas separadamente, mas que, todavia, foram enfeixadas em um só princípio pelos Estados Unidos da América e pelo Brasil, que estruturou suas instituições republicanas consoante o modelo norte-americano, esclarecendo que:

[...] ambas as teorias (separação e controle) foram transplantadas para os Estados Unidos da América [...] e inseriram ambas em sua Constituição de 1787, sendo que as duas limitavam o poder absoluto, objetivo maior dos revolucionários norte-americanos do século XVIII e da própria existência de uma Constituição escrita. Quando referem-se à ‘separação de poderes’ está também evidente, pelos mecanismos adotados pela referida Constituição, a doutrina dos ‘freios e contrapesos’ que, a rigor, não pressupõe uma separação de poderes. Não é difícil entender que, quando o Brasil moldou suas instituições republicanas com fundamento naquelas dos Estados Unidos, já na primeira Constituição, em 1891, aceitamos tanto a separação de poderes como a doutrina dos freios e contrapesos. Razão pela qual não se pode absolutizar o princípio da separação de poderes como inviabilizador de um controle jurisdicional do poder político do Estado.<sup>134</sup>

Assiste integral razão a Palu quando alude à adoção pelo Brasil do modelo norte-americano que respeita a separação de poderes – como prova a inserção de diversos mecanismos de controle na Constituição de 1988, dentre os quais avulta a previsão de uma instituição especificamente voltada para o exercício de atribuições fiscalizatórias, a saber, o Ministério Público. Discordamos frontalmente do referido autor, contudo, quando aparta a idéia da separação de poderes da idéia de controle recíproco entre os poderes, e o fazemos com fulcro em Montesquieu, pois a primeira foi elaborada para viabilizar a segunda. Ambas convivem no âmbito do mesmo princípio.<sup>135</sup> Muito dificilmente pode haver controle eficaz de um poder por ele mesmo e separação de poderes sem fiscalização recíproca pode ensejar a formação de três focos de arbítrio, com malogro total do princípio do Estado de Direito.

Seja criando suas cortes constitucionais, seja instituindo um exemplar de tribunal de cassação francês, seja assumindo em um só órgão as funções de ápice do Poder Judiciário e de corte constitucional – como faz a Suprema Corte norte-americana – todas as nações que assumiram as responsabilidades do Estado-Providência em algum

<sup>134</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

<sup>135</sup> MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **O espírito das leis**. Tradução publicada sob licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial (editor Victor Civita), 1973.



momento têm que instituir e efetivar um sistema de controle relativamente às atribuições de promoção do bem-estar social, amargando, até a tomada dessa posição, uma incômoda sensação de abrigar uma ilha de arbítrio no seio de um Estado Democrático de Direito.

[...] o ideal da demasiado rígida *séparation des pouvoirs*, ao invés de recíprocos controles e contrapesos [...] o ideal da estrita separação de poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa [...].<sup>136</sup>

O escopo do presente trabalho é, em síntese, demonstrar qual a interpretação do Poder Judiciário acerca da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, submetendo-a a uma análise crítica à luz da Nova Hermenêutica constitucional. Nessa ordem de idéias, segue-se que nos devemos posicionar em face da interpretação realizada, bem como da que deve ser realizada, mas sempre no contexto da estrutura judiciária e estatal existente.

Refoge aos nossos objetivos elucubrar sobre uma interpretação constitucional que poderia ser realizada diante de uma nova estrutura estatal e judiciária, dotada de órgãos quase judiciários e/ou de uma côrte constitucional não pertencentes e não submissos ao Poder Judiciário.

Destarte, embora seja defensável a tese de que a solução para a interpretação do princípio da separação de poderes realizada em nosso País seja efetivamente a criação de um tribunal constitucional nos moldes europeus e/ou de organismos quase-judiciários com atribuições de fiscalização do cumprimento da agenda social constitucional, cabe-nos lançar luzes sobre o fato inegável de que, no atual contexto constitucional e estrutural do Poder Judiciário, não existe, dentro da ordem constitucional vigente, uma autorização concedida ao Poder Judiciário para violar por omissão o princípio do Estado Democrático de Direito, eximindo-se de proceder à fiscalização e controle da observância dos direitos fundamentais sociais.

É dever do Poder Judiciário brasileiro ser aquilo que a Constituição de 1988 lhe determina ser e não aquilo que foi no passado nem aquilo que, à revelia da sua real dimensão política, insiste (comodamente) ser no presente. Em nosso sistema uno de jurisdição, cumpre ao Poder Judiciário elevar-se ao nível do que a Lei Maior exige,

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53.

assumindo a parcela de poder político que lhe cabe em virtude da atribuição de atuar para sanar **todas** as violações da ordem constitucional.

Os princípios são mandados de otimização no sentido da assunção de determinados valores. Sua aplicação deve obedecer a técnica da ponderação, sendo de rigor sua compatibilização com os demais princípios albergados pela ordem jurídica. Dessarte, a exegese do princípio da separação de poderes compatível com o princípio do Estado de Direito e com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional é aquela que permite a coexistência da divisão de funções estatais com o sistema de controles recíprocos entre os poderes.

[...] a própria França, onde nasceu e se exaltou a idéia de *séparation*, como também outros países continentais (que por muito tempo compartilharam essa idéia), estão se movimentando nesta direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Sistema, este último, no qual o ‘crescimento’ do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes.<sup>137</sup>

Com esteio nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Oswaldo Luiz Palu sustenta que o Poder Judiciário, na atualidade, possui duas funções primordiais, a saber, a função de execução de decisões políticas previamente tomadas pelos demais poderes (e inseridas na Constituição e nas leis) e a função de controle político, subdividida em controle de constitucionalidade e controle de conformidade, sendo este último o controle responsável pela fiscalização e colmatação da omissão estatal.<sup>138</sup>

Ana Paula de Barcelos sintetiza claramente a possibilidade de controle (inclusive das decisões e omissões políticas) dos demais poderes pelo Poder Judiciário aduzindo que ‘o chamado Estado de Direito significado, de forma propositadamente simples, o Estado no qual o exercício do poder político está submetido a regras jurídicas’.<sup>139</sup> Os parâmetros traçados pela referida autora para controle judicial do poder político mediante controle judicial das políticas públicas, aliás, podem ser utilmente aplicados às demandas para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante a intervenção jurisdicional no orçamento público.<sup>140</sup>

Em análise lapidar da situação brasileira e de outros ordenamentos nos quais o Estado-Providência é delineado constitucionalmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que a Constituição justicializou o fenômeno político, gerando com tal atitude a

---

<sup>137</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 55.

<sup>138</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121.

<sup>139</sup> BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abril-junho/2005.

<sup>140</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 93-98.

politização da justiça.<sup>141</sup> Cristina M. M. Queiróz ressalta igualmente que a Constituição portuguesa de 1976 não optou pela politização da justiça, mas sim pela constitucionalização da política, havendo esta engendrado aquela e não o contrário.<sup>142</sup> Dessarte, diante de constituições que juridicizam a política, não há alternativa ao Poder Judiciário a não ser apreciar a matéria juridicizada.

#### A. O Ministério Público e o sistema de controles recíprocos ínsito no princípio da Separação de Poderes

A origem do Ministério Público brasileiro deve ser buscada principalmente nas instituições romanas, francesas e portuguesas, as quais influenciaram mais diretamente sua estruturação, com predominância da influência francesa.<sup>143</sup>

Embora o evoluir de grande parcela de suas funções institucionais e sua unificação em torno do cargo de promotor de justiça – por meio da reunião das atribuições do cargo de *advocat* com as do cargo de *procureur du roi* (o primeiro dotado de atribuições cíveis e o segundo das atribuições criminais desempenhadas pelo Estado, bem como da representação do monarca) - tenha ocorrido devido ao fortalecimento dos estados nacionais e surgimento das monarquias absolutistas, é com a Revolução Francesa e com a legislação napoleônica subsequente que vemos surgir o Ministério Público como instituição voltada a desempenhar, com autonomia e independência, atribuições vitais para a consolidação do Estado de Direito.<sup>144</sup>

O vetor principal da Revolução Francesa foi a limitação do poder estatal, idéia em virtude da qual se desenvolveram a Constituição escrita, os Direitos Humanos (e fundamentais) e a Separação de Poderes, institutos esses que em conjunto plasmaram o Estado de Direito.

Distanciando-se continuamente de suas atribuições de patrocínio judicial dos interesses do monarca ou do chefe do Poder Executivo enquanto tal, o Ministério Público vem sendo moldado desde a Revolução Francesa para servir aos propósitos do Estado de Direito criado pela Revolução de 1789 e, posteriormente, para satisfazer os fins albergados pelo desenvolvimento do Estado de Direito revolucionário.

---

<sup>141</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>142</sup> QUEIRÓZ, Cristina M. M.. **Os actos políticos no estado de direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

<sup>143</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Ministério público II**: democracia. São Paulo: Atlas, 1999.

<sup>144</sup> Idem. *Ibidem*, 1999, p. 18.

No âmago das funções assumidas pelo *Parquet* desde a Revolução Francesa, sempre esteve presente a adequação dos próprios entes estatais aos limites que lhe são traçados pela ordem jurídica, como na Itália, onde, *v.g.*, o Ministério Público intervém obrigatoriamente em todas as causas da *Corte di Cassazione*, o tribunal administrativo italiano equivalente ao *Conseil d'Etat* francês.<sup>145</sup>

No Brasil, a estruturação do Ministério Público não adotou o modelo generalizado na Europa de vinculação ao Poder Judiciário nem o estalão norte-americano de preservação das atribuições de patrocínio judicial e consultoria da Administração Pública.

A Constituição de 1988 - que delineou o perfil do Ministério Público brasileiro baseando-se em uma consulta formulada aos promotores de justiça do País denominada Carta de Curitiba – conferiu ao *Parquet* um grau de independência com relação aos três poderes da República que torna assaz espinhosa a missão de inseri-lo na estrutura de qualquer deles, municiando-o de prerrogativas e atribuições sem paralelo no Direito comparado.<sup>146</sup>

A incontestável independência e ampliação de poderes com que o Ministério Público emergiu da Carta de 1988 não são fenômenos sem conexão com o modelo de Estado traçado pelo Texto Constitucional. Com efeito, uma leitura sistemática da Constituição Federal não deixa dúvidas de que a feição constitucional do Ministério Público insere-se no sistema de freios e contrapesos, como densificação do princípio da Separação de Poderes previsto no art. 2º da Lei Maior.

Oswaldo Luiz Palu refere-se à evolução operada no Ministério Público pela Carta de 1988, aduzindo que:

A Constituição de 1988 fez realçar a função de controle, como nunca, anteriormente, no país. A Constituição de 1988, pretendendo um real controle de constitucionalidade, alargou o rol de legitimados para ADIn e, pretendendo um real controle de legitimidade, fez o controle de conformidade constitucional (ou legalidade ampla) extravasar ao próprio âmbito judicial, promovendo o seu transbordo no art. 129, II, funções de controle atribuídas também ao Ministério Público e, em certos casos, aos Tribunais de Contas.<sup>147</sup>

Realmente, Palu situa as atribuições e independência sem paralelo conferidas ao *Parquet* no contexto de ampliação e aprimoramento do sistema de controle do poder político estatal a cargo do Poder Judiciário, visando a ‘contrabalançar o poder

---

<sup>145</sup> FERRAZ, Antônio Augusto Melo et al. **Ministério público**: instituição e processo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 173.

<sup>146</sup> Idem. *Ibidem*, 1999.

<sup>147</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-122.

monolítico da função governamental-normativa que adveio do intervencionismo estatal', ou seja, o aumento das tarefas administrativas e legislativas dos dois outros poderes acarretados pelo *Big government*.<sup>148</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata do surgimento da ação civil pública em 1985 e de sua ampliação na Carta de 1988 como exteriorização do incremento dos mecanismos de controle do Poder Público.<sup>149</sup> Ao prescrever sua promoção como função institucional do Ministério Público (art. 129, III), a Constituição Federal deixa inequívoco ser função institucional do *Parquet* a fiscalização do cumprimento, pelos poderes da República, da legislação constitucional e infraconstitucional, onde revela sua relação simbiótica com o sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da separação de poderes previsto no art. 2º. da Lei Maior.

Completamente consentânea com a participação que desempenha, como parceiro do Poder Judiciário, no sistema de controle da constitucionalidade e legalidade da atuação estatal, é a vinculação constitucional da ação civil pública titularizada pelo *Parquet* à proteção do patrimônio público, do meio ambiente e dos demais direitos difusos e coletivos - a gama de interesses transindividuais cuja assunção e promoção, a partir da Revolução Industrial, transmutaram o perfil do Estado para Estado-Providência e passaram a exigir o aumento das atribuições e do poder político do Poder Judiciário.

O Ministério Público no Brasil vem sendo estruturado como instituição dotada de grau crescente de independência e autonomia para viabilizar a satisfação de dois interesses primordiais: a) a fiscalização do cumprimento da Constituição e das leis, como fator de concretização do Estado de Direito; b) o aprimoramento do sistema de controle recíproco dos poderes consubstanciado na cláusula da Separação de Poderes.

A própria ordem jurídica passa a ser elaborada, realizada, interpretada e aplicada por diversos grupos, órgãos e instituições, o que implica em uma reinterpretação do princípio da separação de poderes, com transformações, em especial, na atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, a introdução de novos atores nesse universo (Ministério Público e agências reguladoras) e aprofundamento dos mecanismos de participação democrática.<sup>150</sup>

Qualquer cidadão brasileiro pode testemunhar os serviços que o Ministério Público brasileiro presta à contenção dos abusos estatais, ao combate à corrupção, à efetivação dos direitos fundamentais em geral. Consoante notícia Rodolfo de Camargo Mancuso, o Ministério Público é o responsável pela esmagadora maioria (da ordem de

<sup>148</sup> Idem. *Ibidem*, 2004, p. 122.

<sup>149</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

<sup>150</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 109.

90% em média) de ações civis públicas intentadas no País, dado corroborado pela pesquisa que realizamos no presente trabalho, na qual constatamos igualmente que o *Parquet* é o autor da quase totalidade de ações civis públicas que pleiteiam a implementação dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, mediante a intervenção no orçamento público para construção de escolas, creches, aumento do número de leitos de UTI etc.<sup>151</sup>

A ação civil pública, aliás, a cada ano se afirma como ‘o instrumento processual do Ministério Público para juridicizar a demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional’.<sup>152</sup>

Explicitando a estreita relação entre Ministério Público e o sistema de freios e contrapesos do princípio da Separação de Poderes, a Luiza Cristina Fonseca Frischeisen declara:

A complexidade das atividades da administração e a necessidade de sua fiscalização levam à criação de órgãos e instituições de controle, que podem ser internos (Auditorias e Corregedorias) ou externos (Ministério Público e Tribunais de Contas, que auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização dos Poderes da República e do próprio Ministério Público).<sup>153</sup>

Frischeisen cita a denominação atribuída ao Ministério Público, advinda da condição de instituição que garante o controle dos poderes, de ‘novo ator político’.<sup>154</sup> A mesma autora, no entanto, ressalta que a atuação ministerial nessa área decorre da feição constitucional conferida ao *Parquet*, ao qual compete, por dever de ofício, agir como ‘fiscal da administração e advogado da sociedade’.<sup>155</sup>

Com relação à concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, segue-se não somente que o Poder Judiciário deve exercitar o poder de controle das ações e omissões dos demais poderes que violem a Constituição e as leis do País, como também que a presença do Ministério Público no pólo ativo da demanda intentada para combater a omissão na realização das políticas públicas aptas a efetivar tais direitos tem o condão de patentear que é o sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da separação de poderes que está postulando a atuação jurisdicional nesse sentido.

Dessarte, no âmbito das ações coletivas intentadas pelo *Parquet*, é o princípio da separação de poderes que fundamenta e autoriza a atuação do Poder Judiciário

---

<sup>151</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

<sup>152</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Op. cit., 2000, p. 126-127.

<sup>153</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 110.

<sup>154</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 113.

<sup>155</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 113.

determinando a realização de políticas públicas em saúde e em educação necessárias para combate da omissão estatal.

Não se trata de sustentar que o Poder Judiciário necessita da presença do Ministério Público no pólo ativo da ação para tomar medidas que porventura interfiram no orçamento e no planejamento da gestão pública - o que não ocorre, pois, conforme expusemos no tópico 4.3.3, ao Poder Judiciário toca o dever de assumir o poder político de controle dos demais, de transformar-se no 'terceiro gigante' -, mas sim de constatar que, quando a atuação jurisdicional nas ações coletivas que visam a colmatar a omissão estatal na seara da saúde e da educação é requestada pelo *Parquet*, em sendo constatada a omissão inconstitucional, há uma dupla incidência do princípio da separação de poderes autorizando a atuação do Poder Judiciário: a) a que investe o Poder Judiciário na autoridade de combater as condutas omissivas dos demais poderes que configurem violações à Constituição e às leis; e b) a que investe o Ministério Público no poder de solicitar tutela jurisdicional contra condutas omissivas desse jaez na condição de ator e mecanismo do sistema de freios e contrapesos.

A função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da Administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.<sup>156</sup>

A feição do Ministério Público de instrumento do sistema de controle instaurado pela cláusula da separação de poderes confere-lhe uma posição para atuar judicialmente no combate das condutas comissivas e omissivas violadoras da Constituição e das leis não compartilhada por nenhuma outra instituição com capacidade postulatória no País.

Em artigo que aborda os instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação, Murillo José Digíácomo nivela Poder Judiciário e Ministério Público como instituições estatais absolutamente independentes com relação ao Poder Executivo que asseguram o exercício do direito fundamental à educação, o que denota que, quando interferem para combater a omissão do Poder Executivo, trata-se do Estado fiscalizando e submetendo o Estado à Constituição e às leis, vale dizer, trata-se do sistema de controles recíprocos atuando.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Idem. Ibidem, 2000, p. 126.

<sup>157</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In : LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 312-321.

Destarte, em matéria de ações coletivas para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, sendo efetivamente constatada a necessidade e possibilidade de determinação, v.g., da construção de uma escola, ou da realização de concurso público para contratação de profissionais na área da saúde - medidas onerosas que além de interferir no orçamento público podem não encaixar-se no planejamento administrativo da fazenda pública condenada -, em havendo a postulação sido firmada pelo Ministério Público no combate das condutas omissivas do Poder Executivo, o Poder Judiciário poderá adotá-las duplamente amparado no princípio da separação de poderes, pois tanto ele quanto o *Parquet* atuam no controle dos demais poderes da República amparados pela cláusula da separação de poderes.

#### 4.4 Crítica geral

No tópico anterior, procuramos evidenciar os méritos e vícios existentes na interpretação da intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, o que nos levou à abordagem dos argumentos ideológicos que contaminam o discurso jurídico nesse setor.

Buscamos então analisar com espírito crítico os raciocínios ideológicos contrários à ideologia e, pois, à normatividade da Constituição de 1988 no âmbito da jurisprudência enfocada.

No desenvolvimento dessa tarefa, verificamos que a questão da desideologização do discurso jurídico empreendido nas demandas em análise, ou melhor, o combate dos elementos ideológicos contrários à ideologia e normatividade da Constituição - visto que não há produto cultural não ideológico ou ideologicamente neutro - não pode ser feito exclusivamente com a explicitação dos defeitos resultantes do aparelhamento ideológico da argumentação jurídica por concepções ultrapassadas e idéias não acolhidas pela Lei Maior.

Realmente, há algumas mudanças de índole processual e concepções teóricas materiais - visto que não nos filiamos aos que almejam uma teoria formal do discurso em razão da sua incompletude para lidar com a razão prática - que podem prestar contribuição valiosa à construção de um discurso jurídico pragmático na área da intervenção jurisdicional no orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação apartado das armadilhas ideológicas que ameaçam a normatividade da Carta de 1988.



Dessarte, procuraremos no presente tópico apresentar essas sugestões para a depuração ideológica do discurso jurídico no âmbito das ações civis públicas que visem à concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva via intervenção jurisdicional no orçamento público.

#### 4.4.1 A racionalidade do discurso jurídico: desideologização (crítica da ideologia) mediante discurso jurídico material e discurso jurídico formal

A moderna Teoria da Constituição ou Neoconstitucionalismo, que se caracteriza pelo papel destacado que concede à tutela dos direitos fundamentais - para cuja implementação preconiza dever amoldar-se a organização estatal -, possui três grandes vertentes de investigação: a fundamentação, a positivação e a eficácia dos direitos fundamentais do homem.<sup>158</sup>

Esta pesquisa acerca da interpretação da intervenção do Poder Judiciário, no orçamento público, para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, encaixa-se milimetricamente na vertente da eficácia dos direitos fundamentais.

Não enfocamos a fundamentação dos direitos fundamentais à saúde e à educação. Em virtude do quadro constitucional e também legal extremamente favorável de garantias destinadas a tais direitos, em relação a eles, consideramos irretorquível o magistério de Bobbio, no sentido de que o grande desafio em matéria de direitos fundamentais na atualidade é a da efetivação.<sup>159</sup>

Dentro do cenário constitucional e também legal sem paralelo de que os direitos fundamentais à saúde e à educação gozam, constituído para viabilizar sua efetivação no Brasil, buscamos elucidar como a interpretação da doutrina e das cortes brasileiras tem encarado a intervenção no orçamento público para concretização de obrigações de fazer atinentes aos direitos fundamentais à saúde e à educação – os limites e possibilidades atuais –, e, a partir da análise desse panorama doutrinário e jurisprudencial, indicar possibilidades interpretativas que permitam a efetivação dos direitos fundamentais à educação e à saúde, embora conscientes dos custos financeiros advindos da implementação de tais normas jusfundamentais – o que denominamos limites e possibilidades em perspectiva.

A interpretação e a crítica da interpretação jurídica são veiculadas discursivamente. Desde a Tópica de Viehweg e a Nova Retórica de Perelman, a Teoria

---

<sup>158</sup> MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.

<sup>159</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

da Argumentação, que consubstancia a Lógica informal, assumiu a vanguarda da Hermenêutica jurídica, destacando-se principalmente por sua adequação à solução de casos difíceis, de relações sociais controvertidas nas quais há diversos direitos em conflito que necessitam concomitantemente de tutela. Com a Nova Hermenêutica, a Teoria da Argumentação Jurídica assumiu a dimensão de metodologia do Direito baseada em uma estrutura dinâmica e mutável, representada pelos problemas concretamente postos sob análise, ao contrário da Hermenêutica de feição clássica de bases racionais estáticas, como a hierarquia das leis, a feição formal e material da norma jurídica etc.

Conforme Larenz, discurso jurídico e metodologia jurídica são “aspectos distintos da mesma coisa”.<sup>160</sup> O primeiro materializa uma cadeia de argumentos voltada à decisão de uma *res in judicio deducta*, ao passo que a segunda se destina a estabelecer um procedimento ordenado de pensamento para realização da pesquisa juscientífica. Ambos analisam normas, fatos sociais e valores por meio da exposição de argumentos, distinguindo-se apenas pela finalidade imediata inerente a cada um, de sorte a revelarem algo como a formação de um binômio.

O discurso jurídico é, portanto, a nova metodologia jurídica e vice-versa, consoante a finalidade subjacente à reunião de argumentos seja fundamentar uma decisão judicial *in concretu* ou comprovar racionalmente uma tese jurídica objeto de pesquisa.

Traçamos um painel das principais teorias da argumentação da Nova Hermenêutica jurídica. Seguindo a tendência filosófica mais recente, algumas delas consistem em teorias procedimentais, vale dizer, desconectadas do conteúdo da argumentação, voltadas para a argumentação jurídica em si, desvinculada da matéria debatida. Tais teorias formais ou procedimentais, quando analisam a estrutura lógica dos raciocínios jurídicos, podem ser ditas analíticas; ao investigarem os fatores determinantes da eficácia que os raciocínios jurídicos isoladamente e em conjunto produzem, podem ser qualificadas como empíricas; e, ao estabelecerem normas para a argumentação jurídica em si, assumem feição normativa.

Hodiernamente, quando estão em pleno apogeu as teorias procedimentais da argumentação, teorizações voltadas à avaliação de pontos de vista substanciais<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.], p. 179-180.

<sup>161</sup> Exemplo de teoria material da argumentação jurídica é a Tópica de Cícero, especificamente voltada aos operadores do Direito, e que - ao contrário da de Aristóteles - não tenta elaborar uma teoria da argumentação, consistindo, isto sim, em uma seleção de tópicos (opiniões, pontos de vista materialmente

pertinentes ou recorrentes na argumentação jurídica nesta ou naquela área do Direito, a exemplo da Tópica de Cícero, não gozam do prestígio epistemológico das teorias formais da argumentação.

O motor propulsor das modernas teorias discursivas da argumentação, como as de Alexy e Habermas, é o afã de dotar de racionalidade o discurso jurídico, tornando-o apto à consecução do consenso e, assim, ao atingimento da verdade. Efetivamente, essas teorias desempenham relevante e imprescindível papel na construção da racionalidade jurídica. O fato de não se ocuparem, todavia, do aspecto substancial do discurso jurídico, se não lhes retira o valor intrínseco, impede-as precisamente de alcançar na plenitude o escopo de conferir racionalidade ao Direito.

A razão prática é muito mais complexa do que a razão teórica porque se atrela integralmente à realidade, sendo portanto incomprimível às amarras metodológicas prévias, como critérios normativos da racionalidade ou listas de critérios interpretativos elaboradas com graus de preeminência previamente estatuídos nas novéis teorias da argumentação. A aceitação da intrincada feição da razão prática, contudo, é condição de possibilidade de qualquer teoria que trabalhe seriamente com os raciocínios que lhe competem, como é o caso dos argumentos jurídicos.

Entender que a realidade e a substância ligam-se indissociavelmente ao projeto e à forma da argumentação, que qualquer tentativa de apartar esses dois componentes da argumentação é artificial e presta-se somente ao aprimoramento parcial do discurso são premissas básicas para que possamos efetivamente buscar a verdade, exercitando o discurso formal e materialmente.

Não há como negar que essa visão una do discurso exige um esforço incessante de depuração ideológica da argumentação, mas procurar simplificar artificialmente a realidade para encaixá-la mais facilmente em nossas teorias significa apenas retroceder diante do desafio e adiar uma pesquisa (a da verdade) que findará se impondo à Filosofia e à Ciência.

A necessidade, ditada em última instância pelo princípio do Estado de Direito, de limitação da argumentação jurídica ao Direito em vigor, representa uma das mais sérias restrições do discurso jurídico racional, mas não a única e tampouco a que demanda maior esforço para sua satisfação. A racionalidade e conseqüente cientificidade da interpretação discursiva do Direito demandam mais do que a observância da forma

---

definidos e tidos como plausíveis pela maioria) para utilização nas argumentações jurídicas, assemelhando-se, em certa medida, à Tópica de Viehweg.

discursiva racional. Leciona Luiz Alberto Warat - relativamente a todos os métodos interpretativos, dentre os quais a metodologia discursiva ou argumentativa - que:

Os métodos interpretativos aparecem definidos pelo imaginário jurídico, o “senso comum teórico dos juristas”, como técnicas rigorosas, que permitem alcançar o conhecimento científico do direito positivo. É notória sua conexão com a ideologia das distintas escolas que conformam o pensamento jurídico.<sup>162</sup>

No seio das argumentações jurídicas empreendidas após a derrocada do positivismo e ascensão da Tópica, a qual deu início à Nova Hermenêutica jurídica, existe um compromisso com o aspecto axiológico do Direito – herança da Teoria Material da Constituição – e o propósito de aproximação do Direito à realidade – influência, no âmbito jurídico, do pragmatismo - com o fito de assegurar a reabilitação da proposta de emancipação do homem por meio da razão formulada pelo racionalismo iluminista. É inegável a existência, outrossim, em cada argumentação, de um elemento ideológico inicial, formado pelas convicções normativas, sociológicas, políticas etc. de quem participa do discurso, de quem interpreta o Direito argumentando.

Com profundidade e agudeza, Warat define o raciocínio argumentativo – em 1977, logo um ano antes da primeira edição da teoria da argumentação de Alexy – como “uma reflexão processada a partir da ideologia”, pois tem “como ponto inicial básico o pensamento ideologizado”.<sup>163</sup>

Robert Alexy, em sua Teoria da Argumentação Jurídica, reconhece igualmente que ‘o ponto de partida do discurso é formado pelas convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades dadas (isto é, existentes faticamente), assim como pelas informações empíricas dos participantes’.<sup>164</sup>

Fundada na Nova Hermenêutica filosófica, logo, nas lições de Heidegger e Gadamer acerca da pré-compreensão e do papel dela no processo de compreensão, as teorias argumentativas da Nova Hermenêutica jurídica partem da premissa da existência desse elemento ideológico, contido na pré-compreensão do intérprete. A constatação de que o discurso jurídico (assim como o discurso científico em geral e o filosófico) é construído a partir de elementos ideológicos é um dos maiores legados da ontologia da compreensão de Heidegger e Gadamer. O que tem sido desconsiderado pelas teorias procedimentais da argumentação jurídica, todavia, não é a existência da pré-compreensão, e, no interior da pré-compreensão, a existência da ideologia, mas sim a

<sup>162</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 65. v. 1.

<sup>163</sup> Idem. Ibidem, 1994, p. 95.

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 47.

necessidade de problematização e crítica dos elementos ideológicos para a racionalização efetiva do discurso.

Toda argumentação jurídica é edificada sobre convicções iniciais não questionadas. A utilização das teorias procedimentais do discurso “racional” sobre esse fundo ideológico intocado fornece apenas uma justificação pseudo-racional para a adoção de atitudes ideológicas. As teorias procedimentais do discurso, se aplicadas isoladamente, apenas realizam uma conformação dos posicionamentos ideológicos a uma estrutura formalmente racional, mas materialmente ideologizada.

A função do argumento seria assim uma função mascaradora. [...]. Desde logo, o efeito de realidade que ele provoca é antes de tudo um efeito de reconhecimento que representa a solução imaginária do receptor. Daí podemos dizer que mediante os argumentos apontados como ideologia, se tem a ilusão de estar demonstrando aquilo que não se está em condições de demonstrar.<sup>165</sup>

A mais perfeita aplicação de uma teoria procedimental do discurso não resiste a essa constatação, mesmo as teorias argumentativas prescritivas, pois a obediência às regras procedimentais do discurso não elimina a carga ideológica que determina desde o início – pelo menos parcialmente - qual será o resultado da argumentação. Essa é a razão pela qual as teorias procedimentais da argumentação jurídica em geral admitem que sua utilização simultânea, no mesmo caso, por intérpretes diferentes, pode resultar em decisões distintas: é o *a priori* da argumentação, ou seja, a ideologia da qual ela parte é o fator responsável por essa possibilidade de decisões diametralmente opostas, simultaneamente proferidas, em face do mesmo fator de limitação que é o Direito vigente e obedecendo-se às mesmas normas discursivas.

Evidentemente há ideologias de maior penetração e outras mais restritas, v.g., a uma determinada classe social. O pensamento ideológico caracteriza-se por ser compartilhado por grupos sociais, econômicos, étnicos etc. e não atinente a pessoas isoladas, de sorte que a possibilidade de interpretações discursivas opostas dentro do mesmo sistema jurídico, perante o mesmo caso e usando-se a mesma teoria procedimental da argumentação materializa-se quando membros de grupos sociais ou econômicos ou culturais etc. de ideologias distintas procedem ao manejo da argumentação jurídica para solução de uma controvérsia. Warat discorre com precisão acerca de uma das mais difundidas ideologias existentes na comunidade jurídica

---

<sup>165</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 95. v. 1.

brasileira, atrelada a uma visão positivista e formalista, a qual ele denomina ‘senso comum teórico dos juristas’.<sup>166</sup>

No âmbito do discurso jurídico, Robert Alexy, no âmbito de sua Teoria da Argumentação, candidamente admite:

Visto que são possíveis, como ponto de partida, convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades completamente diferentes, e visto que não está determinado pelo menos como se entrecruzam as interpretações de necessidades, como devem ser modificadas as convicções normativas e como os interesses devem ser limitados, conclui-se que são possíveis diferentes resultados.<sup>167</sup>

Não nos parece, todavia, que a natureza científica do Direito possa conviver harmonicamente com a aceitação do aparelhamento ideológico do discurso jurídico. Decisões diametralmente divergentes acerca do mesmo caso, sob o império do mesmo Direito em vigor, na mesma época, poderão ambas ser qualificadas como justas (ou dotadas de correção, consoante a terminologia de Habermas)? A justiça (ou a pretensão de correção) alberga qualquer decisão procedimentalmente elaborada ou ela não existe e é essa a mensagem subliminar da aceitação tranqüila do aparelhamento ideológico do discurso jurídico?

Alexy aponta como vantagem essa indiferença para com a base ideológica da interpretação, haja vista que assim a ideologia reinante não seria a do teórico que elabora a Teoria da Argumentação (que assim assumiria caráter material), mas sim a do intérprete em cada caso. Esse argumento de Alexy, contudo, padece de inequívoca fragilidade, pois não nos parece que haja benefício na ocultação ou no menoscabo das posições ideológicas do teórico – que publicadas submetem-se à crítica e à revisão – em prol da passiva aceitação da ideologia de cada órgão julgador, que, nos mais das vezes, impor-se-á no âmbito restrito da causa sem publicidade efetiva, furtando-se ao debate e à refutação racional. Na busca da racionalidade jurídica, o debate científico de conteúdo é desprezado e substituído pelo discurso de cada um sob a regência de normas procedimentais.

Malgrado a inafastabilidade da realização de uma crítica da ideologia na contextura das decisões judiciais para depuração ideológica do discurso jurídico, é a Ciência Jurídica - muito mais que o processo, tendo em vista as limitações que este impõe à argumentação - que fornece a mais livre e qualificada arena para a assunção de

<sup>166</sup> Idem. *Ibidem*, 1994, p. 13-64. Também: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 57-99. v. 2.

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 47.

posições ideológicas no seio de teorias materiais da argumentação, permitindo sua dissecação e o desenvolvimento racional do discurso jurídico.

Evidentemente, assim como outros produtos culturais, o texto de uma norma não é neutro, pois consubstancia uma visão de mundo, logo, contém algum teor ideológico. Quando da elaboração do texto de qualquer norma jurídica, o Poder Legislativo faz escolhas prospectivas de condutas que selecionou previamente como adequadas ao seu projeto de nação. Não somente as decisões, mas também qualquer texto normativo, inclusive a Constituição, parte de escolhas, de opções ideológicas do legislador constituinte. Aquilo que a crítica da ideologia - aqui sugerida como complementação material às normas procedimentais do discurso - almeja é extrair do discurso os elementos ideológicos não albergados pela Constituição, incompatíveis, portanto, com a ideologia constitucional.

Eros Roberto Grau discorre acerca de ideologia jurídica e ideologia constitucional, sustentando o prejuízo para a normatividade constitucional e para a ideologia constitucional advindo da ideologia jurídica, que consiste em uma crença nas virtudes do Direito, independentemente de sua efetividade, na visão otimista acerca do progresso meramente retórico da Ciência Jurídica.<sup>168</sup> Conforme Grau, a ideologia constitucional – acervo de posições ideológicas assumidas pelo legislador constituinte de 1988 - aponta no sentido da construção de um Estado Democrático de Direito e de uma ‘sociedade de bem-estar’, projeto que todavia pode ser coartado se os operadores do Direito em nosso País se contentarem com a ideologia jurídica, com o avanço apenas nominal da legislação constitucional e infraconstitucional.

Desídia do Executivo e do Legislativo, no entanto, associada à fragilidade e subserviência do Judiciário, poderão, então, no futuro, dar lugar à conclusão de que o novo texto constitucional não foi produzido senão para propiciar avanço nominal, que terá prosperado apenas para restaurar a ideologia jurídica entre nós.<sup>169</sup>

Na seara processual, a crítica da ideologia deve buscar desnudar a compreensão prévia de cada participante do discurso, desenvolvido no âmbito do processo, acerca dos fatos e do Direito Constitucional em causa, confrontando-a com a ideologia constitucional, vale dizer, com os elementos ideológicos inseridos na Lei Maior.

No sentido exato das nossas considerações, Eros Roberto Grau ensina que a supremacia da Constituição e, por conseguinte, da ideologia constitucional, limita as possibilidades de decisão – ao contrário do que sustentam as teorias procedimentais do

---

<sup>168</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 328, 332-333 e 367-368.

<sup>169</sup> Idem. *Ibidem*, 2006, p. 333.

discurso, não por guardarem incompatibilidade essencial com a observância da ideologia constitucional, mas por laborarem no equívoco de conceber a racionalidade em Direito em termos exclusivamente procedimentais.

Uma das pautas que pronunciadamente concorre para limitar o elenco de soluções corretas a que pode chegar o intérprete da Constituição é a da ideologia constitucional. O Direito – e, muito especialmente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas. Por isso que as soluções de que cogitamos somente poderão ser tidas como corretas quando e se adequadas e coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada.<sup>170</sup>

Gomes Canotilho e Friedrich Müller, sustentando respectivamente a necessidade de observância de um ‘prudente positivismo’<sup>171</sup> na interpretação das normas constitucionais e do ‘texto da norma como limite da interpretação’, nada mais fazem senão recomendar lindes interpretativos materiais cuja finalidade é, mediante a observância do que está escrito, velar pela normatividade da Constituição, levando a ideologia constitucional em cada caso a sobrepor-se às demais ideologias.<sup>172</sup>

É possível que os arautos do procedimentalismo objetem não existir quem possua autoridade para afirmar qual a ideologia constitucional neste os naquele tema. O fato de que as afirmações materiais a respeito da ideologia constitucional, todavia, não possuem outro critério de verdade que não o consenso da maioria – na impossibilidade do consenso de todos – também acomete a formulação das próprias regras do discurso, sem retirar-lhes o prestígio e impedir-lhes a aplicação.

Conforme argutamente observado por Dworkin, tanto pode haver equívoco na escolha do princípio a ser utilizado na decisão judicial quanto da regra a ser aplicada.<sup>173</sup> O mesmo raciocínio é válido para concepções materiais e regras formais do discurso. Em decorrência da feição semanticamente aberta dos princípios constitucionais, pode haver erro na avaliação do significado do princípio constitucional e dos seus elementos ideológicos subjacentes, mas igualmente não há garantia de acerto na escolha e manejo das regras formais que regerão a interpretação.

<sup>170</sup> Idem. *Ibidem*, 2006, p. 368.

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1983, p. 224.

<sup>172</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>173</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. O magistério de Ronald Dworkin, aliás, inspira boa parte das considerações aqui desenvolvidas, visto que preconiza a existência de decisões corretas na medida em que refuta serem os casos difíceis espaço para o exercício da discricionariedade (decisionismo) judicial. Para Dworkin, a interpretação do significado de uma norma semanticamente aberta não pode ser feita – conforme sustenta o realismo jurídico – consoante o arbítrio, as crenças e convicções pessoais do magistrado.



É interessante observar que a possibilidade tão freqüentemente concretizada de equívoco na aplicação das regras jurídicas, inclusive regras do discurso, nunca consistiu em argumento relevante para justificar a não-adoção de regras no sistema jurídico e na Teoria do Direito. Não existiria, portanto, um viés ideológico na refutação da busca do sentido da ideologia constitucional e de sua utilização como parâmetro material da interpretação constitucional (para combate de outras ideologias) pela simples possibilidade de equívoco?!

Jamais haverá certeza sobre o acerto de afirmações a respeito do conteúdo da ideologia constitucional, mas não formulá-las equivale a desistir da pretensão de correção no âmbito do discurso jurídico. Somente mediante a problematização e a crítica da ideologia de cada participante do discurso em confronto com a ideologia que cada um entende albergar o Texto Constitucional, haverá possibilidade concreta de preservação da ideologia constitucional e, assim, de efetiva concretização da Constituição. A incerteza quanto à correção de uma interpretação formulada por meio de um discurso jurídico material - que enfrente a questão da ideologia - é equivalente à incerteza relativamente à correção de uma interpretação embasada somente num discurso jurídico formal, o qual também não oferece garantias de uma interpretação jurídica correta.

A incerteza sobre o verdadeiro significado das normas constitucionais e da ideologia que elas contêm em cada caso não é motivo bastante para que se abra mão de tentar empreender uma interpretação constitucional concretizante da ideologia e das normas constitucionais, pois o mundo da ciência é o mundo da incerteza.<sup>174</sup> Operar com tal incerteza é defrontar-se com o verdadeiro (e complexo) objeto da Ciência do Direito, é vislumbrar a Ciência Jurídica em sua completude, como conhecimento que agrega razão teórica e razão prática. Trata-se na verdade de um dos desafios genuinamente científicos do conhecimento jurídico.

Desde a revolução epistemológica realizada por Karl Popper, tornou-se inequívoco o caráter incerto e provisório das descobertas científicas. Popper desvelou o nexos entre Ciência e Incerteza, realçando a noção de que lidar com a incerteza não significa equiparar a ciência a formas não racionais de conhecimento, mas sim afirmar

---

<sup>174</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Ensaio sobre a incerteza. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, v. 22, n.1/2, p. 171-192, jan.-dez/2003.

que as teorias científicas são incertas, falíveis, sustentando-se somente até que tenham racionalmente comprovada sua falsidade.<sup>175</sup>

Conforme expusemos no tópico 2.7, o valor incomensurável da contribuição de Habermas para a Hermenêutica foi precisamente a crítica do papel passivo do pensamento de Gadamer perante o elemento ideológico existente na pré-compreensão, que resultava em conferir mais prestígio à tradição do que à razão do intérprete. Habermas sustentou a necessidade de uma crítica da ideologia no âmbito do discurso filosófico na qual nos embasamos para postular a inafastabilidade da crítica da ideologia inconstitucional no âmbito do discurso jurídico produzido em sede da interpretação constitucional.

A ideologia e os preceitos constitucionais são os instrumentos de emancipação da sociedade - produto da razão de seus representantes democraticamente eleitos - que resultam sacrificadas pela influência excessiva de convicções ideológicas com elas incompatíveis. A negação de uma ideologia constitucional prevalente sobre as demais ideologias finda por equipará-las, sacrificando, nos mais das vezes, as opções ideológicas democraticamente feitas pelo legislador constituinte em prol da ideologia do órgão julgador, o que em última instância importa na adesão ao ceticismo próprio do realismo jurídico, consoante o qual a decisão judicial é tomada com base exclusivamente nas crenças e predileções pessoais do magistrado, que em seguida as emoldura racionalmente, num procedimento autoritário que não pode ser admitido como desenvolvido consoante a Ciência Jurídica.

A mitigação da incerteza na interpretação constitucional, assim como na interpretação em geral, conforme sustenta Habermas, só pode ser alcançada via racionalidade intersubjetiva ou racionalidade comunicativa, o que significa afirmar que a compreensão e o desvelamento do sentido do ser ocorrem pela argumentação, do discurso. Nessa ordem de idéias, é o discurso jurídico exarado na interpretação constitucional, na qual se empreenda uma crítica da ideologia inconstitucional e se respeitem as regras procedimentais da argumentação, a instância de racionalidade comunicativa por meio da qual se pode, alcançando uma compreensão mais próxima do real, reduzir progressivamente o grau de incerteza inerente a qualquer interpretação científica; incerteza que, todavia, nunca deixará de existir, pois o conhecimento é inesgotável e inapreensível em sua totalidade.

---

<sup>175</sup> POPPER, Karl apud BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. **O problema da indução: o cisne negro existe**. Fortaleza: edição dos autores, 1993.

A comunicação entre as diversas interpretações constitucionais empreendidas sobre o mesmo tema e os consensos alcançados dentro da comunidade lingüística - desde que tais interpretações não se limitem a garantir a aplicação das regras procedimentais do discurso, primando, outrossim, pelo combate das ideologias inconstitucionais - ao realizar a racionalidade intersubjetiva, comunicativa, preconizada por J. Habermas, alcança uma visão mais aproximada da realidade, logo menos atingida pela incerteza.

A base ideológica do discurso jurídico é inconsciente e indefectível, mas não é uma limitação insuperável que a Teoria do Direito deve ceticamente aceitar. Embora admita que “as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento” e que “a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas”, é interessante notar que Habermas entende a constatação da existência dessa confluência de fatores extrajurídicos (políticos e ideológicos) no nascedouro da decisão judicial como algo incompatível com a possibilidade de formulação de decisões “consistentes”, ou seja, pautadas pela pretensão de correção<sup>176</sup>.

Considerando que a aquisição de consciência acerca do fundamento ideológico do discurso jurídico é na verdade condição de possibilidade para a empreitada de desideologização, sem a qual não pode ser exitosamente formulada a pretensão de correção, interpretamos a asserção do Filósofo da razão comunicativa como uma exortação no sentido de que sejam identificados e escoimados tais fatores quando incompatíveis com a ideologia e os preceitos do texto normativo interpretado.

Como aceitações céticas (dentre as quais não incluímos a Teoria da Argumentação, de Alexy, que apenas vota uma fé cega no uso exclusivo das regras formais do discurso) podemos catalogar o decisionismo metodológico de Neumann, consoante o qual a decisão judicial é um puro ato de vontade e, em linhas gerais, o realismo norte-americano, segundo o qual a decisão judicial é determinada por fatores extrajurídicos nem sempre racionais e depois submetida a um processo de racionalização.<sup>177</sup> Tais vertentes do pensamento jurídico, sobre enfrentarem a complexidade do fenômeno jurídico e a dificuldade de preservá-lo de desvios, preferem a cômoda defesa do voluntarismo e, pois, da não-cientificidade do Direito.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246-249. v. 1.

<sup>177</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45.

<sup>178</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 25-26. Tampouco filiamo-nos ao realismo

O decisionismo ideológico – fruto das convicções normativas etc., ou seja, da pré-compreensão inconsciente e não problematizada do operador do Direito acerca do texto da norma e acerca do caso *sub judice* - em que resultam os discursos jurídicos em geral não se confunde com o decisionismo voluntarista – oriundo da subversão consciente do Direito pela adoção de interpretações única e exclusivamente pautadas na vontade do intérprete, que em seguida busca manipular o discurso jurídico para justificá-las. O primeiro é um condicionamento natural que o objeto de estudo da Ciência Jurídica impõe quando não é realizada uma crítica discursiva da ideologia, ao passo que o segundo consiste numa conduta imoral que muitas vezes configura até mesmo um ato ilícito.

O caráter involuntário do decisionismo ideológico, todavia, não compatibiliza o ideal de um discurso jurídico racional, devendo ser combatido a bem da cientificidade do discurso jurídico. Se quem formula seus argumentos com poder de decisão não submete sua pré-compreensão (onde reside a ideologia) a um processo de autocrítica, de problematização em face da ideologia constitucional, não há efetivamente possibilidade de modificação das convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades. Em suma, sem essa crítica da ideologia, não poderá haver a busca do consenso racional em torno do significado do Texto Constitucional em cada caso, mas sim (mesmo com obediência às regras formais do discurso) a justificação pseudo-racional de posicionamentos ideológicos por parte de quem decide. A argumentação, relativamente àquele que argumenta com poder de decisão, será um jogo de cartas marcadas, uma formalidade procedimental para justificação “racional” de posicionamentos não submetidos ao tribunal da razão.

Nesse contexto, àquele que argumenta sem poder de decisão, em adquirindo consciência de que é nessa arena que as decisões judiciais começam a ser formadas, resta a possibilidade de, em sua argumentação, proceder a uma autocrítica ideológica e tentar empreender uma crítica da ideologia da parte contrária e do órgão julgador, sempre em cotejo com a ideologia constitucional. Essa posição crítica, todavia, terá possibilidade de êxito bastante reduzida, visto que o conhecimento dos preconceitos e opiniões de outrem nem sempre é possível, razão pela qual a depuração ideológica do discurso, para ser efetiva, demanda que todos os participantes procedam a uma autocrítica ideológica e também à crítica da ideologia dos demais participantes, tendo

como norte e bússola a ideologia constitucional e a necessidade de concretização da Constituição.

Logo, apenas a autocrítica ideológica e a crítica da ideologia dos demais participantes do discurso, visando à concretização da Constituição e da ideologia constitucional, como atitude de todos os participantes do discurso, pode dar ensejo ao expurgo dos elementos ideológicos incompatíveis com a ideologia constitucional. Essa depuração ideológica não somente é compatível como pode ser otimizada por meio da utilização de algumas das regras formais do discurso, como as que determinam a prevalência do melhor argumento, a inexistência de coação, o direito de todos à participação no discurso etc..

Em suma, as teorias procedimentais da argumentação jurídica são necessárias, mas não suficientes para estabelecimento da racionalidade da argumentação jurídica. A busca da racionalidade efetiva vai além da observância do formato do discurso racional, requerendo uma análise crítica (e autocrítica) da base ideológica sobre a qual o discurso é elaborado.

Com isso não estamos assumindo posição no debate entre procedimentalismo e substancialismo referido por Lenio Luiz Streck.<sup>179</sup> Mesmo porque, conforme argutamente salienta Ana Paula de Barcelos, não há propriamente um antagonismo entre as duas vertentes, cujas contribuições podem e, a nosso sentir devem, ser somadas.<sup>180</sup> Sustentamos, simplesmente, a insuficiência do procedimentalismo, apontando simultaneamente a possibilidade de sua complementação pela crítica da ideologia do discurso jurídico.

Do substancialismo, adotamos a idéia da Constituição como conjunto de decisões valorativas - que em conjunto revelam qual a ideologia constitucional. Com a identificação do conteúdo da ideologia constitucional e sua utilização como parâmetro na crítica da ideologia existente na interpretação da Constituição, conjuntamente com as regras formais da ética do discurso, torna-se possível a realização daquele conjunto de decisões valorativas.

Do procedimentalismo, consideramos salutar e edificante a idéia de que a Constituição deve garantir (também e não somente) um sistema de deliberação democrática que permita à sociedade ser ouvida sobre o modo de realização dos valores constitucionalmente assegurados e até mesmo sobre a possibilidade de mudança no rol

---

<sup>179</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38-52.

<sup>180</sup> BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abril-junho/2005.

de valores constitucionais. Não há, portanto, uma necessária relação de exclusão entre ambas as correntes do neoconstitucionalismo, mas sim de complementaridade.

Portanto, preconizamos que as noções preliminares sobre a matéria do discurso, com as quais o construiremos, sejam problematizadas, dissecadas numa etapa prévia à conclusão da argumentação (pedido ou decisão). Tais noções devem ser submetidas a um expediente metodológico de dúvida e confronto tanto com aquilo que o intérprete entende ser a ideologia constitucional e, se possível, com posições jurídicas, sociológicas, políticas, econômicas e culturais contrárias dos outros participantes do discurso. Em suma, seguindo as lições hermenêuticas de Apel e Habermas, mas imprimindo-lhes uma utilização prévia e concomitante (e não posterior) na substância da argumentação, é mister proceder a uma crítica da ideologia do discurso encetado.

A racionalidade e, dessarte, a cientificidade do discurso jurídico exige que se trabalhe não somente a forma da argumentação, mas igualmente que se assuma uma posição crítica sobre o alicerce ideológico em que cada argumentação jurídica se assenta. O discurso jurídico racional, em sede do problema que colocamos, requer em muito maior medida uma crítica da ideologia subjacente ao discurso que uma vigilância sobre procedimentos formais argumentativos – como regras do discurso.

Ao traçar a pré-estrutura da compreensão, Gadamer igualmente postula como essencial para que se apreenda o que emerge do *interpretandum* a admissão e desvelamento do que projetamos sobre ele, ou seja, o reconhecimento da ideologia (e de outros componentes da tradição) com que partimos na tarefa de compreender, ao que acrescentamos – com esteio em Apel, Habermas e Warat - somente a necessidade de problematizar, questionar, confrontar com o oposto e, eventualmente, modificar total ou parcialmente os posicionamentos iniciais, mormente ideológicos, que servem de estribo para a argumentação - ainda no princípio e durante todo o desenvolvimento do discurso -, bem como a necessidade de adotar a ideologia constitucional como norte e o texto normativo como limite em todo esse processo.<sup>181</sup>

Fazemos aqui uso declarado de uma das mais notáveis contribuições de Apel e Habermas para a Hermenêutica e, pois, para a Filosofia: a elaboração teórica da crítica da ideologia, à qual somamos - além dos limites da interpretação jurídica e, pois, do discurso jurídico, identificados pela teoria metódica estruturante de Friedrich Muller – a

---

<sup>181</sup> Cf., acerca do texto da norma como ponto de partida e limite da interpretação constitucional, MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

idéia de que a Constituição de 1988 possui uma ideologia, que deve ser pesquisada e agregada como mais um limite do discurso jurídico.<sup>182</sup>

A. Importância da abertura do discurso jurídico, através do *amicus curiae* e da audiência pública, para sua depuração ideológica

Na desideologização do discurso jurídico - tomando-se aqui desideologização como extirpação dos elementos ideológicos incompatíveis com a ideologia da Constituição - revela-se extremamente útil a ampliação de perspectivas interpretativas que a abertura do debate a um número maior de intérpretes acarreta. Seguindo a Teoria da Constituição Aberta, de Häberle, a viabilização da oitiva de pessoas físicas e jurídicas possivelmente afetadas pela decisão que resultará do discurso, bem como de instituições públicas e privadas que prestem relevantes serviços à cidadania, mas que não figuram como partes no processo, é uma das mais alvissareiras propostas da atualidade, a qual, apesar da matriz procedimental, atinge no âmago o objetivo de combater a carga ideológica do discurso jurídico.<sup>183</sup>

Apesar de proceder diretamente do magistério de Peter Häberle, é inequívoco para quem proceda a uma análise dos fundamentos filosóficos da Nova Hermenêutica jurídica a influência da Teoria Consensual da Verdade e da Pragmática Universal de Habermas, na teorização de Häberle. De acordo com a Teoria Consensual da Verdade, esta depende do consenso de todos, ou, em outras palavras, ‘a condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais’.<sup>184</sup> Com efeito, a situação ideal de fala habermasiana preconizada como idéia reguladora na pragmática universal é aquela em que ‘todos’ podem participar do discurso em condições de igualdade e livres de coação. A ampliação do rol de participantes da argumentação é uma verberação da ética do discurso de Habermas, que possui como um dos principais méritos viabilizar o desvelamento e a mitigação dos elementos ideológicos do discurso, no que cumpre o escopo da crítica da ideologia na comunicação.

<sup>182</sup> Cf., sobre a ideologia constitucional: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. 2 v. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

<sup>183</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 46-47.

<sup>184</sup> HABERMAS, Jürgen *apud* ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005, p. 119.

Consoante esclarece Gilmar Ferreira Mendes, a Suprema Corte norte-americana admite, no controle de constitucionalidade, através da figura do *amicus curiae*, que estranhos abrangidos pelos efeitos da decisão ou simplesmente interessados na decisão que não figuram como parte apresentem memoriais acerca do caso.<sup>185</sup>

Athos Gusmão Carneiro elenca como primeiro texto legal a consubstanciar a figura do *amicus curiae* em nosso ordenamento o art. 31 da Lei n. 6.385/1976, que prevê a possibilidade de intervenção, nessa qualidade, da Comissão de Valores Mobiliários em ações individuais que versem sobre questões societárias sujeitas à sua competência fiscalizadora. O Processualista considera igualmente que o art. 5º., *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997 - o qual consubstancia a possibilidade de a União intervir em feitos onde suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas figurem como parte - uma 'peculiar modalidade de ingresso do *amicus curiae* na relação processual'.<sup>186</sup> Realmente, a apontada intervenção da Comissão de Valores Mobiliários pode ser classificada como modalidade de *amicus curiae*. Quanto à intervenção constante do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997, discordamos, todavia, uma vez que o referido parágrafo único confere à União, nessas hipóteses de intervenção, a faculdade de recorrer, bem como de ensejar o deslocamento de competência em razão do aludido recurso, o que não se compadece com a feição de mero informante qualificado do *amicus curiae*.

Pensada para o controle abstrato de constitucionalidade e embasada no instituto do *amicus curiae* da Suprema Corte norte-americana sobre o qual discorre Gilmar Ferreira Mendes, a possibilidade de oitiva pelo magistrado de pessoas físicas e jurídicas distintas das partes para obter esclarecimentos, informações adicionais, perícias etc., em causas de grande complexidade, foi positivada em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 9.868/1999 – que regulamenta as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade perante o STF – e da Lei n. 9.882/1999 – que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista dos Tribunais**, v.1, n.766, p. 11-28, ago./1999.

<sup>186</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. **Revista de Processo**, v.1, n. 111, p. 243-258, jul.-set./2003.



Com a promulgação das leis 9.868/1999 e 9.882/1999, ampliou-se no Brasil o círculo de intérpretes formais da Constituição em sede de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>187</sup>

Vimos, na análise da jurisprudência sobre intervenção no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, que há evidente primazia da tutela individual, não se concedendo espaço para a satisfação dos direitos à saúde e à educação coletivamente considerados, em grande medida em razão do ônus financeiro elevado, da falta de qualificação do Poder Judiciário para decifrar o orçamento público, do custo político de uma intervenção desse teor, em suma, das incertezas que em muito maior medida permeiam as ações civis públicas que almejam a tutela coletiva nessa matéria.

Sendo o principal fundamento dessa ampliação e democratização do debate jurídico a complexidade e transcendência das causas submetidas ao controle abstrato de constitucionalidade, não vemos empecilho teórico para a extensão do *amicus curiae* às ações coletivas que versem acerca da intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Realmente, as referidas ações coletivas constituem o que o constitucionalismo moderno denomina *hard cases* (casos difíceis), dada a relevância dos princípios constitucionais que entram em rota de colisão em seu seio – a saber, princípio do Estado de Direito e princípio da Separação de Poderes -, os elevados custos necessários à implementação das políticas públicas em saúde e em educação diante das exigências de manutenção do equilíbrio orçamentário e de prestação continuada dos serviços públicos essenciais, dentre outros fatores. A insuficiência de informações de especialistas, a necessidade de pareceres contábeis e financeiros de impacto no orçamento, a inexistência de um mais elevado grau de certeza sobre o caráter estratégico da implementação da política pública almejada são denominadores comuns dessas ações que a inserção do *amicus curiae* pode solucionar.

Mauro Cappelletti lança luzes sobre a dificuldade de o Poder Judiciário exercer sua função de controle dos demais poderes:

(...) nas hipóteses em que um sério controle exija o emprego de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas, as quais, embora possam estar à disposição do legislador e da administração pública, são

---

<sup>187</sup> Cf., acerca do tratamento dispensado ao instituto do *amicus curiae* instituído pela Lei n. 9.868/1999 e pela Lei n. 9.882/1999 pelo STF: LENZA, Pedro. Racionalização administrativa e o princípio constitucional do concurso público. **Revista dos Tribunais**, v.1, n. 857, p. 111-147, mar./2007.

amiúde dificilmente acessíveis aos tribunais judiciais, pelo menos por razões financeiras.<sup>188</sup>

Com efeito, inúmeras vezes a correta decisão em uma ação coletiva para concretização do direito à saúde ou do direito à educação dependerá do concurso de contadores e economistas especializados em finanças públicas que possam emitir um parecer acerca da viabilidade ou não da assunção de uma despesa requerida em prol da concretização desses direitos.

Com muita dificuldade poderá o juiz, por exemplo, desenvolver ou fazer desenvolver investigações empíricas, cálculos econométricos ou apuradas pesquisas de laboratório.<sup>189</sup>

Assim como as decisões exaradas em controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas no âmbito de ações coletivas que versam acerca da intervenção do Poder Judiciário no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação podem produzir efeitos com alcance amplo, capaz de atingir o patrimônio jurídico de centenas e até de milhares de pessoas, como, por exemplo, uma decisão que defira ou indefira a criação de leitos de U.T.I. em hospital que responda pelo atendimento de dezenas de municípios de um estado.

Logo, a par da autocrítica ideológica que as partes do processo e o órgão jurisdicional podem empreender ao encetarem suas argumentações, a ampliação da participação nas ações coletivas referidas através: a) do requerimento de perícias a pessoas ou entidades especializadas para averiguação, *v.g.*, do verdadeiro impacto orçamentário e/ou social da construção de uma escola ou da contratação de médicos etc.; b) da solicitação de informações do Ministério da Educação e da Saúde e/ou das secretarias de educação e saúde a respeito da observância de parâmetros internacionais de prestação de serviços nessas áreas; c) da abertura de oportunidade de apresentação de memoriais por sindicatos de professores, médicos, portadores de enfermidade e associações civis em geral acerca da omissão estatal e do seu impacto; são medidas viabilizadas pelo sistema do *amicus curiae* que – além de democratizar e legitimar as decisões de intervenção no orçamento público tomadas em ações coletivas - possuem grande utilidade para, ampliando o horizonte de informações, desconstituir os argumentos estratégicos e os raciocínios ideológicos, estes geralmente pautados em visões unilaterais de problemas multifacetados.

Um dos maiores óbices à tutela coletiva dos direitos à saúde e educação reside, precisamente, nas afirmações elaboradas pelo Poder Executivo no sentido de que o

---

<sup>188</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 50.

<sup>189</sup> Idem. *Ibidem*, 1993, p. 50.

impacto orçamentário - v.g., da contratação de profissionais de saúde e/ou educação, da construção de escolas, do aumento de leitos de U.T.I. adulto e neonatal - inviabiliza a execução da política pública postulada em virtude do desequilíbrio orçamentário que ela acarretaria. O Poder Judiciário e o Ministério Público, embora haja boa vontade e empenho de seus órgãos, não estão capacitados, via de regra, para aferir a veracidade de uma declaração dessa ordem. Nesse quadro, é absolutamente pertinente que seja facultado ao magistrado solicitar, dentre outras informações, perícia contábil ou financeira a pessoa física ou jurídica de notória qualificação em Contabilidade pública, Gestão e Finanças públicas etc..

Essa ampliação do rol de participantes da argumentação pode contribuir decisivamente para aquinhoar o Poder Judiciário com informações imprescindíveis à solução da demanda e para a mitigação do viés ideológico do debate jurídico, visto que o *amicus curiae* pode ser utilizado para averiguação pericial da veracidade de alegações de ambas as partes sobre fatos, para esclarecimento acerca das repercussões que determinado grupo social, econômico ou político espera advir da decisão da lide neste ou naquele sentido, dentre outras utilidades. Escolhido com sabedoria, o *amicus curiae* pode significar a diferença entre fato e versão, estatística e estimativa, opinião e parecer, isso sem mencionarmos a ampliação de perspectiva interpretativa que pode ensejar pela visão dos vários ângulos do mesmo problema.

Ilustrativo exemplo dos benefícios dessa inovação processual para a qualificação e depuração ideológica do debate jurídico é o pedido de intervenção como *amicus curiae* (firmado por Cássio Scarpinella Bueno) do Instituto Brasileiro de Direito Processual, representado por sua presidenta, Ada Pellegrini Grinover, nos autos da Adin 3.695-DF, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona a constitucionalidade do art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277/2006.<sup>190</sup>

Cláudio Ari Mello, conquanto não mencione nem postule a extensão do instituto do *amicus curiae* para além do controle abstrato de constitucionalidade, reconhece sua aptidão para desideologizar o discurso jurídico.<sup>191</sup>

As demandas que visem à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação mediante a intervenção jurisdicional no orçamento público devem, outrossim, ser processualmente estruturadas para conceder um espaço de destaque à realização de audiência pública como palco para ampliação do rol de participantes do debate - pela

---

<sup>190</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Ação direta de inconstitucionalidade – intervenção de *amicus curiae*. **Revista de Processo**, v.1, n. 138, p. 165-184, agost./2006.

<sup>191</sup> MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.

oitiva do *amicus curiae* e de outros interessados previamente habilitados pela comprovação do interesse (embora em número limitado) - e divulgação das teses defendidas nesse debate democrático.

Com efeito, a audiência pública acarreta uma otimização dos benefícios obtidos pelo incremento do acesso à informação mediante a utilização do *amicus curiae*, pois, em sendo verificada a possibilidade de deferimento total ou parcial do pleito formulado após leitura do parecer do *amicus curiae*, o Poder Executivo demandado poderá, levando seus técnicos e peritos para o referido ato, entrar em acordo com o demandante.

A participação de outros interessados previamente habilitados pela comprovação de interesse, por seu turno, torna possível a demandante, demandado e órgão julgador, adquirir uma visão ampla do impacto do deferimento ou indeferimento do pedido em apreço. Em outras palavras, permite visualizar o problema sob diversos ângulos, aproximando as informações aduzidas ao processo, e, pois, a decisão, daquilo que pede a realidade.

O enfrentamento das ações coletivas que almejam a efetivação de direitos sociais não se enquadram na concepção contenciosa ou *adversary* do processo, consoante a qual as partes perseguem provimento antagônicos irreduzíveis um ao outro.<sup>192</sup> Na solução dessas demandas, geralmente, ‘não existe resposta certa e sim alternativas de política’.<sup>193</sup> Considerando que o bom e fiel desempenho das atribuições assumidas pelo Estado-Providência, mormente na Carta Magna, são do interesse de todos, é mister encará-las sob uma concepção não contenciosa de solução de conflitos, na qual a conciliação constitua o escopo principal das demandas.

As cláusulas do Estado Social estabelecem finalidades, não prescrevem condutas como sendo certas ou erradas. A efetivação dessas finalidades não possuem - pelo menos em tese - verdadeiros oponentes, mas sim dificuldades superáveis ou não, e, no primeiro caso, totalmente superáveis ou parcialmente superáveis. Nessa ordem de idéias, atingindo-se um nível de informação, no desenrolar de uma audiência pública, mediante o qual seja possível concluir sobre a superabilidade total ou parcial dos obstáculos aduzidos pelo Poder Executivo para realização da obrigação de fazer concretizadora dos direitos fundamentais à saúde e à educação objeto da ação, o desfecho ideal a ser buscado pelo Poder Judiciário é a conciliação entre autor e réu, muito mais fácil de ser obtida na oralidade de uma audiência pública aberta e

---

<sup>192</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., 1993, p. 51.

<sup>193</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988 - judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

democrática - mormente pelo caráter político da questão - que através do esgrimir de memoriais frios anexos aos autos.

#### B. Desideologização e a Teoria Metódica Estruturante.

Considerada na totalidade, e não por meio de fragmentos, a proposta metodológica mais aproximada de uma conjugação entre a necessidade de uma postura crítica sobre a ideologia da qual parte a argumentação e a de observância de regras discursivas, sem descurar dos limites próprios do discurso jurídico (como a submissão ao texto da norma e, pois, à ideologia que encerra), é a teoria metódica estruturante de Friedrich Müller.

Tendo como ponto nodal a diferença entre a norma jurídica e o texto da norma, a teoria metódica estruturante de Müller demonstra que o texto da norma é o ponto de partida da interpretação, mas que necessita do complemento fornecido pela realidade sobre a qual incide para adquirir sentido pleno e transformar-se em norma jurídica. Essa elaboração teórica irretorquível torna-se ainda mais precisa quando aplicada às ações destinadas à efetivação de direitos sociais, como os direitos fundamentais à saúde e à educação, cuja ocorrência e extensão da violação por desídia estatal só pode ser aferida diante do caso concreto.

Assim como sua teoria interpretativa da Constituição, a Teoria da Norma Jurídica, de Friedrich Muller, não é semântica, pois não encara a norma como um conjunto de signos lingüísticos com significado estático, pronto e acabado, e sim como um conjunto de signos cujo significado varia conforme a realidade sobre a qual incide.

A Teoria Metódica Estruturante – marcadamente pragmática - tem o mérito de esclarecer que não existe um sentido oculto e imutável no texto da norma, mas sim um conjunto de possibilidades de sentido que não se materializam ou não conforme seja a interação do programa da norma (teor literal) com o âmbito da norma (recorte da realidade juridicamente qualificada ou conformada) e os fatos relacionados como o caso. A visão de Muller, nesse tocante, fundamenta a realização de uma interpretação construtiva, dinâmica, prospectiva (e não retrospectiva, como identificou a percuciência de Luiz Roberto Barroso), portanto, apta a absorver as mudanças sociais, a evolução dos institutos jurídicos e o aprimoramento do Estado de Direito.

Conforme salientamos ao analisar especificamente a teoria de Muller, nela a norma é um esboço de regulamentação projetado, inseparável do caso que disciplina, de maneira que a concretização não pode resultar do descobrimento de uma vontade

preteritamente estabelecida, pois tanto o teor literal da norma quanto o caso a ela referido fornecem os elementos necessários à formação da norma jurídica, que ocorre no preciso momento de sua aplicação.

Conforme expusemos no tópico 3.7., a concepção pragmática da interpretação das normas constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais, favorece a eficácia das normas jusfundamentais como um todo, possibilitando a sustentação da eficácia plena e aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais. Logo, a interpretação pragmática representa uma conquista em matéria de eficácia dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, pois é a única na qual se pode afirmar sua eficácia plena ou aplicabilidade imediata.

Na teoria metódica estruturante, encontramos uma concepção pragmática da interpretação constitucional lapidar. Embora Alexy tenha identificado a vinculação do argumento jurídico ao Direito vigente como a característica que o distingue dos argumentos práticos em geral, é em Müller que encontramos a mais precisa repercussão metodológica da sujeição da argumentação jurídica e, pois, da interpretação jurídica, ao Direito em vigor sem prejuízo da abordagem pragmática.<sup>194</sup> Consoante a Teoria Metódica Estruturante, o texto da norma não é apenas o ponto de partida, mas igualmente o limite intransponível da interpretação do sentido, que o não poderá contrariar, mas a observância desses pontos inicial e final da interpretação é realizada e aferida discursivamente, no âmbito da argumentação, e não mediante o emprego de qualquer concepção prévia sobre o significado do texto normativo.

No mesmo sentido do que afirmamos sobre a necessidade de realização de uma autocrítica da ideologia, Muller, situando a objetividade jurídica como algo que se obtém mediante a análise e vinculação ao Direito: a) da pré-compreensão do intérprete sobre o texto da norma; e b) da pré-compreensão do intérprete sobre o fato litigioso; preconiza a exigência de explicitação dos pressupostos que a linguagem confere ao texto da norma e ao caso, ou seja, a necessidade de revelação da pré-compreensão do intérprete sobre o teor literal da norma e sobre o contexto fático litigioso com o que ataca frontalmente o elemento ideológico, e naquilo em que ele se afasta do Direito em vigor.

Realmente, o Texto Constitucional e as leis em matéria de saúde e educação, conforme demonstrado quando da análise jurisprudencial, são as primeiras vítimas dos argumentos ideológicos contrários à normatividade dos direitos fundamentais à saúde e

---

<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

à educação. Não é procedimento incomum serem preteridos por considerações e obstáculos não tutelados constitucionalmente de existência por vezes apenas alegada e não comprovada.

A explicitação da pré-compreensão, dentro da Teoria Metódica Estruturante, tendo em vista se pautar pela busca da racionalidade e correção, separando a análise dos elementos jurídicos e não jurídicos e aplicando a todos uma avaliação embasada no universo jurídico, na Dogmática e na Teoria do Direito, prepara o terreno para que se possa desenvolver o discurso jurídico desideologizado na maior medida possível.

Transportando para a Hermenêutica jurídica as lições de Gadamer sobre a dialética da compreensão, Muller as completa aduzindo que a pré-compreensão em Direito, principalmente no tocante aos elementos jurídicos do teor literal da norma e do caso decidendo, não é liberta de vinculações ao universo jurídico, aos conceitos jurídicos da Teoria do Direito e à Dogmática como a pré-compreensão filosófica ou ‘genericamente própria das ciências humanas’.<sup>195</sup>. Realmente, admitir outro modo de pré-compreensão em Direito – seja quanto aos elementos extrajurídicos do texto da norma e do fato *sub judice*, seja quanto aos elementos jurídicos (ou seja, que possuem definição e conseqüências previstas pela Teoria do Direito ou pela Dogmática), equivale a conviver estaticamente com o aparelhamento ideológico do discurso jurídico, o qual solapa a normatividade da Ciência Jurídica, desnaturando-a e reduzindo as soluções alcançadas a partir dessa pré-compreensão em puro decisionismo.

A aplicação da Teoria Metódica Estruturante, ao resguardar a integridade das possibilidades de significados dos termos ou signos do dispositivo constitucional enseja, preserva o Estado de Direito em sua mais pura feição, pois salvaguarda a normatividade constitucional e a ideologia do texto da norma jurídica, prestando-se igualmente à depuração ideológica do discurso jurídico.

### C. Desideologização e Teoria dos Custos dos Direitos

Inspirados na brilhante obra *The Cost of Rights - why liberty depends um taxes*, de Stephen Holmes e Cass Sustein, alguns autores brasileiros elaboram reflexões instigantes sobre o impacto orçamentário das decisões judiciais que condenam a

---

<sup>195</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 64.

Fazenda Pública a custear, dentre outras despesas, obrigações de fazer que efetivam os direitos fundamentais à saúde e à educação.<sup>196</sup>

A Teoria dos Custos dos Direitos, senão na integralidade, pelo menos em seu cerne, consoante o qual todos os direitos são custosos, e não somente aqueles ditos prestacionais, desvela o teor ideológico liberal dos posicionamentos que sustentam poderem os direitos individuais ou de liberdade ser implementados sem ônus financeiro para o Estado.

Essa idéia central da realização de despesas pelo Estado para custeio de todos os direitos dos cidadãos possui aptidão para gerar uma adesão nos moldes da que é classificada por Copy como acordo em convicções, ocorrente quando diferentes pessoas concordam sobre acontecimentos, acerca de fatos como a realização de despesa com a manutenção do Poder Judiciário, das corporações policiais, das escolas públicas etc.<sup>197</sup>

Fundados na Teoria dos Custos dos Direitos, alguns desses autores, como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, ressaltam a escassez dos recursos públicos e a necessidade de ponderar acerca da enorme responsabilidade que significa gerar despesa orçamentária - verdades irretorquíveis e conhecidas de todos.<sup>198</sup>

Com efeito, a escassez de recursos públicos no Brasil é fato notório em torno do qual ocorre um acordo em convicções.<sup>199</sup> A omissão estatal na concretização dos direitos à saúde e educação em sua dimensão coletiva - que viola, outrossim, os mesmos direitos em sua dimensão individual - representa outra hipótese de acordo em convicções.

Não há, outrossim, inovação ou polêmica relativamente às afirmações formuladas recentemente - com base na Teoria dos Custos dos Direitos (*cost of rights*) - sustentando que as prestações relativas à saúde e à educação consideradas como direitos coletivos são onerosas e que as condenações judiciais que as ensejam devem ser tomadas considerando a notória escassez de recursos públicos.

Consideradas no todo, as obras brasileiras inspiradas na Teoria dos Custos dos Direitos trazem como novidade inquestionável e também relevante apenas o nivelamento que fazem entre direitos individuais ou de liberdade e direitos sociais ou de

<sup>196</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton and Company, 1999.

<sup>197</sup> COPY, Irving M.. **Introdução à lógica.** Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1974, p. 63.

<sup>198</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

<sup>199</sup> COPY, Irving M.. Op. cit., 1974, p. 63.



igualdade, visto que a Teoria dos Custos demonstra que não há fruição gratuita de direitos, ou seja, não existem, a rigor, direitos ‘negativos’, que demandam somente abstenção estatal. Todas as categorias de direitos impõem custos para sua realização, apesar da crença na existência de ‘direitos negativos’ tenha justificado durante muito tempo a realização de gastos somente e ironicamente para salvaguarda destes direitos.<sup>200</sup> Todos os direitos, para a Teoria dos Custos, são positivos, o que não impede o reconhecimento de que alguns exigem gastos maiores do que outros.<sup>201</sup>

Essa tomada de consciência da doutrina jurídica brasileira acerca da repercussão financeira da implementação de todo e qualquer direito, todavia, não veio desprovida de resquícios do posicionamento tradicional conforme o qual os direitos sociais – pela excessiva onerosidade - não podem ser custeados pelo orçamento público. Alguns posicionamentos formulados por Amaral e Galdino revelam que mesmo a teoria dos custos dos direitos pode ser utilizada sob uma perspectiva contrária e sob uma perspectiva favorável à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Gustavo Amaral, após colacionar e criticar alguns julgados referentes à tutela individual do direito à saúde – principalmente no que tange ao Princípio da Universalidade do Atendimento -, assevera que ‘a jurisprudência brasileira tende a não ver a questão da escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária’.<sup>202</sup> Para ele os constitucionalistas alinhados com a defesa da efetividade das normas constitucionais, como Luís Roberto Barroso, não se preocupam com a alocação de recursos públicos necessários à consecução de tal efetividade, sustentando que ‘ressalva-se que o direito não pode tudo, mas não são fornecidos maiores detalhes sobre como encontrar esses limites de possibilidade no campo normativo’, para em seguida formular a seguinte pergunta retórica: ‘mas e se, embora não deva, o Direito normatize o inalcançável, terá rompido uma vedação ou uma recomendação?’<sup>203</sup>.

Essas observações de Amaral revelam que não labora com a possibilidade de interpretação constitucional pragmática da eficácia dos direitos fundamentais. Ele almeja critérios prévios de exequibilidade fornecidos pela razão iluminada dos constitucionalistas, anteriores à análise discursiva do caso concreto.

---

<sup>200</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 202-214.

<sup>201</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174-175.

<sup>202</sup> AMARAL, Gustavo. Op. cit., 2001, p. 173.

<sup>203</sup> Idem. Ibidem, 2001, p. 177.

Como assinalamos no tópico 3.7, Luís Roberto Barroso perfilha com relação a todos os direitos fundamentais o entendimento de que gozam de aplicabilidade imediata, e de que os direitos fundamentais sociais podem receber complementação de sentido pelo Poder Judiciário, mercê do art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, numa posição avançada e digna da sua vida acadêmica dedicada à causa da efetividade constitucional.<sup>204</sup> Sem chegar a propugnar a interpretação constitucional pragmática para todos os preceitos semanticamente indeterminados e conceitos abertos da Constituição, Barroso aproxima-se bastante disso, no que concerne aos direitos fundamentais, distinguindo-se e superando toda uma geração de grandes constitucionalistas da qual faz parte, cujos demais integrantes, todavia, não alcançaram desvincular-se da visão semântica do Direito em nenhum aspecto da Constituição.

Conforme procuramos demonstrar ao longo do tópico 3.7 e do presente capítulo 4, a interpretação pragmática, no âmbito das ações que demandem a intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, não impede, ao contrário, favorece a que todos os fatores que regem o caso concreto – como o custo e viabilidade orçamentária – sejam larga e profundamente debatidos e considerados na elaboração do *decisum*.

A doutrina da normatividade constitucional é coerente ao não indicar previamente os limites de eficácia das normas constitucionais, pois a Constituição é o maior repositório de princípios, preceitos prospectivos de finalidades e valores do ordenamento jurídico, cujo grau de indeterminação semântica impede a visualização atual de todas as suas possibilidades de significado. Tais limites devem ser buscados pragmaticamente. Não é possível indicar, *a priori*, o irrealizável dentro do projeto constitucional, a não ser que se alimente objeção à positivação de alguns desses princípios, preceitos e valores, como parece ser o caso de Gustavo Amaral com relação ao direito ao acesso universal aos serviços de saúde.

Apesar de não adotarem o viés semântico e contrário à normatividade constitucional de apontar o que seja ‘inalcançável’ na Constituição, existem sim valiosas lições acerca de como lidar com a limitação de recursos públicos em face de uma demanda jurisdicional crescente pela implementação de direitos que acarretam gastos públicos elevados, a exemplo de um parecer elaborado por Eros Roberto Grau - jurista que admite a justiciabilidade de todos os direitos fundamentais e a possibilidade de terem o significado de seus conceitos abertos semanticamente completados pelo

---

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

Poder Judiciário no âmbito de uma interpretação pragmática, ou seja, em sede de caso concreto.<sup>205</sup> Realmente, trata-se do parecer intitulado ‘Despesa pública - princípio da legalidade - decisão judicial’, que analisaremos a seguir.<sup>206</sup>

Ademais, a análise de Amaral sobre a posição do Poder Judiciário indiferente ao impacto orçamentário de suas decisões em matéria de tutela individual da saúde não corresponde aos resultados da pesquisa jurisprudencial que descrevemos nos tópicos 4.2.1 e 4.2.2 desta dissertação.

Realmente, a tutela individual do direito à saúde prestada pelo STJ e pelo STF adota, para concessão de liminares, como critério constante, o baixo custo das medidas de bloqueio de recursos pleiteadas em cotejo com a maior onerosidade da imposição de multa cominatória, ou alude à insignificância do impacto orçamentário da obrigação de fazer almejada, considerado o orçamento como um todo.

Não estamos com isso afirmando que as decisões citadas por Amaral não existem ou não tenham se equivocado ao desconsiderar o impacto orçamentário, mas que talvez a crítica de Amaral eleve à condição de padrão um grupo de decisões isoladas, que não espelham a *praxis* do Poder Judiciário, cujas cortes estaduais e federais geralmente procuram se espelhar nos posicionamentos seguidos pelos tribunais superiores.

Flávio Galdino, por sua vez, sustenta a idéia de que:

[...] a Constituição Federal brasileira é bastante falha e a única forma de implementá-la a sério é promover uma leitura pragmática de seu texto ou talvez fosse o caso de dizer, uma construção pragmática dos direitos constitucionais.<sup>207</sup>

Caso com tais palavras estivesse postulando uma utilização da Teoria dos Custos aliada a uma interpretação pragmática dos direitos – ou seja, uma interpretação discursiva, *in concreto*, nos moldes da Nova Hermenêutica constitucional – estaria assumindo uma posição que favorece a efetivação dos direitos fundamentais e se harmoniza com a normatividade da Constituição.

Galdino, todavia, partindo da idéia central, em si irrepreensível, de que a positivação e implementação dos direitos deve considerar fatores econômicos e financeiros, emprega o termo pragmatismo no sentido econômico - arrimando-se nas lições do economista Mário Henrique Simonsen - e defende o argumento de que os direitos fundamentais devem, para ser considerados fundamentais e justiciáveis,

<sup>205</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 320-321.

<sup>206</sup> GRAU, Eros Roberto. Despesa pública - princípio da legalidade - decisão judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 315-331, jan.-març./1993.

<sup>207</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 276.

demonstrar ‘que os benefícios justificam tais custos’, vale dizer, que os benefícios que acarretam compensam seus custos.<sup>208</sup>

Não é estranho que economistas formulem seus posicionamentos sem considerar o que são os direitos fundamentais e qual o papel do Direito como ciência. Conforme demonstraremos, todavia, pela análise do pensamento de Eros Roberto Grau sobre a legalidade da despesa pública, a consideração dos fatores econômicos e financeiros na implementação dos direitos não significa tratar sua concretização como uma faculdade vinculada ao resultado de um cálculo de eficiência econômica, e - consoante verificamos consistir o viés ideológico da obra de Flávio Galdino - não significa também renunciar à efetivação da agenda social constitucional.

Focado exclusivamente no aspecto financeiro do reconhecimento e garantia dos direitos – perspectiva ordinária entre os economistas -, Galdino sustenta que a tutela dos direitos deve ser integrada pela análise da relação custo-benefício advinda de sua efetivação.<sup>209</sup> Vale ressaltar que a sugestão que o referido autor aduz ao Poder Legislativo – com base na experiência de Hernando de Soto, no Peru – de submeter os projetos de lei, acompanhados de um estudo de custos e benefícios, ao crivo da população merece acolhida e aplauso.<sup>210</sup> A sugestão de que as políticas públicas sociais sejam elaboradas considerando-se critérios de eficiência econômica, consiste, outrossim, em valiosa contribuição de Flávio Galdino, plenamente aplicável pelo Poder Executivo.<sup>211</sup> A inserção de critérios de eficiência econômica na atividade jurisdicional, todavia, olvida que o Poder Judiciário, em sede de ações que postulem a concretização de direitos fundamentais mediante a intervenção jurisdicional no orçamento público, atua em face da omissão dos demais poderes. Embora legítima e imperiosa, a atuação jurisdicional nesse setor é subsidiária.

Recomendar que a tutela de direitos seja embasada, também, em uma análise da relação custo-benefício advinda da sua implementação afigura-se-nos, primeiramente, um fator gerador de insegurança jurídica, pois a eficácia jurídica e social dos direitos passaria a depender, em cada caso, da avaliação do Poder Judiciário de um cálculo econômico e não da sua inserção no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, haveria forte ingrediente de autoritarismo e a violação da separação de poderes nessa atitude, pois as normas jurídicas em vigor possuem legitimidade democrática e uma presunção de que constituem decisões da sociedade, não sendo lícito ao Poder Judiciário afastar

---

<sup>208</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 342.

<sup>209</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 210.

<sup>210</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 267-271.

<sup>211</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 242 e segs..

sua aplicação simplesmente em virtude dos custos daí resultantes. Em terceiro lugar, a definição do que é despesa prioritária, do equilíbrio entre custo e benefício, é algo extremamente complexo e variável.

Os gastos com educação, por exemplo, geralmente são vultosos e só resultam em benefícios ao longo de décadas, de sorte que todo investimento em um modelo educacional é uma aposta no futuro. Talvez determinado juiz ou tribunal entenda, à revelia do Texto Constitucional, que os programas de distribuição de renda do governo apresentam, no cálculo da relação custo-benefício, uma equação mais favorável aos interesses imediatos da sociedade do que os investimentos em saúde e em educação, reduzindo o Estado Social brasileiro ao assistencialismo, primeiro estágio para o clientelismo.

Dessarte, o cálculo da relação custo-benefício na tutela dos direitos não pode consistir em mecanismo para que o Poder Judiciário escolha quais direitos justificam seus elevados custos e, pois, podem ser aplicados. Os direitos previstos na Constituição e nas leis, sempre que haja recursos para tanto (pois de fato não há direitos negativos), devem ser realizados, visto que sua positivação é a prova cabal de que a sociedade almeja concretizar os valores que lhes são subjacentes e nem todos os valores acarretam a distribuições de benefícios tangíveis, comprováveis economicamente.

A tese de Galdino não trabalha com a idéia da possibilidade de concretização dos direitos fundamentais em havendo numerário para tanto, mas sim com a utilidade econômica dessa efetivação, com a aptidão da implementação dos direitos fundamentais para gerar benefícios econômicos iguais ou superiores aos custos despendidos com sua realização.<sup>212</sup> O Estado de Direito, na visão de Galdino, portanto, não depende da observância de valores morais (alicerces dos direitos fundamentais), mas sim de valores morais que possam reverter em benefícios econômicos compatíveis com os custos de sua implementação: em suma, trata-se da sujeição econômica da ética, a qual, assim, tem que se pagar, literalmente.

Podemos demonstrar a imoralidade ou subversão ética desse entendimento, aplicando-o sobre o direito fundamental de liberdade. Realmente, a idéia de que os direitos fundamentais, para serem tutelados, devem demonstrar uma relação custo-benefício em que os benefícios econômicos, *in casu* advindos do garantimento da liberdade, sejam equivalentes ou maiores do que seus custos, pode levar à conclusão de que a imensa massa de pobres e miseráveis brasileiros que necessitam de programas

---

<sup>212</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 342.

assistenciais de distribuição de renda não devem ter reconhecido tal direito, podendo ser escravizados.

Realmente, sendo mantidos os programas de distribuição de renda, em vez de uma liberdade custosa e de pouca valia para o sistema produtivo em razão da falta de capacitação profissional desses seres humanos, com a escravidão, sua manutenção assistencial seria feita pelo proprietário e seria paga com trabalho, com prestações *in natura*. Por outro lado, uma vez suprimidos os programas de distribuição de renda governamentais, tal liberdade igualmente seria mais onerosa do que a instituição da escravidão, pois aumentaria os gastos com a repressão da violência gerada pela miséria.

A defesa da formulação jurisdicional de um cálculo da relação custo-benefício da tutela dos direitos dirige-se precisamente a questionar a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais. O discurso mediante o qual Flávio Galdino busca aplicar a Teoria dos Custos dos Direitos, logo após a sustentação da idéia da imposição do cálculo da relação custo-benefício à tutela dos direitos, demonstra explicitamente sua reação (posição reacionária na acepção genuína do termo) ao custeio público das dispendiosas prestações sociais previstas na Lei Maior.

Com efeito, Galdino incorre num deslize retórico infeliz, ao designar os direitos positivados na Constituição para combater a desigualdade social como ‘novas garantias - na verdade, irrealizáveis promessas - constitucionais’, e num erro de avaliação grosseiro, ao afirmar que sua positivação constitucional não alterou a desigualdade social brasileira em virtude da apontada inexequibilidade.<sup>213</sup>

Primeiramente, o que a Constituição determina para combater a desigualdade social não são, conforme a nomenclatura adotada pela Teoria da Constituição brasileira desde Rui Barbosa, ‘garantias’ e sim direitos, visto que garantias são apenas instrumentos para realização dos direitos, só alterando a realidade por via reflexa, vale dizer, por meio dos direitos. Em segundo lugar, não se tratam tais direitos de promessas irrealizáveis, como demonstram todos os países desenvolvidos do Ocidente, nos quais, *v.g.*, a educação é uma prioridade real da despesa pública.

Os direitos sociais da Constituição de 1988 configuram, isto sim, comandos ‘irrealizados’, descumpridos, olvidados, mas não intrinsecamente ‘irrealizáveis’, visto que se pode gastar com eles, por exemplo, muito do que é desviado pela corrupção, ou do que é gasto em publicidade, ou do que paga privilégios irracionais como automóveis e apartamentos de alto luxo para políticos.

---

<sup>213</sup> Idem. *ibidem*, 2005, p. 277.

Ao contrário do que afirma Galdino, a agenda constitucional social, pelo menos em saúde e em educação, ainda não teve sequer sua primeira metade implementada e a inalterabilidade da desigualdade social, após quase vinte anos de promulgação da Carta de 1988, não se deve à previsão constitucional dessa agenda e tampouco ao que o Estado fez em prol de sua implementação, mas sim ao que ele ainda não realizou. Isso para não mencionar o fato de que os efeitos dos investimentos em educação, por exemplo, não são aferíveis a curto nem a médio prazo, e são eles precisamente que mais fomentam a distribuição de renda sustentável e duradoura.

Seria ingênuo e contrário à base filosófica da Nova Hermenêutica - onde repousa a dialética da compreensão de Gadamer - imaginar que a pré-compreensão dos direitos sociais como 'promessas irrealizáveis' não repercute sobre a utilização da Teoria dos Custos dos Direitos, ainda quando sua formulação não comprometa 'em tese' a normatividade constitucional. Ciente disso, aduziremos algumas informações com o fito de ampliar a perspectiva exclusivamente focada na escassez de recursos orçamentários que não problematiza a alocação dos recursos orçamentários. Há fatos menos óbvios que podem escapar a quem aceite a escassez de recursos sem pesquisar como eles são distribuídos. Tais dados precisam entrar na equação financeira dos que encaram a efetivação dos direitos sociais como uma quimera.

Em saúde, por exemplo, dos vinte e sete estados da Federação, apenas oito (Rio Grande do Norte, Acre, Bahia, São Paulo, Rondônia, Pará e Amapá) e o Distrito Federal aplicam o percentual constitucional de 12% (doze por cento) em investimentos na área da saúde.<sup>214</sup> Logo, antes de alegar inexistência de recursos, os demais estados da Federação devem cumprir o comando da Constituição com respeito à vinculação orçamentária da saúde, se necessário, sacrificando rubricas orçamentárias desprovidas de previsão constitucional. Consoante o atual ministro da Economia, Guido Mantega, caso todos os estados-membros cumprissem a Emenda Constitucional n. 29, mais de 5,7 bilhões de reais seriam somados ao orçamento da saúde.<sup>215</sup>

Outra história não contada é o contingenciamento (paralisação) de recursos que sofrem as verbas da saúde. Com efeito, no presente exercício financeiro de 2007, foram contingenciados mais de 5 bilhões de reais (o maior contingenciamento entre os ministérios) do orçamento da União para a saúde. A integralidade do orçamento da União para a saúde não vem sendo gasta por decisão da área econômica do governo, a fim de auxiliar no cumprimento das metas de superávit primário acertadas com os

---

<sup>214</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <<http://w.w.w.saude.gov.br>> Acesso em 05/09/2007.

<sup>215</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <<http://w.w.w.saude.gov.br>> Acesso em 05/09/2007.

credores internacionais da dívida externa.<sup>216</sup> A eclosão das recentes greves em diversos hospitais no País inteiro, que acarretaram inclusive óbitos, fizeram com que a União 'desbloqueasse' 2 bilhões do total de verbas contingenciadas. Diante da existência de vinculação orçamentária da saúde e do panorama caótico do setor, é pertinente indagar da constitucionalidade do aludido contingenciamento.

Ana Paula de Barcelos discorre com propriedade sobre outro fator pouco considerado: a obscuridade e imprecisão com que são redigidos os orçamentos e relatórios de execução orçamentária, o que responde pelo caráter pouco informativo dessas peças e pela dificuldade de exercitar-se o controle sobre a aplicação dos percentuais de receita pública vinculados a determinadas finalidades.<sup>217</sup>

A linguagem inacessível com que são redigidos os orçamentos e relatórios de execução orçamentária viola o direito à informação e o princípio da separação de poderes, em face do excessivo embaraço que acarreta ao exercício do controle dos demais poderes sobre sua adequação aos parâmetros constitucionais que o regem. Esse obstáculo adicional e completamente supérfluo inviabiliza outrossim a constatação da veracidade das freqüentes alegações formuladas pelo Poder Executivo de que os recursos orçamentários disponíveis não são suficientes para custear as obrigações de fazer requeridas nas ações coletivas para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Eros Roberto Grau, em parecer aqui já mencionado, solicitado pelo então advogado-geral da União e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, acerca, dentre outros assuntos correlatos, da conduta que a Administração Pública deve adotar diante de condenações em sede de mandados de segurança coletivos e ações civis públicas que elevem a despesa 'a cifras que poderão exceder a capacidade orçamentária' (entendida esta como possibilidade de dispêndio de verbas orçamentárias consoante a disciplina legal e constitucional da despesa pública) discorre acerca da distinção entre inexistência de recursos e exaustão orçamentária, esclarecendo que inexistência de recursos ocorre quando a Fazenda Pública, embora possua dinheiro, não pode cumprir o *decisum* em virtude do regramento orçamentário constitucional da despesa pública, que impõe, por exemplo, a autorização legislativa para abertura de

---

<sup>216</sup>BRASIL. Radiobrás Agência Brasil. Disponível em <<http://w.w.w.agenciabrasil.gov.br>> Acesso em 05/09/2007.

<sup>217</sup>BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abr.-jun./2005.



créditos adicionais (art. 166 da CF/88).<sup>218</sup> Exaustão orçamentária, por seu turno, é a ausência de disponibilidade de caixa, a simples e trágica falta de dinheiro para fazer face a despesa prevista ou determinada.

Com esteio nas lições de Grau, verifica-se que, ao se contrapor o poder jurisdicional de condenar a Fazenda Pública e a capacidade orçamentária para cumprimento de tais decisões, o que está sendo discutido é o conflito entre o princípio da legalidade da despesa pública - pressuposto ou desdobrado do princípio da legalidade previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário – pressuposto ou emanado do princípio do Estado de Direito.

Os arts. 167, II, V e VI, 85, VI, 166 e 169, todos da Lei Maior, e que impõem restrições à realização de despesa pública fora do esquema previamente traçado pela Lei Orçamentária Anual, consubstanciam regras no sentido que é conferido a essa palavra por Alexy, ou seja, como comandos para a realização de uma conduta delimitada.<sup>219</sup> Tais regras concretizam diretamente o princípio da legalidade da despesa pública.

Como não há antinomia entre regras e princípios, não há colisão entre os arts. 167, II, V e VI, 85, VI, 166 e 169 da Constituição Federal e o mencionado princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, mas sim entre este e o princípio da legalidade da despesa pública.<sup>220</sup> As tensões entre os princípios albergados pelo ordenamento jurídico são solucionadas, dando-se prevalência à aplicação de um deles em cada hipótese levantada, sem que com isso se revogue ou anule o princípio preterido, que continua vigente e válido. As regras que densificam ou concretizam o princípio preterido na interpretação realizada continuam igualmente vigentes e válidas, embora não lhes seja dada eficácia social (efetividade) naquela hipótese na qual o princípio que as orienta foi momentaneamente afastado.

Conforme Eros Roberto Grau, em caso de simples inexistência de recursos orçamentários para cumprimento da decisão judicial de acordo com o princípio da legalidade da despesa pública – mas não de exaurimento orçamentário, ou seja, inexistência cabal de dinheiro para tanto – deve-se conferir primazia ao princípio da

---

<sup>218</sup> GRAU, Eros Roberto. Despesa pública - princípio da legalidade - decisão judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 315-331, jan.-mar./1993. O mesmo texto foi publicado na Revista Trimestral de Direito Público também em 1993.

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>220</sup> GRAU, Eros Roberto. Despesa pública - princípio da legalidade - decisão judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 315-331, jan.-mar./1993. O raciocínio que transcrevemos encontra-se formulado a partir da p. 319.

sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, afastando-se a aplicação tanto do princípio da legalidade da despesa pública quanto das regras que o densificam.

Em sede de exaurimento orçamentário, todavia, não nos encontramos diante do aludido conflito entre princípio da legalidade da despesa pública e princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, mas sim ‘em presença de um confronto entre decisões judiciais e a realidade, vale dizer, entre a realidade e o direito’, perante o qual a única saída é a decisão judicial não ser cumprida tendo em vista o estado de necessidade em que se encontra a Administração Pública.<sup>221</sup>

A interpretação pragmática que sustentamos deve pautar a solução das ações nas quais se pleiteie a intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação permite a formulação e comprovação tanto da alegação de inexistência de recursos quanto da alegação de exaurimento orçamentário.

Intraprocessualmente, ainda consoante o magistério de Eros Roberto Grau, quem alega (*in casu* o Poder Executivo) exaurimento orçamentário deve comprovar sua alegação, colacionando aos autos dos relatórios em linguagem acessível instruídos com documentos que os fundamentem para testificar a veracidade de sua afirmação, hipótese na qual não será correta a condenação da Fazenda Pública a obrigação de fazer relativa à saúde ou à educação em face do estado de necessidade em que se encontra o Ente público.<sup>222</sup>

Com esteio na Teoria Metódica Estruturante, de Friedrich Muller, verificamos que, nas hipóteses de exaurimento orçamentário, a norma jurídica jusfundamental não se materializa. Nesses casos, o texto do preceito jusfundamental, ao interagir com os demais elementos que a ele se conjugam para lhe complementar o sentido, não chega a transformar-se em norma jurídica. Não há direito ao impossível.

Em sendo levantada a objeção de inexistência de recursos, nos termos do regramento legal e constitucional da despesa pública, para custeio de obrigação de fazer atinente à concretização do direito fundamental à saúde ou à educação, deve-se verificar a possibilidade de concretizar o preceito jusfundamental, afastando-se a incidência do princípio da legalidade da despesa pública e seu respectivo regramento, determinando-se, com base em uma análise da integralidade do orçamento, a utilização de verbas nele existentes em setores supérfluos como, *v.g.*, publicidade, ou relativos a despesas que possam aguardar implementação para exercício financeiro posterior.

---

<sup>221</sup> Idem. Ibidem, 1993, p. 326.

<sup>222</sup> GRAU, Eros Roberto. Despesa pública - princípio da legalidade - decisão judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 315-331, jan.-mar./1993.

De qualquer sorte, o Poder Judiciário deve estar alerta para o fato de que a inexistência de recursos, denominada ‘exaustão da capacidade orçamentária’, geralmente, refere-se a um determinado orçamento, ao passo que os recursos públicos são captados em caráter permanente, de forma que sempre existe a possibilidade de que despesas não suportáveis no presente consoante o orçamento em vigor o possam ser em um futuro próximo.<sup>223</sup>

[...] não é propriamente a ‘exaustão da capacidade orçamentária’ que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental (embora isso também seja possível). O referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de ‘direito’ fundamental.<sup>224</sup>

Nem sempre, como depreendemos da análise de algumas opções orçamentárias de conhecimento público, como os imensos gastos com publicidade governamental, a inexistência de recursos manejáveis sem alteração do regime da despesa pública ou exaustão da capacidade orçamentária de um determinado orçamento (e não-exaurimento orçamentário) decorre de escolhas trágicas, as quais ocorrem quando se opta entre a tutela de direitos de igual ou relevante hierarquia no ordenamento jurídico. A obscuridade das leis orçamentárias facilitam o acobertamento de gastos supérfluos sob a denominação, *v.g.*, de ‘despesas gerais’, sem falar nas despesas inverossímeis diante da realidade nacional como, no Rio de Janeiro, o projeto de instalação com recursos públicos de uma filial de um famoso museu novaiorquino ou a licitação empreendida este ano no Estado do Ceará para compra de centenas de automóveis da marca Toyota, modelo Hi-Lux, para realização de ronda policial, como se o alto luxo do aludido veículo fosse necessário a um serviço de policiamento que demanda apenas a aquisição de carros velozes com compartimento para prisão.

Dessarte, é mister conceder às alegações de falta de recursos públicos o condão de impedir a implementação dos direitos fundamentais (principalmente à saúde e à educação, erigidos pela Constituição Federal a uma patamar diferenciado dentro do modelo de Estado social que traça) somente quando a despesa pública tenha sido estruturada em rubricas compatíveis com as opções constitucionais, ou seja, quando tais rubricas se prestem a realizar direitos e interesses igualmente previstos na Constituição como necessários e também relevantes. Os delírios e gastos de interesse meramente

---

<sup>223</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 234.

<sup>224</sup> Idem. Ibidem, 2005, p. 235.

político-partidário devem ser frustrados caso não haja outra maneira de concretizar os direitos fundamentais.

Konrad Hesse, cujas lições embasam em larga medida o referido posicionamento de Eros Roberto Grau, distingue a Constituição jurídica – documento formal – da Constituição real – regramento da sociedade pelas forças políticas reais em atuação no meio social -, esclarecendo que a Constituição (jurídica) não pode romper com a realidade e exigir o inexequível, mas igualmente não é um espelho da realidade, uma reprodução das relações econômicas, sociais e jurídicas praticadas, sendo da essência de sua força normativa a aptidão para conformar a realidade, conduzi-la no sentido das opções axiológicas nela depositadas.<sup>225</sup>

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real.<sup>226</sup>

Caso a alocação dos recursos públicos nas leis orçamentárias brasileiras tivessem historicamente como norte a redução gradual das desigualdades sociais, a Carta de 1988 não teria criado as vinculações orçamentárias da saúde e da educação. As forças políticas que dominam o País têm resistido a assumir a saúde e a educação como prioridade, nos termos do que preceitua a Constituição Federal, *ex vi* do retromencionado descumprimento da vinculação orçamentária da saúde e do fato de que as principais políticas públicas em educação implantadas na nova ordem constitucional, como o FUNDEF, o Bolsa Escola etc. devem-se à atuação e gestão centralizada da União, coadjuvada pela mera adesão de estados e municípios.

Adotando o magistério de Konrad Hesse, podemos afirmar que a Constituição real brasileira, formada pela conjugação das forças reais de poder, não trilha o caminho traçado pela Carta de 1988 (embora as constituições jurídicas, desde 1934, prevejam, assim como esta, vários direitos sociais). A Constituição real vivencia uma patente tensão com a Constituição jurídica de 1988, o que não refuta, mas sim confirma a força

<sup>225</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

<sup>226</sup>Idem. Ibidem, 1991, p. 25.

normativa desta, a qual confronta precisamente as relações de poder que almeja modificar.<sup>227</sup>

A mal disfarçada predisposição contrária ao custeio estatal dos inegavelmente onerosos direitos sociais consiste em uma defesa da Constituição real à moda de Lassalle e Jellinek, como algo que prepondera e esmaga a Constituição jurídica.<sup>228</sup> Trata-se de posicionamento que olvida uma das mais importantes funções do Direito como ciência: o de contribuir para a transformação social com melhoria das condições de vida do ser humano.

O Direito não é uma ciência descritiva, não existe para descrever e amoldar-se à realidade, mas para interagir com ela, regulando-a, guiando-a no sentido das opções valorativas assumidas pela sociedade por meio dos textos normativos. A afirmação de que os direitos fundamentais sociais previstos na Carta Maior são ‘promessas irrealizáveis’ – a qual expressa uma defesa, ainda que inconsciente e irrefletiva, do *status quo* de inversão inconstitucional de prioridades da despesa pública ao custo da normatividade constitucional - é a sustentação cabal de que apenas a Constituição real existe e rege a sociedade brasileira. Posicionamentos dessa ordem, que submetem a Constituição jurídica à Constituição real, na análise profunda de Hesse, configuram a própria negação do valor do Direito como ciência normativa.<sup>229</sup>

A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. (...) Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.<sup>230</sup>

Realmente, no âmbito da interpretação semântica, ou seja, daquela feita *a priori*, encarando-se o preceito jusfundamental social como se fora algo destacado do contexto social, das imposições e limites orçamentários levados à luz nos autos, é possível e mesmo provável que a propensão seja a uma decisão igualmente divorciada da realidade. Em sendo, no entanto, a efetivação do preceito jusfundamental uma decisão tomada no âmbito do processo e mediante a análise de todas as variantes fáticas, jurídicas e orçamentárias da questão, vale dizer, em extraindo-se a norma jusfundamental da fusão entre texto e realidade, consoante teorizado por Friedrich Müller, não vemos possibilidade de formação de uma senda jurisprudencial com tendência de condenação da Fazenda Pública a prestação impossível ou capaz de produzir o caos financeiro do Estado, embora possa haver decisões equivocadas isoladas

---

<sup>227</sup> Idem. Ibidem, 1991, p. 10.

<sup>228</sup> Idem. Ibidem, 1991, p. 9-11.

<sup>229</sup> Idem. Ibidem, 1991, p. 11.

<sup>230</sup> Idem, ibidem, 1991, p. 11.

como também existem na centenária jurisprudência que nega eficácias aos direitos fundamentais.<sup>231</sup>

A teoria metódica estruturante de Friedrich Müller, que tem por base a distinção entre norma e texto da norma jurídica, não reduz os elementos integrantes da norma a texto e realidade ou a texto e contexto fático, simplificação a que recorreremos porque permite uma mais fácil percepção do resultado final da conjugação dos diversos fatores que formam a norma jurídica. Realmente, a aplicação da Teoria Metódica faz a norma jurídica amalgamar-se à realidade (mas sem submeter-se a ela, ou seja, sem perda de seu papel transformador da realidade), impedindo a materialização de normas jurídicas que desconsiderem por completo as limitações impostas pelos fatos, como, v.g., as decisões judiciais que determinam a realização de despesa para a qual o tesouro não possui numerário, mas igualmente impossibilitando que a norma jurídica se reduza à mera chancela da realidade iníqua que a Constituição almeja transformar.

Conscientes de que direitos têm custos e de que o discurso jurídico não pode se divorciar da realidade sob pena de perder espaço para outros discursos no processo de transformação social, não pretendemos contribuir ou elaborar uma fundamentação incondicional das decisões judiciais de deferimento da intervenção jurisdicional no orçamento público para realização de obrigações de fazer concretizantes dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, mas sim depurar o discurso jurídico nesse setor do formalismo, do senso comum teórico dos juristas, identificado por Luís Alberto Warat, das concepções jurídicas anacrônicas e armadilhas ideológicas contrárias à normatividade constitucional, pois só assim os direitos fundamentais à saúde e à educação terão uma chance real de concretização.<sup>232</sup>

#### 4.4.2. Direito e incerteza

Não existe em Direito resposta certa antes de explicitados todos os pormenores do fato litigioso concreto. Consoante magistério de Gadamer, seguido pela Nova Hermenêutica, interpretação e concretização constituem um e o mesmo fenômeno. O texto da norma é uma projeção, cujo significado em cada caso concreto há que ser complementado pelo contexto onde ela se insere, logo, a norma jurídica forma-se somente no momento da aplicação do texto da norma ao contexto fático sobre o qual

---

<sup>231</sup> MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>232</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 57 e segs. v. 2.

incide, não havendo espaço para a profecia nesse tema. O deferimento ou indeferimento da intervenção no orçamento público deve derivar do sopesamento de todos os dados jurídicos e fáticos trazidos aos autos pelos participantes do discurso.

Mesmo após um debate jurídico exauriente, seguido da elaboração da decisão, pouco se pode garantir quanto ao acerto da solução encontrada. O juízo sobre a correção de uma decisão judicial e de seus fundamentos pertence à história - malgrado o louvável e proveitoso esforço das teorias da argumentação de Habermas, Apel e Alexy em fornecer critérios para aferição da correção do discurso - aplicando-se ao Direito integralmente a lição de Popper, segundo a qual:

O velho ideal científico da episteme – do conhecimento absolutamente certo, demonstrável – mostrou-se não passar de um ídolo. A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre.<sup>233</sup>

Consoante o magistério dos professores Rui Verlaine de Oliveira Moreira e José Anchieta Esmeraldo Barreto, da Universidade Federal do Ceará, o mundo da ciência é o mundo da incerteza.<sup>234</sup> Quem pretender operar com o Direito como ele é deve estar preparado para lidar com a incerteza. Portanto, declaramos de antemão as poucas conclusões a que logramos chegar falseáveis – passíveis de superação por descobertas que espelhem com maior fidelidade a verdade - e transitórias – válidas somente até sua superação -, porque científicas.

A incerteza, contudo, não significa que as conclusões obtidas não contenham verdade, mas sim que todo enunciado científico é verdadeiro somente até que sua falsidade seja comprovada.

Um segundo problema que Popper estuda diz respeito à verdade. Para ele, toda discussão reside numa falsa identificação entre certeza e verdade. O que não podemos é ter certeza absoluta de que determinada teoria seja verdadeira; mas a limitação de nossa certeza não nega a existência da verdade. A verdade existe e é um ideal regulador de busca do conhecimento. Toda evolução da ciência mostra que teorias são abandonadas e substituídas por outras, que apresentam uma correspondência mais adequada ao mundo real, ou seja, explicam com maior amplitude e profundidade, do que as anteriores, os fenômenos dos seus campos de estudo.<sup>235</sup>

<sup>233</sup> POPPER, Karl apud BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. **O problema da indução**: o cisne negro existe. Fortaleza: edição dos autores, 1993, p. 124.

<sup>234</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Ensaio sobre a incerteza. **Nomos**– Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC.. Fortaleza, v. 22, n.1/2, p. 171-192, jan.-dez/2003.

<sup>235</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Ensaio sobre a incerteza. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, v. 22, n.1/2, p. 171-192, jan.-dez/2003.

Nada mais falso do que atribuir o progresso da Ciência e da Filosofia a teorias integral e irretorquivelmente corretas. Toda a evolução do conhecimento humano comprova precisamente o contrário: progredimos pelo erro. “A trajetória humana na busca do conhecimento revela um processo de concepção de erros”.<sup>236</sup> É mais uma vez Popper quem pontifica em Teoria da Ciência, ao afirmar “minha tese implica que todo o nosso conhecimento aumenta exclusivamente por meio da correção dos nossos erros”.<sup>237</sup>

Portanto, caso a presente pesquisa não contenha acertos dignos de registro nos anais da Ciência, esperamos pelo menos que seja prenhe de erros fecundos, aptos a fomentar o debate e a refutação producentes.

---

<sup>236</sup> BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. Logos ou imaginação. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (Org.) **Imaginando erros**. Fortaleza: Casa José de Alencar /Programa Editorial-UFC, 1997, p. 15-19. Nesse artigo é traçada uma trajetória resumida dos equívocos das teorias de Descartes, Kant, Bacon, Hume dentre outros, demonstrativa de que esses erros foram fundamentais para a evolução do conhecimento.

<sup>237</sup> POPPER, Karl apud BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. A produção do conhecimento científico. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (Org.) **Coisas imperfeitas**. Fortaleza: Casa José de Alencar /Programa Editorial-UFC, 1996, p. 121.



## 5. CONCLUSÕES.

1. A interpretação semântica, calcada na razão teórica, procura extrair os significados ou a maior parcela do sentido do texto de cada dispositivo constitucional simplesmente com supedâneo na leitura de tais signos, em abstrato e não perante os casos concretos que a invoquem, caracterizando-se por encarar a norma jurídica apenas como texto, estaticamente. Subjacente às teorias nacionais acerca da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, a interpretação semântica busca delimitar de antemão (ou seja, em estágio anterior à aplicação da norma) todas as suas potenciais significações. Quando adotada pelo Poder Judiciário, somente as normas cujo texto comunique de pronto, ou seja, em abstrato, seu significado, podem ser interpretadas e, portanto, aplicadas, ao passo que as normas constitucionais abertas ou semanticamente incompletas/indeterminadas têm sua justiciabilidade e concretização pelo Poder Judiciário postergadas indefinidamente, até receberem suficiente complementação legislativa de sentido.

A interpretação pragmática, introduzida pela Nova Hermenêutica, ao contrário, é realizada argumentativamente, no âmbito de um caso concreto, onde podem ser obtidos elementos não presentes *prima facie* no texto da norma para complementação de seu sentido e elaboração da norma jurídica propriamente dita. A interpretação pragmática visa a elucidar o significado da norma em atividade, perante um caso concreto, caracterizando-se, portanto, pelo seu dinamismo e complexidade. Ela transcende o significado estático do texto normativo, sendo indicada exatamente para a exegese de preceitos com elevado grau de abstração e generalidade, preenhes em conceitos indeterminados, vale dizer, para a solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, enfim e sobretudo, para casos difíceis.

Não existe relação de exclusão entre os níveis semântico e pragmático da interpretação, assim como entre Lógica formal e Lógica informal, mas sim de estreita complementariedade.

2. No Brasil, a retórica da impossibilidade de estender a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais sociais possui grande força em virtude da não-utilização da interpretação pragmática pelo Poder Judiciário, a qual, no atual panorama hermenêutico, é a única que é capaz de resolver a grave questão da omissão legislativa e/ou administrativa em propiciar a concretização de dispositivos constitucionais semanticamente dependentes de complementação, como os direitos fundamentais à saúde e à educação.

Em se tratando de direitos fundamentais à saúde e à educação, havendo omissão legislativa e/ou administrativa em viabilizar a produção imediata dos efeitos do preceito constitucional, a interpretação pragmática pelo Poder Judiciário impõe-se como consectário da aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais, da incompletude semântica da maioria dos dispositivos constitucionais que asseguram esses direitos sociais, da supremacia constitucional e do princípio da Separação de Poderes interpretado em consonância com o princípio do Estado de Direito.

3. A jurisprudência do STJ e do STF acerca da tutela individual do direito à saúde – diferentemente do que ocorre na tutela individual do direito à educação e na tutela coletiva dos direitos à saúde e à educação – vem sendo construída por intermédio de uma interpretação pragmática da Constituição, harmonizando-se com os postulados da Nova Hermenêutica constitucional.

Inspirados pela conexão entre o direito à saúde e o direito à vida, o STJ e o STF lograram desenvolver, no setor da saúde como direito individual, um discurso jurídico bem mais sensível ao imperativo da normatividade constitucional e à realidade do País. Embora seja lamentável que, ao contrário do legislador constituinte, não nivelem educação e saúde - razão pela qual interpretam semanticamente o direito à educação individualmente considerado - e que não procedam pragmaticamente no âmbito da tutela coletiva tanto em matéria de saúde quanto em matéria de educação, STJ e STF estão elaborando, no âmbito da jurisprudência relativa às ações civis públicas para efetivação do direito fundamental à saúde individualmente considerado, uma interpretação que transcende o nível semântico e assume índole pragmática.

A elaboração pragmática de requisitos para a tutela individual do direito fundamental à saúde é necessária e correta, para que a distribuição individual dos recursos da fatia orçamentária atinente à saúde e à educação não configure um favorecimento aos poucos que logram acesso à justiça, comprometendo a implementação dos direitos à educação e à saúde em sua dimensão coletiva. Realmente, a distribuição indiscriminada de tutela jurisdicional individual nessa área acarreta uma flagrante e inofismável violação ao princípio constitucional da Igualdade, pois aqueles aquinhoados com o deferimento de seus pedidos judicialmente formulados são erigidos a um patamar diferenciado com relação à imensa maioria dos cidadãos, que não têm suas necessidades em saúde e em educação igualmente tuteladas pelo Estado. Portanto, não há inconstitucionalidade nem equívoco na imposição de condições à tutela individual do direito à saúde, visto que sua efetivação na dimensão coletiva – esta sim

almejada e aparelhada pela Carta de 1988 - requer recursos de elevada monta, sendo, portanto, salutar toda parcimônia no dispêndio de recursos orçamentários em tal setor.

Dessarte, a interpretação pragmático-constitucional no âmbito da tutela individual da saúde já é uma realidade que deve ser transposta para a tutela individual do direito à educação e para a tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

4. Na tutela coletiva dos direitos à saúde e à educação, verifica-se a instauração de um círculo vicioso, no qual as barreiras processuais formalistas sustentam a posição conservadora do STJ e do STF no sentido da não-ingerência em assuntos afetos à efetivação dos direitos à saúde e à educação. E o conservadorismo, concomitantemente, alimenta a manutenção do formalismo, que se traduz numa retórica falaciosa, que diuturnamente desrespeita a Constituição sob o pretexto de não violar o âmbito de atribuições do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

O desconcertantemente exíguo volume processual do STJ e do STF em matéria de tutela coletiva dos direitos fundamentais à saúde e à educação, assim como o formalismo e conservadorismo dos poucos arestos encontrados, deixam entrever uma sutil, embora firme, resistência à justiciabilidade dos direitos à educação e à saúde em sua dimensão coletiva, vale dizer, às ações cujo objeto é construção de hospitais, criação de leitos em U.T.I.s, compra de equipamentos hospitalares, construção ou ampliação de escolas, contratações de professores e médicos etc.

O maior limite imposto pelo STJ e pelo STF – assim como também pelos demais tribunais do País -, todavia, à intervenção jurisdicional no orçamento público para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação, no âmbito da tutela coletiva, não reside nos obstáculos formais, nem na inexistência de recursos públicos suficientes para tanto (alegação que raríssimas vezes é comprovada por quem a formula nem investigada pelo órgão jurisdicional). O nó górdio das ações que pleiteiam a efetivação dos direitos fundamentais à educação e à saúde, em sua dimensão coletiva, consiste precisamente na interpretação, conferida ao art. 2º. da Lei Maior, segundo a qual falece autoridade ao Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de políticas públicas nessas áreas.

A concepção do Poder Judiciário acerca da cláusula da separação de poderes é o elemento jurídico-ideológico subjacente tanto à resistência com relação à justiciabilidade dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, quanto ao entendimento de que a determinação, pelo Poder Judiciário, da realização de obrigação de fazer ao Poder Executivo que possua repercussão onerosa

sobre o orçamento público consiste em invasão inconstitucional da esfera de atribuições deste último.

5. O princípio da Separação de Poderes compõe-se de duas idéias: a divisão do poder político e a instituição de um sistema de controles recíprocos. Ambas convivem no âmbito do princípio da Separação de Poderes, que é instrumental com relação ao princípio do Estado de Direito, pois seu escopo último é a construção e promoção do Estado não absolutista, não arbitrário, regido pelo Direito legitimamente positivado. A exegese do princípio da separação de poderes compatível com o princípio do Estado de Direito é aquela que permite a coexistência, da divisão de funções estatais com o sistema controles recíprocos entre os poderes.

O fenômeno do avultamento dos deveres do Estado rumo à assunção de uma agenda social, denominado por Cappelletti como *Big Government*,, traz como conseqüência o agigantamento do poder político dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a necessidade de uma nova interpretação para o princípio da Separação de Poderes. Realmente, no contexto do Estado que assume constitucional e/ou infraconstitucionalmente deveres sociais, não há violação ao princípio da Separação de Poderes quando o Poder Judiciário determina o cumprimento de prestações decorrentes desses compromissos, mas sim exercício de função jurisdicional típica (aplicação do direito em vigor).

O princípio do Estado de Direito impõe ao Poder Judiciário a atribuição de impor obediência à Constituição e às leis do país. Uma interpretação do princípio da Separação de Poderes que retire do Poder Judiciário a parcela dessa atribuição atinente aos direitos fundamentais à saúde e à educação, bem como aos direitos sociais em geral, viola flagrantemente o princípio do Estado de Direito, bem como o próprio princípio da Separação de Poderes enquanto base para o estabelecimento do controle recíproco que cada poder exerce sobre o outro.

6. O Ministério Público insere-se no sistema de freios e contrapesos, como densificação do princípio da Separação de Poderes previsto no art. 2º. da Lei Maior. É estruturado, desde a Constituição de 1988, como instituição dotada de grau crescente de independência e autonomia para viabilizar a satisfação de dois interesses primordiais: a) a fiscalização do cumprimento da Constituição e das leis e; b) o aprimoramento do sistema de controle recíproco dos poderes consubstanciado na cláusula da Separação de Poderes.

A presença do Ministério Público, no pólo ativo de ação civil pública intentada para efetivar os direitos fundamentais à saúde e à educação coletivamente considerados, confere à referida demanda a qualidade de repercussão do funcionamento do sistema de freios e contrapesos instituído pelo princípio da Separação de Poderes. Dessarte, caso seja eventualmente deferida a intervenção jurisdicional no orçamento público para realização da prestação requerida, estaremos diante de uma hipótese de concretização do princípio da Separação de Poderes enquanto estabelecedor do sistema de controle recíproco dos poderes, *in casu* para coibir omissão inconstitucional.

Figurando o Ministério Público como autor em ação civil pública para concretização dos direitos fundamentais à saúde e à educação em sua dimensão coletiva, é o princípio da separação de poderes que fundamenta e autoriza duplamente a atuação do Poder Judiciário que eventualmente determine a realização de prestação positiva com repercussão onerosa no orçamento do ente público demandado.

Com isso não defendemos que haja necessidade da presença do Ministério Público, no pólo ativo de ação civil pública desse jaez, para que o Poder Judiciário possa tomar medidas que porventura interfiram no orçamento e no planejamento da gestão pública, pois ao Poder Judiciário assiste o poder e toca o dever tanto de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis, quanto de assumir seu quinhão de poder político atinente ao controle dos demais poderes, de transformar-se no ‘terceiro gigante’.

Quando a referida ação civil pública, todavia, é promovida pelo *Parquet*, em sendo constatada sua procedência, há uma dupla incidência do princípio da separação de poderes autorizando a atuação do Poder Judiciário: a) a que investe o Poder Judiciário de poder para combater as condutas omissivas dos demais poderes que configurem violações à Constituição e às leis; e b) a que investe o Ministério Público de poder para solicitar tutela jurisdicional contra condutas omissivas dessa natureza, na condição de ator e mecanismo do sistema de freios e contrapesos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed.. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_; Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 217, p. 67-79, julh.-set./1999.

\_\_\_\_\_; **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as escolhas trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 2 v.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, p. 83-103, abr.-jun./2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine de Oliveira. Ensaio sobre a incerteza. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, v. 22, n.1/2, p. 171-192, jan.-dez./2003.

\_\_\_\_\_. (Org.) **Imaginando erros**. Fortaleza: UFC – Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997.

\_\_\_\_\_. (Org.) **Coisas imperfeitas**. Fortaleza: Casa José de Alencar /Programa Editorial-UFC, 1996.

\_\_\_\_\_. **O problema da indução**: o cisne negro existe. Fortaleza: edição dos autores, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional e transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 1. n. 142, p. 33-49, abr.-jun./1999.

BERTEN, A.. **Filosofia social**: a responsabilidade social do filósofo. Tradução de Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Paula Emília Moura Aragão de Souza. **A tutela do direito fundamental à razoável duração do processo**: repressão da demora e reparação do dano decorrente no processo civil brasileiro. 2007. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Ceará.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais** – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 8-20, [s.d.]/1998.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Almedina, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. **Revista de Processo**, v.1, n. 111, p. 243-258, julh.-set./2003.

CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl-Otto Apel. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 317-337.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. G. Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, n. 737, p. 11-22, mar./1997.

COPY, Irving M.. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1974.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de: Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

COSTA, Reginaldo. **Ética do discurso e da verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.].

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.



FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo et al. **Ministério público: instituição e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 1-17, out.-dez./1994.

\_\_\_\_\_ ; A aplicação imediata das normas definidoras de direitos de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 29, p. 29-58, jun./1988.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 2 v.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolución francesa y administración contemporânea**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Despesa pública - princípio da legalidade - decisão judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 191, p. 315-331, jan.-març./1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Da execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Saraiva, 1986.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ensaios de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 2 v.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973.

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

\_\_\_\_\_; KLUG, Ulrich. **Normas jurídicas e análise lógica**. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_; Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.].

LENZA, Pedro. Racionalização administrativa e o princípio constitucional do concurso público. **Revista dos Tribunais**, v.1, n.857, p. 111-147, mar./2007.

- LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68-93.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_ ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.
- MCCARTHY, Thomas. **La teoria critica de Jürgen Habermas**. Tradução de M. Jimenez. Madrid: Tecnos, 1987.
- MELLO, Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 224, p. 239-284, abr.-jun./2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista dos Tribunais**, v.1, n.766, p. 11-28, ago./1999.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. v.5.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **O espírito das leis**. Tradução publicada sob licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial (editor Victor Civita), 1973.
- MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MORAES, Germana Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MORIN, Edgar; CIURANA, Emilio Roger; MOTA, Raúl Domingo. **Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana**. [S.t.]. Brasília, D.F.: Cortez-UNESCO, 2003.

MÜLLER, Friedrichs. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVA, Alberto. **Filosofia da ciência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1969.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_ ; **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_ ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_ ; **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005.

QUEIRÓZ, Cristina M. M.. **Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales e la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral . **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 3 v.

SARAIVA, Paulo Lôpo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_; Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo, v. 1, n. 1, p.631-680, jan.-jun./2003.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 5. ed.. Cidade do México: Porrúa S.A., 1979.

\_\_\_\_\_. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed..Cidade do México: Porrúa S.A., 1973.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes da. Redefinição de papéis na execução de quantia certa contra a fazenda pública. **Revista CEJ – Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v.1, n. 31, p. 203-220, dez./2005.

\_\_\_\_\_. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; et. al.. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 4. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TABOSA, Agérson. **Direito romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1999.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 5 v..

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 1998.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça, 1979.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Ministério público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. 2 v.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A escola de Frankfurt** – história, desenvolvimento teórico, significação política. Tradução de Lilyane Deroche-Gurcel. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.