



TATIANA DO COUTO NUNES

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO EXPRESSÃO DO CONSEQUENCIALISMO

BRASÍLIA

2011

TATIANA DO COUTO NUNES

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL COMO EXPRESSÃO DO
CONSEQUENCIALISMO**

Trabalho de conclusão de curso como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Brasília – DF
2011

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. TEORIAS DEMOCRÁTICAS DO CONSTITUCIONALISMO E PODER JUDICIAL	7
1.1 PROCEDIMENTALISMO.....	9
1.2 SUBSTANCIALISMO	10
1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL E LEGITIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO	12
2 JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO.....	14
2.1 OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL.....	15
2.2 OS PROCESSOS DE JUSTIFICAÇÃO COMO EXPLICAÇÃO POSSÍVEL.....	16
2.3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO VERSUS HERMENÊUTICA.....	18
3 UMA NOVA VISÃO DA DECISÃO JUDICIAL	21
3.1 OS PROCESSOS TRADICIONAIS DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	21
3.2 A APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO CASO CONCRETO	23
3.3 PERCEPÇÃO PROSPECTIVA	25
3.3.1 SINÉPICA	25
3.3.2 PRAGMATISMO	26
3.3.3 CONSEQUENCIALISMO	27
4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO EXPRESSÃO DO CONSEQUENCIALISMO.....	32
4.1 ORIGEM PRÓXIMA DO CONSEQUENCIALISMO COMO PRODUTO DA FORMAÇÃO JURISPRUDENCIAL: O CASO ALEMÃO DAS UNIVERSIDADES	32
4.2 A IMPORTAÇÃO DO PRINCÍPIO PELO BRASIL: A EXPRESSÃO "FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL"	33
4.3 RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
4.4 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.....	39
4.5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RECENTE	41
CONCLUSÕES.....	47

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51
---	-----------

INTRODUÇÃO

“A ciência jurídica se revela não como uma teoria sobre a decisão, mas para obtenção da decisão”. Essa afirmação de Tercio Sampaio Ferraz Junior na sua “Introdução ao estudo do Direito”¹, embora correta, representa apenas metade do caminho exigido na atualidade. É que, hodiernamente, se torna cada vez mais manifesta a necessidade de a decisão ser realizável no mundo sensível, eis que de nada vale a obtenção de uma decisão que não tenha corresponsabilidade no mundo social.

Nesse sentido, o trabalho monográfico se debruçará sobre a efetividade da decisão judicial obtida, mas não apenas em sede de controle de constitucionalidade pela Corte Suprema, mas pelo Poder Judiciário como um todo, em qualquer grau de jurisdição. Sendo esse o foco dos debates travados, mostra-se relevante a abordagem de um tema cuja discussão é relativamente recente, a do chamado consequencialismo.

O consequencialismo é parte da estrutura da formação da decisão. Esse exercício de antecipação mental dos efeitos que serão causados com a decisão proferida é de forma tal relevante que somente haverá legitimação do Poder Judiciário se em suas decisões for adotada a vocação consequencialista, com base na teoria da Constituição, considerando, entre outras, a teoria constitucional democrático-deliberativa (seja na vertente procedimentalista, seja na substancialista²).

Nesse sentido, a pesquisa pretende investigar o papel do Judiciário na promoção da igualdade material e na concretização dos direitos sociais, sendo legítimo afirmar, desde já, que o exame daquelas teorias permite a verificação da compatibilidade do consequencialismo com a ideia de concretização constitucional.

A presente pesquisa encerra, nessa toada, temas relativos ao direito constitucional, à filosofia do direito e à teoria geral do direito e tem como ponto fulcral a adequação da motivação consequencial da decisão judicial aos postulados constitucionais-democráticos, à luz das teorias procedimentalistas e substancialistas e,

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**, 4^a. ed. 2^a. Tiragem, São Paulo: Atlas, 2003.

² NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 44-48.

ainda, o estudo do princípio da reserva do possível como expressão do consequencialismo.

Para o enfrentamento do tema proposto, tocarão à pesquisa, porque inafastáveis, abordagens sobre as teorias filosóficas de justificações do direito — dentre as quais, a teoria da argumentação, da interpretação e o pragmatismo — e o processo de formação da decisão judicial.

A pesquisa incluirá, inicialmente, e com amparo em vasta e abalizada doutrina³, o exame de lições abstratas sobre a fundamentação e justificação do direito, teorias do discurso e da argumentação, entre outras, para, num segundo momento, realizar uma abordagem prática do tema a partir da coleta e análise de casos concretos.

Nessa esteira, o estudo sobre o princípio da reserva do possível será realizado com base em ensinamentos doutrinários e precedentes judiciais, de modo a investigar como aquele postulado vem sendo utilizado na construção da decisão judicial e relacioná-lo ao elemento consequencial.

A problemática apresentada na pesquisa é representada pela seguinte indagação: os magistrados se valem do consequencialismo ao construírem a decisão judicial? Isto é, mentalizam antecipadamente os possíveis efeitos da decisão não somente sobre os litigantes, mas sobre a sociedade como um todo⁴?

Utilizando como pano de fundo considerações sobre a relação entre democracia e constitucionalismo — aqui incluídos o ativismo judicial⁵ e os modelos da teoria da constituição dirigente e da constituição democrático-deliberativa —, e realizado estudo sobre o processo de formação da decisão judicial, o trabalho demonstrará o ponto e o contraponto da aplicação do princípio da reserva do possível pelo magistrado⁶.

³ A esse respeito, conferir referencial teórico e lista bibliográfica.

⁴ Na tentativa de responder a questão, serão colacionadas algumas decisões consequencialistas e outras não consequencialistas.

⁵ Pelo viés da teoria constitucional democrático-deliberativa, o ativismo judicial no campo social não representa uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação. (NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**, disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf), p. 3).

⁶ Confira-se, a propósito, o escólio de Ingo Sarlet esposado ao final do referencial teórico do presente trabalho.

A temática a ser trabalhada revela não só uma contribuição teórica para a verticalização do estudo acadêmico (ao tratar das teorias de filosofia e de teoria geral do direito), mas também se reveste de caráter prático ao englobar em seu cerne casos concretos analisados em precedentes judiciais, todos atuais e amplamente debatidos em sessões de julgamento e na mídia⁷. Dentre os mencionados precedentes, ganharão destaque as decisões afetas aos direitos sociais e à concretização de políticas públicas.

⁷ Apenas a título exemplificativo, cite-se a Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada em 27, 28 e 29 de abril e 4, 5, e 6 de maio de 2009.

1 TEORIAS DEMOCRÁTICAS DO CONSTITUCIONALISMO E PODER JUDICIAL

Atualmente, está em voga o debate acerca do papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos sociais e dos limites dessa atuação. Sobre o tema, há robustas vertentes de argumentação tanto no sentido de rechaçar a postura ativista do Judiciário quanto no sentido de corroborá-la. Este parece ser um cenário que gera profunda instabilidade na função daquele Poder.

Fritz Ossenbühl, à luz da lição de Huber, fala não em interpretação, mas de concretização dos direitos fundamentais. Com isso, pretende estabelecer uma distinção entre o conceito de interpretação em sentido tradicional e o conceito moderno de interpretação. A questão colocada por Ossenbühl é saber se há uma “derivação jurídica” ou uma “decisão política”, especialmente no caso da interpretação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, busca saber se essa tarefa pertence aos tribunais (especialmente os tribunais constitucionais) ou ao legislador. Uma questão não de interpretação em sentido estrito, mas de legitimidade política, um problema que se encontra indissolúvelmente ligado à discussão em torno do papel ativo ou passivo dos tribunais⁸.

Nesse contexto, e tendo em mente a discussão do papel do Judiciário na concretização da igualdade material (mais especificamente dos direitos sociais), se faz relevante o estudo das teorias constitucionais da constituição dirigente e da constituição democrático-deliberativa, duas concepções de teoria constitucional que compreendem de forma distinta a relação entre democracia e igualdade material.

Segundo a teoria da constituição dirigente, a democracia deve realizar a concretização de um determinado projeto social, de modo que a seleção das finalidades estatais por parte do legislador ordinário é consideravelmente restrita. Ao Judiciário caberia, portanto, o controle dos eventuais abusos ou omissões dos demais poderes, mas não a concretização autônoma e imediata daquele projeto⁹.

⁸ In: QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional.** Coimbra Editora, 2000, p. 124.

⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade,** disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf), p. 3), pp. 2-3.

A teoria democrático-deliberativa, de outra banda, vê os direitos sociais como passíveis de concretização direta pelo Poder Judiciário em caso de omissão estatal, de modo que o ativismo judicial no campo social não representaria uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação¹⁰. Por esse prisma, os direitos sociais não são considerados objetivos, mas pressupostos e condições da democracia¹¹.

Segundo essa concepção — e ao contrário do que ocorre no âmbito da teoria da constituição dirigente —, no que tange aos direitos prestacionais, a missão do Judiciário não é a de fiscalizar a implementação efetiva do programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Dessa forma, ao realizar adequadamente essa tarefa, aquele Poder está incrementando as condições para que o povo decida melhor¹².

Por motivos metodológicos, será adotada, doravante, a teoria da constituição democrático-deliberativa, de modo a criar um espaço mais largo de possibilidades e de legitimação do Poder Judiciário (maior espaço de criação do Direito pelo magistrado), que permita, mais facilmente, a análise e a visualização da utilização, ou não, do pensamento consequencialista na formação da decisão judicial — o que não seria viável se se optasse pela visão da constituição dirigente.

Assim, por exemplo, quando é proferida decisão judicial no sentido da concessão de medicamentos, essa decisão é corroborada pela teoria constitucional democrática-deliberativa eis que, para essa perspectiva, quando se trata de direitos sociais básicos, o Judiciário tem legitimidade de concretizá-los independentemente de decisões majoritárias:

não há aqui usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Há, antes sim, a garantia de condições de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido¹³.

Conforme assinala Cláudio Pereira de Souza Neto, as teorias democrático-deliberativas buscaram, por meio das suas vertentes substancialista e

¹⁰ IDEM, p. 3.

¹¹ IDEM, p. 22.

¹² IDEM.

¹³ NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria... Ob. cit., p. 33-34

procedimentalista, aferir em que medida a Constituição pode restringir as decisões que foram objeto de assentimento majoritário¹⁴.

Em breve linhas, pode-se sintetizar a principal diferença entre as duas concepções, da seguinte forma: (i) para a vertente substancialista¹⁵, o constitucionalismo exerce um papel fundamental, já que os princípios encontram-se positivados no texto constitucional; ao passo que (ii) para a concepção procedimentalista¹⁶, o constitucionalismo também exerce um papel importante, mas subsidiário em relação à deliberação democrática. Assim, sua função é a de, tão-somente, garantir as condições procedimentais da democracia¹⁷.

Adiante, serão tecidas breves achegas sobre essas duas vertentes, com mais ênfase à concepção substancialista, que servirá de amparo às considerações trazidas pelo presente trabalho.

1.1 PROCEDIMENTALISMO

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, em primeiro plano, as condições do processo democrático.

Defensor da tese procedimentalista, Habermas critica veementemente a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Para Habermas, a política deliberativa retira sua força legitimadora da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação¹⁸.

Propõe, assim, um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44.

¹⁵ Modelo apoiado na filosofia política de John Rawls (**O liberalismo político**, 2000, p. 73).

¹⁶ Vertente formulada especialmente por Habermas.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 44-45.

¹⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 59.

na opinião e da vontade e que exige uma identidade política não ancorada em nação de cultura, mas em uma nação de cidadãos¹⁹.

Para ele, o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. Nesse passo, o Tribunal Constitucional não deve se tornar um guardião de uma pretensa ordem suprapositiva de valores substanciais, mas, tão-somente, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

1.2 SUBSTANCIALISMO

A vertente substancialista, por sua vez, trabalha com a premissa de que a função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais.

Na concepção de Dworkin, um dos principais expoentes da teoria substantiva da Constituição, a legitimidade da jurisdição constitucional reside no fato de que a atividade jurisdicional, amparada pelos princípios do ordenamento jurídico, não opera volitivamente, mas sim reconstrutivamente, não havendo, portanto, um corte com o conceito de separação dos Poderes. Isso porque, havendo critérios normativos preestabelecidos superiores à norma infraconstitucional, inexistirá amparo para o argumento de ilegitimidade das Cortes Constitucionais²⁰.

Assim, Dworkin sustenta que a tutela dos direitos fundamentais está na essência do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que a jurisdição constitucional pode conviver em total harmonia com a democracia, visto que os juízes, ao adotarem a leitura moral da Constituição, estão adotando os valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo quando do processo constituinte. Para Dworkin, a jurisdição constitucional, a par de ser compatível com a democracia, contribui incisivamente para o seu fortalecimento²¹.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, pp. 158-159.

²⁰ FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos S. Legitimidade democrática e jurisdição constitucional. Artigo apresentado no Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, no ano de 2010.

²¹ IDEM.

Em contraposição à corrente procedimentalista Habermasiana, Lenio Streck entende que os processos democráticos constituem uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito. Nessa vertente, cita Castoriadis, para quem “a menos que se intervenha profundamente na organização substantiva da vida social, sequer é possível realizar uma ‘democracia processual’ que não seja uma autêntica fraude”²².

Assim, ao discorrer sobre a corrente substancialista, Streck aduz que mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, “o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais”²³.

Gustavo Zagrebelsky²⁴ parece convergir com essa ótica ao conceber o direito constitucional como um conjunto de materiais de construção, sendo que o edifício concreto não é obra da Constituição, mas de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais. “Nessa vereda, [Zagrebelsky] concede que as sociedades pluralistas atuais atribuem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas, sim, de realizar as condições de possibilidade para essa vida”²⁵.

Alexy, trazendo o exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, asseve que um Tribunal Constitucional não é, de forma alguma, impotente diante de um legislador omissivo, pois o campo de suas possibilidades processuais-constitucionais vai “desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição”²⁶.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, pp. 150 e 153.

²³ IDEM, p. 162.

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 3ª ed, 1999, p. 13.

²⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Princípios Constitucionais: Interpretação visando à efetividade dos Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Público, ano V, nº. 19 – jan/fev/2008, IDP- Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 99.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 514.

Em consonância com os fundamentos doutrinários da vertente substancialista, o Supremo Tribunal Federal sustenta que, no caso de omissão dos demais Poderes na tarefa de normatização e implementação dos direitos fundamentais (mormente os direitos sociais), cabe ao Judiciário a concretização material desses direitos.

Traz-se, à guisa de exemplo, o voto proferido pelo ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar na ADPF 45, em que restou assentado o entendimento de que, não obstante ser certo que não se inclui, ordinariamente, no rol das funções do Poder Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas — mas no âmbito das atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo —, tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá ser conferida ao Judiciário se e quando os órgãos estatais competentes, em descumprimento dos seus encargos políticos-jurídicos, vierem a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais ou coletivos de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Indo além, o ministro, citando o escólio de Andreas Joachim Krell, afirma que:

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre os direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

Em conclusão, o ministro afirma que a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.

1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL E LEGITIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Como visto, a discussão gerada a respeito da legitimação do Poder Judiciário no processo de tomada de decisões, mormente nos últimos anos, em que o

Supremo Tribunal Federal passou a atuar como legislador positivo, está intimamente relacionada à separação e independência dos Poderes.

O ponto fulcral da discussão a respeito da legitimação do Poder Judiciário na tomada de determinadas decisões, especialmente as que pretendem efetivar, materialmente, políticas públicas, ampara-se no fato de que os membros do Judiciário, ao contrário do que ocorre com os agentes do Legislativo e do Executivo, não são escolhidos pelo povo e não são submetidos ao controle periódico de legitimação, o voto.

Discute-se, assim, se o julgador, no processo de construção da decisão do caso concreto, “cria o direito (e se ele pode fazê-lo) ou se somente revela o direito já existente no ordenamento e aplicável ao caso concreto, numa espécie de antítese entre a atividade de interpretação judiciária e a atividade criadora dos magistrados”²⁷, questão que será abordada no item 3.2. do presente trabalho.

Uma forma de legitimação do Judiciário reside na necessidade de que esse Poder proceda de acordo com o justo social. É nesse ponto que se percebe com mais facilidade a importância da postura consequencialista do julgador, porquanto o pensamento consequencial — porque ajusta a conduta do Judiciário, conformando-a com o todo social, num reconhecimento de que a justiça do caso concreto se reflete sobre toda a sociedade, que não pode sofrer danos colaterais decorrentes dessas decisões — representa, a um só tempo, um fator de legitimação da decisão judicial e um limitador da norma jurídica individual²⁸.

²⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo**, in Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Número 11, ano 22, novembro de 2010, p.31.

²⁸ IDEM, p. 32.

2 JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”²⁹. Esta afirmação de Karl Larenz, registrada em 1975, pode representar tranquilamente uma das preocupações hodiernas do panorama jurídico.

Num contexto em que se vivencia a hipertrofia do Poder Judiciário — a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional marca a maior complexidade da atividade jurisdicional, que sai do plano meramente subjetivo para reger as situações objetivamente —, a justificação do direito no processo de tomada das decisões judiciais assume especial relevância, até mesmo para a verificação da legitimidade (ou não) do Judiciário, num cenário em que esse Poder atua de forma cada vez mais ativa³⁰.

Em razão disso, é pertinente investigar algumas teorias de justificação do direito e seus principais expoentes, com a profundidade necessária ao devido desenvolvimento do tema central.

Para o presente trabalho, interessam a teoria da justificação pela via da argumentação jurídica, a justificação sob o foco da interpretação jurídica, o pragmatismo e, sobretudo, o consequencialismo.

²⁹ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3º ed., Berlim/Heidelberg/Nova York, 1975, p. 154, in ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 17. No mesmo sentido, o pronunciamento da Corte Constitucional alemã lembrado por Alexy em sua obra (Ob cit., p. 34): “Primeiro a corte estabelece que à luz do art. 20, parágrafo 3 da Constituição (Grundgesetz) [...] o direito não é idêntico à totalidade das leis. Visto que de acordo com a lei básica (não se exige) que os juízes meramente dêem instruções do tipo legislativo dentro dos limites dos possíveis significados literais nos casos isolados. A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode ‘exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundamentadas na argumentação racional”.

³⁰ No mesmo contexto encontram-se as polêmicas relativas à Jurisdição constitucional e política e à judicialização de políticas públicas.

2.1 OS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL

Como anunciado previamente e conforme será abordado no item 3.2, parece ser de entendimento tranquilo o fato de que o juiz cria o direito. O que interessa arguir, no presente momento, é o limite em que isso ocorre, com a ressalva de que não se pode chegar ao ponto da afirmação de Charles Huges de que “a lei não é o que é. Ela é o que o Judiciário disser que ela é”. Admitir esse raciocínio significaria afirmar que, se somente ao Judiciário couber dizer o que é a Constituição e quais leis são ou não com ela compatíveis, toda conduta estranha ou arbitrária desse Poder poderia ser, em tese, por ele mesmo, julgada constitucional³¹.

Nas palavras de Cappelletti, a questão que se coloca, portanto, “não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites, [legitimidade] e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”³².

A discussão ganha relevo ao se ter em mente que o julgador intérprete é sempre um ser marcado pelas suas pré-compreensões, adquiridas pela vivência de suas experiências, de seu tempo, da sua “história e geografia”, que certamente influenciarão no processo de criação da norma jurídica individual.

Nessa vertente de raciocínio, devem ser considerados, portanto, os limites da decisão judicial, de modo que, tal como posto por Cappelletti, conquanto seja verdade que nem os precedentes nem as normas legislativas podem vincular de forma absoluta o julgador-intérprete — “que não podem, assim, anular de todo [...] a sua imprescindível necessidade de ser livre, e, portanto, a sua criatividade e responsabilidade” —, também é verdade, entretanto, que o julgador, vinculado que é aos precedentes ou à lei (ou a ambos), tem o dever de amparar a argumentação de suas decisões no direito judiciário (precedentes) ou no direito legislativo, e não apenas em critérios como “equidade” e outros vagos critérios de valoração³³.

³¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Princípios...* Ob. cit., p. 106.

³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

³³ IDEM, p. 25.

É nesse contexto que se faz relevante o uso das teorias de justificação do Direito, com o objetivo de conferir legitimidade e aceitabilidade às decisões judiciais.

2.2 OS PROCESSOS DE JUSTIFICAÇÃO COMO EXPLICAÇÃO POSSÍVEL

Para a teoria da justificação do Direito pela argumentação jurídica, que tem como teóricos principais Neil MacCormick e Robert Alexy, a função básica da argumentação jurídica é primordialmente a justificação. Com relação a esses dois autores, deve-se ressaltar, primeiramente, que mesmo advindos de contextos jurídicos diferentes (MacCormick presente em um ambiente de *common law* enquanto Alexy escreve no sistema romano-germânico), ambos produziram teorias bastante semelhantes da argumentação jurídica enquanto um processo de justificação.

Segundo o primeiro autor, justificar significa ofertar razões que assegurem a justiça em consonância com o direito. Alexy, por sua vez, ensina que a argumentação ocupa lugar no discurso jurídico sob uma série de condições limitadoras, tais como a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática da ciência do direito, bem como — ainda que não tenha pertinência com o discurso doutrinário — as limitações através das normas jurídico-processuais³⁴.

MacCormick preconiza que para que uma decisão faça sentido no mundo, sua justificação possui, necessariamente, três características: ela é (i) consequencialista, na medida em que o juiz deve considerar as consequências de tomar a decisão de um modo ou de outro; (ii) ela é estimativa, eis que faz com que o juiz se pergunte acerca da aceitabilidade ou não de tais consequências; e (iii) ela é subjetiva haja vista que os juízes, ao avaliar as consequências de possibilidades rivais de decisão podem, por exemplo, conferir pesos diferenciados aos critérios distintos de avaliação³⁵.

Nessa esteira de raciocínio, MacCormick aponta não só para a necessidade de a decisão fazer sentido no mundo, mas também a de fazer sentido no sistema jurídico. Para ele, ainda que um argumento tenha base consequencialista, ele

³⁴ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 83.

³⁵ MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 457).

não deve ser adotado se divergir de alguma regra válida do sistema jurídico e, demais disso, a decisão deve se coadunar com um conjunto de normas que, além de não se contradizerem, façam sentido juntas³⁶.

A vertente que se ocupa da interpretação jurídica, cujo principal expoente é Aulis Aarnio, propõe o estudo da justificação do direito como um caso de interpretação. Nessa esteira, Aulis Aarnio busca mostrar aos juízes como proceder ao interpretar uma norma, de modo a justificar suas decisões de forma racional e aceitável, preservando, por conseguinte, a segurança jurídica. O autor sob menção entende que uma justificação por meio da interpretação só será jurídica se tiver amparo em pelo menos uma norma. Nessa senda, uma decisão tomada apenas com base na avaliação de suas consequências será parte de um discurso social, mas não jurídico³⁷.

A terceira teoria relevante para o presente estudo é o pragmatismo jurídico, uma concepção teórica que inverte a lógica tradicional da justificação dedutiva, partindo da conclusão para então chegar às premissas. Essa vertente se preocupa primariamente com a melhor solução para o Direito, para a sociedade, de modo que o direito somente pode ser justificado por meio de suas decisões judiciais quando estas sejam tomadas tendo em vista as reais necessidades da sociedade como um todo, e não com a interpretação ou argumentação adequada para justificar a decisão judicial individual³⁸.

Os pragmatistas, contudo, não têm preocupação com princípios jurídicos e não vêem o Direito como sistema, mas apenas e tão-somente pensam nas consequências “ideais”³⁹ de determinada decisão, o que poderia gerar, no limite, uma

³⁶ IDEM.

³⁷ MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob. cit., p. 461 e 466. Perceba-se, ainda, que essa característica do pensamento de Aarnio o afasta da concepção do pragmatismo.

³⁸ Thamy Pogrebinchi alega que as a teoria da argumentação e da interpretação não estão aptas a cumprir a tarefa de justificar o Direito porque ambas se prendem a razões eminentemente jurídicas para esse mister, de modo que não se ocupam de justificar o Direito, mas, tão-somente, de explicá-lo. Segundo a autora, “(...) apenas uma concepção de justificação que parta da conclusão (a satisfação da sociedade) para as premissas (razões públicas) Será suficiente para justificar o Direito pela via do Direito – mas não unicamente pelas razões do Direito. E esse é o caso do pragmatismo”. (MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob cit., p. 470).

³⁹ Sobre os ideais pragmatistas, Perelman leciona que “um uso característico do argumento pragmático consiste em propor o sucesso como um critério de objetividade, de validade; para muitas filosofias e religiões, a felicidade se apresenta como a última justificação das teorias (...)” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305).

decisão *contra legem* diante de eventuais consequências satisfatórias para a sociedade — nesse ponto, os pragmatistas divergem dos consequencialistas, pois, como bem assevera MacCormick “cada decisão, embora aceitável e desejável em bases consequencialistas, deve também ser permitida pelo direito como ele é”⁴⁰. Nesse particular, se vislumbra a possibilidade de o pragmatismo ferir de morte a segurança jurídica.

2.3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO *VERSUS* HERMENÊUTICA

As normas jurídicas, gerais e abstratamente formuladas, vêm-se remetidas ao modelo de *paper rules*, de simples possibilidades jurídicas. Ao juiz compete a tarefa da sua concretização em “normas de decisão” — *real rules* — que se formulam no dispositivo. Esta função vai muito para além daquilo que poderia ser considerado como uma simples complementação do direito existente⁴¹.

O julgador, longe de se limitar a aplicar automaticamente a norma a um caso particular, exerce uma “liberdade de opção” que opera, em termos pragmáticos, como verdadeira decisão. Como o texto é suscetível de comportar vários significados, é tarefa do juiz escolher, dentre os possíveis, a norma a aplicar.

É essa escolha que se designa por interpretação, que consiste na determinação do significado objetivo do texto. “Isto leva necessariamente a uma ‘interpretação integrativa’ do texto num quadro de uma ‘teoria da norma para o caso particular’ (*case Law, Fallnorm*)”⁴².

Na decisão jurídica tem-se um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação, por meio da argumentação.

⁴⁰ MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob cit., p. 458.

⁴¹ QUEIROZ, Cristina. Ob Cit., pp. 122-123.

⁴² QUEIROZ, Cristina. Ob. cit., p. 122.

A hermenêutica contemporânea, amparada principalmente nas obras de Gadamer⁴³ e Heidegger⁴⁴, direciona-se para a compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e às coisas.

A tarefa da hermenêutica não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão. Não se está a falar, aqui, portanto, em métodos hermenêuticos clássicos (literal, histórico, sistemático, teleológico, etc).

Para Alexandre Araújo Costa⁴⁵, o apelo da hermenêutica não é para a aplicação de um método predefinido, mas para uma avaliação cuidadosa e prudente do caso concreto.

Assim, a prudência é elemento relevante na aplicação do direito, pois somente ela é capaz de discernir os momentos em que a literalidade e a sistematicidade devem ser deixadas de lado, em nome da garantia de valores sociais de justiça. E essa prudência é uma capacidade que não se deixa metodologizar, que não se reduz a regras objetivas, mas que apela para um certo bom senso, que cada sujeito julga ter. “Mas a prudência entra silenciosamente pela porta dos fundos, pois a tabuleta da porta da frente continua dizendo que ‘a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar’”⁴⁶.

Heidegger contribui de forma efetiva para a hermenêutica contemporânea, pois conduz à conclusão de que não há interpretações definitivas, elas não de ser estudadas à luz do tempo em que foram concebidas e tendo em vista as possíveis pré-compreensões do intérprete, de maneira que outros sujeitos, ao lê-las — a partir também de suas pré-compreensões e dentro de suas circunvisões —, também abrirão um novo sentido, uma nova possibilidade de interpretar⁴⁷.

Na hermenêutica gadameriana não há diferença entre a interpretação e a compreensão, pois compreender é sempre interpretar. Aliás, Gadamer entende como

⁴³ Ver: GADAMER, Hans Georg “Verdade e Método”, editora Vozes.

⁴⁴ Ver: HEIDEGGER, Martin. “Ser e Tempo”, editora Vozes.

⁴⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese apresentada no Curso de Doutorado da Universidade de Brasília – UnB.

⁴⁶ IDEM.

⁴⁷ JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A pré-compreensão e a compreensão na experiência Hermenêutica**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3711/a-pre-compreensao-e-a-compreensao-na-experiencia-hermeneutica>.

processo hermenêutico unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação e o trabalho do intérprete se dá a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete.

Percebe-se, dessa forma, que a hermenêutica filosófica auxilia a explicar em que condições ocorre a interpretação (e aplicação) de um determinado objeto interpretado. A teoria da argumentação, de sua vez, pretende estipular critérios que devem ser observados para que uma decisão (interpretação) seja considerada legítima. A argumentação funciona, assim, como uma externalização, para terceiros, do processo interpretativo realizado pelo julgador, que está intimamente associado às vivências e compreensões prévias desse intérprete.

Na hermenêutica jurídica, dá-se destaque à interpretação do Direito como um todo, a exemplo de uma lei, que deve levar o intérprete (juiz) a aplicar ao caso concreto o constante no ordenamento, necessitando, porém, do conhecimento prévio do caso em questão, que lhe é dado pelas partes, através das provas. Não se separa, portanto, a aplicação da compreensão. Entra, aqui, o sistema jurídico, com seu conjunto de princípios e tópicos, normas e valores, com função de dar cumprimento tanto aos princípios como aos objetivos da Constituição.

3 UMA NOVA VISÃO DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 OS PROCESSOS TRADICIONAIS DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A doutrina tradicional encara a decisão jurídica, sobretudo, como problema afeto à construção do juízo deliberativo pelo juiz. A análise formal desse juízo, lembra Tercio Sampaio Ferraz Junior,

Faz-nos pensar, inicialmente, numa construção silogística. Sendo toda decisão jurídica correlata de um conflito que a desencadeia e de uma norma que a institucionaliza, a primeira imagem que nos vem à mente é a de uma operação dedutiva em que (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*.⁴⁸

No processo tradicional de construção da decisão judicial, a maioria das situações é resolvida com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito de validade) e aceita (norma de reconhecimento).

Os casos difíceis, de outra banda, são aqueles em que se detectam dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação), no fático (prova dos fatos) ou na dedução (qualificação). Significa dizer, portanto, que a regra dedutiva, sendo geral, tem limites.

Por essa ótica, a dedução é a regra — utilizada em “casos fáceis” — e a argumentação é a exceção — servindo para a solução dos “casos difíceis”, que devem utilizar princípios para informar a discricionariedade⁴⁹.

A aspiração máxima do processo tradicional é dar a cada um o que realmente é seu, tornar concreto, diante da lide, o ideal de justiça, que só pode ser alcançado quando o juiz efetivamente conhece a verdade dos fatos e a eles atribui as consequências previstas na lei ou nos princípios gerais de direito⁵⁰.

⁴⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 316.

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 158-159.

⁵⁰ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 35.

O juiz deve, assim, submeter-se ao governo das leis e agir como um guardião do sistema jurídico, mantendo-se equidistante dos interessados. Sua atividade subordina-se exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesses⁵¹.

Na sentença, o juiz terá que estabelecer duas premissas: uma referente ao Direito, outra referente ao fato, que viabilizarão a conclusão. Nesse ínterim, o juiz parte das normas reveladas pelas fontes formais do Direito, depois confronta-se com o fato, o que lhe permite extrair a conclusão⁵².

Via de regra, as decisões judiciais podem ser programadas procedimentalmente: (i) fixando-se previamente os meios e deixando em aberto as consequências; ou (ii) fixando-se, de plano, as consequências a serem atingidas, deixando-se em aberto os meios utilizáveis. No primeiro caso, tem-se uma programação condicional; no segundo, uma programação finalística⁵³.

Na programação condicional, a responsabilidade do julgador é pelo correto uso e aproveitamento dos meios: se a consequência é atingida ou não ou se há ocorrência de desvio, o julgador não suporta a carga da consequência. Noutra giro, na programação finalística, o julgador é responsável pelo atingimento da finalidade. Por isso, suporta toda carga de uma correta busca dos meios, havendo entre meios e fins uma solidariedade.

Nos sistemas jurídicos positivados e burocratizados, há predomínio de programações condicionais, haja vista que o sistema normativo aparece, primordialmente, como conjunto de normas que estabelecem os procedimentos dentro dos quais as decisões são reconhecidas como vinculantes⁵⁴. As programações condicionais são associáveis ao processo tradicional de formação da decisão judicial, ora tratado, ao passo que as programações finalísticas guardam relação com a necessidade de uma nova visão — prospectiva — da decisão judicial.

⁵¹ IDEM, p. 40.

⁵² IDEM, p. 45.

⁵³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.321.

⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 322.

A hermenêutica clássica parecia ser suficientemente apta a solucionar as demandas no processo tradicional de formação da decisão judicial, o que não ocorre, todavia, com os problemas, hodiernos, em especial aqueles a serem solucionados pela interpretação constitucional. É que a norma constitucional carrega uma pauta de valores e manifesta-se por meio de normas abertas que não permitem, de plano, a realização de processos subsuntivos ou processos de incidência imediata.

Cristina Queiroz alerta, nesse sentido, para a imperiosa substituição do sistema tradicional, que consiste num “modelo linear do silogismo da justiça”, por um modelo “holístico” de justificação-fundamentação das decisões judiciais. Dessa forma, “O sistema democratiza-se. Não lhe basta já a ‘obediência’. A paz jurídica depende [...] do reconhecimento da observância e efectividade de suas normas e princípios ordenativos básicos”⁵⁵.

Por essa razão, a resposta da hermenêutica jurídica constrói-se contra o modelo convencional da decisão como subsunção ao caso sob a égide do direito positivo, eis que:

A contraposição do sistema/problema releva a impossibilidade da existência de um sistema automático lógico-dedutivo. Partindo dessas premissas, Perry faz distinção entre a “indeterminação do texto” e a “indeterminação da norma” que resulta da interpretação desse texto a um contexto específico. A primeira obedece a uma “lógica dedutiva”; a segunda a uma “lógica não dedutiva”. É nesta segunda fase de concretização da norma que tem lugar a decisão do caso concreto. Essa concretização implica uma escolha constitutiva, uma decisão criativa, uma espécie de “decisão legislativa”⁵⁶.

3.2 A APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Realizadas as pertinentes exposições acerca dos limites e condições de legitimidade da decisão judicial, com as imprescindíveis teorias da justificação do direito, se fazem necessárias, aqui, ponderações sobre a norma jurídica individual, isto é, aquela produzida pelo Poder Judiciário na análise do caso concreto.

⁵⁵ QUEIROZ, Cristina. Ob cit., p. 126.

⁵⁶ QUEIROZ, Cristina. Ob cit., p. 123.

Kelsen, ao cuidar da criação da norma jurídica pelo tribunal, assevera que esta representa⁵⁷

Um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.

Nesse contexto, cabe investigar com mais apuro a questão já lançada no item 2.1: se, por ocasião da criação da norma jurídica individual, o magistrado cria o direito ou declara o direito já existente no ordenamento jurídico, aplicável ao caso concreto. Em outras palavras, há efetivamente uma atividade criadora do magistrado hábil a revestir o ato sentencial de caráter constitutivo ou simples atividade interpretativa do Judiciário, a conferir à decisão caráter declaratório?

Jeremy Bentham usava a expressão “direito judiciário” para definir e reprovar o fato de que, no ordenamento inglês, embora o juiz nominalmente apenas declare o direito existente, pode-se afirmar ser, em verdade, criador do direito⁵⁸.

Dworkin, ao investigar a (in)existência de poder discricionário dos juízes, entende incabível a concessão de poder criador aos magistrados, de modo que, mesmo quando nenhuma regra regular o caso concreto (nos casos difíceis), “o juiz continua tendo o dever [...] de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”⁵⁹.

A tese de Dworkin, entretanto, representa, apenas, uma falsa problemática haja vista que é possível negar que um juiz possua poder discricionário — aquele desenvolvido no âmbito do Direito Administrativo⁶⁰ — e, ao mesmo tempo, admitir que a atividade exercida quando da prolação da decisão do caso concreto implica a criação do Direito, sem que isso implique contradição⁶¹.

⁵⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança...Ob cit., p. 61.

⁵⁸ IN CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 18.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

⁶⁰ Juiz não exerce, em princípio, poder discricionário. E não exerce porque não há, no exercício da jurisdição, espaço para a utilização de critérios de **conveniência** e **oportunidade**, que são as notas identificadoras da discricionariedade.

⁶¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 62.

É que, admitir que o juiz cria o direito, não significa dizer que ao julgador é dado produzir normas livremente — assim como também não o faz o Legislativo, que, sem embargo de ser o criador do Direito por excelência, está condicionado ao espaço de liberdade conferido pelo constituinte originário.

Na interpretação de normas jurídicas busca-se, em essência, superar a distinção entre a generalidade da norma e sua aplicação ao caso particular⁶². Certo grau de discricionariedade e de criatividade mostra-se inerente a toda interpretação.

O reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade — “ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha” —, contudo, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do julgador⁶³.

O juiz não manipula conceitos, donde deduz as soluções jurídicas sem se preocupar com as consequências práticas da sua ação. Encontra-se limitado pelo sistema e pela ordem jurídico-constitucional⁶⁴.

3.3 PERCEPÇÃO PROSPECTIVA

3.3.1 SINÉPICA

Sinépica é uma palavra de origem grega que pode ser traduzida como pensamento consequencial, a sugerir que a decisão judicial seja tomada com base nas possíveis consequências práticas que ela pode produzir⁶⁵.

A sinépica é, assim, o conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a “pensar em consequências”, permite o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões, de modo que elas sejam realizáveis no mundo real.

Sob a ótica de Jorge Amaury Maia Nunes, a sinépica representa um novo limitador na construção do dispositivo sentencial (norma jurídica individual), que impõe ao magistrado um exercício prognóstico dos efeitos que o cumprimento daquela

⁶² QUEIROZ, Cristina. Ob cit., p. 125.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit., p. 23.

⁶⁴ QUEIROZ, Cristina. Ob cit., p. 68.

⁶⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. Brasília: Saraiva, 2010, p. 66.

decisão irá provocar no mundo sensível. Nas palavras do autor: “Não se trata mais de obter a decisão; trata-se de realizá-la no mundo real de forma adequada, o que impõe ao magistrado, antes de proferi-la, verificar os limites de sua realizabilidade, até como forma de evitar a frustração de expectativas, construídas pela própria sentença, em relação ao vencedor, ao vencido, e à sociedade como um todo”⁶⁶.

Tem-se, assim, que a sinéptica tem, em sentido amplo, a ideia de que devem ser ponderados os efeitos gerais da norma jurídica individual criada pelo Judiciário, se caracterizado como gênero de quem são espécies o consequencialismo e o pragmatismo.

3.3.2 PRAGMATISMO

O pragmatismo é uma escola de filosofia que teve origem nos Estados Unidos que vê o sentido das coisas (qualquer ato, objeto ou proposição) na sua utilidade, ou efeito prático. Trabalha com o paradigma filosófico caracterizado pela ênfase dada às consequências — utilidade e sentido prático — como componentes vitais da verdade.

Segundo o pragmatismo, deve ser considerado verdadeiro aquilo que mais contribui para o bem estar da humanidade em geral, tomando como referência o mais longo prazo possível.

Consoante assinalado no item 2.2, é possível perceber, em tese, alguns pontos de contato entre o pragmatismo e o consequencialismo, já que ambas as concepções preocupam-se com as consequências, mais favoráveis possíveis, para a sociedade como um todo.

Com efeito, há uma inferência de que o julgador, ao utilizar o pensamento consequencial, deve *follow whichever decision procedure it is would lead to the best outcome*⁶⁷, o que parece aproximar a ideia do consequencialismo com o pragmatismo norte-americano.

⁶⁶ IDEM, p. 65.

⁶⁷ Cf. ORD, Toby. *Consequentialism and decisions procedures*. Balliol College. University of Oxford, p. 52.

Repise-se, entretanto, que, para o consequencialismo, cada decisão, embora aceitável e desejável, deve também ser permitida pelo direito como ele é, respeitando, assim, as limitações impostas pelo ordenamento jurídico. A preocupação com essas limitações não faz parte da essência da concepção do pragmatismo.

3.3.3 CONSEQUENCIALISMO

“Com o constitucionalismo moderno, assume relevância a exigência da segurança jurídica e, por conseguinte, a necessidade de que as decisões judiciais não sejam mais fundadas na autoridade formal e na arbitrariedade”⁶⁸. Essa afirmação reflete a relevância e a necessidade de se ter um sistema jurídico que preze pela segurança jurídica e que se afaste, portanto, da concepção pragmatista.

Sob esse enfoque será investigado o consequencialismo, uma concepção que vem sendo objeto de exames esparsos por estudiosos das mais variadas tendências, intimamente relacionada com a segurança jurídica e que permite a obtenção de sentenças judiciais adequadas e realizáveis no mundo real.

Com efeito, o consequencialismo é o exercício prognóstico realizado pelo magistrado (ou que deve ser realizado) quanto às consequências da decisão proferida no mundo sensível, não só com relação às partes envolvidas na contenda, mas à sociedade como um todo⁶⁹. Segundo o consequencialismo, não basta o juiz dar uma decisão, uma solução normativa, que não tenha corresponsividade no mundo social, que seja ineficaz.

Examinando a teoria da argumentação, Arthur Kaufmann⁷⁰ afirma — para demonstrar a insuficiência da teoria da interpretação de Savigny — que podem ser utilizados muitos outros argumentos⁷¹ com os quais se podem fundamentar decisões

⁶⁸ MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob cit, p. 449.

⁶⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança (...) Ob. cit., p. 65.

⁷⁰ KAUFMANN, Arthur in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 153.

⁷¹ Além dos quatro elencados por Savigny: gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

jurídicas, dentre os quais, a garantia da segurança jurídica ou da justiça, valorização das consequências, sensibilidade jurídica, praticabilidade e homogeneidade do direito⁷².

MacCormick⁷³, tratando do tema dentro de uma perspectiva de *common law*, dedica o capítulo VI da sua obra sobre argumentação jurídica aos chamados argumentos consequencialistas, demonstrando que tanto ele como John Austin admitem que as decisões costumam ser determinadas por esse tipo de consideração. Com efeito, John Austin assinala que:

Na medida em que os fundamentos da decisão sirvam como fundamentos de decisão em casos futuros e semelhantes, seu ator [o juiz] legisla em termos substanciais ou de fato. E sua decisão costuma ser determinada por uma reflexão sobre o efeito que os fundamentos da decisão possam produzir como lei ou norma geral (...)⁷⁴

Deve-se ressaltar, entretanto, que o consequencialismo de MacCormick tem uma dimensão adicional decorrente do fato de que, nos sistemas de *common law*, a decisão proferida hoje poderá ser o precedente da decisão de amanhã⁷⁵. Então, a apreciação das possíveis consequências ultrapassa os limites do caso concreto que está sendo decidido para abarcar quaisquer outros casos futuros⁷⁶.

Ricardo Luiz Lorenzetti, ao tratar da teoria da decisão judicial, aponta três passos para o controle da solução dedutiva pelo magistrado: o “olhar para trás” (elementos de consistência); “o olhar para cima” (elemento de coerência); e o “olhar para frente” (elemento consequencialista). Com relação ao último passo, o autor assevera que este se concentra na análise de consequências que pode produzir a decisão no futuro, podendo ser: (i) gerais — que excedem o âmbito das partes envolvidas e repercutem sobre a sociedade; (ii) jurídicas — que servem de incentivo para as futuras condutas das partes não envolvidas na contenda; ou (iii) econômico sociais — que causam impacto na área econômica e na organização social⁷⁷.

⁷² A esse respeito, Alexy alega que há fraquezas nos cânones de interpretação, razão pela qual entende que eles não podem ser usados como regras suficientes por si mesmas para a justificação de julgamentos jurídicos. (ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 18).

⁷³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 165/195.

⁷⁴ IDEM, p. 165.

⁷⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., pp. 66-67.

⁷⁶ MacCORMICK. Ob. cit., especialmente pp. 165, 191, 193.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 162 e 165.

O tema também é debatido na obra de Perelman⁷⁸. Com efeito, o que Perelman chama de argumento pragmático é imediatamente associável ao consequencialismo, dada a definição que o autor dá àquela espécie de argumento:

denominamos argumento pragmático aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis. Esse argumento desempenha um papel a tal ponto essencial na argumentação que certos autores quiseram ver nele o esquema único da lógica dos juízos de valor. Para apreciar um acontecimento, cumpre reportar-se a seus efeitos.⁷⁹

Deste modo, o consequencialismo, sem desprezar os postulados do Direito posto, impõe que a decisão judicial seja praticável, consequente. “Admite-se o Direito como ciência para a obtenção de uma decisão, mas, sobretudo, de uma decisão exequível que, nessa condição, não produza mais mal do que bem”⁸⁰.

Poder-se ia pensar em algumas lições da Análise Econômica do Direito — na forma como abordada por Richard Posner, calcada na noção de eficiência econômica como meio de avaliar e produzir resultados — como instrumento consequencialista, mas que não confunde com o consequencialismo propriamente dito.

A Análise Econômica do Direito defendida por Posner remete a uma conduta consequencial que se articula com amparo em três fundamentos: (i) a demonstração da insuficiência de duas teorias sobre o que é justiça: a visão aristotélica e a justiça como imparcialidade de John Rawls; (ii) a incapacidade da filosofia moral de auxiliar o direito; e (iii) uma determinada visão econômica do mundo⁸¹.

Ao contrário de procurar no direito um raciocínio propriamente jurídico, o mérito da eficiência reside na possibilidade de ela construir uma espécie de regra que pode ser empregada na fundamentação de obrigações de natureza jurídica. Para que, entretanto, a concepção de eficiência tenha maior imparcialidade, certeza e objetividade, será necessário ao jurista ir além do direito concebido meramente como disciplina autônoma, em uma “superação do direito”.

⁷⁸ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 302 e seguintes.

⁷⁹ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Ob. cit., p. 303.

⁸⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 67.

⁸¹ RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Ob. Cit., , p. 5.

Posner destaca o pragmatismo como um elemento de superação do direito e o conceitua como sendo “uma disposição de fundamentar decisões políticas em fatos e consequências ao contrário de fundamentá-las em conceitualismos e generalidades”. O pragmatismo explicado por Posner tem como ponto fulcral a disposição de perceber uma ação como algo baseado em fatos e consequências, ignorando “devoções e slogans”⁸². Nota-se, assim, que o denominado “pragmatismo” de Posner muito se aproxima da ideia de consequencialismo⁸³.

Nesses moldes, visualiza-se a construção do consequencialismo fundado na concepção de eficiência da AED defendida por Posner. Tal eficiência tem como tese central a noção de que o homem maximiza racionalmente a utilidade em todas as áreas de sua vida e não apenas no que se habitualmente denomina como assuntos econômicos⁸⁴.

É que, segundo a noção de “homem econômico” de Becker, os indivíduos buscarão maximizar o seu bem-estar na medida em que o conceberem, sejam esses indivíduos quem forem — egoístas, altruístas, leais ou masoquistas. Esse comportamento busca um olhar para frente, ocorrendo, sempre, uma tentativa de antecipar as consequências de suas ações. A racionalidade econômica permite que seja construído um modelo capaz de antecipar e explicar o comportamento humano⁸⁵.

Percebe-se, portanto, que a AED é mais facilmente associável ao pragmatismo do que ao consequencialismo, com a ressalva de que, para o pragmatismo, deve haver a busca para os melhores resultados para a sociedade sem que haja a preocupação em se definir exatamente quais são os ditos “melhores resultados”. Para a AED, por outro lado, há a presunção de que o melhor resultado possível para a coletividade será sempre aquele que observe a noção de eficiência.

Assim como o pragmatismo e a AED, o utilitarismo também é associável ao consequencialismo, na medida em que busca avaliar uma ação ou uma

⁸² Posner lamenta que o direito não esteja pronto para se comprometer com resultados práticos concretos. Entende que os avanços jurídicos são defendidos por meio da utilização e referência a objetivos intangíveis como “a promoção da dignidade humana, a salvaguarda da justiça e da imparcialidade. (RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Ob. Cit., , p. 31).

⁸³ IDEM, p. 54.

⁸⁴ RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Ob. Cit, p. 41.

⁸⁵ IDEM, p. 42.

regra de acordo com as suas consequências, que devem proporcionar a maior quantidade possível de bem estar à coletividade (princípio do bem estar máximo)⁸⁶.

Entretanto, uma das expressões mais evidentes do consequencialismo tal como concebido no presente trabalho (com amparo no escólio doutrinário de MacCormick) é o princípio da reserva do possível⁸⁷, *standard* de inspiração alemã que encontra eco tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria.

Deveras, a reserva do possível firma-se no sentido de verificar, no âmbito dos direitos prestacionais, o que pode ser razoavelmente exigido da sociedade pelo cidadão, de modo que não se imponha ao Estado algo que este não possa cumprir, a não ser com graves danos para a sociedade como um todo, às custas da desestruturação das reservas orçamentárias, dos planos de dispêndio, das políticas públicas estabelecidas, etc.⁸⁸

⁸⁶ A escola utilitarista tem como seu principal teórico Jeremy Bentham, que concebe uma ciência nova da legislação como meio de maximização do prazer. Nesse sentido, as leis, que deveriam ser confeccionadas conscientemente com esse objetivo, seriam úteis (princípio da utilidade). VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito – Definições e fins do Direito. Os meios do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 149-151.

⁸⁷ O princípio da reserva do possível teve como paradigma a famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades, em que a Corte Constitucional alemã reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, “**não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vaga a qualquer tempo e a qualquer um que a pleiteie [...], sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo**” (Caso citado no inteiro teor do acórdão proferido na IF 2.915-5-SP, no voto do Ministro Gilmar Mendes, p.31).

⁸⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança... Ob. cit., p. 68.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO EXPRESSÃO DO CONSEQUENCIALISMO

4.1 ORIGEM PRÓXIMA DO CONSEQUENCIALISMO COMO PRODUTO DA FORMAÇÃO JURISPRUDENCIAL: O CASO ALEMÃO DAS UNIVERSIDADES

O princípio da reserva do possível teve como paradigma a famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades, em que a Corte Constitucional alemã reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*).

Nesse caso, a Corte alemã analisou ação judicial proposta por estudantes que pretendiam ingressar no curso de medicina das universidades de Hamburgo e da Bavária. Os estudantes, com amparo no art. 12 da Lei Fundamental — que estabelece que todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação —, se insurgiram contra a política de limitação do número de vagas adotada por aquelas universidades⁸⁹.

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão foi firmada no sentido de que o direito à prestação positiva, consubstanciada no aumento do número de vagas nas universidades, encontra uma limitação fática, condicionada pela reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. “Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade”⁹⁰.

Segundo o Tribunal alemão, “não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vaga a

⁸⁹ A universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas da seguinte forma: 60% segundo o currículo do candidato; e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível a reserva de vagas para situações excepcionais. A universidade de Bavária, por sua vez, fixou limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se tal medida fosse necessária à manutenção do regular funcionamento de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações do seu *camping*. (SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e Reserva do Possível**, in Revista Dialética de Direito Processual n.º. 51, p. 97).

⁹⁰ BVerfGE 33, 303.

qualquer tempo e a qualquer um que a pleiteie [...], sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo”⁹¹.

A Corte Federal alemã entendeu que a escolha da profissão não teria valor algum caso não existisse condições fáticas para sua fruição.

Analisando essa decisão, Alexy aduz que a Corte alemã parte de um “direito subjetivo *prima facie* e vinculante” (de todo o cidadão que tenha concluído o ensino médio, a ser admitido no curso universitário de sua escolha), que admite uma cláusula de restrição desse direito — a reserva do possível —, com a ressalva de que a restrição não pode conduzir ao esvaziamento do direito. Nesse diapasão, a reserva do possível expressa, tão somente, a necessidade de sopesamento do direito⁹².

Seguindo essa vertente de raciocínio, tem-se que o postulado da reserva do possível deve ser entendido sob a ótica da razoabilidade da reivindicação do direito social, que será analisada pelo Poder Judiciário mediante ponderação de bens.

4.2 A IMPORTAÇÃO DO PRINCÍPIO PELO BRASIL: A EXPRESSÃO “FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL”

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à sua efetivação.

Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente no Brasil, fez dela uma *teoria da reserva do financeiramente possível*, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa⁹³.

⁹¹ Caso citado no inteiro teor do acórdão proferido na IF 2.915-5-SP, no voto do Ministro Gilmar Mendes, p.31.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.515.

⁹³ MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n°. 18, jul/set 2007, p. 169-186.

A expressão é diretamente associável à outra, denominada “limite do orçamento”, utilizada pelos economistas.

A reserva do possível entendida como insuficiência de recursos só terá o condão de afastar a intervenção do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais quando houver comprovação de que não há recursos orçamentários suficientes para fazer frente à despesa gerada com o direito pleiteado.

De outra banda, deve-se ter em mente que o princípio da reserva do possível, tal como concebido na origem, vai além da simples concepção do que é “financeiramente possível” ao Estado dispor. Lembre-se, a propósito, que ficou assentado no caso paradigmático analisado pelo Tribunal alemão que, mesmo que o Estado disponha de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Em sede doutrinária, cabe mencionar o competente estudo de Giovanni Bigolin, de onde se extrai:

(...) esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde ele existe. Nesse contexto, mesmo reconhecida situação tópica que pudesse estar indubitavelmente enquadrada dentro de um padrão mínimo, a entrega da prestação também estará sujeita à presença dos recursos materiais.⁹⁴

No mesmo sentido, e em passagem elucidativa, Ingo Sarlet afirma:

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado) encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação.⁹⁵

Noutro giro, Sarlet asseve que, especialmente no âmbito dos direitos sociais, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do

⁹⁴ BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, 30 de junho de 2004.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 260.

possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Outrossim, alerta que não devem os operadores do Direito — especialmente os magistrados — simplesmente sucumbir diante das "forças reais de poder" (Lassale) ou em face da alegação de ser inviável o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações com amparo no princípio da reserva do possível⁹⁶.

Nesse sentido, serão trazidas à balha, no último capítulo, discussões concretas a partir da análise de precedentes judiciais que geraram vastas discussões no seio do Judiciário e no meio acadêmico. Serão tratadas, assim, questões relevantes e atuais como a do acesso a medicamentos por meio de provimento jurisdicional⁹⁷ — que têm entre as inúmeras teses contra seu provimento a consecução de políticas públicas pelo Judiciário e o princípio da reserva do possível.

Com base no mesmo postulado, foi possível ao Judiciário deixar de proceder a uma intervenção federal em uma unidade da Federação, ao se dar conta de que a solução da questão concerne a aspectos puramente pecuniários (falta de pagamento de precatório), que não poderiam ser resolvidos por meio daquele instituto⁹⁸.

À derradeira, vale o registro de que, aqui, não se tomam os termos *sinéptica* (ou *consequencialismo*) e *reserva do possível* como sinônimos, mas, com certeza, a reserva do possível pode configurar uma expressão ou modalidade de *sinéptica* para a edição da norma jurídica individual. Tem-se daí que, embora a reserva do financeiramente possível não seja a única forma de *consequencialismo* a considerar, certamente é uma das formas mais evidentes da interpretação *sinéptica*⁹⁹.

⁹⁶ **Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano 1, vol. 1, n.º.1, Salvador-Bahia, abril/2001.

⁹⁷ Quando a decisão é no sentido da concessão de medicamentos, a teoria constitucional democrática-deliberativa confirma a jurisprudência do Supremo relativo ao direito à saúde eis que, para aquela perspectiva, quando se trata de direitos sociais básicos, o Judiciário tem legitimidade de concretizá-los independentemente de decisões majoritárias. Como bem ensina Cláudio Pereira de Souza Neto, “não há aqui usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Há, antes sim, a garantia de condições de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido”. (NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria... Ob. cit., p. 33-34).

⁹⁸ Recorde-se a IF 2.915-5/SP (DJ de 28.11.2003), em que se examinava pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo.

⁹⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 68.

4.3 RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina usualmente faz a distinção entre os chamados direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações (ou direitos fundamentais sociais). Esses, ao contrário daqueles, dependem para sua efetivação de uma atuação material do Estado, que requer previsão orçamentária.

Interessa, aqui, mais especificamente, a abordagem dos direitos fundamentais sociais, em razão da natureza peculiar desses direitos, especialmente por serem esses os que mais suscitam controvérsias quanto à sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização.

Segundo Ingo Sarlet, a questão relativa à eficácia e efetividade desses direitos passa pela “crise do Estado Social de Direito”, que, para ele, representa uma crise da sociedade e, de certa forma, da democracia¹⁰⁰. Essa crise estaria relacionada com a diminuição da capacidade do Poder Público de assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais¹⁰¹ — e também ao próprio reconhecimento e à identidade dos direitos em questão —, o que acarretaria aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”, com a crescente segregação social dos excluídos.

Sarlet ressalta, ainda, que, independentemente da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos individuais a prestações com base nas normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais, essas normas (por mais programáticas que sejam) são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.

É que, segundo entende, é legítimo afirmar que os direitos fundamentais sociais não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim,

¹⁰⁰ Outrossim, Sarlet consigna que a crise do Estado Social de Direito é também uma crise do Estado nacional, “o qual, assim como a própria noção de soberania estatal, encontra-se igualmente submetido à prova e carece de profunda reavaliação.” (p. 6).

¹⁰¹ São apontadas como causas da crise do Estado Social de Direito os efeitos calamitosos da globalização econômica e do neoliberalismo, mormente os relacionados com o aumento da opressão sócio-econômica e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado.

premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere fatalmente os valores da vida mais elementares, liberdade e igualdade. Dessa forma,

a eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça¹⁰².

Nessa esteira, a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º da Constituição Federal é aquela que parte da premissa de que se trata de norma de natureza principiológica, que, por essa razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Ainda nessa vereda de raciocínio, faz-se menção ao escólio de Robert Alexy, para quem um direito subjetivo originário a prestações pode ser reconhecido quando: (i) imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; e (ii) o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente sutil.

Assentadas essas considerações acerca da necessidade de concretização das normas fixadoras dos direitos sociais, é de extrema relevância para a realização do debate que envolve o objeto do presente trabalho relembrar o fato de que todos os direitos sociais são custosos, o que significa afirmar que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, o que envolve, necessariamente, impactos na conjuntura econômica.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, ou seja, se o destinatário da norma encontra-se em condições de dispor da prestação

¹⁰² IDEM, p. 40.

pleiteada, encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação¹⁰³.

Ocorre que, como cediço, os recursos são escassos e as necessidades infinitas. “Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro”¹⁰⁴.

Assim, diante da limitação de recursos orçamentários e da impossibilidade de implementação de todos os direitos sociais ao mesmo tempo, ganhou força o postulado da reserva do possível como meio de mitigar essa intervenção ativa do Poder Judiciário.

Tradicionalmente, a jurisprudência dos tribunais pátrios era firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário intervir na definição de quaisquer políticas públicas tendo em conta o princípio da separação dos Poderes e da discricionariedade da Administração Pública. Hodiernamente, entretanto, passou-se a admitir a intervenção do Judiciário na efetivação material dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, retoma-se a ótica de Sarlet para expor suas conclusões sobre a realização dos direitos fundamentais sociais e o princípio da reserva do possível, dentre as quais:

(i) especialmente no âmbito dos direitos sociais, onde a crise por ele antes referida se manifesta mais fortemente, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais;

(ii) não devem os operadores do Direito — especialmente os magistrados — simplesmente sucumbir diante das "forças reais de poder" (Lassale) ou em face da alegação ser inviável o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações com amparo no princípio da reserva do possível; e

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 260.

¹⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Ob. Cit.*, p. 98.

(iii) o aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a pretensão de ostentar o título de verdadeiramente democrática¹⁰⁵.

4.4 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Comumente, encontra-se nas decisões dos Tribunais pátrios a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, de sorte a limitar a utilização daquele postulado em respeito à concessão de direitos mínimos à vida digna do jurisdicionado.

Entende-se que mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm enormes efeitos financeiros. Esse fato, isoladamente considerado, entretanto, não justifica a não implementação desses direitos, haja vista que:

para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo¹⁰⁶.

A esse respeito, Alexy afirma que a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada, não se caracterizando como um princípio absoluto. Nesse sentido, direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras¹⁰⁷.

À guisa de exemplo, cite-se decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que, em julgamento que envolvia auxílio moradia para beneficiários da assistência social, ampliou, com impacto financeiro, o rol daqueles que fariam jus à prestação¹⁰⁸.

Sarlet chama atenção para quatro dos direitos sociais expressamente consagrados pela Constituição Federal: salário mínimo, assistência social, direito à previdência social, direito à saúde. Sustenta ele que, com base nesses direitos, reside a

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**, in Revista Diálogo Jurídico, ano 1, vol. 1, n.º.1, Salvador-Bahia, abril de 2001.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 505.

¹⁰⁷ IDEM, pp. 512-513.

¹⁰⁸ IDEM, p. 513.

necessidade de se preservar a vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo — aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde —, mas, também, de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade¹⁰⁹.

A tutela constitucional dos direitos fundamentais encontra seu núcleo no princípio da dignidade da pessoa humana. Parece haver um consenso entre os constitucionalistas acerca do que deve constituir a base central da responsabilidade estatal em obediência à Constituição: a proteção da dignidade da pessoa humana como princípio da irradiação de toda a organização constitucional. “A dignidade da pessoa humana — observam Gomes Canotilho e Vital Moreira — fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais [...], mas, também, à organização econômica.”¹¹⁰

É no direito à saúde que se manifesta de forma mais evidente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor — além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada — os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida¹¹¹.

Vale o registro, a propósito, de que não basta dizer que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena. É necessário que essa proposição sintática encontre correspectividade normativa e incidência também no mundo sensível.

Ganha destaque, aqui, a questão do limite da prestação demandada do particular perante o Estado. Nesse ponto, cabe questionar se os poderes públicos são

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** p. 284.

¹¹⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Princípios...* Ob. cit, p. 100.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** p. 298.

devedores de um atendimento global — toda e qualquer prestação na área de saúde — e qual o nível dos serviços a serem prestados.

Em outras palavras, estaria o Estado obrigado a proporcionar serviços de saúde de acordo com padrões considerados mínimos e suficientes para assegurar a eficácia das prestações ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade, com equipamentos da melhor geração, quartos privativos em hospitais, medicamentos de altos custos? O questionamento levantado pode ser lançado, em síntese, da seguinte forma: o Estado deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, com o objetivo de promover a igualdade material, ou deve buscar um padrão ótimo nesse campo?¹¹²

A jurisprudência brasileira tem demonstrado que as demandas judiciais amparadas no direito à saúde tem envolvido, não raramente, pedidos de concessão de medicamentos e tratamentos a custos altíssimos, que passam ao largo da noção de “padrão mínimo”. No capítulo que se segue será analisada decisão do Supremo Tribunal Federal que ilustra exatamente essa afirmação.

4.5 CASOS DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RECENTE

Conforme afirmado nos itens precedentes, a reserva do possível firma-se no sentido de verificar, no âmbito dos direitos prestacionais,¹¹³ o que pode ser razoavelmente exigido da sociedade pelo cidadão, de modo que não se imponha ao Estado algo que este não possa cumprir, a não ser com graves danos para a sociedade como um todo, às custas da desestruturação das reservas orçamentárias, dos planos de dispêndio, das políticas públicas estabelecidas, etc¹¹⁴.

Colaciona-se, por oportuno, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com evidente cunho consequencialista, sobre o direito à saúde.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, p. 298.

¹¹³ Quanto ao ponto, vale repisar que, segundo a teoria democrático-deliberativa (ao contrário do que ocorre no âmbito da teoria da Constituição dirigente), a missão do Judiciário não é a de fiscalizar a implementação efetiva do programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Dessa forma, ao realizar adequadamente essa tarefa, aquele Poder está incrementando as condições para que o povo decida melhor. Para teoria democrático-deliberativa, os direitos sociais não são considerados objetivos, mas pressupostos e condições [para a democracia]. (NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria...* Ob. cit., p. 22).

¹¹⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança...* Ob. cit., p. 68.

Em 17.03.2010, foi publicada no sítio eletrônico daquela Corte a notícia de que o “Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves”.

A notícia em comento refere-se ao julgamento do agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, em que a União buscava suspender decisão que determinou o fornecimento do medicamento à paciente portadora de doença neurodegenerativa rara, alegando, entre outras teses, a violação da separação dos Poderes.

O Ministro Gilmar Mendes, após ouvir os depoimentos prestados pelos diversos setores envolvidos na audiência pública realizada em 27, 28 e 29 de abril, 4, 6 e 7 de maio de 2009, entendeu que restou evidenciada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.

É que, segundo o ministro:

o denominado problema da ‘judicialização do direito à saúde’ ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das reservas orçamentárias.

Realizando ponderação entre as vertentes de argumentação contrárias e favoráveis à postura ativista do Judiciário na efetiva concretização dos direitos sociais, o ministro aduziu que, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, as políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicam escolhas alocativas, que seguem critérios de justiça distributiva e que pressupõem “escolhas trágicas”, pautadas por critérios de macrojustiça.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, é justamente nesse ponto que se afirma que o Judiciário — o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso

concreto (microjustiça) — não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo.

À guisa de conclusão, o ministro entendeu que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Nessa linha de raciocínio, juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto repleto de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

No voto condutor, o ministro Gilmar Mendes utilizou o escólio doutrinário de Stephen Holmes e Cass Sustein que, ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluem, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”. Sem embargo dessa ponderação, ao final, os ministros, em decisão unânime, não acolheram o pedido de suspensão de antecipação de tutela formulado pela União e permitiram que a Requerente continuasse a receber do Estado o medicamento ZAVESCA.

Destarte, aos que defendem os Direitos Fundamentais e a sua concretização material pelo Judiciário, a referida decisão tem evidente vocação consequencialista.

De outra banda, pode-se afirmar, com certo grau de segurança, que o entendimento de um “consequencialista” da doutrina da Análise Econômica do Direito seria fixado em sentido diametralmente oposto ao decido pelo Supremo.

No caso concreto, a Requerente pleiteava do Estado a concessão de medicamento que lhe geraria um dispêndio de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês. O medicamento, segundo os laudos médicos acostados à ação, teria o condão de aumentar a sobrevida e melhorar a qualidade de vida da Requerente.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o custo a ser arcado pela União com o tratamento de uma única pessoa — que, em razão do avançar da doença, já tem reduzidos seus movimentos por paralisias progressivas e mudanças na fala, e que, portanto, não teria condições de dar um “retorno” produtivo ao Estado — é

demasiadamente alto, especialmente se consideradas possibilidades de alocação desse mesmo recurso em benefício de vários indivíduos.

É que, sob o ponto de vista da eficiência, não é relevante saber quem tem direitos. Maximizar significa matematicamente escolher a melhor alternativa em face das restrições existentes.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, ao tratarem dos custos dos direitos na sociedade norte-americana, também trabalham com a noção da eficiência na análise de decisões que envolvam direitos que geram custos ao governo — “costly rights” — e alertam para a importância de os referidos custos serem considerados no processo de tomada de decisões:

No one suggests that such efficiencies undermine the moral purpose of the programs of the welfare state. The same should be said of all rights, for cost-effectiveness can be improved everywhere (...) But we can begin to consider a more efficient delivery of rights protection only after we have recognized that rights have costs¹¹⁵.

Indo além, os autores elencam quatro questões a serem avaliadas na deliberação sobre os referidos direitos, entre as quais os seus custos, a distribuição dos direitos de forma mais ampla aos cidadãos (e com os menores custos) e os recursos disponíveis:

Public deliberation should therefore be focused on the following issues: (1) How much do we want to spend on each right? (2) What is the optimal package of rights, given that the resources that go to protect one right will no longer be available to protect another right? (3) What are the best formats for delivering maximum rights protection at the lowest cost? (4) Do rights, as currently defined and enforced, redistribute wealth in a publicly justifiable way?¹¹⁶

Nessa linha de raciocínio, é de extrema relevância a compreensão do “Teorema de Coase”, pelo qual a determinação de quem tem direitos deve passar, necessariamente, por uma discussão de eficiência¹¹⁷.

¹¹⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 228.

¹¹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit., pp. 228-229.

¹¹⁷ RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Ob. Cit, p. 46.

Assim, deve o aplicador do direito fazer uma escolha para solucionar o problema de modo a evitar o custo mais alto para as partes envolvidas na situação. O jurista passa, então, a ter um critério econômico para escolher qual é o melhor tipo de norma para regular determinada situação¹¹⁸.

Uma conclusão que se pode extrair do teorema de Coase é a de que o direito pode auxiliar na produção de resultados economicamente eficientes, mas muitas vezes não o faz. Esse direito — não produtor de resultados eficientes — constitui um problema para Posner. Nessa toada, a tentativa de solucionar a questão da ineficiência do direito se traduz na busca de sua superação (“To overcome law”)¹¹⁹. “Um importante ensinamento do Teorema, na visão de Posner, é o de demonstrar que quando o direito é entendido como um método de promover a eficiência, esse terá a tarefa principal de minimizar os custos de transação”.¹²⁰

Acredita-se, assim, que o resultado obtido com o julgamento da STA 175, se consequencialista por um lado — à luz da noção de concretização constitucional e implemento dos Direitos Fundamentais —, gera profundas críticas no âmbito do consequencialismo calcado na Análise Econômica do Direito, pois, sob essa última perspectiva, a decisão em comento produziu resultados ineficientes.

Na ADPF nº. 45 MC/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, foram agitadas, de forma ampla, as diferentes nuances que envolvem a aplicação da reserva do possível pelo Judiciário e a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Na referida ação, discutiu-se veto do Presidente da República de proposição legislativa destinada a fixar diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual de 2004. O autor da ADPF alegou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada

¹¹⁸ IDEM, p. 50.

¹¹⁹ Posner aponta o pragmatismo como um elemento auxiliar na superação do Direito. RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Ob. Cit., p. 52.

¹²⁰ RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. Ob. Cit, p.51.

para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde¹²¹.

Como esclarece o ministro relator, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro condicionado às possibilidades orçamentárias do Estado, de modo que, comprovada, de forma objetiva, a incapacidade econômico-financeira do ente, desse não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto constitucional.

Nesse diapasão, os condicionamentos impostos pela reserva do possível ao processo de concretização dos direitos de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, ao mesmo tempo: (i) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e; (ii) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas demandadas.

Destaca, de outra banda, que não é permitido ao Poder Público, no entanto, “mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa” criar obstáculo artificial com o objetivo de fraudar, frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência.

Nesse norte, assere que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com o propósito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sobretudo quando, dessa conduta negativa, “puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

¹²¹ O dispositivo vetado possuía o seguinte teor: “Para efeito do inciso II do caput desse artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”.

CONCLUSÕES

- 1) Atualmente, está em voga o debate acerca do papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos sociais e dos limites dessa atuação. Sobre o tema, há robustas vertentes de argumentação tanto no sentido de rechaçar a postura ativista do Judiciário quanto no sentido de corroborá-la. Este parece ser um cenário que gera profunda instabilidade na função daquele Poder.
- 2) Nesse contexto, e tendo em mente a discussão do papel do Judiciário na concretização da igualdade material (mais especificamente dos direitos sociais), se faz relevante o estudo das teorias constitucionais da constituição dirigente e da constituição democrático-deliberativa, duas concepções de teoria constitucional que compreendem de forma distinta a relação entre democracia e igualdade material.
- 3) Por motivos metodológicos, foi adotada, no presente trabalho, a teoria da constituição democrático-deliberativa, para que fosse criado um espaço mais largo de possibilidades e de legitimação do Poder Judiciário (maior espaço de criação do Direito pelo magistrado), que permitisse, mais facilmente, a análise e a visualização da utilização, ou não, do pensamento consequencialista na formação da decisão judicial — o que não seria viável se se optasse pela visão da constituição dirigente.
- 4) As teorias democrático-deliberativas buscaram, por meio das suas vertentes substancialista e procedimentalista, aferir em que medida a Constituição pode restringir as decisões que foram objeto de assentimento majoritário. O presente trabalho deu ênfase à vertente substancialista.
- 5) O ponto fulcral da discussão a respeito da legitimação do Poder Judiciário na tomada de determinadas decisões, especialmente as que pretendem efetivar, materialmente, políticas públicas, ampara-se no fato de que os membros do Judiciário, ao contrário do que ocorre com os agentes do Legislativo e do Executivo, não são escolhidos pelo povo e não são submetidos ao controle periódico de legitimação, o voto.
- 6) Uma forma de legitimação do Judiciário reside na necessidade de que esse Poder proceda de acordo com o justo social. É nesse ponto que se percebe com mais facilidade a importância da postura consequencialista do julgador, porquanto o pensamento consequencial — porque ajusta a conduta do Judiciário, conformando-a com o todo

social, num reconhecimento de que a justiça do caso concreto se reflete sobre toda a sociedade, que não pode sofrer danos colaterais decorrentes dessas decisões — representa, a um só tempo, um fator de legitimação da decisão judicial e um limitador da norma jurídica individual.

7) Num contexto em que se vivencia a hipertrofia do Poder Judiciário, a justificação do direito no processo de tomada das decisões judiciais assume especial relevância, até mesmo para a verificação da legitimidade (ou não) do Judiciário, num cenário em que esse Poder atua de forma cada vez mais ativa.

8) MacCormick preconiza que para que uma decisão faça sentido no mundo, sua justificação possui, necessariamente, três características: ela é (i) consequencialista, na medida em que o juiz deve considerar as consequências de tomar a decisão de um modo ou de outro; (ii) ela é estimativa, eis que faz com que o juiz se pergunte acerca da aceitabilidade ou não de tais consequências; e (iii) ela é subjetiva haja vista que os juízes, ao avaliar as consequências de possibilidades rivais de decisão podem, por exemplo, conferir pesos diferenciados aos critérios distintos de avaliação.

9) A hermenêutica filosófica auxilia a explicar em que condições ocorre a interpretação (e aplicação) de um determinado objeto interpretado. A teoria da argumentação, de sua vez, pretende estipular critérios que devem ser observados para que uma decisão (interpretação) seja considerada legítima. A argumentação funciona, assim, como uma externalização, para terceiros, do processo interpretativo realizado pelo julgador, que está intimamente associado às vivências e compreensões prévias desse intérprete.

10) No processo tradicional de construção da decisão judicial, a dedução é a regra — utilizada em “casos fáceis” — e a argumentação é a exceção — servindo para a solução dos “casos difíceis”, que devem utilizar princípios para informar a discricionariedade.

11) A hermenêutica clássica parecia ser suficientemente apta a solucionar as demandas no processo tradicional de formação da decisão judicial, o que não ocorre, todavia, com os problemas hodiernos, em especial aqueles a serem solucionados pela interpretação constitucional. É que a norma constitucional carrega uma pauta de valores e manifesta-se por meio de normas abertas que não permitem, de plano, a realização de processos subsuntivos ou processos de incidência imediata.

12) A sinéptica é o conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a “pensar em consequências”, permite o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões, de modo que elas sejam realizáveis no mundo real.

13) O consequencialismo, sem desprezar os postulados do Direito posto, impõe que a decisão judicial seja praticável, consequente. Admite-se o Direito como ciência para a obtenção de uma decisão, mas, sobretudo, de uma decisão exequível que, nessa condição, não produza mais mal do que bem.

14) Uma das expressões mais evidentes do consequencialismo tal como concebido no presente trabalho (com amparo no escólio doutrinário de MacCormick) é o princípio da reserva do possível¹²², *standard* de inspiração alemã que encontra eco tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria.

15) O princípio da reserva do possível teve como paradigma a famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão foi firmada no sentido de que o direito à prestação positiva, consubstanciada no aumento do número de vagas nas universidades, encontra uma limitação fática, condicionada pela reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.

16) A interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente no Brasil, fez dela uma *teoria da reserva do financeiramente possível*, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

17) Não se tomam os termos sinéptica (ou consequencialismo) e reserva do possível como sinônimos, mas, com certeza, a reserva do possível pode configurar uma expressão ou modalidade de sinéptica para a edição da norma jurídica individual. Tem-se daí que, embora a reserva do financeiramente possível não seja a única forma de

¹²² O princípio da reserva do possível teve como paradigma a famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades, em que a Corte Constitucional alemã reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, “**não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vaga a qualquer tempo e a qualquer um que a pleiteie [...], sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo**” (Caso citado no inteiro teor do acórdão proferido na IF 2.915-5-SP, no voto do Ministro Gilmar Mendes, p.31).

consequencialismo a considerar, certamente é uma das formas mais evidentes da interpretação sinéptica

18) Todos os direitos sociais são custosos, o que significa afirmar que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, o que envolve, necessariamente, impactos na conjuntura econômica.

19) Diante da limitação de recursos orçamentários e da impossibilidade de implementação de todos os direitos sociais ao mesmo tempo, ganhou força o postulado da reserva do possível como meio de mitigar essa intervenção ativa do Poder Judiciário.

20) Comumente, encontra-se nas decisões dos Tribunais pátrios a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, de sorte a limitar a utilização daquele postulado em respeito à concessão de direitos mínimos à vida digna do jurisdicionado.

21) É no direito à saúde que se manifesta de forma mais evidente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerada núcleo dos direitos fundamentais.

22) O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão concessiva de tratamento de saúde à jurisdicionado que custou aos cofres públicos R\$ 52.000,00 ao mês. A decisão afastou as alegações de violação à separação dos Poderes e de falta de recursos orçamentários que fizessem frente à despesa pretendida.

23) Aos que defendem os Direitos Fundamentais e a sua concretização material pelo Judiciário, a referida decisão tem evidente vocação consequencialista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit.** E-Paris: Story-Scientia, 1992;

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** São Paulo: Editora Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 3ª edição, introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** ALCEU, v. 5, nº 9, jul./dez., 2004, p. 105-113.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** Tese apresentada no Curso de Doutorado da Universidade de Brasília – UnB.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio.** Tradução de Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro, Forense, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos S. **Legitimidade democrática e jurisdição constitucional.** Artigo apresentado no Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, no ano de 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e liberdade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica,** in Revista Forense, vol. 380.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica,** in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.** Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, nº. 18, jul/set 2007.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 43-82.

_____. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**, disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf).

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. Brasília: IDP Saraiva, 2010.

_____. **Princípios Constitucionais: Interpretação visando à efetividade dos Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Público, ano V, nº. 19 – jan/fev/2008, IDP-Instituto Brasiliense de Direito Público.

_____. **Separação de Poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo**, in Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Número 11, ano 22, novembro de 2010.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A pré-compreensão e a compreensão na experiência Hermenêutica**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3711/a-pre-compreensao-e-a-compreensao-na-experiencia-hermeneutica>.

ORD, Toby. **Consequentialism and decisions procedures**. Balliol College. University of Oxford.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra Editora, 2000.

RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. **Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner**. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/8053>, acessado em 18.10.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

_____. **Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano 1, vol. 1, n.º.1, Salvador-Bahia, abril/2001.

SCAFF, Fernando Facury Scaff. **Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível**, in **Revista dialética de Direito Processual**, n.º 51, junho-2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa e Monografia Jurídica na era da informática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 118.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito – Definições e fins do Direito. Os meios do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. 3ª ed, 1999.