

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 175
Julho/setembro – 2007

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios

Fernando Santos

Sumário

1. Introdução. 2. Caracterização e efetividade dos direitos sociais. 3. A cláusula da reserva do possível. 4. A teoria dos princípios. 5. Direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas. 6. Nossa posição.

1. Introdução

A efetividade dos direitos fundamentais sociais constitui, já a partir da sua própria caracterização como direitos fundamentais, tema recorrente na literatura jusconstitucional, sem que se tenha, ainda, chegado a conclusões unânimes. Inobstante sempre tenha se destacado que esses direitos importam em obrigações positivas do Poder Público, apenas recentemente tem se relevado que essa intervenção estatal dá-se, fundamentalmente, por meio da formulação e execução de políticas públicas.

Este trabalho busca, assim, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, defender que direitos fundamentais sociais e políticas públicas configuram-se como dois lados de uma mesma moeda e que eles podem ser adequadamente compreendidos a partir da teoria dos princípios, em sua versão forte, mormente aquela defendida por Robert Alexy (1989, 1993a, 1993b, 1993c, 1994). Busca-se, então, inicialmente, repassar os aspectos polêmicos quanto à conceituação, caracterização e efetividade dos direitos fundamentais sociais, mostrando que a dicotomia direitos de defesa *versus*

Fernando Santos é Promotor de Justiça no Estado do Piauí, Doutorando em Direito pela UFPE e Professor de Direito Constitucional da NOVAFAPL.

direitos prestacionais deve não apenas ser matizada como objeto de reexame.

Defender-se-á, então, que os direitos fundamentais sociais, enquanto configurados como princípios, não podem ser aplicados na forma tudo ou nada nem entendidos à la Dworkin (1982), como *triumph rights*. Devem, ao contrário, ser entendidos como direitos *prima facie*, na medida em que apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas. Sustenta-se, por fim, que, para aqueles que vivem abaixo da linha de pobreza, os direitos fundamentais sociais, em sua expressão mínima – condições existenciais mínimas, moradia simples, direito à formação escolar e profissional e a um padrão mínimo de atendimento na área de saúde –, sejam considerados direitos definitivos.

Enfim, mostra-se que, com a teoria dos princípios alexyana, evitam-se, de um lado, interpretações que impliquem uma aplicação dos direitos fundamentais sociais sem qualquer atenção ou consideração de seu impacto econômico ou quanto à responsabilidade fiscal. De outro, evita-se a colocação desses direitos à mercê dos poderes públicos, que poderiam, nessa ótica, cumpri-los ou não.

2. Caracterização e efetividade dos direitos sociais

Do ponto de vista analítico, ao contrário dos direitos de defesa cuja função principal é limitar a atividade do Estado, implicando, assim, um dever de abstenção, os direitos sociais caracterizam-se por serem, primordialmente, direitos à prestação em sentido estrito, ou prestacionais, no sentido de que exigem uma intervenção do Estado, uma ação estatal, gerando, portanto, obrigações positivas realizáveis por meio da ação social (ALEXY, 1993a; BRANCO, 2000; CONTRERAS PELÁEZ, 1994; FARIAS, 2000; LOPES, 1994; SARLET, 1998).

Dissemos primordialmente porquanto, além de os direitos sociais também apre-

sentarem uma dimensão negativa, pois, como adverte Ingo Sarlet (1998, p. 257), não de respeitar a autonomia individual, não podendo, assim, ser impostos ao titular em potencial do direito, alguns dos denominados direitos de defesa exigem, direta ou indiretamente, uma prestação estatal, ou seja, “nenhum direito é totalmente auto executável (*self-executing*); todos os direitos (tanto os direitos-autonomia como os direitos-participação) pressupõem amplas medidas estatais, programas ou dispositivos institucionais” (CONTRERAS PELÁEZ, 1994, p. 21).

Assim, a liberdade, longe de implicar uma ausência absoluta das ações governamentais, deve ser compreendida como “uma determinada forma de dependência da ação pública, que encoraje o espírito de iniciativa e a cooperação social, assegurando a todos um contesto operativo mínimo para desenvolver uma vida ‘decente’” (FERRARA, 2002, p. 101).

Nesse sentido, também, os direitos de defesa, e não apenas os direitos sociais, dependem dos impostos, de modo que todos os direitos possuem custos financeiros. É esta a conclusão que Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2000, p. 15-16, tradução nossa), após vasta investigação, chegaram:

“Todos os direitos impõem às finanças públicas encargos economicamente quantificáveis, sejam os direitos sociais seja o direito de propriedade; a tutela da liberdade contratual comporta custos públicos não menos que a tutela do direito à assistência sanitária; o direito à liberdade de manifestação do pensamento não menos do que o direito a uma habitação decente”.

De outro lado, hodiernamente, a indevida ingerência naqueles direitos denominados aqui e ali de primeira geração dá-se muito mais por parte de outros centros de poderes que não o poder público: econômico, meios de comunicação, digitais, virtuais (FERRARA 2002, p. 102; HABERMAS, 1997, p. 326). Dessa forma, a clássica noção dos direitos de defesa, enquanto proteção

contra as indevidas ingerências do poder público, tem sido objeto de um contínuo e progressivo reexame.

Essa matização e esse reexame são de suma importância porquanto a mera dicotomia abstenção *versus* atuação estatal tem conduzido a conclusões apressadas e não raro distorcidas quanto à efetividade dos direitos sociais. Com efeito, parte da doutrina tem se utilizado da referida contraposição para, ressaltando o custo dos direitos prestacionais e sua decisiva dimensão econômica, defender, como faz Jack Barbalet, citado por Emilio Santoro (1994, p. 109), que eles, em razão de serem *conditional opportunities*, não possuem a natureza de direitos. Ou ainda que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, devendo, portanto, ser “*entregues à conformação do legislador ordinário*” (BRANCO, 2000, p. 46; MURSWIEK; BROHM apud SARLET, 1998).

Claro, ninguém pode negar a relevância econômica suscitada pelos direitos prestacionais em sentido estrito. Porém essa repercussão econômica não pode conduzir à negativa, pura e simples, que os direitos sociais fundamentais possuam a natureza de direitos ou que devam ser abandonados à liberdade de conformação do legislador ordinário, impedindo, assim, a possibilidade de qualquer controle. Mas voltaremos ao assunto quando tratarmos da regra da reserva do possível.

Diverge, ainda, a doutrina quanto à estrutura dos direitos fundamentais sociais e quanto ao seu conteúdo, adotando posições díspares e, não raro, extremadas. Diverge-se, assim, se o texto normativo confere direitos subjetivos ou apenas obriga o Estado objetivamente, consoante o qual, segundo a posição de Konrad Hesse, citado por Alexy (1993a, p. 447), o legislador tem a obrigação de fazer o necessário a fim de realizar os direitos sociais sem que haja para isso um direito subjetivo; se a norma será vinculante ou apenas programática (no sentido hoje

superado de que são normas que não são dotadas de eficácia, sendo meras proclamações de cunho ideológico ou político); e se conferem direitos definitivos ou *prima facie*, isto é, se podem ser princípios ou regras (da qual nos ocuparemos mais adiante).

Como nota Robert Alexy (1993a), na obra citada, se se combinam esses critérios, obtém-se oito normas de estrutura bastante diferente. Temos, assim, em um dos extremos, posição extremamente forte, segundo a qual teríamos normas constitucionais vinculantes que garantem direitos subjetivos definitivos, e, no extremo oposto, posição extremamente débil, são normas não vinculantes que apenas fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado a outorgar prestações.

Há, assim, quem, entre nós, defenda que a maioria dos direitos a prestação depende da interposição do legislador para que produza efeitos plenos (BRANCO, 2000, p. 146). Ou seja, considera-os como direito subjetivo definitivo não vinculante, para utilizar a terminologia empregada por Alexy (1993a).

Um outro aspecto igualmente relevante para efetividade dos direitos fundamentais sociais concerne à “*estrutura disjuntiva dos deveres de ação*” (BOROWSKI, 2003, p. 157). Ao contrário dos direitos de defesa, em que há para os destinatários uma proibição de destruir ou lesionar negativamente, isto é, proíbe-se toda ação que constitua ou provoque uma destruição ou lesão, nos direitos prestacionais há um mandado de proteção ou promoção de algo, em que o destinatário tem um campo de ação dentro do qual pode eleger como deseja cumprir o mandado (ALEXY, 1993a, p. 447).

Por conseqüência, a decisão acerca do *como* se cumprirá o dever de prestação fica livre – dentro, ressalte-se do mencionado campo de ação – ao legislador e ao administrador. Daí que a discricionariedade administrativa dar-se-á dentro de um campo de ação em que o administrador é, digamos assim, livre para decidir quais das

medidas de proteção são adequadas para garantir a proteção requerida. Claro, se há apenas um meio efetivo, o Estado tem que utilizá-lo. Como se vê, esse aspecto tem particular relevância no tocante ao controle das políticas públicas dirigidas à efetivação dos direitos sociais.

Nesse sentido, merece acolhida a tese alexyana consoante a qual o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser tratado como uma questão de tudo ou nada. Nessa ótica, o próprio questionamento se, com base em uma norma proclamatória de direito fundamental social, é possível reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual parece assentar-se em uma premissa inadequada. Ou seja, assenta-se em uma concepção de direito subjetivo à la Dworkin (1982, p. 319), como *triumph rights*. Vale dizer, se alguém possui um direito a alguma coisa, então é errado da parte do Estado negar-lhe aquele direito.

Com efeito, hoje, os direitos, tanto individuais como sociais, enquanto estruturados na forma de princípios são direitos que se caracterizam, fundamentalmente, por apresentarem uma situação de tensão; estão sempre em rota de colisão uns com os outros. De fato, e como mostraremos a seguir, na esteira do pensamento de Robert Alexy, os princípios qualificam-se por poderem ser cumpridos em diferentes graus e a medida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades fáticas mas também jurídicas. E o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em sentido contrário. Dessa forma, nas sociedades contemporâneas caracterizadas por um “pluralismo de fato”, ou seja, em que seus membros aderem a uma multiplicidade de diversas concepções de bem, sem que haja, portanto, uma compreensão amplamente compartilhada de modo a enfrentar igualmente os problemas postos pela diversidade e, ao mesmo tempo, preservar a unidade (PINO, 2000), os direitos não podem mais ser definidos de modo tão absoluto.

A teoria dos princípios constitui-se, portanto, de capital importância para uma adequada compreensão da efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas. É o que veremos mais adiante, mas antes tratemos da cláusula da reserva do possível.

3. A cláusula da reserva do possível

Como dissemos atrás, a decisiva dimensão econômica dos direitos prestacionais tem levado parte da doutrina a defender que eles, em razão de serem *conditional opportunities*, não possuem a natureza de direitos, ou que são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, devendo, portanto, ser entregues à conformação do legislador ordinário, ao qual, dentro das condições sociais e econômicas do país e das reservas orçamentárias, compete garantir aquelas prestações. Ou, para lembrar a multicitada decisão do Tribunal Constitucional Alemão quanto ao *numerus clausus*, os direitos prestacionais se encontram “sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade” (ALEXY, 1993a, p. 425, tradução nossa).

Dissemos também que ninguém pode negar a relevância econômica suscitada pelos direitos prestacionais em sentido estrito. Porém, essa repercussão econômica não pode conduzir à negativa, pura e simples, de que os direitos sociais fundamentais possuam a natureza de direitos ou que devam ser abandonados à liberdade de conformação do legislador ordinário, impedindo, assim, a possibilidade de qualquer controle.

Todavia, tem-se defendido entre nós, que, em se tratando da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, “a opção política é preferencialmente do legislativo e do executivo, cabendo ao judiciário o controle da razoabilidade” (AMARAL, 2001, p. 118). Ou seja, cabe ao Judiciário apenas analisar

a razoabilidade e facticidade das razões do poder público, sendo àquele defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade. Cabe-lhe, numa palavra, diz o citado autor, apenas o controle do *due substantive process of law*. Demonstrada a razoabilidade, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador. Isso se justifica em razão de o Poder Judiciário não possuir legitimidade (do voto) para tomar tais decisões.

Inobstante a peremptoriedade das afirmações acima, o autor admite que “em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas” (AMARAL, 2001, p. 116).

À parte o fato de que o autor parte de premissas discutíveis, quais sejam a de que a efetividade dos direitos negativos é por demais simples, pois exige apenas que o Estado não faça, enquanto a efetividade dos direitos positivos demanda a existência de um aparato estatal de prestação que gera gastos que devem ser cobertos, utiliza-se de afirmações que, a rigor, são incongruentes, para dizer o mínimo.

Assim, dizer que cabe ao Judiciário apenas o controle do *due substantive process of law* e, em seguida, dizer que lhe é defeso entrar no mérito da escolha é contradizer-se. De fato, como mostra Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p. 106-107, grifo nosso), a expressão *due substantive process of law* significa, no direito norteamericano, que “existem alguns direitos substantivos que, por serem fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja”.

Em outras palavras, reconhece-se à cláusula do devido processo legal uma feição material, substantiva, que autoriza justamente a revisão dos atos legislativos do Estado, a uma análise do mérito. A admissão, portanto, do controle do *substantive process of law* importa, justamente,

no contrário daquilo que o autor sustenta: o controle dos atos públicos, sobretudo as omissões administrativas.

De outro lado, o autor não explica em que consiste o postulado da razoabilidade. Impõe-se, então, recordar que boa parte da doutrina brasileira o identifica com o princípio da proporcionalidade, utilizando indistintamente um e outro. Também aqui não conduz à conclusão do autor: da proibição de o judiciário entrar no mérito da escolha do executivo.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade implica, em seus três subprincípios, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que, ante a exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, adotem-se medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. O que implica a análise se o meio promove minimamente o fim – adequação; se não existem meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos ou bens afetados – necessidade; e, por fim, se a importância do fim justifica ou não a intensidade da restrição dos direitos fundamentais¹.

Recordando que, como demonstraram Stephen Holmes e Cass Sustein (2000), também os direitos de defesa implicam custos financeiros para o Estado, releva, neste momento, destacar que o núcleo central da questão – justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – não é tanto a sua decisiva importância econômica, mas o caráter absoluto que se lhe confere, importando, em consequência, na relativização dos direitos prestacionais, que ficam, assim, à mercê dos poderes legislativo e executivo.

Mesmo porque, como lembra Andreas Krell (2000, p. 26), é recorrente ainda entre nós o grave problema “da não-execução dos orçamentos públicos, isto é, a não-aplicação, por parte dos agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos, dos recursos financeiros previstos pela lei

orçamentária para determinadas tarefas e serviços públicos”. Se é verdade a escassez de recursos, é mais verdade ainda o fato de que “até hoje existem municípios onde se gasta – legalmente! – mais dinheiro em divertimentos populares (contratatação de ‘trios elétricos’) ou na manutenção da Câmara do que em toda área da saúde pública” (KRELL, 2000, p. 34).

Nessa ótica, constitui um falso dilema aquele apontado por Gustavo Amaral (2001, p. 114), no qual o Poder Público dispusesse de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura impossível. Em verdade, o que o Estado deveria fazer era deslocar recursos de outras áreas para cobrir as duas situações apontadas.

O princípio da reserva do possível não pode, pois, ter o caráter absoluto que vários autores pátrios querem lhe conferir, considerando os direitos fundamentais sociais como pretensões sem o respectivo dever por parte dos poderes públicos.

4. A teoria dos princípios

Tem-se destacado que a teoria dos princípios, ao lançar novas luzes sobre a estrutura das normas constitucionais e a diversidade na sua interpretação/aplicação, e sobre a estrutura dos direitos fundamentais, constitui “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 1993a, p. 81). Nessa ótica, a justiciabilidade e a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o conseqüente controle das políticas públicas não podem ser adequadamente compreendidos sem o recurso à teoria dos princípios.

Antes, porém, de demonstrarmos como a teoria dos princípios possibilita uma adequada compreensão do tema, necessário se faz que, inicialmente, se busque sistematizar as diferentes posições quanto

à distinção entre regras e princípios, valendo-se da distinção formulada por Robert Alexy (1993) e Luís Prieto Sanchís (1992) entre tese da separação forte e tese da separação fraca.

Os partidários da *tese da separação débil* advogam que a dessemelhança entre regras e princípios é tão-somente uma questão de grau. Ou seja, os princípios teriam um grau de abstração e generalidade maior que as regras. Ademais, a diferença seria apenas relacional ou comparativa. Isto é, um enunciado não é, em si, nem um princípio nem uma regra; um enunciado é um princípio na medida em que se compare com outro enunciado. Conseqüentemente, é uma atividade discricional, dependente do intérprete, na medida em que inexistem características com independência do sujeito que opera a configuração. Um enunciado pode ser um princípio ou uma regra segundo a escolha feita pelo sujeito. Ainda que haja um acordo generalizado quanto a se uma norma é um princípio, isso não significa que a distinção não seja contingente.

Fundamentalmente, tal concepção parte da distinção entre enunciado e norma. Riccardo Guastini (2001) – o principal defensor dessa diferenciação – distingue o texto dos documentos legislativos, que são objetos da atividade interpretativa – chamada disposição ou enunciado –, do conteúdo de significação dado aos textos – norma. Assim, o significado não é prévio à interpretação, mas é precisamente o resultado da atividade interpretativa.

Ora, dizem os partidários da tese da separação débil, se o significado não é algo pré-constituído em relação à atividade interpretativa, já que é uma variável das valorações e decisões do intérprete, os enunciados interpretativos não são aptos nem para a verdade nem para a falsidade, porque não são produtos do conhecimento mas da vontade.

É o chamado ceticismo interpretativo, em que, apoiado em uma versão extrema do relacionamento significante e significa-

do, um e outro aparecem como dois termos de um par dicotômico, que, enquanto tal, se excluem reciprocamente, no sentido que o significado é totalmente distinto do significante. Para Guastini, entre disposição e norma existe uma distância impreenchível, “uma clara linha de demarcação”².

É dentro dessa ótica que sustentam que princípios e regras

“são enunciados que são produto ou resultado linguístico de uma prévia interpretação” (COMANDUCCI, 1998, p. 91); “é uma definição estipulativa ou convencional construída pelo teórico” (PIETRO SANCHÍS, 1992, p. 25); “a identificação de um princípio é necessariamente fruto da discricionariedade interpretativa (como veremos, uma mesma disposição pode ser interpretada, alternativamente, seja como expressão de uma regra específica, seja como expressão de um princípio)” (GUASTINI, 2001, tradução nossa).

Nessa linha de raciocínio, regras e princípios não se referem a duas classes de enunciados normativos, mas a dois tipos de estratégias interpretativas. A diferença qualitativa entre elas não tem sua origem no Direito, mas no raciocínio, porquanto o que faz uma norma ser um princípio ou uma regra não é o seu enunciado linguístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, colidindo com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estamos diante de uma regra; se, colidindo com uma outra norma, cede ou triunfa segundo alguns casos, estamos diante de um princípio (PIETRO SANCHÍS, 1998, p. 29,58).

Advoga-se, por fim, que é empiricamente falso o que afirma a tese da separação forte, isto é, que todos e somente os princípios se aplicam por meio de uma ponderação, enquanto as regras se aplicam à maneira tudo ou nada. Ademais, é perfeitamente possível a colisão total entre princípios com a conseqüente exclusão de um deles. De ou-

tro lado, sustenta Prieto Sanchís (1992) ante a Constituição Espanhola, que, em função da “coerência ideológica da Constituição”, a maior parte dos princípios vigentes foram estabelecidos pelo mesmo legislador como projeções de um certo modelo jurídico-político. Note-se que, mais recentemente, o autor espanhol, embora ainda defenda que regras e princípios constituem dois tipos de estratégias interpretativas, não só reconhece a importância da ponderação, porquanto as Constituições modernas apresentam um amplo conjunto de princípios e direitos fundamentais “tendencialmente contraditórios”, como a sua necessidade a fim de se conservar integralmente a Constituição, pois só assim – com a ponderação – é possível conservar em pé de igualdade normas ou direitos que refletem valores heterogêneos próprios de uma sociedade plural.

O ponto fulcral, pois, da tese da separação débil está em considerar que entre disposição e norma, ou entre significante e significado existe um muro intransponível; que o significante é, assim, in-significante; que o significado não é prévio à interpretação, mas é precisamente o resultado da atividade interpretativa

Não fosse essa premissa cética, não haveria problema em aceitar-se a tese de que a configuração das normas é interpretativa, pois, como o próprio Comanducci (1998) lembra, a interpretação constitui uma atividade interpretativa, ou seja, que compreende algumas etapas, a saber: a) identificação do enunciado como entidade linguística (identificação linguística do enunciado); b) identificação do enunciado como uma norma em virtude de seu caráter prescritivo; c) configuração da norma – identificação da norma como princípio ou como regra; d) interpretação *stricto sensu* da norma – atribuição de sentido à norma.

A questão, portanto, não é que a identificação de uma norma como princípio ou como regra seja uma atividade interpretativa como acima exposto, mas as conclu-

sões que daqui se extraem: primeiro, que os enunciados interpretativos, enquanto variável das valorações e decisões do intérprete, não são aptos nem para a verdade nem para a falsidade; segundo, que, por não serem nem falsos nem verdadeiros, é impossível traçar uma distinção qualitativa entre regras e princípios.

Como se sabe, foi Dworkin (1982) quem, por primeiro, sustentou a *tese da separação forte*, consoante a qual a configuração das normas como princípios ou como regras é uma *atividade cognoscitiva*, em que existem características estruturais ou morfológicas, que diferenciam umas espécies de outras: há, em síntese, uma distinção qualitativa ou lógica entre elas. Ademais, a diversidade na tipologia das normas entre regras e princípios é condição necessária e suficiente para a diversidade na sua interpretação e aplicação, para a diversidade na argumentação a partir de um ou outro tipo e para a diversidade na solução dos conflitos e colisões.

O jusfilósofo norte-americano caracteriza os princípios em duas frentes: no aspecto interno, em oposição a políticas (*policy*) e, externamente, com referência a regras. Assim, princípios (*principles*) são exigências de justiça, equidade ou de qualquer outra dimensão da moral, enquanto políticas indicam um objetivo a ser alcançado (DWORKIN, 1982, p. 90)³.

As regras e princípios se diferenciam pelo caráter da orientação sugerida. As regras são aplicáveis na forma tudo ou nada. Se se dão os fatos estabelecidos por uma regra, então ou a regra é válida, e em tal caso se deve aceitar a resposta que ela fornece, ou então é inválida, e em tal caso não influi na decisão. Por seu turno, os princípios não indicam as conseqüências jurídicas que seguem automaticamente quando se dão as condições previstas.

Porém, Dworkin nem sempre é claro. Mais adiante assinala que um princípio, como “nenhum homem pode tirar proveito do próprio ilícito”, não determina ainda a

exposição das condições que tornam sua aplicação necessária. Vale dizer, ele oscila entre caracterizar os princípios pela abertura das condições de aplicação ou pela abertura das conseqüências jurídicas.

Daí que, para Alexy, embora tenha dado passos relevantes na distinção entre regras e princípios, Dworkin não colhe o ponto decisivo da distinção, qual seja que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, portanto, mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos (ALEXY, 1993a, 81 et seq., 1993b, 1993c, 1994).

As regras, por sua vez, são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Assim, os princípios contêm mandados *prima facie*, ou seja, os princípios apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. O que não acontece com as regras: por exigirem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Isso não significa, no entanto, que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Do lado das regras, é possível, como motivo da decisão de um caso, introduzir uma cláusula de exceção. Nesse caso, a regra perde o seu caráter definitivo, sem que, por isso, se torne um princípio (ALEXY, 1993a, p. 99-100). É o que se dá,

por exemplo, com a regra que estabelece que a velocidade máxima no perímetro urbano seja de 60 km/h. É perfeitamente possível que, em algumas situações, como a do motorista de táxi que conduz um passageiro gravemente ferido, deixe-se de aplicá-la. Entender diferentemente é emprestar à tese da separação forte um formalismo que ela veio combater.

Porém, em função de as regras conterem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, quem quer inserir uma exceção possui uma carga argumentativa, consoante a qual deve demonstrar que essa nova resolução é melhor que a prevista pela regra como também que a sua importância deve ser de tal monta a justificar um desvio em algo autorizadamente determinado.

De outro lado, os princípios podem ter seu caráter *prima facie* reforçado, o que se dá por meio da introdução de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Isso, porém, não os tornam iguais às regras. O Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, no conhecido “Caso Lebach”, reiterou que a liberdade de informação possui uma precedência geral no caso de uma informação atual sobre fatos delitivos. O que não impediu de, naquele caso, decidir em favor da argumentação consoante a qual a repetição de uma notícia (documentário) sobre um delito que já não responde a interesses atuais de informação põe em perigo a ressocialização do autor. Conclui, então, aquele Tribunal: o direito da personalidade tem precedência perante a liberdade de informação (ALEXY, 1993a, p. 97).

Enfim, o âmbito das possibilidades jurídicas de que depende o cumprimento dos princípios é compreendido pelos princípios e regras opostos, pelo que, como dissemos, os princípios encontram-se sempre em uma situação de tensão, pois cada princípio limita a possibilidade jurídica do outro. De modo que inexistente princípio absoluto, isto é, que em nenhum caso possa ser suplantado por outro.

Isso conduz à necessidade, em uma situação de tensão, do estabelecimento de procedimentos metodológicos a fim de resolver a colisão entre os princípios. Alexy denomina esse procedimento metodológico ponderação⁴, na qual a solução consiste em que, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada, na qual se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. O resultado será a lei de colisão: “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 1993a, p. 94, tradução nossa).

5. Direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas

Com a caracterização dos direitos fundamentais sociais como aqueles que exigem uma intervenção do Estado, uma ação estatal, gerando, portanto, obrigações positivas realizáveis por meio da ação social, busca-se destacar, em um passo ulterior, a necessidade da realização de políticas públicas para concretização daqueles direitos. Direitos fundamentais sociais e políticas públicas configuram-se, portanto, como dois lados de uma mesma moeda.

Claro está que, nessa ótica, as políticas públicas não podem ser configuradas simplesmente dentro do âmbito da oportunidade e conveniência do agente estatal, oportunidade e conveniência entendidos enquanto impassíveis de controle judicial. Impõe-se, como temos demonstrado, que o Judiciário possa, em princípio, não apenas rever aquelas políticas públicas já adotadas, analisando a sua jurisdição e, até mesmo, como propõe inovadoramente Fábio Konder Comparato (1998), a sua constitucionalidade, mas também possa determinar a sua elaboração quando da omissão administrativa.

Lembre-se, no entanto, que, em função da estrutura disjuntiva dos deveres de

ação, traduzíveis nas políticas públicas, o poder público possui um campo de ação dentro do qual pode eleger como deseja cumprir o mandado, pressupondo-se que todas as ações são igualmente suficientes para alcançar o objetivo. Porém, fundamentalmente, há de ter-se em conta aquelas condutas imagináveis cuja execução favoreça a realização do objeto de otimização. Isso importará, de um lado, na exclusão do campo de ação de algumas condutas enquanto discursivamente impossíveis e, de outro, na aceitação de outras condutas como discursivamente necessárias. Restará, no entanto, um amplo campo das condutas discursivamente possíveis. Nesse caso, a escolha da conduta ordenada definitivamente dar-se-á por meio “da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato na forma da proibição de proteção deficiente” (BOROWSKI, 2003, p. 162, tradução nossa).

6. Nossa posição

Inicialmente, cabe relevar que, ao contrário da Constituição alemã, o constituinte brasileiro de 1988 preferiu inserir no catálogo dos direitos fundamentais um rol de direitos prestacionais em sentido estrito. Nesse sentido, os contributos doutrinários advindos de autores daquele país devem ser devidamente situados. Merece destaque, no entanto, que a ausência de um rol de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental não impediu o reconhecimento por parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal de vários direitos sociais. Mesmo, ressalte-se, sem a interposição do legislador ordinário.

De outro lado, a melhor doutrina tem sustentado que inexistente distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa. Assim, os direitos prestacionais em sentido estrito estão abarcados pela proteção do § 1º do art. 5º, pelo que têm aplicação imediata.

Podemos, então, dizer que, na Constituição brasileira de 1988, os direitos fundamentais sociais estão configurados como princípios. Isso significa que eles não podem ser aplicados na forma tudo ou nada, nem configurados como *triumph rights*; vale dizer, se alguém possui um direito a alguma coisa, então é errado da parte do Estado negar-lhe aquele direito. Pois, enquanto mandados de otimização, eles devem ser cumpridos na maior medida possível, o que leva o aplicador a considerar as possibilidades fáticas e jurídicas, quais sejam os outros princípios e regras. Em síntese, os direitos prestacionais em sentido estrito devem ser entendidos como direitos *prima facie*, na medida em que apresentam razões que podem ser suplantadas por outras razões opostas. Como dissemos atrás, a configuração como princípios conduz a ter sempre à vista a situação de tensão em que se encontram esses direitos.

Em razão, porém, do fato de, como assinalou Andreas Krell (2000), mais de 30 milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza, é lícito que, para estes, os direitos fundamentais sociais, em sua mínima expressão – condições existenciais mínimas, moradia simples, direito à formação escolar e profissional e a um padrão mínimo de atendimento na área da saúde –, sejam considerados direitos definitivos. Porquanto o que está em jogo aqui é a prestação de recursos materiais essenciais a uma existência digna e, como ressaltou Robert Alexy (1993a, p. 488, tradução nossa) a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o próprio direito à liberdade na sua expressão fática: “para o indivíduo tem importância existencial o não ter que viver abaixo do nível de uma existência mínima, o não estar condenado a um permanente não fazer nada e o não permanecer excluído da vida cultural de sua época”.

Tem-se objetado quanto à dificuldade em se determinar esse mínimo existencial, vez que, em países continentais como o Brasil e marcados por profundas desi-

gualdades, ele seria variável dependendo se estamos em São Paulo ou no interior de Alagoas, por exemplo. Em verdade, esquece-se que órgãos como a ONU têm, ao longo do tempo, realizado estudos no sentido de se identificar um índice (IDH) que, justamente, sirva de parâmetro para se determinar quando alguém se encontra abaixo da linha de pobreza.

Ressalte-se, no entanto, que a defesa de direitos fundamentais sociais definitivos para aqueles que vivem abaixo da linha de pobreza não nos leva à conclusão de que “a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial” e que “os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático” (TORRES, 2003). Cabe, aliás, lembrar que, nesse particular, a proposta alexyana não pode ser transportada tal e qual, pois ela se fundamenta, como lembramos acima, em um texto constitucional que, ao contrário do brasileiro, não prevê um rol de direitos fundamentais sociais. Ao revés, a fim de que esse mínimo não se converta em máximo, necessário se faz, igualmente, “uma interpretação progressiva dos direitos fundamentais sociais” (KRELL, 2000), o que, de per si, é já presente na própria idéia desses direitos enquanto mandados de otimização.

Em síntese, com a configuração das normas constitucionais como princípios e, entre estas, daquelas proclamatórias de direitos prestacionais em sentido estrito, evitam-se, de um lado, interpretações que impliquem uma aplicação desses direitos sem qualquer atenção ou consideração de seu impacto econômico ou quanto à responsabilidade fiscal. De outro lado, evita-se a colocação desses direitos à mercê dos poderes públicos (legislativo e executivo), que, poderiam, nessa ótica, cumpri-los ou não. Ou, ainda, valendo-se da cláusula da reserva do possível, a mera e simples argumentação da inexistência de recursos para satisfação daqueles direitos.

Importa, igualmente, que os direitos fundamentais sociais, por estarem intimamente vinculados à dignidade da pessoa humana (art. 1º, IU, CF 1988), constituem-se em prioridades *prima facie* que estabeleçam cargas de argumentação, de maneira tal que criam uma certa ordem no campo dos princípios (ALEXY, 1993b, p. 19).

Implica, ademais, que o magistrado não se considere como um Hércules dworkiniano: um juiz dotado de capacidade, cultura, paciência e inteligência sobre-humanas, que não apenas conhece todos os princípios e políticas, mas é capaz de combiná-los de tal modo a encontrar sempre “a única resposta correta”. Mas que se considere como membro de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, em que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Importa, finalmente, a superação da interpretação como descoberta do sentido do texto constitucional, concepção essa presente em afirmações como a de que o legislador não definiu o que significa o termo saúde.

Com a virada lingüística, o *linguistic turn*, passa-se a entender que o processo de conhecimento envolve sempre uma participação do sujeito, o que nos leva, diz Habermas (1997), a assumir uma atitude performativa, isto é, buscar compreender o que é dito e não apenas dizer simplesmente como as coisas se passam.

Isso se deve ao fato de que, ao se comunicar a um outro uma constatação, na verdade, se estabelecem três relações: a expressão *de* algo que se tem em mente; a comunicação *com* alguém *sobre* algo no mundo. Toda tentativa de descrição, portanto, importa não apenas a expressão sobre algo no mundo, mas, igualmente, a expressão da intenção de um falante para

o estabelecimento de uma relação interpessoal entre falante e ouvinte.

Dessa maneira, quem assume uma atitude performativa há de se orientar por pretensões de validade (verdade, correção normativa), pretensões essas que só podem ser resgatadas argumentativamente, conduzindo os participantes a uma busca cooperativa da verdade, a fim de chegarem à uma compreensão conjunta sobre algo. Enfim, a explicitação daquilo que é o direito só pode ser realizada a partir de processos de comunicação.

A argumentação, pois, enquanto forma reflexiva de uma racionalidade comunicativa, é, essencialmente, cognitiva e não apenas, como quer Ernst Tugendhat, um dispositivo que assegura a todos os envolvidos a mesma chance de participação, neutralizando, assim, o desequilíbrio de poder. Quem argumenta parte da suposição – decorrente do *telos* do entendimento que habita a linguagem – de que os participantes de um discurso podem, em princípio, chegar a um consenso; que as questões práticas podem ser decididas argumentativamente.

Distancia-se, assim, da prática argumentativa enquanto *retórica*, isto é, como arte do orador, como capacidade de exercer persuasão, mais interessada pelo discurso convincente que pelo seu conteúdo de verdade (LA TORRE, 2002, p. 377-402; HABERMAS, 1999); o que teria por consequência a preterição da perspectiva interna que representa a reconstrução de nexos de validade. Ao contrário, ela deve ser entendida como o tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se tornaram duvidosas e tratam de aprová-las ou recusá-las por meio de argumentos. Nesse sentido, ela importa em um *processo*, no qual é possível explicitar-se os pressupostos comunicativos gerais da argumentação, entendidos como determinações de uma situação ideal de fala, cuja intenção é convencer um “auditório universal”; em um *procedimento*, ou seja, uma prática sub-

metida a uma regulação especial com o fim de “obtenção de um acordo racionalmente motivado”; e, finalmente, na *produção de argumentos* pertinentes que convençam em virtude de suas propriedades intrínsecas, isto é, que levem em conta o “desempenho discursivo de uma pretensão de validade”.

A teoria do direito, portanto, não pode ter um único autor, pois a prática da argumentação exige que todo participante assuma a perspectiva de todos os outros.

Notas

¹ Sobre o princípio da proporcionalidade: Alexy (1993a); Ávila (2004); Stumm (1995), Guerra Filho (2002).

² Se é verdade, objeta Paulo Becchi (1990), que o significante não é o significado, disso deriva apenas que entre os dois não existe uma correspondência biunívoca, nunca que o significante não tem significado. O enunciado-significante não é um objeto nu que o intérprete reveste de qualquer roupa. Portanto, entre significante e significado não existe um muro intransponível. O significado não pode senão brotar, derivar do significante e este último não pode senão veicular o primeiro.

³ Para uma síntese do pensamento de Dworkin, Cf. Santos (1998).

⁴ Esclareça-se, por oportuno, que, no pensamento alexyano, a ponderação decorre, como demonstramos acima, da situação de tensão existente entre os princípios, o que importa, no caso concreto, no entrelaçamento de, no mínimo, dois princípios. Ou seja, em razão de serem mandados de otimização, haverá, num mesmo caso, sempre dois princípios que se habilitam à solução do mesmo, sem que se possa, previamente, estabelecer qual deles deve prevalecer, impondo-se, então, a ponderação entre eles. Esse esclarecimento se faz necessário porquanto os partidários da tese da separação débil, utilizando-se de um conceito amplo de ponderação, defendem que também com as regras ocorre a ponderação. Diz-se, então, que isso se dá nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções, previstas no próprio ordenamento jurídico. Nesses casos, diz-se, o aplicador deverá, por meio da ponderação, decidir se há mais razões para a aplicação da hipótese normativa da regra ou, ao contrário, para a de sua exceção. Em verdade, entre a regra e sua exceção há uma relação de oposição: verificado que ocorrem os pressupostos de fato de uma ou de outra, esta será aplicada. Ao contrário dos princípios, as regras e suas exceções não se aplicam contemporaneamente a um mesmo caso. Veja-se, por exemplo, o caso de um delito

e da legítima defesa. Não se pode dizer que, aqui, o intérprete/aplicador há de ponderar para decidir se o acusado cometeu o delito e deve ser punido ou se ele o fez em legítima defesa, e, portanto, deve ser absolvido. Há, sim, de apurar se os pressupostos de fato configuradores da legítima defesa ocorreram ou não.

Referências

- ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993b.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- _____. Justification and application of norms. *Ratio Juris*, Boston, v. 6, n. 2, p. 157-170, jul. 1993c.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993a.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BECCHI, Paulo. Enunciati, significati, norme: argomentanti per una critica dell'ideologia neoscettica. *Analisi e Diritto*, Roma, 1990.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 89-104, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos sociales*: teoría e ideología. Madrid: Tecnos, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *I diritti presi sul serio*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- FARIAS, Edisom Pereira. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.
- FERRARA, Pasquale. *Non di solo euro*: la filosofia política dell'Unione Europea. Roma: Città Nuova, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. Principi di diritto e discrezionalità giudiziale. *AmbienteDiritto*, Tortorici, 2001. Disponível em: <<http://www.ambientediritto.it>>. Acesso em: 25 fev. 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Il costo del diritto*: perché la libertà dipende dalle tasse. Bologna: Il Mulino, 2000.
- KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LA TORRE, Massimo. Theories of legal argumentation and concept of law: an approximation. *Ratio Juris*, Boston, v. 13, n. 4, dec. 2002.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PINO, Giorgio. *Presentazione a interpretazioni*: il diritto fra etica e politica. BOLOGNA: Il Mulino, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas*: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

SANTORO, Emílio. Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale. In: ZOLLO, Danilo. *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Bari: Laterza, 1994.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: C. Bastos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.