

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	XV
PREFÁCIO .....	XVII
INTRODUÇÃO .....	1
<b>PARTE 1</b>	
PRESSUPOSTOS PARA UMA ABORDAGEM DOGMÁTICA RENOVADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....	5
<b>CAPÍTULO 1</b>	
PREPARATÓRIOS PARA UMA ANÁLISE <i>CRÍTICO-DELIBERATIVA</i> E PÓS-POSITIVISTA DOS DISCURSOS JURISDICIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À SAÚDE .....	7
1. Preliminares de uma <i>narrativa da reviravolta</i> <i>hermenêutico-linguístico-pragmática</i> .....	7
1.1. Da Linguística humboldtiana à Teoria da Ação Comunicativa habermasiana: a reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática como um “romance conflituoso” em seus capítulos .....	10
1.2. A Teoria da Argumentação de Robert Alexy: a tentativa de construção de uma teoria do discurso racional .....	30
1.3. A Teoria da Argumentação de Klaus Günther: a dualidade discursiva .....	37
1.4. A Teoria crítico-deliberativa de Habermas: uma leitura da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia coerente com a distinção entre verdade e justificação .....	49
1.4.1. A permanente tensão entre faticidade e validade inerente ao Direito .....	51
1.4.2 A relação de complementaridade entre a Moral e o Direito .....	56

1.4.3. A concepção <i>crítico-deliberativa</i> dos Direitos Humanos Fundamentais .....	61
--	----

**CAPÍTULO 2**

UMA ABORDAGEM <i>PÓS-POSITIVISTA</i> DO DIREITO A PARTIR DOS GANHOS DECORRENTES DA REVIRAVOLTA HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA .....	73
1. Algumas considerações acerca do Positivismo: um conceito e muitas concepções .....	74
1.1. Algumas concepções de positivismo jurídico contemporâneo ou tardio: de Kelsen a Dimoulis .....	79
2. Uma concepção de pós-positivismo assentada na complementaridade entre filosofia e ciência .....	96

**CAPÍTULO 3**

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA ALTERNATIVA À APLICAÇÃO AXIOLOGIZANTE DO DIREITO PAUTADA NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	111
1. O ineditismo da abordagem de Ronald Dworkin: uma proposta de distinção entre princípios e regras, sua revisão tardia e algumas críticas à tese do poder discricionário em sentido forte .....	111
1.1. Os argumentos de princípio e de <i>policy</i> , a exigência de igual consideração e respeito e a tese da integridade do Direito: aprofundando as críticas ao poder discricionário em sentido forte ....	115
1.2. Os casos constitucionais: os Direitos Fundamentais ( <i>Ground or Political Rights</i> ) e o combate ao ativismo e ao passivismo judiciais na concepção dworkiana .....	119
1.3. Alguns pontos problemáticos das concepções de Dworkin .....	122
2. A proposta de Robert Alexy: a argumentação atinente aos Direitos Fundamentais .....	125
2.1. A estrutura das normas de Direitos Fundamentais: a distinção entre princípios e regras .....	125
2.1.1. A Teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade .....	129
2.1.2. A aproximação entre a Teoria dos princípios e a Teoria dos valores .....	137
2.2. Os Direitos Fundamentais e suas restrições: o suporte fático amplo, a teoria externa e o núcleo essencial relativo .....	138
2.3. Os Direitos Fundamentais sociais: direitos a prestação em sentido estrito .....	144
2.4. Algumas críticas às concepções de Alexy .....	146
3. Uma proposta alternativa: a argumentação de adequação de Klaus Günther .....	151
3.1. Argumentações de adequação na Moral .....	152
3.2. Argumentações de adequação no Direito .....	158
4. Os discursos jurisdicionais de aplicação à luz da teoria crítico-deliberativa de Habermas .....	164

4.1. Encontros e desencontros: uma explicação preliminar necessária .....	164
4.2. A distinção entre as competências legislativa e jurisdicional, e a argumentação de adequação no âmbito dos discursos judiciais de aplicação .....	166
5. Com Habermas para além de Habermas: por uma concepção pós-positivista dos Discursos jurisdicionais de aplicação .....	173
5.1. A desnecessidade de distinção entre regras e princípios: a contribuição de Cruz para uma concepção pós-positivista da aplicação .....	176
5.2. O “novo” paradigma do Direito: uma leitura a partir da Teoria Estruturante da norma jurídica de Friedrich Müller .....	186
5.2.1. Introito: porque “novo” paradigma? .....	186
5.2.2. Teoria Estruturante do Direito: estrutura normativa estática, processo de concretização dinâmico .....	187
5.2.3. Concepção estruturante dos Direitos Fundamentais, a alternativa à ponderação de bens e a sociedade fechada de intérpretes .....	191
5.2.4. A Teoria Estruturante no Brasil: o caso dos Direitos sociais .....	193
5.2.5. Algumas objeções necessárias .....	194
5.3. O custo dos Direitos: é legítimo desconsiderar esse tema na aplicação do Direito? .....	197
5.4. Encontros e desencontros: por uma concepção pós-positivista dos discursos de aplicação atinentes aos Direitos Fundamentais .....	208

## PARTE 2

ANÁLISE CRÍTICA EM BUSCA DE UMA DOGMÁTICA RENOVADA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....	215
---	-----

### CAPÍTULO 1

UM DISCURSO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS DIVERSOS CONCEITOS AFETOS AO TEMA E ÀS INÚMERAS CONCEPÇÕES EXISTENTES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE .....	217
1. Introito transitivo: o porquê de uma narrativa acerca dos Direitos Sociais .....	217
2. As inúmeras concepções relativas aos Direitos Sociais .....	218
2.1. As concepções que negam qualquer caráter jurídico-vinculante aos Direitos Sociais .....	218
2.2. As concepções que reconhecem uma faceta objetiva aos Direitos Sociais .....	224
2.3. As concepções intermediárias: o “conservadorismo moderado” .....	229
2.4. As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva aos Direitos Sociais .....	234
2.4.1. As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva restrita aos Direitos Sociais .....	236
2.4.2. As concepções que reconhecem uma faceta subjetiva ampliada aos Direitos Sociais .....	243
2.4.2.1. A concepção segundo a qual os Direitos Sociais seriam absolutos .....	247
2.4.2.2. As concepções que entendem os Direitos Sociais como obrigações <i>prima facie</i> .....	256

2.4.2.3. Outras concepções acerca dos Direitos Sociais .....	281
3. Agregando conteúdo à concepção pós-positivista e crítico-deliberativa dos Direitos Sociais .....	314
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A COMPLEXA TENSÃO ENTRE <i>EATICIDADE</i> E <i>VALIDADE</i> QUE PERMEIA A DELIMITAÇÃO DE SEU ÂMBITO NORMATIVO .....</b>	<b>335</b>
1. A permanente densificação de conteúdo do Direito Fundamental à saúde .....	335
2. Uma análise pós-positivista do programa normativo do Direito Fundamental à saúde no sistema jurídico brasileiro .....	336
2.1. O Sistema Único de Saúde, as políticas públicas e a questão orçamentária .....	338
2.2. A Assistência Privada à saúde .....	361
2.3. Horizontalização do Direito Fundamental à saúde: algumas considerações .....	377
3. Objeções e justificações ao controle jurisdicional do Direito Fundamental à saúde .....	388
4. Em busca da delimitação legítima do âmbito normativo do Direito Fundamental à saúde: uma perspectiva pragmática .....	396
4.1. Por um controle de validade dos argumentos delineados nos discursos jurisdicionais de aplicação afetos ao Direito Fundamental à saúde: uma análise de casos .....	399
CONCLUSÃO .....	441
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	445