



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**GABRIELA VELOSO HOLANDA**

**UMA ANÁLISE DO ARGUMENTO POLÍTICO DA RESERVA DO POSSÍVEL  
FRENTE AO ADIMPLENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Brasília**

**2018.**

**Universidade de Brasília**

**Faculdade de Direito**  
**Curso de Graduação em Direito**

**Gabriela Veloso Holanda**

**Uma Análise do Argumento Político da Reserva do Possível frente ao  
Adimplemento de Direitos Fundamentais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

**Brasília**

**2018.**

Gabriela Veloso Holanda

**UMA ANÁLISE DO ARGUMENTO POLÍTICO DA RESERVA DO POSSÍVEL  
FRENTE AO ADIMPLEMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília (UnB), como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito,  
**APROVADA** pela seguinte banca examinadora:

---

Professor Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira,  
Doutor pela Universidade de Brasília  
Professor Orientador

---

Professor Dr. Guilherme Scotti Rodrigues  
Doutor pela Universidade de Brasília  
Integrante da banca examinadora

---

Professor Dr. Menelick, de Carvalho Neto  
Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais  
Integrante da banca examinadora

---

Professor Dr. Mamede Said Maia Filho  
Doutor pela Universidade de Brasília  
Suplente da Banca Examinadora

Brasília, 28 de novembro de 2018.

*O BICHO*

*Vi ontem um bicho  
Na imundície do pátio  
Catando comida entre os detritos*

*Quando achava alguma coisa,  
Não examinava nem cheirava:  
Engolia com voracidade.*

*O bicho não era um cão,  
Não era um gato,  
Não era um rato.*

*O bicho, meu Deus, era um homem.*

*Manoel Bandeira*

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a forma correta de elaboração do processo decisório em casos que envolvam o argumento da reserva do possível, frequentemente utilizado pelo Estado, e a efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, será feito um exame do método da proporcionalidade de Robert Alexy e da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. O objetivo é defender o caráter deontológico da Constituição Federal e refutar a discricionariedade adotada pelos positivistas nos chamados “casos difíceis”. Assim, adotar-se-á a teoria do direito como integridade de Dworkin para demonstrar que a reserva do possível é um argumento político e, como tal, não pode se sobrepor aos direitos fundamentais, que funcionam como trunfos contra majoritários.

Palavras chaves: Reserva do Possível; Constituição; Direitos Fundamentais; Direito como Integridade.

## ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the correct way of elaborating the decision-making process in cases that involve the argument of the reserve of the possible, often used by the State, and the realization of fundamental rights. To do so, an examination of the method of proportionality of Robert Alexy and the theory of law as integrity of Ronald Dworkin will be done. The objective is to defend the deontological character of the Federal Constitution and to refute the discretion adopted by the positivists in the so-called "difficult cases". Thus the theory of law as Dworkin's integrity will be used to show that the reserve of the possible is a political argument and as such can not overlap with fundamental rights, which work as trumps against majorities.

Key words: Reserve of Contingencies; Constitution; Fundamental Rights; Theory of Integrity.

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo 1 – Dimensões dos Direitos Fundamentais e Desafios.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 2 – Um estudo da questão a partir da Proporcionalidade .....</b>	<b>14</b>
2.1 Conceito e Validade do Direito: uma relação intrínseca com a moral ..	14
2.2 A distinção entre regras e princípios.....	15
2.3 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade .....	17
2.4 O direito a ações estatais positivas: o direito a prestação em sentido estrito.....	20
2.4.1. Os argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais.....	21
2.4.2. Os argumentos desfavoráveis aos direitos fundamentais sociais.....	23
2.5 A teoria dos direitos fundamentais: a discricionariedade no procedimento da ponderação .....	25
2.6 Considerações Críticas .....	25
<b>Capítulo 3 – Um estudo da questão a partir do Direito como Integridade.....</b>	<b>29</b>
3.1 O direito como interpretação.....	29
3.2 A teoria dos princípios: a distinção entre princípios e políticas. ....	30
3.2.1 Princípios e Políticas.....	31
3.3 Os direitos vistos como Trunfos.....	33
3.4 A teoria do direito como integridade .....	33
3.4.1 O “Romance em Cadeia” .....	36
3.5 A análise crítica de Ronald Dworkin sobre o pragmatismo de Richard Posner .....	37
<b>Conclusão .....</b>	<b>42</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>46</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Quarta-Feira, 4 de abril de 2018, Eleanor vai até o leito de número 19 para se despedir de seu pai, Edison. O senhor dependia de uma transferência urgente para a Unidade de Tratamento Intensivo. A filha, desesperada, acionou a justiça. O juiz escreveu no papel: “julgo improcedente a demanda” e, como quem esquece do seu dever, justificou: “comprometimento à reserva do possível, ante a impossibilidade material de universalização da medida”. Não deu tempo, seu “velho”, como o chamava, entrou para a escandalosa estatística dos sem-UTI no Rio de Janeiro: a cada dia, três pessoas morrem esperando um leito. Agora foi a sua vez de sentir na pele, seu pai havia virado número.<sup>1</sup>

É com esse triste episódio, cada vez mais corriqueiro, que começo a tratar do tema do presente trabalho, qual seja a utilização da expressão “reserva do possível” como justificativa para o inadimplemento de deveres estatais constitucionalmente impostos.

O termo veio à tona quando o Estado trouxe para si a responsabilidade de garantir aos indivíduos uma igualdade não apenas formal, mas material, notadamente frente ao surgimento dos chamados direitos de segunda dimensão - sociais, culturais e econômicos, todos dependentes de prestações positivas.

A expressão “reserva do possível” foi utilizada pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1972, decisão BVerfGE<sup>2</sup> 33, 303. Na ocasião, analisava-se a constitucionalidade de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina. Em razão do exaurimento da capacidade nas Universidades, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*).

Essas restrições de acesso à Universidade teriam violado o artigo da Constituição Alemã que trata da liberdade profissional e dispõe: “todos os

---

<sup>1</sup> Trecho baseado na reportagem veiculada no site da Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/falta-de-leito-em-uti-no-rio-deixa-mais-mortos-que-violencia-policia/>

<sup>2</sup> BVerfGE é a abreviação de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (decisões do Tribunal Constitucional Federal).



alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”.<sup>3</sup> Segundo os requerentes, o direito de admissão ao curso universitário seria decorrência do direito à livre escolha da profissão.

Apesar disso, o Tribunal entendeu ser possível restringir o acesso, tendo em vista que os direitos sociais de participação em benefícios estatais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade<sup>4</sup>. A “reserva do possível” foi utilizada para sustentar que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é plausível.

O termo foi utilizado pelo Tribunal Alemão como sinônimo do que é razoável ao indivíduo exigir do Estado. Entretanto, sua invocação passou a servir como um empecilho, utilizado de forma genérica, para a concretização de direitos fundamentais frente ao que as possibilidades fáticas em torno de disponibilidade financeira permitem.

O vocábulo ficou amplamente conhecido como um forte argumento a favor do Estado: o número de direitos é muito elevado e a capacidade financeira limitada, logo não haveria problemas em violá-los. Essa premissa não pode ser considerada correta.

O Brasil foi terreno fértil para a disseminação dessa epidemia. A nossa Constituição é rica na garantia direitos, apesar disso, nem metade do que está previsto como “direito fundamental” é oferecido à população. Como exemplo, o artigo 205 da CRFB/88 prevê que “a educação é direito de todos e dever do Estado (...)”<sup>5</sup>.

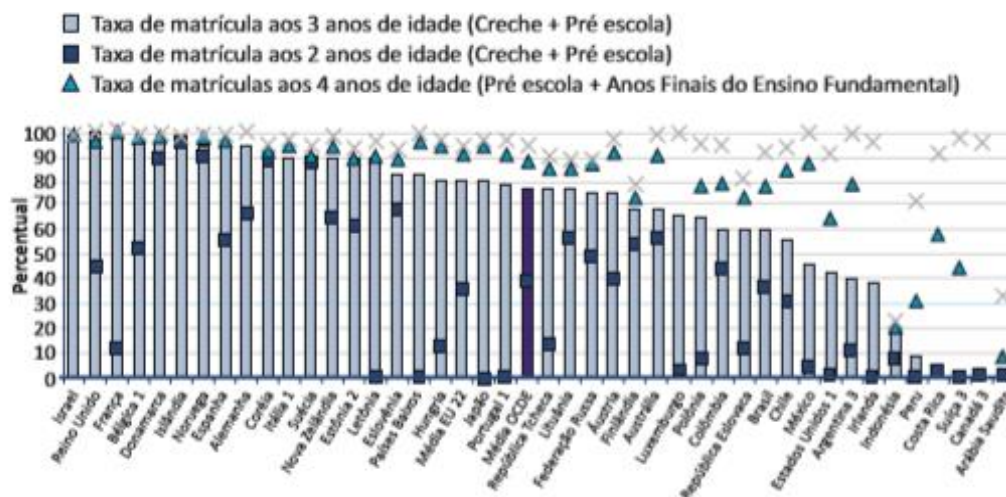
Por exemplo, no panorama de educação divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2017, o Brasil figura entre um dos países com menor taxa de matrícula de crianças com idade inicial do ensino obrigatório:

---

<sup>3</sup> No original: Artikel 12 [Berufsfreiheit](1)Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungs- stätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

<sup>4</sup> Schwabe, Jurgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, p. 657.

<sup>5</sup> Art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.



**GRÁFICO 4** Taxa de Matrícula de 2 a 5 anos de idade na Creche, Pré-Escola e Anos Iniciais do Ensino Fundamental - 2015

Notas:

1. Inclui apenas educação pré-escolar com idades de 2 e 3 anos.
2. Inclui programas de desenvolvimento da primeira infância com idades de 4 e 5 (Creche).
3. Ano de referência 2014.

Fonte: OCDE (2017) Education at a Glance

É evidente a violação diária de direitos fundamentais previstos na Constituição. Assim, os juízes se deparam com um número desmedido de demandas que clamam pela garantia do que está previsto na Constituição.

Nesse cenário, o objetivo do presente trabalho é retirar a força vinculante do argumento da “reserva do possível”, notadamente quando utilizado pelos magistrados, constitucionalmente responsáveis pela garantia da proteção contra majoritária dos indivíduos.

Para tanto, após um breve panorama acerca das dimensões dos direitos fundamentais, será feita uma análise do tema sob a perspectiva da proporcionalidade e, posteriormente, da teoria do direito como integridade, afim de fundamentar a construção de um processo decisório baseado no que é “justo” e na garantia de uma leitura deontológica da Constituição. Ao final e a cabo, o Direito como Integridade de Ronald Dworkin atenderá melhor a esse propósito.

## CAPÍTULO 1 – DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESAFIOS

Para que seja possível analisar e compreender o relevante papel desempenhado pelos direitos fundamentais na atualidade é importante que se delinear, sinteticamente, o contexto histórico do seu surgimento. Como frutos da evolução da sociedade e de conquistas históricas, podemos estudá-los sobre três principais dimensões.<sup>6</sup>

A primeira dimensão surgiu no contexto das revoluções americana e francesa, sendo marcada pelo reconhecimento dos direitos negativos garantidores da abstenção estatal frente às liberdades individuais. Pela primeira vez, os indivíduos tiveram assegurados o direito à propriedade, à liberdade e à igualdade. (ALMEIDA, 2008, p. 328).

A simples abstenção estatal não se mostrou suficiente para garantir tais direitos, era preciso a atuação direta do Estado com o fim de assegurar um mínimo de condições para a efetivação dos direitos fundamentais<sup>7</sup>. Para que se tenha igualdade, todos precisam de um nível mínimo de educação, por exemplo.<sup>8</sup> Nesse contexto surgem os direitos sociais, culturais e econômicos. (SAMPAIO, 2010, p. 243)

---

<sup>6</sup> A teoria das gerações foi desenvolvida por Karel Vasak por meio de um texto publicado em 1977, assim como numa palestra proferida no mesmo ano na Conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França) com o tema “Pelos Direitos Humanos da Terceira Geração: os direitos de solidariedade”.

<sup>7</sup> O Estado Social surge como uma demanda das Revoluções Industriais e da própria Grande Guerra Mundial, uma vez que passa a se perceber que a mera garantia da liberdade e livre negociação acabaria por apenas fomentar a luta de classes. Isso porque, à época, a burguesia, valendo-se da máxima capitalista, explorava ao máximo o proletariado, buscando extrair a máxima mais-valia de seus serviços. Para Canotilho: “Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade, independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 383)

<sup>8</sup> Nesse sentido destaca Lorenzetti: “Estes direitos estão relacionados com os anteriores, porquanto constituem a base de sua efetivação. Para sermos livres, necessitamos ter um nível de vida digno e um mínimo de educação; do contrário, não haverá possibilidade de optar, porque se está em estado de necessidade ou porque não se conhecem as opções”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, P. 552).

Já a terceira dimensão diz respeito a proteção de direitos que transcendem o individualismo e cuja proteção interessa a toda a humanidade. Abrangem o direito ao meio-ambiente, à paz, à segurança, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 216).

Ainda, tem se falado em direitos de quarta dimensão (direito à democracia, à informação e ao pluralismo)<sup>9</sup> e de quinta dimensão (direitos as “tecnologias de informação”).

Cumpra destacar que direitos fundamentais nada mais são do que princípios que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Como tais, diferenciam-se do modelo tradicional de regras, do “tudo ou nada”. Para Dworkin, possuem uma dimensão de peso (“dimension of weight”)<sup>10</sup> e, em caso de tensões, aquele que for adequado ao caso incidirá, sem que o outro princípio perca sua validade.

Paulo Bonavides destaca a crise de observância e execução dos direitos fundamentais, mas acredita que a constitucionalização desses direitos poderia ser uma forma de imposição para a aplicação imediata desses princípios:

“(…) Atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda dimensão tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma” (p. 518).<sup>11</sup>

Para a efetivação desses direitos, o judiciário passa a desempenhar um papel de destaque, uma vez que possui como função constitucional a defesa de direitos que vão de encontro a opinião majoritária. Nesse contexto,

---

<sup>9</sup> São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...]. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. (BONAVIDES, 2004, p.571)

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6. imp. Londres, Duckworth, 1991, p. 26. Idem, *Is law a system of rules? In: The Philosophy of Law*, ed. by R. M. Dworkin. Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 45.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

demonstrar-se-á que a reserva do possível é um argumento de política, e como tal, não deve integrar o processo de argumentação jurídica.

## **CAPÍTULO 2 - Um estudo da questão a partir da Proporcionalidade**

### **2.1 Conceito e Validade do Direito: uma relação intrínseca com a moral**

Na obra, “Conceito e Validade do Direito” Alexy afirma que o principal problema em se conceituar o direito é definir se há alguma relação entre o direito e a moral (ALEXY, 2009, p. 3). Nesse sentido, se contrapõem o positivismo e o não positivismo. Enquanto este último, defende a tese de vinculação, ou seja, que o conceito de direito deve incluir elementos morais, aquele defende a tese de separação, isto é, que o conceito de direito não deve incluir elementos morais. (ALEXY, 2009, p. 4).

Segundo o autor, o direito necessita da existência de validade social (existência de eficácia social), validade moral (existência e cumprimento da pretensão de correção) e validade jurídica em sentido estrito (conformidade com a autoridade jurídica) (ROBL, 2010, p. 5.563).

Ao inserir a validade moral como parte integrante da validade do fenômeno jurídico, Alexy se afasta da visão positivista.

Para o autor, além da validade moral, um sistema só pode ser considerado como jurídico se possuir eficácia social, quer dizer, se for observado pelos destinatários das normas e a sua não observância for punida. E, ainda, deve possuir validade jurídica em sentido estrito, no sentido de que “uma norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento” (ALEXY, 2009, p. 104). A inclusão da validade moral ao conceito amplo de validade jurídica, gerou grande polêmica entre os positivistas.

A relação entre o direito e a moral é verificada por Alexy a partir da perspectiva do observador e do participante para embasar os três argumentos centrais de sua Teoria dos Princípios: o argumento da correção, o da injustiça e o dos princípios (ALEXY, 2009, p. 37). O primeiro é a base dos demais.

É do ponto de vista do participante que a vinculação entre o direito e a moral fica mais evidente, e que permite compreender integralmente a teoria de Alexy:

O argumento da correção constitui a base dos outros dois argumentos, ou seja, o da injustiça e o dos princípios. Ele afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa correção não são sistemas jurídicos. Nesse sentido, a pretensão de correção tem uma relevância classificadora. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem são defeituosos. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem uma relevância qualificadora. Cabe a ela uma relevância exclusivamente qualificadora quando se trata de normas jurídicas e de decisões jurídicas individuais. São juridicamente defeituosas quando não formulam ou não satisfazem a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 43).

Quanto ao argumento da injustiça, se uma norma for extremamente injusta<sup>12</sup> ela perderá o seu caráter jurídico (ALEXY, 2009, p. 75). Por fim, há o relevante papel dos princípios, presentes em todo ordenamento com um grau mínimo de desenvolvimento. Estes incorporam conteúdos morais corretos em decorrência da pretensão de correção e justiça do ordenamento. Noutros termos, conteúdos morais corretos são incluídos no ordenamento através dos princípios (ROBL, 2010, p. 5.567).

## **2.2 A distinção entre regras e princípios**

Os direitos fundamentais, não raras vezes, são caracterizados como princípios. Os princípios, assim como as regras, dizem o que deve ser feito e, por isso, ambos são normas. Em razão dessa característica, podem ser formulados por meio de expressões deônticas simples de proibição, de permissão e de dever. A distinção entre as regras e os princípios consiste, basicamente, em uma diferenciação entre normas (ALEXY, 2008, p. 87).

São diversos os critérios usualmente aplicados para fazer essa distinção, como o grau de generalidade – os princípios possuiriam um grau de generalidade alto e as regras um grau de generalidade baixo. Nada obstante, o

---

<sup>12</sup> Conforme a fórmula de Radbruch que dispõe “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça.”

ponto central da diferenciação residiria no fato de que os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90). Por outro lado, as regras devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Com isso, a diferenciação entre regras e princípios seria qualitativa.

Um conflito entre regras só pode ser solucionado mediante a declaração de invalidade de uma das regras ou da inserção de uma cláusula de exceção. No caso desta última, tem-se como exemplo a regra de proibição de sair da sala antes que toque o sinal e a que ordena a saída da sala se o alarme de incêndio disparar. Essas normas conduzem a “juízos concretos de dever contraditórios entre si” (ALEXY, 2008, p. 92).

Se não for possível a inserção de uma cláusula de exceção então, necessariamente, uma das normas deverá ser declarada inválida. Para saber qual é a regra que deve ser excluída do ordenamento existem enunciados conhecidos como o de que a lei posterior derroga a anterior e de que a lei especial derroga a geral (ALEXY, 2008, p. 93).

Por outro lado, quando há a colisão entre princípios, um deles terá que ceder no caso concreto. Isso não significa que o princípio cedente deverá ser declarado inválido ou que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Durante a análise dos casos concretos, os princípios podem adquirir um maior ou menor peso:

Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2008, p. 96).

O que é importante em um caso concreto é fundamentar os motivos e as condições sobre se um determinado princípio deve prevalecer ou ceder.

As regras possuem um “mandamento definitivo” (se não houver o estabelecimento de uma exceção), enquanto os princípios, como mandados de



otimização, contêm apenas uma determinação *prima facie*. (ALEXY, 2008, p. 106).

Os princípios poderiam ter a sua aplicação diferida em vários graus pois se equiparariam aos valores. A referência não se faz com relação ao nível deontológico, mas apenas no nível da qualificação entre o que é bom ou ruim<sup>13</sup>.

Nada obstante poderem ser equiparados, princípios não são valores. Isso porque os princípios, dada a sua normatividade, apontam para o que deve ser feito, enquanto os valores apenas sugerem o que é melhor.

### 2.3 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade

Existe uma relação intrínseca entre a máxima da proporcionalidade e a teoria dos princípios (ALEXY, 2008, p. 116).

A colisão entre princípios não é solucionada com a inserção de uma cláusula de exceção. O que ocorre é que diante de um caso concreto, um dos princípios deverá ceder.

Utiliza-se como exemplo o caso em que se utilizou o princípio da “reserva do possível” pela primeira vez em 1977 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ocasião em que se discutia o direito à participação nas instituições de ensino existentes (ALEXY, 2008, p. 437).

Um grupo de estudantes pleiteava vagas de medicina em uma universidade pública alemã, sob o fundamento de que teria direito à educação de qualidade, no entanto, não tinham conseguido se classificar no número de vagas existentes. Nesse exemplo, os princípios colidentes são: o direito ao fornecimento de um ensino de qualidade e à proibição ao desrespeito à isonomia no processo de seleção. Esse célebre julgamento ficou conhecido como *Numerus Clausus*.<sup>14</sup>

Segundo Alexy, um dos princípios sempre terá precedência sob o outro a partir da análise do caso concreto. Dessa forma, não existem princípios

---

<sup>13</sup> Destarte, com a ajuda de conceitos de valor classificatório, pode-se dizer que algo tem um valor positivo, negativo ou neutro; com a ajuda de conceitos de valor comparativo, que um objeto a valorar corresponde a um valor maior ou ao mesmo valor que outro objeto; e, com a ajuda de conceitos de valor métricos, que algo tem um valor de determinada magnitude. (PEDRON, 2004, p. 42).

<sup>14</sup> BverfGE n° 33, S. 333

absolutos, o que faz com que uma colisão seja solucionada a partir do balanceamento entre os interesses que estão em conflito. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 95).

Como consequência, se em determinada situação um direito fundamental não pode ser concretizado frente a falta de previsão orçamentária, então sob estas condições o direito não prevalecerá, em razão da segurança do orçamento. Contudo, nada impede que em outras situações se dê preferência ao direito fundamental reivindicado. Em outras palavras, como mandados de otimização, a satisfação dos princípios deve ocorrer na maior medida possível frente as possibilidades jurídicas e fáticas propostas.<sup>15</sup>

Os princípios acima expostos se fossem considerados de forma isolada levariam a uma contradição, ou seja, a disponibilidade financeira do Estado limitada restringe as possibilidades jurídicas de efetivação dos direitos fundamentais e vice-versa. Dessa forma, a solução de precedência deve ser feita com base na análise do caso concreto.

Para isso, Alexy propõe que o princípio da proporcionalidade seja analisado com base em três subprincípios: (a) adequação, (b) necessidade (o mandamento do meio menos gravoso) e (c) proporcionalidade em sentido estrito (o sopesamento propriamente dito).

O princípio da adequação consiste na adoção de um meio apto a alcançar um determinado resultado pretendido (ÁVILA, 1999, p. 172)<sup>16</sup>, entretanto, não raras vezes, para a consecução de um fim constitucionalmente legítimo, existem vários meios possíveis que podem ser adotados. É nesse momento que deve ser analisado o princípio da necessidade.

Tal princípio exige que dentre todas as medidas possíveis de serem adotadas, se opte por aquela que menos danos irá causar no geral, a mais branda de todas para a realização do fim almejado.

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, Alessandra; PIRES, Cristiano. A ponderação proposta por Robert Alexy como forma de concretizar os direitos sociais: Uma alternativa contra o simbolismo dos direitos frente à reserva do possível. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6602294be910b1e3>. Acesso em 26 de outubro de 2018.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a re- definição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

A regra da necessidade, por sua vez, impõe uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. Segundo esse princípio, portanto, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos, vale dizer, a menor restrição possível a outros direitos fundamentais. (GUERRA,2003, p. 92).<sup>17</sup>

Por fim, o princípio da proporcionalidade estrita é responsável pela atividade de ponderar e sopesar os bens jurídicos que estão em conflito em um determinado caso concreto. Para Canotilho, “a ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa entre princípios (CANOTILHO, 2003, p.1241)<sup>18</sup>.”

Conforme destaca Alexy:

Quando uma norma de direito fundamental, com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação dos princípios válidos – caso sejam aplicáveis - obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 118).

A máxima da proporcionalidade deve ser feita por meio da análise de três etapas – a constatação de uma tensão entre os princípios, definição do princípio que deverá ceder em face da situação concreta e, por último, a decisão – momento em que há o surgimento de uma regra que irá reger o caso (ALEXY, 2005, p. 574).

No caso da aplicação do princípio da reserva do possível podemos citar como exemplo um indivíduo com determinada doença cujo tratamento é oferecido pelo Sistema Único de Saúde, mas que opta por um tratamento experimental de alto custo nos Estados Unidos e pleiteia que o Estado pague todas as despesas do referido tratamento. É claro que nesse caso, após

---

<sup>17</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

aplicar-se o princípio da ponderação, o resultado será a prevalência do princípio da necessidade de observância da previsão orçamentária.

Situação distinta dessa seria se o tratamento não fosse oferecido pelo Brasil, mas apenas no exterior. Nessa hipótese, o resultado seria diverso, uma vez que haveria a prevalência do direito à saúde.

Conforme afirma Mânica, a reserva do possível “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 a sua efetivação” (MÂNICA, 2010, p. 12).

Para Alexy, a ponderação serviria para não cair em um decisionismo, onde os julgadores escolhessem um princípio ou outro por mero capricho. Os princípios são equiparados aos valores e para que haja ponderação são necessários dois princípios conflitantes.

Portanto, segundo o autor, o caso difícil é aquele que possui muitas leis a serem aplicadas na mesma situação, o problema é semântico quanto à interpretação de um texto legal – ambos os princípios podem ser interpretados.

#### **2.4 O Direito a Ações Estatais Positivas: O Direito a Prestação em Sentido Estrito**

Os direitos fundamentais podem ser divididos entre: os Direitos de defesa (aqueles que exigem uma abstenção estatal) e os Direitos a Prestações em Sentido Amplo (demandam uma ação estatal). (ALEXY, 2008, p. 442).

Nesse sentido, o autor divide os direitos a prestações em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; (3) direitos a prestação em sentido estrito.

Os direitos só podem ser incluídos como direitos a prestações se se tratarem de um *direito subjetivo* e de *nível constitucional*. Cumpre destacar que todas as ações estatais positivas têm potencial de serem enquadradas como de natureza subjetiva e de nível constitucional. (BERTONCINI, 2012, p. 157).

Basicamente, os direitos a proteção seriam os “*direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros*” (ALEXY, 2008, p. 450). Já os direitos a organização e procedimento, vão desde os direitos a uma proteção efetiva até os direitos a medidas do Estado com natureza organizacional. Nesse sentido “*As normas de*

*organização e procedimentos devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 473).*

Por fim, os direitos a prestação em sentido estrito seriam aqueles direitos que se o indivíduo tivesse meios econômicos suficientes e também houvesse uma oferta no mercado, não precisaria recorrer ao Estado, uma vez que poderia obter de particulares (ALEXY, 2008, p. 499).

Assim, Alexy defende a existência de três critérios para a diferenciação das normas atribuídas aos Direitos Fundamentais Sociais, quais sejam: normas que garantem direitos subjetivos ou objetivos; normas vinculantes (a análise da sua violação pode ser feita pelo Judiciário) e não vinculantes (normas programáticas); e normas que fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie* (regras ou princípios). (BERTONCINI, 2012, p. 161).

Somam-se a essas diferenças estruturais, diferenças substanciais, que justificam a distinção entre conteúdo minimalista e maximalista. O primeiro visa assegurar ao indivíduo um status social mínimo, enquanto o segundo resulta na realização integral dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 502).

Segundo o autor, a análise dos direitos fundamentais sociais não pode estar baseada no “tudo ou nada” e, por isso, discorre sobre argumentos favoráveis e desfavoráveis aos direitos fundamentais sociais (BERTONCINI, 2012, p. 162).

#### **2.4.1 Os argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais**

Os argumentos favoráveis estão baseados na liberdade e são divididos em duas teses. A primeira delas afirma que “a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas” (ALEXY, 2008, p. 503).

Enquanto a segunda tese dispõe que na sociedade moderna a liberdade fática de um expressivo número de titulares de direitos fundamentais depende de uma atuação advinda do Estado (ALEXY, 2008, p. 504).

Nada obstante, Alexy declara:

[...] essas teses não podem ser mais que apenas um ponto de partida de um argumento a favor dos direitos fundamentais sociais. **Isso é facilmente perceptível a partir da constatação de que, mesmo sem aceitar a existência dos direitos fundamentais sociais, seria não apenas possível aceitar ambas as teses como, também, conceber a criação de uma liberdade fática como algo desejado pela Constituição. Seria necessário apenas aceitar uma repartição de tarefas entre os direitos fundamentais e o processo político, de acordo com a qual aos primeiros caberia zelar pela liberdade jurídica; e aos segundos, pela liberdade fática.** Por isso, para complementar o argumento baseado na liberdade é necessário demonstrar por que a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais. Para que isso seja fundamentado não é suficiente afirmar que os direitos fundamentais devem garantir a liberdade, que a liberdade fática também é liberdade e que, por isso, os direitos fundamentais devem garantir também a liberdade fática. **A questão é justamente essa: saber se os direitos fundamentais também devem garantir a liberdade fática. Portanto, para justificar a atribuição de direitos fundamentais sociais com o auxílio de um argumento baseado na liberdade é necessário também fundamentar por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática.** (ALEXY, 2011, p.505)

Esse entendimento pode ser fundamentado a partir de dois pressupostos. Um relacionado a importância da liberdade fática para o indivíduo. Como exemplo tem-se um indivíduo sem acesso a condições mínimas de existência. Para ele, a existência de direitos fundamentais que o salvaguardam, por exemplo, do trabalho forçado, são relevantes. Todavia, aniquilar a sua situação de extrema necessidade é, evidentemente, mais importante para esse indivíduo do que a previsão de liberdades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 506).

E outro que sustenta a igual relevância do aspecto formal e material (substancial) das liberdades fáticas. Noutros termos, os direitos fundamentais não são responsáveis apenas por regulamentar as liberdades jurídicas, mas também se prestam a garantir o exercício fático dessas. (ALEXY, 2008, p. 506).

### 2.4.2 Os argumentos desfavoráveis aos direitos fundamentais sociais

Formalmente, os direitos fundamentais sociais não teriam/teriam pouca justiciabilidade, em decorrência da indeterminação do seu objeto. A título de exemplo, Alexy (2008, p. 507) questiona o conteúdo do direito fundamental ao trabalho, indicando “*desde um direito utópico de todos a qualquer trabalho que se deseje, em qualquer lugar e em qualquer momento, até um direito compensatório a um auxílio desemprego*”.

Entretanto, o próprio Direito, e não apenas os direitos fundamentais, é repleto de conceitos indeterminados. Em outras palavras, a Ciência do Direito já está acostumada com isso, de forma que esse argumento não deve servir como barreira aos Direitos Fundamentais Sociais (BERTONCINI, 2012, p. 163). Com efeito:

[...] ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de indefinição: a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. **Ela tem que sustentar que o direito não fornece critérios suficientes para tanto. Por que, se o direito não fornece esses critérios suficientes, então, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política.** Mas isso significaria que, segundo os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do “legislador diretamente legitimado pelo povo”. **A partir dessa ideia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido.** (ALEXY, 2011, p.507/508).

Este raciocínio relacionado a competência também é reforçado pelo grande custo financeiro dos direitos fundamentais sociais. Isto é “a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária”, apesar de que, com isso, a “política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional, o que é incompatível com a Constituição” (ALEXY, 2008, p. 508).

Substancialmente, os direitos fundamentais sociais são incompatíveis ou colidem com as normas constitucionais materiais que garantem os direitos de liberdade. No que tange ao mercado de trabalho, o controle do Estado está limitado ao número de vagas de emprego ofertadas. Nesse contexto, no caso se o Estado desse a cada desempregado um posto de trabalho, iria empregar todos no serviço público (desemprego disfarçado) ou restringiria/eliminaría a autonomia econômica privada de dispor sobre os postos de trabalho (restrição da capacidade de decidir do ente privado e até mesmo a sua eliminação). (ALEXY, 2008, p. 509).

Além disso, o aspecto substancial recebe forte influência do fator econômico/financeiro dos direitos fundamentais sociais:

Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais. Com frequência fala-se não apenas em uma colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e direitos de liberdade de outros, mas também de uma colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Nesse sentido, afirma-se que um direito ao trabalho implica um dever de trabalhar. Embora a vinculação entre um direito ao trabalho e um dever de trabalhar seja frequente, ela não é necessária. Um Estado que introduza um direito ao trabalho pode abdicar de um dever de trabalhar, mesmo que esteja interessado em que o máximo possível de cidadãos trabalhe. O interesse em trabalhar, sobretudo o interesse em um salário, pode ser, para um número suficiente de cidadãos, um incentivo suficiente para exercer o direito ao trabalho. No entanto, algo distinto pode ser verdadeiro se o direito ao mínimo existencial já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele. (ALEXY, 2011, p.510).



## 2.5 A teoria dos direitos fundamentais: a discricionariedade no procedimento da ponderação.

A teoria de Direitos Fundamentais de Robert Alexy está alicerçada em uma dogmática jurídica, ou seja, num conjunto de padrões, termos, conceitos, modelos para a resolução de casos concretos. Ele se baseia em uma fórmula/ponderação que pode ser aplicada em qualquer caso.

A ponderação de princípios é necessária em razão da existência de uma precedência condicionada entre os princípios. Entretanto, o controle decisório não é capaz de conter os diversos elementos valorativos trazidos durante o procedimento da ponderação e, portanto, consiste em um procedimento aberto. É essa abertura que permite a inclusão da moral no direito. Noutros termos, a ponderação envolve uma argumentação jurídico racional que pode estar baseada em aspectos da moralidade. (FERRI, 2006, P. 114).

Alexy aparentemente reconhece que a discricionariedade é inevitável. Isso se torna evidente quando a teoria da argumentação jurídica busca “racionalizar” a aplicação do direito a partir da ponderação de princípios, o que, nas palavras de Lênio Streck (2013, p. 348) “*acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incerteza e incontrolabilidade do resultado da decisão judicial*”.

Alexy aceita a tese da “textura aberta” de Hart. E, para o autor, é nessa abertura que se inserem os argumentos morais do direito.

## 2.6 Considerações críticas

A ponderação dos princípios defendida por Alexy em sua teoria da argumentação jurídica está intimamente ligada à discricionariedade e, por isso, não se afasta do positivismo jurídico. Conforme destaca Lênio Streck:

“(...) a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito. Não esqueçamos que nos defrontamos cotidianamente com as mais variadas decisões sustentadas na ponderação de princípios. Assim, por exemplo, há decisões deferindo o direito a aluno de curso de biologia a não dissecar animais (qual o direito fundamental que estaria violado?), assim como decisões que, por vezes deferem e por vezes indeferem remédios para doentes em estado grave (nos dois

casos, usa-se a ponderação), sem falar no uso arbitrário do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve para resolver, por intermédio do sopesamento de princípios, os mais diversos conflitos, propiciando múltiplas e multifacetadas respostas no sistema. (STRECK, 2013, p. 364).

Como um método, a ponderação, “sob o véu da racionalidade” busca encobrir um subjetivismo que escolhe e depois tenta justificar (STRECK, 2013, p. 364).

Essa também é a crítica formulada por Habermas, de que a ponderação não é um procedimento racional, tratando-se na verdade de uma figura retórica que leva a uma subjetividade ilimitada. (ALEXY, 2005, p. 573).

Habermas defende que a maneira com a qual Alexy concebe as leis de colisão e de ponderação gera uma concepção axiológica do direito, já que a ponderação, nos moldes definidos por Alexy, só é viável pois resulta da preferência de um princípio a outro, o que só faz sentido se os considerarmos como valores. Os valores podem ser mensurados, por meio de uma preferência, Lalande (1999, p. 1183) define valor como “*o caráter das coisas consistindo em que elas são mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, por um grupo de sujeitos determinados*”.

Com essa posição, Alexy confunde as normas jurídicas – especificamente os princípios – com valores. Apesar de o autor afirmar que:

“A diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, os princípios e os valores se diferenciam em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. No direito, do que se trata é do que é devido. Isto fala em favor do modelo dos princípios” (ALEXY, 1993b, p. 147).

A aplicação de um método para solução da tensão de princípios trata-se de um procedimento axiológico. Mesmo sustentando que a precedência de um princípio dependa do caso concreto, Alexy afirma ser possível o estabelecimento de uma hierarquia entre princípios (mesmo que apenas no caso concreto). Nas palavras de Galuppo (1999, p. 195): “Se é possível a aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, então elas só podem ser cumpridas ou descumpridas”.

As normas não possuem um código gradual, mas sim binário. Portanto, não é possível confundir as normas com os valores:

“Normas e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer” (Habermas, 1994, p. 311)

Os princípios perdem o seu caráter deontológico no momento em que todos os fundamentos podem ser argumentos de diretrizes políticas. Dessa forma, deixam de funcionar como uma “muralha de fogo”. (HABERMAS, 1996, p. 256).

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior que a dos valores:

“ (...) uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores, e, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordem de precedência e padrões consuetudinários”. (HABERMAS, 2003, p. 320).

Segundo Habermas, ao considerarmos os valores como fundamentos para as nossas ações, não está em jogo propriamente o que é correto, mas o que é bom para que determinada comunidade realize seus próprios fins. Claro que, nem tudo o que é bom, necessariamente é devido. Como diz Habermas: “ à luz de normas. Decide-se o que é mandado fazer; no horizonte dos valores, qual comportamento é recomendado” (HABERMAS, 1994, p. 312).

Por fim, Habermas defende no tocante ao “sopesamento de valores” que apesar de produzir uma resposta quanto ao resultado, não é possível justificar a adoção do resultado (HABERMAS, 1998, p. 430).

Pela teoria Alexiana, a reserva do possível, associada à alegação de insuficiência de recursos pelo Estado capaz de fundamentar o inadimplemento de direitos sociais, é entendida como um princípio. Dessa forma, por exemplo, num caso que envolva o direito à educação, deve-se haver o sopesamento entre a reserva do possível e o direito à educação, buscando a satisfação na maior medida possível conforme as possibilidades jurídicas e fáticas.

Assim, a aplicação do procedimento da ponderação pode servir como fundamento para a não efetivação de direitos sociais se for comprovada a insuficiência de recursos estatais. Noutros termos, pode ser um obstáculo na esfera das “possibilidades fáticas”. Conforme destaca Wang (2009, p. 277):

(...) alguns teóricos entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade financeira e orçamentária –, e que não pode ser ignorado pelas decisões judiciais. Este limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”, expressão que aparece na jurisprudência da Corte Constitucional alemã e em outros autores como Robert Alexy definida como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (WANG, 2009, p. 276-277).

Alexy desconsidera que apesar de metodologicamente correto, o método nem sempre levará a uma resposta justa. A ponderação sugerida por Alexy não produz verdade – construída a partir da hermenêutica, apenas resultados.

A Constituição perde o seu caráter normativo pois, um argumento econômico (diretriz política) pode servir como restrição ao adimplemento de um direito fundamental.

Dessa forma, respostas políticas podem ser dadas a questões jurídicas, contanto que o método da ponderação seja seguido. Isso se deve ao fato de Alexy não separar a política do direito. Noutros termos, o fundamento de escassez de recursos (argumento político) pode ser reconhecido como de maior peso em face do direito à educação (argumento de princípio).

## CAPÍTULO 3 – Um estudo da questão a partir do Direito como Integridade

### 3.1 O direito como interpretação

Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, isto é, uma prática interpretativa que depende das condições de verdade dos argumentos que o constituem. Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, argumentação e legitimação: “o Direito é um empreendimento político, cuja intencionalidade geral (*general point*), se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e o seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas” (DWORKIN, 2000, p. 160).

A interpretação jurídica nada mais é do que um caso particular do empreendimento interpretativo em geral, possuindo uma semelhança muito particular com a interpretação literária – em ambos os casos o intérprete orienta a sua ação na busca de uma intencionalidade contida no empreendimento a ser interpretado.

Segundo Dworkin, a interpretação artística pressupõe a existência de uma hipótese estética (a interpretação de uma obra artística busca mostrar qual forma de interpretar – ou ver, fruir, assistir, ler – a obra a revela como a melhor obra de arte). A interpretação jurídica é muito semelhante pois, para realizá-la deve-se reconstruir conceitos e argumentações. Todavia, a intencionalidade do Direito não é estética, mas política. Conforme destaca Dworkin (2000, p. 241):

“O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e esta concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste (“Fit”) – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e de que maneira.

Dworkin, como será visto, sai de uma dogmática que caracteriza/cria uma fórmula geral e mergulha nas particularidades de cada caso concreto.

### 3.2 A teoria dos princípios: a distinção entre princípios e políticas

Previamente a análise da distinção entre princípios e políticas, é preciso delinear a postura teórica de Dworkin. O autor faz duras críticas ao positivismo jurídico de Hart, classificando-o como um modelo de regras que assume uma espécie de “teoria dos simples fatos” (DWORKIN, 2002, p. 7).

Dworkin faz então uma diferenciação entre os princípios e as regras com o intuito de demonstrar que existem *standards* que são aplicados pelos juízes, que não são regras, mas que tem grande relevância na solução dos casos difíceis. (DWORKIN, 2002, p. 24-80).

A distinção entre as regras e os princípios é lógica. As regras operam na dimensão da validade, sendo aplicadas no tudo ou nada (“*all-or-nothing-fashion*”). Portanto, ou a regra é válida e as suas consequências jurídicas são obrigatórias; ou a regra não é válida e, por isso, não deve ser aplicada, isto é, as suas consequências jurídicas não servem para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Por exemplo, num jogo de beisebol existe a regra que prevê que o jogador que cometer três faltas será expulso. Assim, se o árbitro considerar válida essa regra, deve aplicá-la para todos os casos que as suas condições se fizerem presentes. Caso contrário, se afastar a sua aplicação, não pode impor ao caso as suas consequências. (DWORKIN, 2002, p. 40).

Enquanto isso, os princípios são:

Um modelo (standard) que deve ser observado, não porque ele avançará ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade (fairness) ou de qualquer outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 1978: 22).

Assim, não possuem a estrutura definitiva das regras, pois não apresentam claramente os supostos de fato cuja ocorrência tornaria obrigatória a sua aplicação, nem que consequências jurídicas devem surgir quando da sua aplicação. Os princípios são apenas razões/motivos que podem contribuir a favor de uma ou outra decisão.

Além disso, os princípios possuiriam uma dimensão de peso (*dimension of weight*) ou de importância que pode ser verificada quando há a colisão entre

dois princípios em um caso concreto. Nessa situação, a decisão é tomada em razão de um dos princípios possuir, dadas as circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo maior do que o princípio colidente, sem que isso acarrete na invalidade do princípio de “menor peso”. Enquanto a colisão dos princípios é solucionada na dimensão de peso, o conflito entre regras rege-se pelo plano da validade. (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

### 3.2.1 Princípios e políticas

O positivismo jurídico sempre defendeu que a interpretação, a argumentação e a decisão jurídica devem ser feitas à luz da legislação. Noutros termos, a decisão jurídica não pode se afastar do direito positivado.

Entretanto, além da subordinação da decisão jurídica à legislação, há um outro nível de subordinação muito importante na solução dos casos difíceis: a subordinação aos princípios, cuja condição de aplicação é construída por meio de um processo interpretativo. (DWORKIN, 2002, p. 128).

Quando os juízes criam leis, há uma expectativa habitual para que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Todavia, esse pressuposto não leva em consideração uma distinção fundamental entre argumentos de política (*policy*) e argumentos de princípios (DWORKIN, 2002, p. 129).

Os argumentos de política “justificam uma decisão judicial política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2002, p. 129). Noutros termos, os argumentos baseados na orientação às políticas públicas do governo, fornecem convicções firmes para a justificação de uma decisão jurídica. Os argumentos de política pretendem demonstrar que a decisão jurídica fomenta os objetivos políticos da comunidade como um todo. Por exemplo, se o governo coloca como política pública o estímulo às exportações e à redução das importações, uma decisão jurídica pode basear-se nesse argumento para decidir um caso difícil sobre leasing internacional. (SIMIONI, 2014, p. 212).

Já os argumentos de princípios são baseados em convicções morais da sociedade. Tais argumentos “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2002, p. 129). Podemos citar como exemplo o argumento a favor

das leis contra a discriminação, ou um argumento de igualdade de consideração e respeito de grupos minoritários.

Os argumentos de princípio procuram fundamentar o direito de alguém ou de um grupo de pessoas através de uma questão de princípios. Assim, são insensíveis à escolha, porque, mesmo se uma maioria democrática decida contra os argumentos de princípios, estes devem prevalecer, como nos casos de previsão de pena de morte (DWORKIN, 2002, p. 204). Por outro lado, os argumentos de política são argumentos sensíveis a escolha democrática, pois justificam uma decisão jurídica a partir de um objetivo político pretendido pelo governo.

Esses dois argumentos constituem os fundamentos que são utilizados para justificar as decisões jurídicas. Entretanto, Dworkin destaca que apesar de os argumentos políticos serem bons motivos para justificar determinados anseios, apenas os argumentos de princípios constituem os melhores fundamentos para as decisões jurídicas. (SIMIONI, 2014, p. 214).

A principal diferença entre as decisões políticas e jurídicas reside no fato de que as decisões jurídicas devem levar os direitos a sério, ou seja, devem tratar os direitos como uma questão de princípios, como uma questão de moralidade política da comunidade.

Portanto, as questões de princípios devem se sobrepor, inclusive, contra a opinião das maiorias democráticas. Conforme destaca Dworkin na obra *“The Supreme Court phalanx”*:

“questões de princípio são questões que devem prevalecer sobre as questões de políticas públicas, **pois os princípios de moralidade política são questões que não estão sujeitas a uma escolha política democrática, não estão sujeitas à opinião da maioria.** Não importa, por exemplo, se uma maioria democrática decidiu que um país deve instituir a pena de morte ou a escravidão, pois essas questões políticas já estão decididas por princípio. São questões de princípio. Uma política pública que permite que as escolas punam os estudantes por manifestações políticas, por exemplo, é uma política que colide com um princípio de moralidade política importante da comunidade, que é convicção de que “a liberdade de consciência é central para os direitos dos cidadãos” (tradução de SIMIONI, 2012, p. 214).

Apenas dessa forma, o constitucionalismo é capaz de fortalecer a democracia. Existem princípios de moralidade que devem se sobrepor à argumentos de política ou de eficiência econômica.



### 3.3 Os Direitos como Trunfos

Para Dworkin, ser possuidor de um direito fundamental, em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo se sobrepõe a todas as demais: ganha da força do número, da quantidade e das próprias cartas com outros naipes. (NOVAIS, 2006, p. 17).

No jogo hipotético do sistema jurídico do Estado de Direito, de um lado está o indivíduo e do outro o Estado. O indivíduo possuidor do direito fundamental tem um trunfo contra o governo eleito democraticamente. Ao final e a cabo, ter um direito fundamental nada mais é do que ter um trunfo contra a vontade da maioria. (NOVAIS, 2006, p. 18).

Essa metáfora dos trunfos remete a uma tensão insuperável entre o poder democrático e os direitos fundamentais. Mas os trunfos são uma “exigência material do reconhecimento da dignidade da pessoa humana” e refletem “a consagração constitucional da indisponibilidade dos direitos fundamentais e da correspondente vinculação das entidades públicas”. (NOVAIS, 2006, p. 27-28). Márlío Aguiar (2018, p. 203) destaca:

Em Dworkin, a concepção de direito como trunfo é conscientemente um elemento importante tanto da teoria do direito (como um conceito operacional) quanto da sua filosofia política normativa. Nesta, o direito como trunfo serve para se aplicar àquelas situações em que cidadãos têm direitos violados pelo argumento *prima facie* de que a comunidade como um todo será beneficiada se aquele interesse for afastado ou flexibilizado (argumento utilitarista). Afirmar tradicionalmente os direitos como parte da “liberdade” para Dworkin significa, no fundo, afirmar um direito à igualdade e de defesa das minorias. Os direitos são trunfos dentro da moralidade política contextual, isto é, da rede de crenças e pressuposições que envolvem o próprio direito.

### 3.4 A teoria do direito como integridade

O conceito de integridade é indispensável na compreensão da obra Dworkiana, pois é responsável por conceder legitimidade a um ordenamento jurídico. Conforme destaca Galuppo:

Integridade não é um conceito sinônimo de consistência. Se por consistência entendermos a repetição de soluções passadas para casos aparentemente iguais, então uma decisão inconsistente pode ainda assim cumprir a exigência de Integridade do direito; da mesma forma, uma decisão consistente pode ferir a exigência de Integridade (1999, p. 12).

A integridade (Integrity) está diretamente relacionada com a justiça, com a imparcialidade e com a igualdade, constituindo a base das normas jurídicas. Destaca Chueiri (1995, p. 193): *“Uma decisão é justa (ou seja, respeita a integridade do direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso”*.

Segundo Dworkin, todo o caso possui uma única resposta correta (right answer), e é isso o que assegura a integridade no sistema jurídico. Para alcançar essa resposta, o juiz teria de fazer um trabalho sobre-humano, portanto, a existência dessa solução única funcionaria apenas como um norte/guia para o juiz. Dessa forma, o autor cria a figura de um juiz Hércules, capaz de chegar a essa resposta correta, mesmo nos casos difíceis (DWORKIN, 1978, p. 105).

Como já abordado em tópico anterior<sup>19</sup>, argumentos de orientação política e de princípios podem ser invocados para solucionar os casos difíceis. Mas, pela exigência da integridade, apenas os argumentos baseados em princípios podem solucionar os *hard cases* sem comprometer a democracia. (DWORKIN, 1978, p. 82 e ss.).

Dworkin destaca que os argumentos de política também podem ser utilizados como fundamento na tomada de decisões, conquanto que não envolvam casos difíceis, já que as democracias contemporâneas não detêm, como competência primária do poder judiciário, o estabelecimento de políticas. Ao judiciário concerne a decisão sobre a controvérsia de direito. (GALUPPO, 1999, p. 12-13).

Enquanto as regras comportam exceções que podem ser definidas antes mesmo da sua aplicação, isso não é possível quando se trata de princípios. (DWORKIN, 1978, p. 25). Noutros termos, não se trata de imaginar uma ponderação e, sucessivamente, a resolução de um conflito pela aplicação de um princípio e não aplicação do outro, mas de imaginar que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos, já que,

---

<sup>19</sup> Ver tópico 3.2

muitas vezes não podem ser simultaneamente aplicados. Evidentemente, um princípio só pode se sobrepor a outro se houver uma fundamentação discursiva suficiente. (GALUPPO, 1999, p. 14).

A impossibilidade de aplicação contemporânea dos princípios não fere a integridade do direito, mas a injustiça fere.

O juiz deve admitir como ponto de partida que as contradições no direito “não são tão universais e intratáveis” (...) a ponto que a sua tarefa se torne impossível”. A aparente inconsistência do direito, pode ser solucionada encontrando-se “princípios razoavelmente plausíveis”. (DWORKIN, 1999, p. 319) que permitam considerá-la como uma questão de perspectiva.

Portanto, o problema deixa de ser de contradição/tensão entre direitos, mas sim, de concorrência entre os mesmos (DWORKIN, 1999, p. 319), já que os princípios são independentes entre si (GALUPPO, 1999, p. 14). Nas palavras de Dworkin (1999, p. 320):

“Seria um grave mal-entendido sobre a lógica dos princípios considerá-los contraditórios. Não há nenhuma incoerência em reconhecer ambos (princípios concorrentes) como princípios; ao contrário, todo ponto de vista moral seria incompleto se ele não admitisse completamente uma ou outra motivação (impulse). Mas em alguns casos eles irão conflitar, e a coerência então requer um esquema não arbitrário de prioridade (...) ou acomodação entre os dois, um esquema que reflita as suas respectivas fontes num nível mais profundo da moralidade política”

O que se exige num caso concreto é a cessão de um princípio sobre o outro, por meio de exceções de aplicação. A necessidade de continuidade da jurisdição e do processo, com base na integridade do direito, impulsiona a tomada de decisão:

“é exigido de mim que encontre um lugar em toda interpretação geral de nossa prática legal para todos os princípios (...). Nenhuma interpretação geral que negasse qualquer uma delas seria plausível; a Integridade não poderia ser satisfeita se qualquer um deles fosse completamente rejeitado. Mas a Integridade exige que alguma solução para seu impacto competitivo (...) seja emanada. (...) A integridade exige isto porque exige que eu termine a questão” (DWORKIN, 1986, p. 270).

Com efeito, levando em consideração a imposição de Integridade no Direito, os princípios devem ser tidos como direitos que decorrem do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados previamente ao caso concreto, nem hierarquizados (GUNTHER, 1993, xvii), e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos, tendo em vista que para respeitar a integridade do direito, às vezes não podem ser contemporaneamente aplicados. O cerne da questão é a utilização da hermenêutica sobre o que é necessário para o atingimento de uma decisão justa – que respeite a integridade no caso concreto. (GALUPPO, 1999, p. 16).

Portanto, a tese da única resposta correta deve ser entendida como algo decorrente da interpretação construtiva do Direito como Integridade. Nesse sentido:

A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário, consubstanciando a idéia da chain of law, a qual constituir-se-á no turning point para a consideração do direito como um conceito interpretativo. (CHUEIRI, 1995, p. 68)

### **3.4.1 O “Romance em Cadeia”**

Como visto, a interpretação de Dworkin, aponta o direito como integridade, onde o juiz, ao invés de usar o poder discricionário, ou atender os imediatos interesses pragmáticos, deverá se basear em uma argumentação a partir dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal.

Nesse contexto, Dworkin propõe o seguinte exercício literário: Um conjunto de romancistas é contratado para um determinado projeto e, para saber a ordem da escrita, jogam dados. Aquele que tirar o número mais baixo, escreve o capítulo de abertura de um romance. Cada romancista, exceto o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, já que precisa ler tudo o que foi escrito anteriormente para, só então, criar o novo capítulo que dê continuação a história. (DWORKIN, 1999, p. 276).

O juiz, ao decidir um caso, deve considerar-se como integrante de uma complexa cadeia, no qual um conjunto enorme de decisões, práticas, estruturas e convenções formam sua história; o papel do juiz é o de dar uma continuidade coerente a essa história no futuro:

Cada juiz deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (DWORKIN, 1999, p. 277)

O juiz deve agir com respeito ao que foi anteriormente escrito e justificar a elaboração do capítulo seguinte, só assim a cadeia terá coerência. Isso não significa que a história deve ser guiada por uma direção rígida iniciada pelo “primeiro romancista”, pois isso representaria uma quebra do caráter dinâmico da interpretação construtiva. O que se busca, em verdade, é que cada novo capítulo escrito tenha coerência com os anteriores e apresente fundamentos plausíveis para os novos caminhos a serem escolhidos (ARÊAS, 2005, p. 581).

Ao traçar um paralelo entre o direito como integridade e o fenômeno do romance em cadeia, Dworkin assevera que:

O direito como integridade [...] pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juizes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) [...] O veredito do juiz - suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. (DWORKIN, 1999, p. 286)

Dworkin afirma que a relação entre adequação e justificação é complexa, enquanto na literatura a interpretação será marcada pelas convicções literárias e artísticas de cada romancista, no direito, a decisão será influenciada pelas convicções morais e políticas de cada julgador.

### **3.5 A análise crítica de Ronald Dworkin sobre o pragmatismo de Richard Posner.**

Richard Posner é um dos principais expoentes da chamada Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). Essa corrente do pensamento jurídico defende que os processos legais, mais do que assegurar direitos,

devem produzir a mais eficiente alocação de recursos. Portanto, a maximização da riqueza deve servir como norte da atuação do magistrado, cuja decisão deve utilizar como base a relação custo-benefício. (DAVID, 2013, p. 2).

Posner defende, basicamente, um pragmatismo cotidiano: uma abordagem prática das ações, visando alcançar determinado fim, desconsiderando as teorias e as pretensões intelectuais “abstratas”. Uma abordagem que confere um peso substancial às melhores consequências e ao uso da razoabilidade e da racionalidade, ao invés de se importar com debates teóricos que possam acarretar em uma posição consensual ou “verdade moral”. (FARAGE, 2015, p. 9)

Enquanto teoria normativa, a abordagem judicial pragmática de Posner confere como fator decisivo nas considerações dos juízes às consequências práticas das decisões judiciais. Nas palavras de Posner (2012, p. 358 e 380): “o pragmatismo deve ser entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações” e “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado”.

No que diz respeito a relação entre o direito e à moral, Posner (2012) defende que se trata de mera coincidência, a qual ocorre até mesmo em sistemas jurídicos predominantemente positivistas. Uma questão que relaciona o direito e a moral é a de saber se o título de propriedade dá ao proprietário o direito de despejar um inquilino que está passando fome, são infinitos os exemplos nos quais o direito coincide com a moral. Mas, segundo Posner (2012, p. 170), “a razão da coincidência entre a moral e o direito é que os dois são métodos paralelos (sendo a moral o mais antigo) para propiciar o tipo e o grau de cooperação que a sociedade humana precisa para prosperar”.

Para ressaltar seu ponto de vista, ou seja, da inexistência de uma relação necessária entre o direito e a moral, Posner salienta que existem diversos princípios morais que não se encontram respaldados no direito. Como exemplo cita o ato de mentir, que não configura um crime, nem um delito civil. Também, segundo Posner (2012), diversas condutas punidas com sanções legais são moralmente indiferentes.

Posner (2012) afirma que o fato de o direito algumas vezes utilizar terminologias de conteúdo moral, não faz com que o mesmo tenha relação direta com a moral. Segundo ele, o direito usa termos morais por três motivos: suas origens, para “impressionar” e, por fim, para usar uma linguagem que os leigos, a quem se dirigem os comandos das leis, tenham capacidade de entender. (FARAGE, 2015, p. 49).

Portanto, Posner acredita ser plenamente possível o direito se abster de utilizar argumentos morais – até mesmo nos casos difíceis -, isso porque a relação entre o direito e a moral é apenas coincidente.

Dworkin vai fazer duras críticas ao pragmatismo posneriano<sup>20</sup> principalmente no que tange a relação entre a moral e o direito. Para ele, a moral está intrinsecamente ligada ao direito, não sendo apenas uma mera relação coincidente.

Segundo Dworkin, o direito é composto por um conjunto de regras jurídicas e princípios “morais”, os quais não são remissíveis a um critério de validade. Assim, as Constituições de alguns países impõem limites morais às leis que possam ser validamente criadas. (DWORKIN, 2010, p. 11).

Já que existe uma conexão intrínseca entre o direito e a moral, Dworkin defende que a teorização que envolve a moral na tomada de decisão judicial é, diversas vezes, indispensável.

Dworkin defende que, por mais difícil que seja um caso jurídico, os juízes sempre devem buscar nas suas decisões a melhor prática interpretativa à luz da perspectiva da integridade: “Os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam” (DWORKIN, 1986, p. 254 e 255).

O direito como integridade de Dworkin exige que os legisladores criem um direito que seja coerente com a estrutura dos princípios que fundamentam a existência dessa prática social; e, também, que os juízes, na tomada de

---

<sup>20</sup> No livro “A justiça de Toga” (2010, p. 37) vai dizer que Posner participa de uma corrente de pensamento “antiteórica”.

decisões, tenham em vista que as suas decisões devem fazer parte desse todo coerente (SGARBI, 2006, p. 188).

Em síntese, Dworkin (2006, p. 133) defende que a integridade no direito possui diversas dimensões, entre elas: i) a decisão judicial deve ser determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou posicionamentos políticos; ii) a integridade se aplica verticalmente: se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que a sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas do arranjo constitucional; iii) a integridade também se aplica horizontalmente: um juiz que utiliza um princípio deve dar importância a esse princípio nos outros casos que decide. (FARAGE, 2015, p. 72).

A reserva do possível, pela teoria do direito como integridade desenvolvida por Dworkin, se trata de um argumento de política, ou seja, não pode ser utilizado como justificativa para o não inadimplemento de deveres constitucionais impostos, como por exemplo, o direito à educação. Os argumentos de princípio protegem os direitos individuais que, conforme visto, são trunfos contra a vontade da maioria. Os argumentos de política não devem ser obstáculos ao cumprimento dos direitos fundamentais.

O Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADPF nº 45, tratou da cláusula da reserva do possível. Na ocasião, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi proposta contra veto, que, emanado do Presidente da República, incidiu sobre o §2º do art. 55, de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo:

"§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste 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."

O veto presidencial teria desrespeitado o preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações de serviços públicos a saúde.



O Ministro relator destacou que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Asseverou também que a meta central das Constituições modernas, e da Constituição Federal de 1988 em particular, pode ser resumida, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade.

Por fim, segundo ele, os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível” ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio entre a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Caso isso não seja observado, justifica-se a intervenção do poder judiciário.

Contudo, pela teoria do direito como integridade, o argumento da reserva do possível não pode, em nenhuma hipótese, impedir a concretização de direitos fundamentais. Isso porque, como argumento de política, não serve para embasar uma decisão judicial. Não cabe ao juiz fazer uma ponderação entre os interesses da comunidade e os objetivos buscados, tal avaliação cabe ao processo política.

A teoria desenvolvida por Dworkin se mostra bastante pertinente para que o juiz, através de um esforço teórico, busque alcançar a decisão mais justa a partir de uma análise deontológica da Constituição Federal, de forma a impedir que argumentos políticos se sobreponham a direitos individuais/sociais constitucionalmente impostos.

## 4. Conclusão

*“Os magistrados não governam. O que eles fazem é evitar o desgoverno, quando para tanto provocados.”*

Ministro Carlos Ayres Britto

O presente trabalho teve como intuito verificar a forma correta de elaboração do processo decisório em casos que envolvam o argumento da reserva do possível, frequentemente utilizado pelo Estado, e a efetivação de direitos fundamentais. A proporcionalidade, proposta por Robert Alexy, e a interpretação do direito como integridade, de Ronald Dworkin, foram os marcos teóricos estudados.

Segundo Robert Alexy, os princípios devem ser entendidos como mandados de otimização, já que “são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 1997, p. 75). Dessa forma, não existiriam princípios absolutos em ordenamentos jurídicos que reconhecem direitos fundamentais.

O autor defende que o procedimento da ponderação é racional e garante uma decisão justa. Diante de uma colisão entre princípios, o juiz deve, a partir das regras da ponderação, decidir qual deve ceder em relação ao outro.

Portanto, pelo procedimento da proporcionalidade de Alexy, a reserva do possível pode servir como empecilho para a não concretização de direitos fundamentais, em situações em que o Estado não dispuser de capacidade financeira. Noutros termos, o magistrado deverá ponderar em qual medida o direito fundamental deve ser concretizado frente a limitação econômica do Estado.

Por exemplo, pela teoria defendida por Alexy, num confronto entre direito a educação e reserva do possível, o primeiro só será plenamente concretizado se o Estado dispuser de capacidade financeira para tanto. O juiz deve fazer uma ponderação entre esses dois princípios.

A única exigência de Alexy é que se utilize o procedimento da ponderação, que não possui qualquer requisito de justiça e, por isso, a utilização do método não é, de forma alguma, garantia de justiça ou verdade. Habermas faz uma interessante crítica ao afirmar que o sopesamento de

valores produz uma resposta quanto ao resultado, mas não é possível justificar esse resultado (HABERMAS, 1998, p. 430).

O método proposto por Alexy enfraquece o caráter deontológico da Constituição, tendo em vista que argumentos políticos, como o da reserva do possível, podem servir como limitadores dos direitos dispostos na lei maior.

Juliano Benvindo destaca bem o problema do método da ponderação frente a função do Judiciário na garantia da proteção contra majoritária (BENVINDO, 2010, p. 412).

Já Dworkin defende que as decisões devam ser baseadas em princípios e não em política. Isso se deve ao fato de que os argumentos de princípio privilegiam os direitos fundamentais, que são trunfos de indivíduos ou da própria sociedade, enquanto os argumentos de política buscam a proteção de um objetivo coletivo da comunidade.

Para o autor, o direito deve ser visto como integridade, ou seja, como um sistema coerente e único de justiça e igualdade. Por meio dessa teoria, cada caso deve ser decidido observando-se todas as circunstâncias próprias e relevantes, e de acordo com uma interpretação coerente de todos os princípios aplicáveis.

Nesse sentido, não existiria uma colisão entre princípios, mas apenas uma tensão, já que eles são coerentes. Princípios não podem ser realizados na maior medida possível, pois não são relativos. Os direitos devem ser levados à sério e isso só é possível a partir da aplicação coerente e igualitária dos princípios da comunidade, destacando-se que a sua aplicabilidade somente pode ser verificada no caso concreto.

No caso da ADPF 45, que cuidava de limitações orçamentárias na área da saúde, nada obstante o Ministro Celso de Mello ter reconhecido que a cláusula da reserva do possível não poderia ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais, admitiu que esta importaria condicionamentos ao processo de concretização de direitos de segunda geração que traduzir-se-iam no binômio entre a razoabilidade e a existência de disponibilidade financeira pelo Estado.

Todavia, pela teoria do direito como integridade, o argumento da reserva do possível não pode, em nenhuma hipótese, impedir a concretização de direitos fundamentais. Isso porque, como argumento de política, não serve para embasar uma decisão judicial. Não cabe ao juiz fazer uma ponderação entre os

interesses da comunidade e os objetivos buscados, tal avaliação cabe ao processo político.

Por fim, ao contrário de Dworkin, Posner defende o pragmatismo, de forma que os juízes devem decidir as questões com base na política e não nos princípios. Segundo Posner, o direito possui limites política sendo, ao final e a cabo, expressão das políticas públicas (baseadas em fatos e não em questões de direito).

Posner entende que o ponto central da utilidade da economia para a análise econômica do direito consiste na preocupação com as consequências e os efeitos econômicos de uma decisão. Dessa forma, o juízo teria que decidir as questões tendo em vista a eficiência.

Assim, como o próprio Dworkin afirma, a análise econômica do direito é um antagonismo à concepção do direito como integridade. O pragmatismo impede que o indivíduo possua “trunfos” contra a posição majoritária, enquanto o direito como integridade reconhece que o indivíduo deve ter proteção com relação a direitos que possam ser defendidos tendo por base princípios. Para a análise econômica do direito, o indivíduo não pode ter qualquer direito que represente um prejuízo para a comunidade como um todo.

O direito como integridade, ao diferenciar os argumentos de política e de princípios, impede que a reserva do possível seja utilizada como fundamento para o inadimplemento de direitos fundamentais. Isso porque, como argumento de política, não é papel do juiz analisá-lo. O estudo dessa questão cabe ao processo político e não deve ter espaço na argumentação jurídica.

A teoria do direito como integridade é de suma importância para a concretização da separação entre o direito e a política. Se fosse possível a utilização de argumentos políticos no judiciário, o direito seria reduzido à política.

Como desfecho, a teoria defendida por Dworkin permite a garantia da força deontológica da Constituição ao exigir a prevalência dos direitos fundamentais. Quando o magistrado se deparar com uma tensão entre princípios, este não deve utilizar argumentos de política, mas sim, levar em consideração todas as circunstâncias relevantes para o caso concreto e fundamentar sua decisão utilizando-se dos princípios.

Se não agir dessa forma, e utilizar argumentos políticos, o julgador invadirá a competência da Administração, que é a responsável por elaborar as

políticas públicas e analisar todos os interesses em jogo. E, mais ainda, permitirá que a Constituição perca a sua força vinculante.

## 5. Referências Bibliográficas:

AGUIAR, Márlío. **Os Fundamentos do Direito: a tese dos direitos de Dworkin entre desafio e persistência.** Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/2822>. Acesso em 25/08/2018.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Vigílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck- 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Derechos Sociales y Ponderacion.** Madrid: Fundacion Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado democrático de direito brasileiro.** In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Alessandra; PIRES, Cristiano. **A ponderação proposta por Robert Alexy como forma de concretizar os direitos sociais: Uma alternativa contra o simbolismo dos direitos frente à reserva do possível.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6602294be910b1e3>. Acesso em 26 de outubro de 2018.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** *Revista de Direito Administrativo.* v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; Markovicz, Silvia. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade social das empresas privadas.** *Revista Jurídica Unicuritiba.* vol. 2. n. 29. Curitiba, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BUSTAMANTE, Luisa. “**Falta de leito em UTI no Rio deixa mais mortos que violência policial**”. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/falta-de-leito-em-uti-no-rio-deixa-mais-mortos-que-violencia-policial/>> Acesso em 2/11/2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J. M, 1995.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Cambridge: Harvard University Press, 1978

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Oxford: Hart Publishing, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRI, Caroline. A interface entre direito e moral segundo a perspectiva de Robert Alexy. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/88519> . Acesso em 27/8/2018.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: [http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_christiane\\_mina\\_out2012.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf) . Acesso em: 28/8/2018.

FARAGE, Bruno da Costa Felipe. **O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial**. *Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ*, 2015, p. 65.

FILHO, Ilton Norberto Robl. **Conceito e Validade do Direito: A polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito**.

Fonte: [www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf). Acesso em 20 de setembro de 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Tradução de W. Rehg. Cambridge: Polity, 1994.

LALANDE, A. **Vocabulário técnico e crítico de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998

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, v. 5, n. 18, p. 169-186, jul. /set. 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestação e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Eletrônica Direito sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 21, p. 2-17, mar./abr./maio. 2010

MARTINS, Argemiro; FERRI, Caroline. **O Problema da Discricionariedade em Face da Decisão Judicial com Base em Princípios: A Contribuição de Ronald Dworkin**. *Novos Estudos Jurídicos*. Volume 11, n. 2, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

PEDRON, Flávio Quinaud. **É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 40, n. 70, pp. 35-56, jul/dez 2004.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. In: *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 13-50, 2010.

SGARBI, Adrian. 2006. **Clássicos de teoria do direito**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumem Jures. 204p.



SIMIONI, Rafael L. Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea – Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Cássio Sturm. **Os principais conceitos da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.** Fonte: [http://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014\\_submission\\_269.pdf](http://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014_submission_269.pdf). Acesso em 2 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OCDE. **Education at a Glance: OECD Indicators.** Disponível em: <https://www.oecd.org/brazil/Education-at-a-glance-2015-Brazil-in-Portuguese.pdf>. Acesso em 2/11/2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. **A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional.** Revista Brasileira de Direito, São Paulo, p.1-9, 18 jun. 2016. Disponível em: Acesso em: 18 de agosto 2018.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conceito e Validade do Direito: a Polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a Pretensão de Correção do Direito.** In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010, Fortaleza. Filosofia do Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010a, p. 5563-5573. 1CDROM.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF.** In: Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF? COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 275-300.