



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
FACULDADE DE DIREITO - FDD

LORENA LIMA XAVIER DOS SANTOS

**O USO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS:
UMA ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.222**

BRASÍLIA-DF

2023

LORENA LIMA XAVIER DOS SANTOS

**O USO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS:
UMA ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.222**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

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

BRASÍLIA-DF
2023

LORENA LIMA XAVIER DOS SANTOS

**O USO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS:
UMA ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.222**

Monografia **aprovada**, apresentada como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
Orientador – UnB

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues
Membro da Banca Examinadora – UnB

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
Membro da Banca Examinadora – UnB

BRASÍLIA-DF
2023

AGRADECIMENTOS

Ao longo dos anos da minha vida, sempre cultivei muitos sonhos que eu, fielmente, acreditava que podia realizar com muito esforço e dedicação. Estudar Direito na Universidade de Brasília, certamente, foi um deles. Contudo, não foi apenas com esforço e dedicação que consegui atingir esse objetivo pois, durante minha trajetória na universidade, e até mesmo antes dela, pude contar com diversas pessoas que estiveram comigo do começo ao fim, às quais devo todo o meu amor, carinho e gratidão.

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus por toda a sua misericórdia e bondade concedidas a mim. Sem a sua graça eu jamais teria tido forças para manter a cabeça firme e ter continuado a minha graduação, mesmo diante de todas as dificuldades pelas quais passei nesse período.

Aos meus pais, Silvana e Abraão, agradeço por ter me dado à vida, e por todos os sacrifícios que fizeram para que eu pudesse, de alguma maneira, aproveitá-la com conforto. Obrigada por sempre terem confiado em mim e por terem me incentivado nos estudos ao longo de todos esses anos. Da mesma forma, agradeço aos meus irmãos Lívia, Herbert e Helder, pela irmandade, amor e companhia, desde os momentos mais alegres aos mais difíceis. O suporte da minha família foi imprescindível para que a minha graduação fosse finalizada.

Aos meus amigos, em especial Lara, Ana Aparecida, Rafaela, Gabriela, Ana Gabriela, Letícia, João, Vitor Hugo, Sarah, Laura, Alessandra, Matheus, Lorena, Rebecca, Thainá, Alan, Rafaela Borges, Kelle e Victor Frank, agradeço por toda companhia, lealdade, suporte, aprendizados, e por todas as memórias que criamos juntos. Jamais esquecerei de todas as vezes que cada um de vocês me deram apoio, desde as épocas de vestibulares, assim como durante a graduação. Vocês sempre estarão no meu coração!

Ao meu querido Henrique de Paula, agradeço pelo companheirismo, pela confiança, pela paciência e por toda forma de amor concedida a mim. Você tem sido minha referência de excelência, de bondade e de dedicação. Sua chegada à minha vida trouxe paz, muita alegria e coragem pra enfrentar a vida. Obrigada por acreditar em mim, e por sempre me incentivar a ir cada vez mais longe na minha vida profissional. E obrigada por aceitar viver essa jornada da vida comigo. A você, todo o meu amor e gratidão, estarei sempre contigo, para o que der e vier!

Agradeço ao meu orientador Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira que, de forma muito paciente e sempre muito solícito, conduziu a orientação dessa monografia. Você abriu meus

olhos para o tema escolhido e me fez aprender muito mais do que eu imaginava com ele. Obrigada!

Por fim, dedico essa monografia a todos os profissionais de enfermagem do meu país, em especial a duas que fazem parte da minha história: Deize Luce, mãe da minha amada amiga Ana Gabriela, e Ana Aparecida. A enfermagem é uma profissão essencial para a sociedade e para a própria sobrevivência do sistema de saúde, seja ele público seja privado. E a luta diária dessa profissão precisa ser valorizada! O piso salarial é um direito fundamental, e direitos precisam ser levados a sério!

Aos profissionais de enfermagem, toda a minha gratidão pelo seu serviço!

“Não peça coerência ao mistério nem peça lógica ao absurdo.”

Lygia Fagundes Telles.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar qual é o melhor método para elaborar decisões judiciais sobre questões que envolvam direitos fundamentais sociais, sem que esses sejam negados ou violados, e se o argumento da reserva do possível pode servir de fundamentação para tais decisões. A pesquisa parte da análise da decisão monocrática proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222, que suspendeu a Lei nº 14.434/2022, responsável por instituir o piso salarial nacional para a categoria dos profissionais de enfermagem, com base no argumento da reserva do possível. Para alcançar o objetivo da pesquisa, serão examinadas as teorias desenvolvidas pelos filósofos do Direito Robert Alexy e Ronald Dworkin, em especial, o método da ponderação e a teoria do Direito como Integridade, que propõem diferentes formas de como elaborar uma decisão judicial. A partir disso, conclui-se que a teoria do Direito como Integridade propõe o melhor método para formular decisões que garantam a concretização de direitos fundamentais, pois defende que a sua fundamentação seja feita a partir de um conjunto coerente de princípios que privilegiam os direitos individuais e que contribuem para a formulação de decisões mais justas e equitativas, bem como para a manutenção da força deontológica da Constituição Federal.

Palavras-Chaves: Decisão judicial; Reserva do Possível; Constituição; Direitos Fundamentais Sociais; Ponderação; Integridade.

ABSTRACT

The following work aims to analyze the best method to elaborate judicial decisions regarding issues involving fundamental social rights, doing so without their denial or violation, and if the Precondition of the Possible can serve as a basis for such decisions. This research begins with the analysis of the monocratic decision ruled in the Direct Action of Unconstitutionality n° 7.222, which suspended Law n° 14.434/2022, responsible for establishing the national wage floor for the category of nursing professionals, based on the argument of the Precondition of the Possible. Theories developed by the philosophers of Law Robert Alexy and Ronald Dworkin will be examined, particularly the method of weighting and the theory of Law as Integrity, which proposes different manners on how to elaborate a judicial decision. Thenceforth, it is thus concluded that the theory of Law as integrity proposes the best method to formulate decisions that guarantee the materialization of fundamental rights, as it defends that its foundation is based on a coherent set of principles that favor individual rights and that contribute to the formulation of fairer and more equitable decisions, as well as to the maintenance of the deontological strength of the Federal Constitution.

Keywords: Judicial decision; Precondition of the Possible; Constitution; Fundamental Social Rights; Weighting; Integrity.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNSAÚDE – Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços

EC – Emenda Constitucional

LC – Lei Complementar

Nº - Número

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.222 - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	15
1.1 Lei nº 14.434/2022: A instituição de pisos salariais nacionais para os profissionais de enfermagem do setor público e privado	15
1.2 A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222:	17
1.3 Direitos Fundamentais Sociais: Art. 7º, V - O direito dos trabalhadores urbanos e rurais a um piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho	19
1.3.1 Direitos Fundamentais e suas dimensões	19
1.3.2 Os Direitos Fundamentais Sociais dos Trabalhadores: O piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.....	20
1.3.3 Direitos Fundamentais não enumerados e o art. 7º, V, da CF/1988.....	23
CAPÍTULO II - O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: O problema sob o ponto de vista de Robert Alexy	27
2.1 O Conceito do Direito: A tese da vinculação entre direito e moral	27
2.2 Teoria dos Princípios: Princípios, regras e suas diferenças.	30
2.3 Os Direitos Fundamentais Constitucionais no Estado Democrático	32
2.3.1 Colisão e realização de direitos fundamentais	32
2.3.3 Ponderação, racionalidade e discricionariedade.....	35
2.4 Considerações críticas sobre a teoria desenvolvida por Robert Alexy e a Teoria da Reserva do Possível	37
CAPÍTULO III - A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: O problema sobre o ponto de vista de Ronald Dworkin	42
3.1 A teoria dos Princípios: Regras, princípios, políticas e suas diferenças	42
3.2 O Direito como Trunfos.....	46
3.3 O Direito como Interpretação	47
3.4 O Direito como Integridade	51
3.4.1 A Teoria do Romance em Cadeia	53

3.5 Os casos difíceis (<i>Hard Cases</i>) e a tese da única resposta correta.....	55
CAPÍTULO IV – A ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	60
4.1 É possível utilizar o argumento da reserva do possível para fundamentar decisão que suspende a lei responsável por instituir o piso dos profissionais da enfermagem, de acordo com a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin?.....	60
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

INTRODUÇÃO

O ano de 2022 representou um marco na história dos profissionais de enfermagem, momento no qual muitos acharam que, finalmente, a categoria passaria a ser devidamente valorizada. A razão para tanta comemoração decorria da sanção da Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022, que institui o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. A lei é resultado de uma luta de anos promovida por esses profissionais que buscavam a concretização de um direito fundamental social previsto na Constituição Federal de 1988, mais especificamente, em seu art. 7º, V: o do piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

No entanto, não demorou muito tempo para que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7.222, com pedido de medida cautelar, fosse proposta no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade da referida lei. A medida cautelar foi analisada e, para a surpresa daqueles deputados e senadores que participaram do processo legislativo, bem como da categoria profissional envolvida no caso, a Lei nº 14.434/2022 foi suspensa por meio de uma decisão monocrática, cujo fundamento principal se concentrou no argumento de que os efeitos da instituição do piso gerariam um desequilíbrio fiscal, que atingiria negativamente o direito à saúde e a empregabilidade dos profissionais da enfermagem. Segundo a decisão, a situação demonstrava que, além da falta de indicação da fonte de custeio, os custos da instituição do piso seriam maiores que os benefícios para o setor da saúde e para a própria categoria profissional, de forma que o pedido seria desproporcional, por violar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Sendo assim, compreende-se que a decisão foi fundamentada, na verdade, no argumento da reserva do possível, segundo o qual o indivíduo ou a sociedade somente podem exigir do Poder Público aquilo que for considerado razoável, além de ser necessário que o Estado possua disponibilidade financeira para arcar com a efetivação do direito pretendido. Trata-se de um argumento frequentemente utilizado pelo Estado para afastar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, o que acarreta em um sério problema relativo à eficácia das normas da CF/1988: o de que os direitos fundamentais constitucionalmente previstos podem ser facilmente negados ou violados, através de uma ponderação feita entre o direito pretendido e a possibilidade financeira do Estado arcar com sua prestação.

À vista disso, propõe-se o seguinte problema de pesquisa: o judiciário deveria ter utilizado o argumento da reserva do possível para justificar a suspensão da lei que concretizava

o direito fundamental social ao piso salarial aos profissionais de enfermagem? Como deve ser elaborada a decisão de casos que envolvem direitos fundamentais sociais, de forma a garantir a sua concretização?

Para viabilizar a pesquisa, será feita uma análise do argumento da reserva do possível a partir das teorias desenvolvidas pelos filósofos do Direito Robert Alexy e Ronald Dworkin, que propõem diferentes formas de elaboração de decisões judiciais. O objetivo, portanto, é compreender qual é o melhor método para elaborar as decisões judiciais que efetivem os direitos fundamentais sociais de forma justa, sem negá-los ou violá-los, e se o argumento da reserva do possível deveria ser utilizado, de alguma maneira, para fundamentar as decisões judiciais.

Pretende-se apresentar, no primeiro capítulo, um panorama acerca dos motivos da criação da Lei nº 14.434/2022, de como ocorreu o processo legislativo que a instituiu, e de quais foram os argumentos levantados para questionar a sua constitucionalidade na ADI nº 7.222, bem como quais deles foram levados em conta pelo Ministro relator do caso, ao determinar a suspensão da referida lei. Além disso, será feita uma abordagem acerca dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito fundamental social ao piso salarial, disposto no art. 7º, V, da CF/1988, trazendo ainda para discussão a questão quanto ao direito fundamental não enumerado embutido nesse artigo.

No segundo capítulo, pretende-se analisar o problema a partir das teorias desenvolvidas por Robert Alexy. Nesse ponto, serão abordados assuntos acerca da defesa da tese da vinculação entre o direito e a moral, na qual os princípios funcionam como um de seus fundamentos; das diferenças entre regras e princípios e a importância desses como mandamentos de otimização; e do fenômeno da colisão dos direitos fundamentais, bem como de sua solução, encontrada através da aplicação da ponderação, método decorrente de um dos subprincípios que constitui o princípio da proporcionalidade, e por meio do qual se busca a razoabilidade requisitada pelo argumento da reserva do possível. No mais, serão levantadas algumas considerações críticas a respeito do método da ponderação e, conseqüentemente, acerca da teoria da reserva do possível que, apesar de tentarem contribuir para a elaboração de uma decisão judicial racional, acabam colaborando para o surgimento de ativismos judiciais.

Já no terceiro capítulo, pretende-se analisar o problema a partir das teorias desenvolvidas por Ronald Dworkin. Nesse ponto, serão trabalhadas as diferenças entre argumentos de política, que são voltados para objetivos da comunidade, e argumentos de princípios, voltados para a garantia de direitos individuais fundamentais, bem como o conceito de direitos individuais como trunfos contra argumentos de política. Ademais, serão analisados os conceitos do Direito como interpretação e como integridade, os quais trazem para a discussão

a ideia de que a melhor interpretação do direito é feita quando se reconhece que a sua estrutura é composta por um conjunto coerente de princípios. No mais, serão analisados como se deve proceder diante de casos difíceis, e por qual razão é necessário que os juízes busquem pela única resposta correta apta a solucionar as questões jurídicas em pauta.

Por fim, no quarto capítulo, pretende-se verificar como a decisão proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222 se relaciona com o método da ponderação de Robert Alexy, e se seria possível utilizar o argumento da reserva do possível, de acordo com a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, para fundamentar decisões judiciais, apresentando, ainda, de que maneira poderia ser elaborada uma decisão que contribuísse para a concretização de todos os direitos fundamentais/princípios envolvidos no caso.

O problema e a pesquisa teórica apresentadas neste trabalho se justificam como uma forma de compreender por qual motivo os argumentos como o da reserva do possível colaboram tanto para a não efetivação de direitos fundamentais, além de promoverem, cada vez menos, a leitura deontológica da Constituição Federal. O desrespeito e a relativização de direitos fundamentais em benefício de argumentos políticos são problemas constitucionais sérios que, progressivamente, vêm se intensificando no Brasil através da judicialização da política, e que põem em risco o próprio sentido de fundamentalidade desses direitos, enquanto normas da Constituição.

O trabalho, portanto, pretende, através de uma revisão bibliográfica, demonstrar que o argumento político da reserva do possível não pode ser utilizado para fundamentar decisões jurídicas, pois, de acordo com a teoria do Direito como Integridade, as decisões jurídicas devem ser fundamentadas em argumentos de princípios e não de política. A teoria de Ronald Dworkin é a que melhor responde o problema da presente pesquisa, tendo em vista que propõe um método de elaboração das decisões judiciais que, nem mesmo diante de casos difíceis, nega ou viola direitos fundamentais, contribuindo, assim, para formulação de decisões mais justas e para a manutenção da força deontológica da Constituição.

CAPÍTULO I - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.222 - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1 Lei nº 14.434/2022: A instituição de pisos salariais nacionais para os profissionais de enfermagem do setor público e privado

No dia 12 de maio comemora-se no Brasil o Dia do Enfermeiro, categoria profissional indispensável para o bom funcionamento do setor da saúde. Responsáveis principalmente pela gestão do cuidado da população, bem como pela promoção e proteção da saúde comunitária, familiar e individual¹, tais profissionais e auxiliares enfrentam rotineiramente os desafios impostos pelo sistema de saúde à atividade laborativa. Trata-se, portanto, de trabalhadores que, muitas vezes, põem suas próprias vidas em perigo, a fim de que outras sejam salvas, mesmo diante de fatores como a desvalorização salarial e a falta de reconhecimento da importância do trabalho desempenhado pela categoria.

Esses fatores compõem algumas das justificativas do Projeto de Lei (PL) nº 2.564/2020, de autoria do Senador Fabiano Contarato, à época vinculado ao partido REDE/ES², que propôs a fixação de piso salarial nacional para os profissionais de enfermagem com fundamento no art. 7º, V, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe a respeito do direito dos trabalhadores ao piso salarial³. O projeto de lei, que reflete uma batalha pela instituição do piso salarial iniciada há mais de 30 anos pelas federações, conselhos e sindicatos de Enfermagem, foi aprovado, por unanimidade, pelo Senado em novembro de 2021⁴ e, posteriormente, pela Câmara dos Deputados em maio de 2022⁵.

¹BACKES, Dirce Stein *et al.* O papel profissional do enfermeiro no Sistema Único de Saúde: da saúde comunitária à estratégia de saúde da família. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17, n. 1. 24 jan. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/B4YNT5WFyKmn5GNGbYBhCsD/?lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2022.

²BRASIL.Senado Federal. Projeto de lei nº 2.564, de 2020. Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8109743&ts=1669754231964&disposition=inline>. Acesso em: 11 dez. 2022.

³BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

⁴ Por unanimidade, Senado aprova piso nacional da Enfermagem. Cofen, 2021. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/por-unanimidade-senado-aprova-piso-nacional-da-enfermagem_93804.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

⁵ Câmara aprova primeiro piso salarial para profissionais de Enfermagem. Cofen, 2022. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/camara-aprova-primeiro-piso-salarial-para-profissionais-de-enfermagem_98751.html. Acesso em: 11 dez. 2022.

Apesar da aprovação em ambas as casas do Congresso Nacional, a sanção presidencial condicionava-se à indicação de uma fonte de recursos apta para o custeio do piso salarial. À vista disso, o Senado aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 11/2022 com o objetivo de instituir o piso salarial nacional para os profissionais de enfermagem, cuja observação se tornaria obrigatória às pessoas jurídicas de direito público e privado, além de que os entes federativos passariam a ter que estruturar ou aprimorar os planos de carreira da categoria, a fim de que fosse cumprido o valor definido para os pisos salariais⁶. Além disso, a PEC nº 11/2022 tinha como objetivo prever a instituição do piso salarial na CF/1988 para atribuir segurança jurídica à situação, impedindo que tribunais de Justiça pudessem alegar uma possível existência de vício de iniciativa⁷. Em seguida, a PEC nº 11/2022⁸ foi aprovada pela Câmara dos Deputados, pela Comissão Especial e pelo plenário da Câmara, bem como promulgada no Congresso Nacional, convertendo-se na Emenda Constitucional nº 124/2022⁹, que inseriu os §§12 e 13 ao art. 198 da CF/1988, prevendo a instituição do piso salarial nacional dos profissionais de enfermagem. Dessa maneira, o envio do Projeto de Lei nº 2.564/2020 para sanção presidencial foi viabilizado¹⁰.

No dia 4 de agosto de 2022, os profissionais de enfermagem de todo o país vivenciaram uma conquista histórica com a sanção da Lei nº 14.434/2022, responsável por instituir o piso salarial do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. A nova norma altera a Lei nº 7.498/1986, que regulamenta o exercício da enfermagem, ao inserir os arts. 15-A, 15-B e 15-C, os quais estabelecem remuneração mínima para as categorias no valor de R\$ 4,750,00 para os enfermeiros, R\$ 3.325,00 para os técnicos de enfermagem e R\$ 2.375,00 para os auxiliares de enfermagem e para parteira, correspondendo os dois últimos valores, respectivamente, a 70% e a 50% do piso salarial do enfermeiro. Ademais, os artigos acrescidos dispõem que o piso valerá tanto para aqueles profissionais contratos sob o regime da

⁶ Senado aprova PEC 11 por unanimidade. Cofen, 2022. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/senado-aprova-pec11-por-unanimidade_99619.html. Acesso em: 11 dez. 2022.

⁷ Proposta insere piso salarial da enfermagem na Constituição. Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/887983-proposta-insere-piso-salarial-da-enfermagem-na-constituicao/>. Acesso em: 11 dez. 2022.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 11/2022. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2182697&filename=PEC%2011/2022%20\(Fase%201%20-%20CD\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2182697&filename=PEC%2011/2022%20(Fase%201%20-%20CD)). Acesso em: 11 dez. 2022.

⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 124/2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc124.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

¹⁰ Promulgada emenda do piso nacional da Enfermagem. Cofen, 2022. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/promulgada-emenda-do-piso-nacional-da-enfermagem_100788.html. Acesso em: 11 dez. 2022.

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quanto para aqueles contratados sob o regime dos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais¹¹.

1.2 A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222

Em 8 de agosto de 2022 a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNSaúde) propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, cujo objetivo era questionar a constitucionalidade da Lei nº 14.434/2022, sustentando os seguintes argumentos: a) existência de vício de inconstitucionalidade formais e materiais, uma vez que são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo as leis que estabelecem o aumento de remuneração de servidores públicos, e não dos parlamentares, ainda que diante da aprovação superveniente da Emenda Constitucional nº 124/2022; b) ofensa à auto-organização, administrativa, orçamentária e financeira dos entes subnacionais, pois a lei atingiria tanto o regime jurídico dos servidores, quanto os hospitais privados que prestam serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS), além de gerar obstáculos para a execução integral dos contratos realizados; c) ausência de análise de impacto satisfatória, ofensa ao art. 169, §1º, I, da CF/1988, ao art. 113 do ADCT e ao dever de fundamentar quaisquer regulamentações que estabeleçam custos; e d) violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ocorrência de consequências que a instituição de um piso salarial para os profissionais de enfermagem geraria para o setor econômico da saúde tanto público, quanto privado¹².

Ao analisar o pedido de medida cautelar na ADI, que consistia na suspensão dos arts. 15-A, 15-B e 15-C inseridos à Lei nº 7.498/1986 pela Lei nº 14.434/2022, o Ministro relator do caso, Luís Roberto Barroso, compreendeu, inicialmente, que para as situações nas quais o piso salarial já estava previsto na Constituição, seria desnecessária a iniciativa do projeto de lei ser do Chefe do Poder Executivo. Contudo, a circunstância em debate era diferente, tendo em vista que o Projeto de Lei nº 2.564/2020 obteve aprovação no Congresso Nacional antes de haver previsão constitucional para a instituição específica do piso salarial dos profissionais da

¹¹BRASIL. Lei nº 14.434, 4 de agosto de 2022. Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14434.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354848149&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022, p. 10-11.

enfermagem, que somente foi feita posteriormente com a aprovação da EC nº 124/2022, motivo pelo qual assentava-se a incerteza a respeito da presença de vício de iniciativa no processo legislativo¹³. Além disso, quanto à alegação de violação à autonomia financeira e orçamentária dos entes subnacionais, o Ministro entendeu que seria indispensável a elaboração de uma avaliação acerca do impacto financeiro no orçamento desses entes, gerado pela criação de um novo piso salarial, com apontamento de uma fonte de custeio, assim como foi feito nas duas outras previsões de pisos salariais previstas na CF/1988, sendo elas a dos profissionais da educação pública (EC nº 53/2006 e 108/2020) e a dos agentes comunitários de saúde (EC nº 63/2010). Embora não confirmada a violação ao pacto federativo, a questão financeira e orçamentária dos entes subnacionais foi fundamental para a condução da análise do pedido cautelar¹⁴. Por fim, quanto ao argumento de inobservância do princípio da proporcionalidade pela Lei nº 14.434/2022, o Ministro destacou a possibilidade de ocorrência de dois dos efeitos apontados pelo requerente e pelo *amici curiae*, sendo eles o risco de uma grande quantidade de demissões de profissionais da enfermagem, principalmente no setor privado, bem como o dano à continuidade de prestação de serviços hospitalares essenciais na rede privada e no SUS, em especial, à disponibilização de leitos aos pacientes. Apesar do PL nº 2.564/2020 ter como justificativa a busca pela valorização dos enfermeiros, é evidenciado na decisão que o iminente risco à empregabilidade da categoria provoca dúvidas quanto à adequação do meio utilizado para alcançar os objetivos apresentados pelo projeto de lei. Ademais, é ressaltado que a probabilidade de ausência de leitos e de diminuição da prestação dos serviços hospitalares ocasionaria uma situação de gravidade, de modo que, ante ao fator da desigualdade regional, os entes federativos mais desfavorecidos seriam aqueles mais prejudicados. Dessa forma, os efeitos decorrentes da instituição do piso salarial seriam repercutidos negativamente tanto sobre o direito à saúde, quanto sobre a busca do pleno emprego. Assim, a alteração feita pela Lei nº 14.434/2022 corresponderia a uma medida não compatível com a proporcionalidade em sentido estrito¹⁵.

Isso posto, ao proferir a decisão do pedido cautelar, o Ministro Luís Roberto Barroso deu ênfase ao argumento relativo aos possíveis efeitos negativos resultantes do estabelecimento do piso salarial aos profissionais da enfermagem, sem danos às demais alegações. Logo,

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354848149&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022, p. 21-23.

¹⁴ Ibidem, p. 24-28.

¹⁵ Ibidem, p. 29-31.

verificado o perigo na demora, em razão da iminente necessidade de execução do piso salarial, além da ameaça ao fornecimento dos serviços de saúde, e deduzida como correta a alegação de que o PL nº 2.564/2020 foi aprovado e sancionado sem que houvesse meios para que a nova lei fosse colocada em prática, a medida cautelar foi concedida para suspender a Lei nº 14.434/2022, com o propósito de que fosse apresentada, dentro de 60 dias, uma análise do impacto gerado na situação financeira dos Estados e Municípios, na empregabilidade da categoria da enfermagem e na qualidade dos serviços de saúde prestados¹⁶.

1.3 Direitos Fundamentais Sociais: Art. 7º, V - O direito dos trabalhadores urbanos e rurais a um piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho

1.3.1 Direitos Fundamentais e suas dimensões

Liberdade, igualdade e fraternidade: esses são os três princípios historicamente essenciais para o processo de institucionalização dos direitos fundamentais, que se apresentam na ordem institucional agrupados em três gerações (ou dimensões) de direitos¹⁷.

A primeira geração (dimensão) é constituída pelos direitos da liberdade, mais especificamente os direitos civis e políticos, responsáveis por iniciar o constitucionalismo no ocidente em meados dos séculos XVIII e XIX. Tais direitos possuem natureza negativa, são marcados pela subjetividade, tendo como titular o próprio indivíduo, e opõem-se ao Estado, que tem o dever de abstenção¹⁸.

A segunda geração (dimensão) de direitos engloba os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, e surge com o desenvolvimento do Estado Social por volta do século XX, ante os pensamentos antiliberais existentes na época e fundamentada no princípio da igualdade. Nesse momento, os direitos fundamentais passaram a ser entendidos não apenas como um instrumento para proteção dos direitos do indivíduo, mas também para proteção das

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354848149&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022, p. 32-33.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional - 35. ed., atual. - São Paulo: Malheiros, 2020, p. 576-577.

¹⁸ Ibidem, p. 577.

instituições¹⁹. Assim, são direitos que exigem uma prestação do Estado e que possuem objetivo de disponibilizar meios para viabilizar a efetivação dos direitos individuais²⁰.

A terceira geração (dimensão) de direitos, por sua vez, é composta pelos direitos baseados no princípio da fraternidade, servindo de exemplos o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, bem como o direito de comunicação, cuja titularidade pertence ao ser humano. Tal dimensão surge por volta do final do século XX, a partir do momento em que os países passaram a ser divididos como desenvolvidos e subdesenvolvidos, necessitando de uma nova dimensão de direitos fundamentais caracterizados pela universalidade e humanismo²¹.

Paulo Bonavides²² defende a existência de uma quarta geração (dimensão) de direitos fundamentais, gerados a partir da inserção da globalização política nos espaços normativos. Tal dimensão é constituída pelos direitos ao pluralismo, à democracia e à informação. Além disso, assim como Bonavides, há autores que reconhecem a existência de uma quinta geração (dimensão), composta pelo direito à paz, que teria sido transportado da terceira dimensão²³.

Dado o contexto geral das dimensões de direitos fundamentais existentes, diante da controvérsia apresentada na ADI nº 7.222, ainda em trâmite no Superior Tribunal Federal, faz-se necessário destacar um dos direitos englobados pela segunda dimensão dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

1.3.2 Os Direitos Fundamentais Sociais dos Trabalhadores: O piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho

Os direitos sociais, também chamados de direitos prestacionais, são direitos pertencentes à segunda dimensão, e que requerem uma prestação positiva do Estado para serem efetivados. Tais direitos apresentam-se na CF/1988 a partir do capítulo II (Dos Direitos Sociais), do título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), elencados desde o art. 6º ao 11. Entretanto, a carta magna possui várias outras espécies de direitos sociais, dispostos nas categorias relacionadas aos direitos sociais dos trabalhadores, de natureza econômica, da seguridade social, da cultura e da segurança. Todos os indivíduos da sociedade podem ser

¹⁹ BONAVIDES, 2020, p. 578-579.

²⁰ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 19. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 359.

²¹ BONAVIDES, op.cit., p. 583-584.

²² Ibidem, p. 585.

²³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 9º. ed., rev. ampl. e atual., - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 327.

beneficiários de tais direitos, porém, o real objetivo é dar suporte às pessoas que mais dependem da atuação do Estado. A única exceção diz respeito ao art. 7º da CF/1988, uma vez que são destinados especificamente aos trabalhadores rurais ou urbanos²⁴.

Os direitos sociais dos trabalhadores possuem duas classificações, sendo elas os direitos sociais coletivos e os direitos sociais individuais²⁵. Dentre os vários direitos alusivos à classe dos direitos sociais individuais, evidencia-se para a discussão a abordagem quanto aqueles relacionados ao salário e à remuneração, mais precisamente, o direito ao piso salarial, assegurado pelo art. 7º, V, assim disposto na CF/1988²⁶:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]
V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

Doutrinariamente, entende-se por piso salarial a “fixação de parâmetros salariais mínimos em certas categorias profissionais”²⁷, por meio do instrumento normativo adequado. Salienta-se que o mercado de trabalho, partindo de uma perspectiva econômica, inclina-se a estabelecer o valor salarial de acordo com o tipo de função desempenhada pelo empregado e com suas qualificações profissionais e acadêmicas. No entanto, partindo de uma perspectiva jurídica, a legislação brasileira tradicionalmente sempre procurou restringir as possíveis distinções salariais existentes, sendo exemplo o próprio art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ao dispor que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”²⁸, norma presente também em outras constituições. Isso posto, durante um tempo, a jurisprudência entendeu que a fixação de salários seria inconstitucional, em razão da vedação às distinções salariais previstas normativamente, fato considerado contrário à própria ideia de melhoria das condições de vida e de trabalho dos profissionais²⁹. Contudo, posteriormente, houve a compreensão de que tal proibição constitucional é, na verdade, referente a “tratamento

²⁴ TAVARES, 2021, p. 735-736.

²⁵ Ibidem, p. 736.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores - 18. ed. - São Paulo: LTr, 2019, p. 853-854.

²⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação de Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 dez. 2022.

²⁹ DELGADO, op. cit., p. 879-880.

discriminatório que fira a dignidade do trabalhador em decorrência de sua distinta qualificação profissional — sem se considerar dessa natureza diferenciações salariais derivadas da formação e habilitação profissional do obreiro”³⁰.

A instituição de um piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho trata-se de uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, cuja expressão “piso salarial” tornou-se notória após o advento da Lei Complementar (LC) nº 103, de 2000, responsável por permitir, através da aplicação no disposto no art. 22, parágrafo único, da CF/1988, que Estados e Distrito Federal estabeleçam o piso salarial previsto pelo art. 7º, V, da CF/1988 por meio da iniciativa do Poder Executivo³¹. Nesses termos, assim prevê o art. 1º da LC nº 103/2000:

Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.³²

Importante ressaltar que o art. 7º, *caput*, da CF/1988 diz respeito ao princípio da fonte normativa mais favorável ao trabalhador, que prevê, diante de um conflito de regras, a aplicação da norma que mais favorecerá o trabalhador. Isso se conecta ao fato de que a CF/1988, apesar de catalogar alguns direitos fundamentais sociais trabalhistas, também permite que outros direitos, dispostos em fontes normativas diversas, sejam interpretados e aplicados, desde que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores³³. Trata-se de um entendimento decorrente da conjugação dos arts. 7º, *caput*, com o art. 5º, §2º, da CF/1988, este último assim disposto:

Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte³⁴.

³⁰ DELGADO, 2019, p. 850.

³¹ *Ibidem*, p. 854.

³² BRASIL. Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp103.htm. Acesso em 15 dez. 2022.

³³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

Assim sendo, a partir da leitura do art. 7º, *caput*, e V, é possível compreender que o piso salarial se trata de um direito fundamental, cujo objetivo é justamente promover melhores condições socioeconômicas e jurídicas aos trabalhadores urbanos e rurais, o que, intrinsecamente, conecta-se com outro princípio fundamental da República, a valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV e 170 da CF/1988), no qual a nossa ordem econômica é fundada. Além disso, esse artigo dispõe muito mais do que uma previsão sobre o direito ao piso salarial, tendo em vista que, através de sua interpretação, destaca-se a possibilidade desse direito ser instituído, normativamente, às categorias dos trabalhadores.

1.3.3 Direitos Fundamentais não enumerados e o art. 7º, V, da CF/1988

Por meio da análise do art. 7º, V, da CF/1988, é possível levantar a discussão acerca da existência de direitos fundamentais “não enumerados”, expressão consagrada pelo doutrinador Ronald Dworkin em seu artigo denominado *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*³⁵.

Segundo Dworkin, a distinção entre direitos enumerados e não enumerados é incompreendida em razão da semântica. Nesses termos, o autor destaca que:

Advogados constitucionais usam "direitos não enumerados" como um nome coletivo para um conjunto particular de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, incluindo o direito de viajar; o direito de associação; e o direito à privacidade, do qual o direito ao aborto, se houver tal direito, deriva. Eles consideram que essa classificação marca uma importante distinção estrutural, pois os termos "enumerado" e "não enumerado" já obviamente a sugerem. Se a Declaração de Direitos apenas enumera alguns dos direitos necessários para uma sociedade com igual preocupação e liberdades básicas, e deixa outros direitos não mencionados, então os juízes têm, sem dúvida, apenas o poder de fazer cumprir os direitos realmente enumerados³⁶.

Apesar da distinção ser aceita por alguns constitucionalistas, tal limitação condicionada aos juízes, no sentido de apenas poderem determinar o cumprimento de direitos enumerados, não é muito bem vista por outros que defendem a possibilidade de os juízes determinarem tal cumprimento, também, aos direitos não enumerados. Dessa forma, Dworkin afirma que a questão constitucional que envolve a distinção entre direitos enumerados e não enumerados é

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*. The University of Chicago Law Review, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992.

³⁶ *Ibidem*, p. 386, tradução livre.

amplamente percebida como a possibilidade de entender se os tribunais possuem autoridade ou não para determinar o cumprimento desses direitos, e quando isso ocorreria³⁷.

Contudo, para o autor, essa distinção não possui sentido, apesar de que, em determinadas situações, ela se faz necessária entre algo pertencente ou não a uma lista. Para isso, Dworkin apresenta o exemplo de funcionários de um aeroporto que, através de uma portaria responsável por prever a proibição do transporte de armas, explosivos ou facas nas bagagens de mão do avião, deseja proibir, também, o transporte de latas de gás lacrimogêneo, sob fundamento de que a portaria representaria uma estrutura geral de proibição, que abarcaria, portanto, quaisquer armas que pudessem ocasionar um sequestro ou terrorismo, ainda que o gás não estivesse, de fato, na lista da portaria. Determinados filósofos entendem que a solução para a situação descrita necessitaria de uma dedução semântica, uma questão de referência (*reference*). No entanto, para Dworkin, a Declaração de Direitos dispõe tanto de princípios amplos, quanto de abstratos de moralidade política, que juntos englobam tudo aquilo que se constitui por moralidade política e que servem de base para um direito constitucional individual. Dessa forma, a aplicabilidade dos princípios abstratos de moralidade às controvérsias políticas estaria condicionada não à existência de referência ou a uma suposição semântica, mas a uma interpretação³⁸.

Para defender esse argumento, Dworkin³⁹ propõe outra controvérsia, demonstrada por meio de três argumentos constitucionais: i) a cláusula de igualdade de proteção institui o direito à discriminação de gênero; ii) a Primeira Emenda dispõe a respeito do direito ao protesto simbólico, que gera o direito de queimar bandeiras; iii) a cláusula do devido processo legal, responsável por proteger as liberdades do indivíduo, juntamente com o direito à privacidade, resulta no direito ao aborto. Os dois argumentos iniciais correspondem à argumentos para direitos enumerados, enquanto o último, para direitos não enumerados. Nos argumentos de direitos enumerados, verifica-se que há uma afirmação de que um dos direitos é um exemplar de outro direito com aspecto mais geral disposto na constituição. Já no argumento de direitos não enumerados, há uma sensação de suspeita, trata-se de um argumento que demonstra uma certa distância em relação à linguagem passada pela Constituição, ou seja, implícito. Desse modo, a distinção proposta entre direitos enumerados e não enumerados não se sustenta, pois os três argumentos são interpretativos, sem relação com a semântica. Isso significa dizer que os resultados dos argumentos não são originados com base no significado das palavras, assim

³⁷ DWORKIN, 1992, p. 387.

³⁸ Ibidem, p. 387.

³⁹ Ibidem, p. 387-388.

como no exemplo das armas e do gás lacrimogêneo proibidos no aeroporto. Na verdade, observa-se nos exemplos que o direito contra a discriminação de gênero, bem como o direito de queimar uma bandeira, têm como fundamento a interpretação de um outro direito com características abstratas ou gerais, indicado anteriormente⁴⁰. Sobre esse ponto, assim afirma Dworkin:

Cada conclusão (se sólida) segue, não de alguma esperança ou crença histórica ou intenção de um "formador", mas porque o princípio político que suporta essa conclusão melhor explica a estrutura geral e a história do direito constitucional⁴¹.

Isso posto, Dworkin esclarece que a sua intenção não é alegar que a Suprema Corte deve fazer cumprir direitos enumerados e não enumerados, mas sim apresentar a ideia de que essa distinção, da maneira como é utilizada na constituição, não possui sentido, pois há uma confusão entre referência e interpretação. Para o jurista, não é possível compreender um precedente sem que haja uma interpretação da decisão como parte de algo mais geral, além do fato de que é necessário que os intérpretes tenham consentimento quanto às restrições interpretativas, pois são elas que moldam se uma interpretação será boa ou ruim, mencionando a coerência como uma restrição. A ausência de coerência poderia ser observada, por exemplo, em uma situação na qual durante a interpretação da Declaração de Direitos, um princípio moral contido em uma cláusula fosse desprezado por outro, o que para Dworkin configura “um exemplo não de flexibilidade pragmatista, mas de hipocrisia”⁴².

A discussão apresentada por Dworkin se reflete no que diz a IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ao prever que “a enumeração na constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada para negar ou menosprezar outros pertencentes ao povo”⁴³. No direito brasileiro, a IX Emenda seria correspondente justamente ao art. 5º, § 2º, da CF/1988, o qual dispõe que aqueles direitos e garantias que estão expressos na Carta Magna não podem excluir outros oriundos de regimes, princípios ou tratados internacionais⁴⁴.

Dessa forma, trazendo a discussão sobre direitos não enumerados para o contexto do art. 7º, V, da CF/1988, é possível compreender que tal dispositivo expressa muito mais do que apenas uma descrição geral que prevê o piso salarial como direito dos trabalhadores. Observa-

⁴⁰ DWORKIN, 1992, p. 389.

⁴¹ Ibidem, p. 388, tradução livre.

⁴² Ibidem, p. 390-391.

⁴³ TAVARES, 2021, p. 366.

⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

se, que há um comando normativo e principiológico trazendo para a existência do sistema jurídico brasileiro um direito fundamental ainda não enumerado, que se revela na possibilidade de cada categoria especificamente considerada ter uma forma de normatização sobre o piso salarial. Isso não significa dizer que a iniciativa privada deve ter sua liberdade, quanto a negociação de pisos salariais mais altos, restringida. Na verdade, seria apenas uma forma de estabelecer um patamar mínimo que poderia ser definido por lei, por meio de convenções gerais, entre outros, mas que no caso da categoria dos enfermeiros, foi escolhido viabilizar a instituição do piso por meio de providências legislativas.

Assim sendo, a partir da questão debatida na Medida Cautelar na ADI nº 7.222, destaca-se a tensão entre dois princípios: o da valorização do trabalho humano, por meio do qual necessária seria a instituição de um piso salarial para os enfermeiros, e o do equilíbrio fiscal, a fim de garantir a busca pelo pleno emprego e o direito à saúde, direitos que, por outro lado, seriam supostamente afetados pela criação do piso salarial.

A abertura dos direitos fundamentais proporciona a criação de um espaço para atuação do juiz, de forma que o judiciário possui um importante papel quanto à proteção de tais direitos. Sendo assim, diante da tensão entre princípios, é preciso que seja escolhido o melhor método para proferir uma decisão, a fim de que os direitos fundamentais sejam concretizados e, portanto, respeitados.

CAPÍTULO II - O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: O problema sob o ponto de vista de Robert Alexy

2.1 O Conceito do Direito: A tese da vinculação entre direito e moral

Um dos principais dilemas da filosofia do direito envolvendo a discussão acerca de qual é o conceito de direito encontra-se na existência ou não de uma vinculação entre direito e moral. Para os positivistas, que defendem a tese da separação, não há conexão entre o direito e a moral, de maneira que apenas os elementos da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e da eficácia social definem o conceito de direito. Já para os não positivistas, apoiados na tese da vinculação, a definição do conceito de direito requer não apenas os elementos já apresentados pelos positivistas, mas também a moral, ou seja, aquilo que a justiça exige⁴⁵.

A partir dessa discussão, o filósofo do direito Robert Alexy apresenta, em sua obra “Conceito e validade do direito”, argumentos para defender a tese da vinculação entre direito e moral.

Como inicialmente colocado, o conceito de direito pode ser definido por meio das teses da separação e da vinculação. Segundo Alexy, há dois argumentos que sustentam ambas as teses: o analítico e o normativo. Os positivistas, que defendem a tese da separação, utilizam argumentos analíticos para afirmar que inexistente conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, excluindo desse meio a influência de elementos morais. Já para os não positivistas há uma liberdade no âmbito dos argumentos analíticos, pois é possível tanto afirmar, quanto renunciar à existência da conexão entre direito e moral, e ainda que ele não consiga afirmá-la ou opte por renunciá-la, é possível utilizar argumentos normativos para sustentar a tese da vinculação. Ambas as teses, na verdade, podem ser defendidas por meio de argumentos normativos, o que significa dizer que para uma norma ser cumprida ou para um resultado ser atingido é essencial que haja ou não a inserção de elementos morais no conceito de direito, constituindo assim, separações ou vinculações normativamente necessárias⁴⁶.

Para Alexy, debates acerca do positivismo requerem um conceito de direito no qual o conceito de validade esteja inserido, a fim de que o direito seja definido juntamente com o

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 3-4.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 24-26.

tamanho de sua validade, e a conexão conceitualmente necessária entre direito e moral não corra o risco de ser afirmada como inexistente⁴⁷. Dessa forma, o autor compreende que os três tipos de validade, sendo elas a sociológica, a moral e a jurídica, equivalem, respectivamente, aos elementos da eficácia social, da pretensão à correção material e da legalidade conforme o ordenamento, definidores do conceito de direito. Segundo o conceito de validade sociológico, uma norma se torna socialmente válida a partir do momento em que passa a ser observada ou quando na ausência de sua observação, haja punição. Por sua vez, o conceito de validade moral determina que a validade da norma ocorre quando ela tem a capacidade de ser moralmente justificada, demonstrando a sua correção material. Já o conceito jurídico de validade possui como objeto a própria validade jurídica da norma, que só existe diante de alguma validade social. Sem o desenvolvimento de uma eficácia social, não há como a norma ter validade jurídica dentro do sistema normativo. Em sentido estrito, esse conceito de validade jurídica afirma que uma norma somente é juridicamente válida se for instituída conforme o ordenamento⁴⁸.

Evidencia-se, também, as ferramentas utilizadas por Alexy para compreender o direito, que se apresentam distintamente em um quadro de conceitos. A primeira delas diz respeito às classificações dos sistemas jurídicos como de procedimentos e normativos. O sistema de procedimentos é um sistema jurídico composto por regras responsáveis pela fundamentação, interpretação e aplicação de uma norma. Já o sistema normativo é formado por um sistema jurídico de resultados ou de consequência dos procedimentos, dos quais decorrem as normas⁴⁹.

A segunda ferramenta refere-se à perspectiva do observador e do participante. Possui a perspectiva do participante aquele que argumenta dentro do sistema jurídico sobre seu conteúdo que permite, proíbe ou ordena algo, representado nesse caso pela figura do juiz. Por outro lado, dispõe da perspectiva do observador o sujeito que deseja saber como as decisões são elaboradas dentro de um sistema jurídico e não necessariamente se a decisão é correta ou não⁵⁰.

A terceira ferramenta é composta pela distinção entre conexões classificadoras e qualificadoras. A conexão classificadora ocorre quando uma norma ou sistema perde sua qualidade jurídica em razão da ausência de satisfação de um critério moral. Em contrapartida, a conexão qualificadora ocorre quando a não satisfação do critério moral gera normas e sistemas defeituosos, sem que elas percam suas características jurídicas⁵¹.

⁴⁷ ALEXY, 2009, p. 28.

⁴⁸ Ibidem, p. 101-104.

⁴⁹ Ibidem, p. 29.

⁵⁰ Ibidem, p. 30.

⁵¹ Ibidem, p. 31.

Por fim, a quarta ferramenta compreende a distinção entre contexto conceitualmente necessário e normativamente necessário, que retoma a discussão a respeito dos argumentos analíticos e normativos. O contexto conceitualmente necessário apoia-se no argumento analítico de que existe conexão entre direito e moral, enquanto o contexto normativamente necessário tem como base o argumento normativo de que uma norma somente é cumprida ou alcança um objetivo se o conceito de direito possuir elementos morais⁵².

Dentre todas as ferramentas apresentadas para análise do direito, Alexy destaca que é a partir da perspectiva do participante que a tese da vinculação entre direito e moral pode ser considerada como a mais correta, utilizando, assim, três argumentos principais para dar fundamento à sua alegação, sendo eles: i) o da correção, o da justiça e o dos princípios.⁵³

Segundo o argumento da correção, as normas, as decisões jurídicas individuais e os sistemas jurídicos necessariamente formulam uma pretensão à correção. Trata-se de uma afirmação na qual a ausência de pretensão à correção acarreta na perda da característica jurídica do sistema normativo. Ou seja, um sistema sem pretensão à correção não é um sistema jurídico. Além disso, partindo de uma perspectiva jurídica, ainda que haja a formulação de uma pretensão à correção, o ato de não a satisfazer pode tornar o sistema defeituoso, o que demonstra uma ligação com o que afirma a conexão qualificadora. O argumento da correção é a base para os da injustiça e dos princípios⁵⁴.

Já o argumento da injustiça mostra que a perda da característica jurídica das normas individuais ou dos sistemas jurídicos decorre, respectivamente, da injustiça em grau insustentável ou, quando em níveis globais, essa injustiça é extrema⁵⁵. Trata-se de um argumento utilizado quando um sistema normativo formula uma pretensão à correção, mas não a cumpre, causando, assim, a transposição do limiar da injustiça extrema⁵⁶. Dessa forma, "o argumento da injustiça visa uma situação excepcional, a da lei extremamente injusta, e trata do cotidiano jurídico".⁵⁷

Por fim, o argumento dos princípios afirma que a vinculação necessária entre o direito e a moral é formada a partir da ideia de que há um vínculo entre o juiz e a abertura do direito positivo, de forma que essa conexão se fundamenta a partir das teses da incorporação, da moral e da correção. Conforme a tese da incorporação, um sistema jurídico, que possui o mínimo de

⁵² ALEXY, 2009, p. 25-26.

⁵³ Ibidem, p. 43.

⁵⁴ Ibidem, p. 43.

⁵⁵ Ibidem, p. 48 e 80.

⁵⁶ Ibidem, p. 76.

⁵⁷ Ibidem, p. 83.

desenvolvimento, compõe-se necessariamente de princípios. Por sua vez, na tese da moral, um sistema jurídico que necessariamente possui princípios acarreta em uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer, sendo tais princípios, portanto, morais. Já a tese da correção é uma junção do que se resulta da aplicação do próprio argumento da correção no argumento dos princípios, de maneira que sistemas jurídicos compostos por princípios jurídicos com conteúdo moralmente exigido demonstram que há uma conexão necessária entre o direito e uma moral correta⁵⁸. Nesses termos, para Alexy, “a conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base”⁵⁹.

Assim sendo, tendo em vista a importância do argumento dos princípios para a defesa da tese da vinculação entre o direito e a moral para Robert Alexy, é essencial abordar um pouco mais acerca do que fundamenta esse argumento: os princípios.

2.2 Teoria dos Princípios: Princípios, regras e suas diferenças.

A distinção teórica e normativa existente entre regras e princípios constitui o fundamento da teoria dos princípios. De acordo com Alexy, as regras podem ser compreendidas como mandamentos definitivos, ou seja, são normas que sugerem uma consequência jurídica àquele que praticou determinado ato. As regras podem ter conteúdo relacionado à permissão, à ordem ou à proibição de realizar certos atos, e sua aplicação ocorre por meio da subsunção⁶⁰. Tendo em vista o seu caráter definidor, são responsáveis por determinar a fixação de algo no âmbito fático ou jurídico, de maneira que apresentam uma situação de tudo ou nada: ou são cumpridas ou não são. Dessa maneira, a não concordância com uma regra pode torná-la inválida, retirá-la do ordenamento, ou até mesmo ocasionar a elaboração de uma nova regra⁶¹.

Em contrapartida, para Alexy os princípios exercem papel de mandamentos de otimização. Tratam-se de “normas que ordenam que algo seja realizado com máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”⁶², sendo capaz de ser realizados em vários graus. À vista disso, por serem constituídos por um dever ideal, os princípios acabam

⁵⁸ ALEXY, 2009, p. 83-94.

⁵⁹ Ibidem, p. 95.

⁶⁰ Ibidem, p. 85.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. HECK, Luís Afonso (Org.). 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45 e 64.

⁶² ALEXY, op. cit., p. 85.

requerendo mais do que aquilo que é viável⁶³. As possibilidades jurídicas de concretização de um princípio são determinadas, além das regras, pelos próprios princípios opostos, de maneira que a definição de um grau adequado para que haja o cumprimento de um princípio colidente com outro decorre da aplicação do mecanismo da ponderação⁶⁴.

Os princípios podem ser classificados em formais e materiais, cuja diferença se concentra no objeto de otimização de cada um. Os princípios materiais têm como objetivo a otimização de conteúdos determinados, à exemplo do mínimo existencial, da liberdade de expressão e da própria vida. Por outro lado, os princípios formais desejam otimizar decisões judiciais, sem levar em conta o seu conteúdo. Tais princípios demandam que haja uma otimização da autorização dada a uma norma socialmente eficaz e constituída de acordo com o ordenamento jurídico, estando conectados a aspectos fáticos ou reais do direito⁶⁵.

Considerando os argumentos utilizados por Alexy para embasar a defesa da tese da vinculação, evidencia-se, quanto à discussão sobre princípios, que há uma relação entre o argumento de princípio com a pretensão à correção. Tendo em vista que os princípios exigem a realização de um ideal jurídico, e sendo eles necessários para a discussão de um caso duvidoso, abre-se espaço para o juiz otimizar a situação, a fim de responder à questão jurídica, motivando a realização de uma ponderação⁶⁶. Aqui se faz presente a importância dos princípios para Alexy, pois são eles os únicos objetos possíveis da ponderação.

A pretensão à correção, portanto, exige a ponderação, de maneira que ambas compõem necessariamente o direito. Isso posto, se a ponderação tem como objeto os princípios, logo eles também devem ser inseridos no conceito de direito⁶⁷. Além disso, para o autor, a pretensão à correção, ao se vincular à uma decisão, integra-se à uma pretensão à correção moral. Diante de todo esse panorama, Alexy compreende que pretender corrigir envolve uma pretensão à fundamentalidade, de forma que a sentença precisa ser correta, sob o ponto de vista de uma moral correta, sendo os princípios, então, a base dessa fundamentabilidade⁶⁸.

⁶³ALEXY, 2011, p. 45.

⁶⁴ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi, LOPES, Mônica Sette. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 2.

⁶⁵ Ibidem, p. 8.

⁶⁶ Idem, 2009, p. 93.

⁶⁷ Idem, 2011, p. 38.

⁶⁸ ALEXY, op. cit., p. 94.

2.3 Os Direitos Fundamentais Constitucionais no Estado Democrático

2.3.1 Colisão e realização de direitos fundamentais

Segundo Robert Alexy⁶⁹, as constituições democráticas são constituídas por dois tipos de normas: as que elaboram e organizam o Estado e as que conduzem e geram limites ao poder do Estado, as quais se destacam os direitos fundamentais. Trata-se de normas que são indispensáveis ao ordenamento jurídico, estando catalogadas em grande parte das constituições existentes, de forma que a interpretação desses catálogos compreende um dos papéis essenciais da ciência dos direitos fundamentais. No entanto, essa interpretação se esbarra em limites decorrentes do que Alexy entende como fenômeno da colisão de direitos fundamentais. Para o autor, não há a catalogação dos direitos fundamentais nas constituições sem que haja o fenômeno da colisão e vice-versa⁷⁰.

A colisão de direitos fundamentais pode ser conceituada em sentido restrito e amplo. Restritamente, admite-se a colisão apenas entre direitos fundamentais. Tratam-se de colisões que ocorrem quando há a presença de uma repercussão negativa resultante da realização de um direito fundamental de um indivíduo sobre os direitos de outros, podendo ser afetados tanto direitos iguais como diferentes. Isso posto, tratando-se de direitos iguais, há quatro colisões possíveis quando um mesmo direito fundamental: i) é afetado por ambos os indivíduos ao exercê-los; ii) se apresenta como direito de defesa liberal de um indivíduo, ao passo que é também o direito de proteção de outra pessoa; iii) possui um lado positivo e um negativo, por exemplo, liberdade de crença; e iv) possui um âmbito jurídico e um fático. Em contrapartida, quando se tratam de direitos fundamentais distintos, tem-se o exemplo da colisão entre liberdade de manifestação de opinião e, por outro lado, a consequência dessa manifestação que afeta o direito do outro indivíduo negativamente. Já em sentido amplo, a colisão pode ocorrer também entre direitos fundamentais com princípios ou normas, ou seja, colisões de direitos fundamentais com bens coletivos. Esses bens exercem função que vai além de se opor aos direitos individuais, uma vez que também atuam como requisito para a própria efetivação e fomento⁷¹.

A partir do exposto, Alexy propõe uma solução para o problema da colisão: é necessário que ocorram limites ou sacrifícios para algum ou todos os lados do conflito. Com o intuito de

⁶⁹ ALEXY, 2011, p. 105.

⁷⁰ Ibidem, p. 56.

⁷¹ Ibidem, p. 57-60.

entender como isso seria imposto, são apresentadas algumas decisões fundamentais a respeito da estrutura dos direitos fundamentais. A primeira delas sustenta que os direitos fundamentais possuem “força vinculativa ampla em forma de justiciabilidade”⁷². Isso significa dizer que não é possível resolver uma colisão eliminando a justiciabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, sua característica como norma juridicamente vinculativa, pois isso seria uma tentativa de solucionar o problema por meio de uma dissolução do direito constitucional. A segunda decisão fundamental afirma que, segundo a teoria dos princípios, colisões de direitos fundamentais são colisões de princípios, cuja solução para a problemática se encontra na aplicação do método da ponderação. Ademais, salienta-se, nesse ponto, que o catálogo de direitos fundamentais não está esvaziado de regras, mas que elas apenas precedem o plano dos princípios⁷³.

Portanto, Alexy defende que a solução para o problema da colisão entre direitos fundamentais está na teoria dos princípios. Isso se deve ao fato de que, ao contrário da tendência de tentar tirar a força vinculativa dos direitos fundamentais, tornando-os apenas normas programáticas, essa teoria declara que princípios devem ser ponderados, o que, conseqüentemente, os coloca sob a ideia de uma reserva do possível, onde o indivíduo apenas pode exigir da sociedade aquilo que é razoável, resultando no que se aparenta ser objetivo da teoria: respeitar a constituição sem que, para tanto, seja requerido algo que é improvável⁷⁴.

2.3.2 A questão da máxima proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade possui uma função essencial dentro da teoria dos princípios, pois requer seja utilizado o mecanismo da ponderação diante da colisão de direitos fundamentais, para que a problemática seja resolvida⁷⁵. Ou seja, é a partir do exame da proporcionalidade que a ponderação é realizada. Trata-se de um princípio amplo, do qual decorrem outros três princípios parciais: adequação (idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tendo em vista que princípios são mandamentos de otimização, Alexy acrescenta que:

Interpretar direitos fundamentais na luz do princípio da proporcionalidade significa tratá-los como mandamentos de otimização, ou seja, como princípios no sentido teórico-normativo e não como meras regras. Como mandamentos de otimização,

⁷² ALEXY, 2011, p. 63.

⁷³ Ibidem, p. 64-65.

⁷⁴ Ibidem, p. 68-69.

⁷⁵ Ibidem, p. 12.

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas⁷⁶.

O princípio parcial da adequação (idoneidade) se refere ao “meio empregado para a obtenção do resultado com ele aspirado”⁷⁷. Ou seja, pressupõe-se que o meio escolhido será adequado se ele colaborar para o alcance do objetivo. Já o princípio parcial da necessidade parte da ideia de escolher o meio menos gravoso para que se chegue ao objetivo. Examina-se, a partir de uma comparação, a necessidade de aplicação do meio escolhido, buscando indagar se não haveria outro menos oneroso que proporcionasse o alcance do objetivo da mesma forma. Dessa maneira, por meio da adequação e da necessidade, observa-se primeiro qual o direito restringido e depois se a medida aplicada é a menos gravosa que poderia ser utilizada.⁷⁸ Caso ainda haja sacrifícios ou custos, tem-se a necessidade de aplicar a ponderação. Assim, ambos os princípios otimizam de forma relativa às possibilidades do plano fático⁷⁹.

O último princípio parcial, o da proporcionalidade em sentido estrito, é o que Alexy considera como o meio através do qual o fenômeno da colisão dos direitos fundamentais vai ser solucionado, cujo objeto é a ponderação. Esse princípio, ao contrário dos outros dois, promove a otimização de forma relativa quanto às possibilidades do plano jurídico.

Acerca do assunto, Alexy explica que:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza⁸⁰.

A proporcionalidade em sentido estrito pode ser expressada pela lei da ponderação, que possui a seguinte premissa: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁸¹. A partir da análise dessa lei, entende-se que a ponderação se desdobra em três passos: i) inicialmente, atesta-se em qual grau os princípios não são cumpridos ou são prejudicados, ou seja, qual é a intensidade da intervenção; ii) em seguida, comprova-se por qual motivo o cumprimento do princípio oposto

⁷⁶ ALEXY, 2011, p. 156.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁷⁸ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. REVISTA DA PGE-SP, v. 83, p. 57-80, 2016.

⁷⁹ ALEXY, op. cit., p. 110-111.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

⁸¹ ALEXY, op. cit., p. 111.

é importante; e ii) por fim, realiza-se uma comparação, certificando se a importância de se efetivar um princípio contrário justifica a intervenção sofrida pelo outro⁸².

2.3.3 Ponderação, racionalidade e discricionariedade

Uma das objeções propostas ao método da ponderação está na afirmação de que não se trata de um procedimento provido de racionalidade. Em combate a esse argumento, Alexy alega que é possível haver sentenças racionais tanto sobre a intensidade das intervenções, quanto sobre o grau de importância, além do próprio vínculo entre ambas. Para fundamentar tal alegação, é apresentado o exemplo do caso dos produtores de tabaco. De um lado, exigir que os produtores de tabaco alertem em seus produtos sobre os perigos de fumar intervém de forma leve no livre exercício de suas profissões, pois a venda do produto em si não está sendo proibida, situação que seria considerada como uma intervenção grave. Por outro lado, fumar causa um grande dano à saúde, o que caracteriza como alto o grau da importância do fundamento que justifica a intervenção, de modo que o produto do exame da proporcionalidade em sentido estrito foi considerado evidente pelo tribunal. Além disso, entre graus leves e graves, existem também os graus de intensidade média, constituindo, assim, aquilo que Alexy chama de estrutura triádica da intensidade de intervenção. Contudo, de acordo com Alexy, para confirmar a racionalidade da ponderação, além da estrutura triádica, a ponderação precisa conter uma argumentação, ou melhor, um sistema inferencial ligado ao conceito da correção. Isso posto, a teoria da argumentação jurídica apresenta a fórmula da ponderação de princípios: a fórmula peso, cuja estrutura se manifesta da seguinte forma⁸³:

$$W_{i,j} = \frac{l_i}{l_j}$$

Ao analisar a fórmula peso, tem-se que é possível definir o peso concreto de um princípio ($W_{i,j}$), a partir da ponderação feita entre a intensidade de intervenção (l_i) e a importância da efetivação do princípio oposto (l_j). Para Alexy, essa estrutura possui racionalidade, desde que aquilo que ela englobe seja passível de justificação, pois a fórmula peso não teria argumentos racionais se o seu conteúdo fosse composto por características que a

⁸² ALEXY, 2011, p. 133.

⁸³ Ibidem, p. 158-159.

retirassem do campo racional. Para exemplificar, Alexy apresenta o caso da revista de sátiras Titanic, condenada a indenizar um oficial da reserva que tinha sido chamado pela revista de nascido assassino e aleijado, em razão de uma mutilação sofrida. Nessa situação, o tribunal realizou uma ponderação entre a liberdade de manifestação de opinião da revista e o direito de personalidade do oficial. A sentença que entende pela violação grave do direito de personalidade do oficial formula uma pretensão à correção. Além disso, essa sentença poderia ser justificada no discurso de outro sistema inferencial, no qual o tribunal sustentaria que atualmente seria considerada uma humilhação tratar alguém como aleijado. Portanto, a fórmula peso, ao unir a correção de tal argumento com aqueles referentes à intensidade da intervenção, acrescidos à sentença a respeito do peso que possui o direito da revista, cria ao final a sentença proferida pelo tribunal. Logo, verifica-se a presença da racionalidade no ato de formular a correção de uma sentença dentro do discurso⁸⁴. Nesse sentido, destaca Alexy:

As sentenças ou proposições, que são unidas pela fórmula do peso, devem ser justificadas por outros argumentos. Isso significa que a fórmula do peso é uma forma de argumento. Formas de argumentos definem a estrutura lógica de movimentos no discurso e elas mostram como movimentos distintos são unidos uns com os outros⁸⁵.

Por fim, acerca da presença da discricionariedade na teoria de Alexy, o autor afirma que o princípio formal do legislador democraticamente legitimado prevê que a tomada de decisões relevantes para a sociedade pode ser feita pelo legislador, que possui, então, discricionariedade diante de questões que envolvem os direitos fundamentais. Para ele, existem dois tipos de discricionariedade, sendo elas a material e a epistêmica. A primeira compreende tudo aquilo que não é proibido e nem comandado definitivamente pelas normas constitucionais, de maneira que passa a ser deixado livre. Já a discricionariedade epistêmica manifesta-se a partir da incerteza do conhecimento acerca daquilo que é proibido, comandado definitivamente ou deixado livre, ou seja, da incerteza empírica do legislador⁸⁶. Diante desse último tipo, “cabe ao juiz aderir à ponderação levada a cabo pelo legislador, pois essa margem de liberdade legislativa fica imune de críticas pelo Judiciário, tendo em vista os princípios formais da democracia representativa”⁸⁷, havendo um sopesamento de princípios materiais e formais. Logo, percebe-se que a teoria de Alexy permite que também haja uma discricionariedade por

⁸⁴ ALEXY, 2011, p. 159-161.

⁸⁵ Ibidem, p. 161.

⁸⁶ ALEXY, 2018, p. 13-14.

⁸⁷ BICCA, Carolina Scherer. O ativismo judicial no controle das políticas públicas: o caso da assistência social no Brasil, 2012, p. 109-110.

parte do juiz, tendo em vista a sua introdução em um espaço de interpretação de normas que pertence ao legislador⁸⁸.

2.4 Considerações críticas sobre a teoria desenvolvida por Robert Alexy e a Teoria da Reserva do Possível

Robert Alexy desenvolve sua teoria partindo do pressuposto de que princípios são mandamentos de otimização, e que a colisão de direitos fundamentais, quando constituídos por princípios, precisa ser resolvida através do uso do método da ponderação, decorrente do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim sendo, Alexy apresenta em sua fórmula da ponderação a ideia de que o peso incerto das premissas empíricas é essencial para que as leis sejam interpretadas. Além disso, tenta a todo custo defender que há racionalidade no procedimento de aplicação dos direitos fundamentais, e que o discurso jurídico não é subjetivo e nem relativo, sendo possível controlá-lo.

No entanto, o método da ponderação não se manteve longe das críticas. O filósofo Jürgen Habermas, por exemplo, possui como uma de suas principais objeções ao método proposto por Alexy, a alegação de que “não existem medidas racionais para o ponderar”⁸⁹. Isto é, a ponderação não é um procedimento racional, pois “seria uma figura retórica que dá espaço à subjetividade ilimitada”⁹⁰. Em torno disso, Habermas defende que a ponderação retira a força normativa dos direitos fundamentais, pois os direitos se resumiriam a valores, deixando de possuir a característica da rigorosidade que as normas possuem⁹¹. Sobre essa relação entre valor e irracionalidade, Habermas afirma que:

Valores devem ser analisados em paralelo com outros valores a depender de cada caso. Uma vez que não há uma maneira racional clara, a ponderação acontecerá de maneira arbitrária ou irrefletidamente, seguindo costumes padrões e hierarquias⁹².

De acordo com Habermas, princípios e regras possuem estrutura teleológica, de maneira que não devem ser compreendidos como preceitos de otimização ou como instrumentos de

⁸⁸ BICCA, 2012, p. 110.

⁸⁹ ALEXY, 2011, p. 14

⁹⁰ Ibidem, p. 156.

⁹¹ Ibidem, p. 108.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Tradução de W. Rehg. Cambridge: Polity, 1996, p. 259, tradução livre.

suporte ou apoio, pois isso faz com que eles percam o caráter deontológico de sua validade⁹³. Se para Alexy, princípios jurídicos se resumem a valores otimizáveis, isso significa dizer que tais valores se configuram com outros valores a fim de criar uma ordem que manifesta a identidade e o estilo de vida de uma comunidade jurídica específica. Dessa forma, essa valoração gera uma concepção axiológica (valorativo) do direito que, conseqüentemente, faz com que ele perca o seu caráter deontológico (dever ser)⁹⁴, ou seja, o seu poder de reivindicar sua obrigatoriedade, e não apenas sua preferência como acontece com os valores.

Outra crítica formulada por Habermas sustenta que a ponderação faz com que o direito seja colocado para fora do campo do falso, do correto, da validade e da invalidez e transferido para um campo onde há ideias referentes a adequação, a inadequação e ao poder discricionário⁹⁵. O juiz, para Alexy, é quem se encarrega do valor do peso dado aos argumentos que vão estruturar o discurso e que justificará a decisão final proferida, fato que se conecta justamente à discricionariedade da época do positivismo.

Segundo Lenio Steck, os casos difíceis na era positivista eram decididos discricionariamente pelos juízes, enquanto que no não positivismo adotou-se a ponderação de princípios para resolver tais casos. Steck, no entanto, afirma que o problema da ponderação, e de várias outras teorias argumentativas, se encontra no fato de que há um “deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete”⁹⁶. Haveria, então, um retorno à discricionariedade tão criticada no positivismo, tendo em vista que nos casos difíceis o intérprete se torna o responsável pela escolha e aplicação do princípio, assim como no positivismo era delegado ao juiz a função de decidir diante das incertezas. Dessa maneira, o juízo de ponderação acarreta em uma brecha significativa de discricionariedade⁹⁷.

Ademais, a concepção de princípios como mandamento de otimização, bem como o método da ponderação de Alexy, trazem para o debate a discussão acerca do argumento da reserva do possível, no sentido de que somente é possível exigir da sociedade aquilo que é considerado razoável, a fim de manter-se dentro do que a constituição determina, porém sem que haja exigências improváveis. Trata-se de um argumento muito utilizado pelos tribunais e, por outro lado, muito criticado, pois seria uma forma de restringir a efetivação de direitos fundamentais sociais, sob a justificativa de que o Estado não teria condições financeiras de arcar com a prestação de tais direitos.

⁹³ HABERMAS, 1996, p. 208.

⁹⁴ Ibidem, p. 256.

⁹⁵ ALEXY, 2011, p. 157.

⁹⁶ STECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 277.

⁹⁷ Ibidem, p. 278.

A menção ao termo “reserva do possível” teve origem na Alemanha, em meados do início dos anos 1970, e tinha como objetivo condicionar a efetivação dos direitos sociais à reserva da capacidade financeira do Estado. Entretanto, o acesso a esses recursos financeiros pertencentes ao Estado dependia de decisões discricionárias do governo ou do parlamento. Esse conceito de reserva do possível ligado à capacidade econômica do Estado foi desdobrado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *numerus clausus*, que tratava a respeito do direito do indivíduo de ter acesso ao ensino superior. O resultado do caso consagrou a ideia de que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”⁹⁸, o que significa dizer que ainda que o Estado possua condições financeiras, ele não está obrigado a arcar com aquilo que esteja fora do que é considerado o limite do razoável. Porém, decidir o que é razoável ou não, para parte da doutrina alemã, depende da própria ponderação⁹⁹.

É a partir dessa função do método da ponderação como meio para se encontrar o razoável, que a teoria de Alexy se relaciona com a teoria da reserva do possível, pois aquilo que se espera racionalmente da sociedade teria relação com a razoabilidade da pretensão requerida. Contudo, ainda que a teoria da reserva do possível não aborde especificamente sobre a questão de ter ou não recursos materiais para efetivação de direitos fundamentais sociais, no Brasil ela é comumente utilizada pelos tribunais como a teoria do financeiramente possível, sob a alegação de que a falta de recursos públicos, bem como de previsão orçamentária, justifica o ato de intervenção do judiciário na concretização de políticas públicas¹⁰⁰. Para alguns críticos, isso poderia configurar o que se conhece por ativismo judicial no campo das políticas públicas, mas uma espécie de ativismo negativo, às avessas, que ocorre quando:

[...] há o desrespeito à discricionariedade do legislador na conformação da política, invalidando-se a respectiva legislação, cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, e alterando-se a política através da utilização dos critérios que o juiz entende adequados e eficazes¹⁰¹.

Isso posto, se diante da problemática da instituição de piso salariais temos de um lado, o argumento de princípio referente ao direito ao piso salarial e, de outro, argumentos políticos que envolvem a falta de recursos, segundo a teoria de Alexy, na qual a reserva do possível

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

⁹⁹ Ibidem, p. 30.

¹⁰⁰ MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. jun**, 2010, p.5.

¹⁰¹ BICCA, 2012, p. 116.

também é vista como um princípio, havendo uma colisão entre eles torna-se necessário ponderar. Nesses termos, é plenamente possível que o argumento da falta de recurso obtenha mais peso, impedindo a concretização de um direito fundamental social presente em uma norma que de fato é principiológica, disposta no art. 7º, V, da CF/1988, a qual prevê o direito social ao piso salarial proporcional à extensão do trabalho. Ou seja, admite-se que um princípio tenha mais ou menos eficácia a depender da situação, o que relativiza os direitos fundamentais¹⁰².

Dessa forma, o método da ponderação mostra que Alexy mistura política e direito, e apesar de tentar elaborar uma teoria para fundamentar decisões judiciais, acaba abrindo espaço para o ativismo judicial.

Nesse sentido:

[...] a teoria da ponderação de Robert Alexy, embora exija uma construção sofisticada de fundamentação das decisões judiciais, possui uma abertura singular para ativismos judiciais. A submáxima da necessidade, que constitui a segunda etapa da máxima da proporcionalidade, permite não só o julgamento do mérito de políticas públicas definidas democraticamente pelo governo, como também permite um juízo da relação de adequação jurídica e fática entre os meios e os fins (Simioni, 2010). E isso significa que essa teoria permite ao judiciário não só criar direito novo como autonomia em relação às tradições jurídicas, mas também criar relações de adequação fática entre meios e fins. É uma teoria que, no quadro dos freios e contrapesos entre judiciário, legislativo e executivo, confere bastante poder para o intérprete¹⁰³.

Portanto, a teoria de Alexy, ao defender que os princípios jurídicos são normas otimizadoras, cujo objetivo principal é realizar algo em sua máxima medida, acaba retirando a função dos princípios como fundamentadores da ordem jurídica e os transformando em simples instrumentos para negociações. No entanto, os direitos fundamentais sociais como princípios não são apenas bens, na verdade, são garantias essenciais ao indivíduo que, de alguma forma, exigem respeito¹⁰⁴.

Os direitos fundamentais sociais dependem da atuação do Estado para que sejam efetivados, de forma que, limitá-los a uma reserva do possível é o mesmo que negar a sua concretização, principalmente para aqueles que mais necessitam, como é o caso dos enfermeiros, categoria que, mesmo diante da importância que tem o seu papel para o funcionamento da saúde pública e privada, ainda é extremamente desvalorizada no Brasil. E

¹⁰² SIMIONI, R. L. Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 2, e215104, 2021, p. 11.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 10.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 3 e 12.

essa negativa de direitos fundamentais, feita por meio do método ponderação, nada mais é do que uma determinação decorrente de uma decisão fundamentada em política e não em princípios, como deveria ser.

CAPÍTULO III - A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: O problema sobre o ponto de vista de Ronald Dworkin

3.1 A teoria dos Princípios: Regras, princípios, políticas e suas diferenças

3.1.1 A distinção entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios elaborada por Ronald Dworkin parte de um ataque ao positivismo jurídico, a fim de demonstrar que os juízes, principalmente diante de casos difíceis, buscam aplicar nas decisões jurídicas padrões diferentes das regras, mas que são igualmente relevantes para a discussão jurídica, apontando como exemplos os princípios e as políticas. Trata-se de uma distinção que se encontra na natureza da orientação que as regras e os princípios oferecem¹⁰⁵.

As regras são padrões que podem ser válidos ou inválidos, cuja aplicação às decisões jurídicas ocorre pelo modo do tudo-ou-nada. Isso significa dizer que, ou as regras são válidas e aplicadas às decisões, devendo ser aceitas as soluções apresentadas por elas, ou são inválidas, não sendo aplicadas, pois não contribuem para a decisão¹⁰⁶.

Essa característica de aplicação pelo modo tudo-ou-nada que as regras têm pode ser nitidamente compreendida a partir de exemplos. Em um jogo de beisebol, o jogador que errar a bola três vezes será retirado da partida, de maneira que o juiz, ao reconhecer que se trata de uma regra válida, não pode manter em campo aquele que errar mais bolas do que o permitido. Outro exemplo seria a regra na qual considera-se inválido o testamento que não possuir a assinatura de três testemunhas, de forma que, sendo essa regra válida, testamentos constituídos por apenas duas testemunhas serão inválidos. Assim sendo, verifica-se que não é possível reconhecer a validade de uma regra sem que as consequências sejam aplicadas à situação. Os exemplos demonstram que as regras são responsáveis por determinar condições a partir das quais são geradas consequências jurídicas automaticamente. Além disso, apesar de serem aplicadas pela forma do tudo-ou-nada, as regras podem conter exceções que, necessariamente, precisam estar enumeradas, sob pena de tornar o seu enunciado impreciso e incompleto¹⁰⁷.

Já os princípios são padrões cujo objetivo é oferecer razões para conduzir os argumentos a uma direção. Diferente das regras, os princípios não são aplicados à maneira do tudo-ou-nada

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36 e 39.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 39.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 39-40.

e, muito menos, determinam condições a fim de fazer com que sua aplicação seja obrigatória. Além disso, é possível que em uma discussão sobre a solução de um caso, eles sejam postos diante de outros princípios com argumentos opostos. Isso faz com que um princípio cogitado inicialmente não seja completamente determinante para o caso, pois há outros argumentos em jogo e que, a depender da situação, também podem ser decisivos. O fato de haver um princípio com menor força do que outro com ideias opostas, não significa que ele não faça parte do sistema jurídico, mas apenas que é preciso que ele tenha relevância para ser considerado pelas autoridades públicas como uma razão que leva a uma direção¹⁰⁸.

Outra característica elementar integrante do conceito de princípios encontra-se na importância que eles possuem na dimensão peso, algo que não existe quando se trata de regras. A dimensão peso consiste na ideia de que, diante de uma situação de intercruzamento entre princípios, aquele que vai resolver o problema tem que levar em conta a força relativa de cada um deles¹⁰⁹. As regras já não possuem essa dimensão, pois estão ligadas a um caráter funcional, de maneira que podem ou não serem funcionalmente importantes. O que torna uma regra mais relevante do que a outra é o nível da sua importância, se maior ou menor, para a regulação de uma conduta. Dessa forma, o conflito faz com que uma delas não seja considerada válida, de modo que, para chegar à essa conclusão, é necessário ir além das regras¹¹⁰.

Apesar das peculiaridades, as regras e os princípios podem executar algumas funções parecidas, diferenciando-se apenas quanto à forma de cada um. Às vezes um enunciado pode desempenhar papel de regra, por meio da perspectiva lógica, e de princípio, através da perspectiva substantiva, sendo que esta última se manifesta com frequência quando o enunciado possui palavras como razoável e injusto. Dessa maneira, é possível que a regra contida no enunciado aparente ser um princípio, mas sem chegar a se transformar em um deles, pois, no fundo, trata-se de padrões diferentes a serem usados em uma decisão judicial¹¹¹.

3.1.2 A distinção entre argumentos de política e argumentos de princípios

Ronald Dworkin faz outra distinção conceitual, porém agora entre princípios e política. O autor entende que princípios são padrões a serem observados, como uma forma de exigir a justiça ou equidade. Por outro lado, as políticas são padrões que determinam objetivos a serem

¹⁰⁸ DWORKIN, 2002, p. 40-42.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 42

¹¹⁰ Ibidem, p. 43.

¹¹¹ Ibidem, p. 44-45

atingidos, a fim de proporcionar avanços nas áreas políticas, econômicas e sociais. Um exemplo de princípio é o de que “nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos”¹¹². Já uma política pode ser observada exemplificadamente em uma diretriz que estabelece como dever a redução dos acidentes automobilísticos.

Dworkin discorda da opinião popular de que convicções políticas não desempenham papel nas decisões jurídicas, separando o Direito e a política, por pertencerem a mundos completamente diferentes e independentes. Contudo, Dworkin também discorda da visão de que o Direito e a política são a mesma coisa, ou seja, de que diante da tomada de decisões em casos difíceis, os juízes apenas julgam suas convicções políticas próprias, atuando como se fossem legisladores¹¹³.

Dworkin sustenta que é possível que haja convicções políticas durante o processo de julgamento, porém limitadas apenas às convicções nas quais os juízes “acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade”¹¹⁴. A partir disso, identifica a existência de dois tipos de argumentos para justificar uma decisão política: os argumentos de política (*policy*) e de princípios¹¹⁵.

Os argumentos de política (*policy*) fundamentam-se no objetivo, pois ao justificar uma decisão política, demonstram que “a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”¹¹⁶. Dessa forma, os argumentos de política têm como intuito evidenciar que seguir um determinado programa particular, uma diretriz política, proporciona melhorias para a comunidade. Já os argumentos de princípios são fundamentados em direitos, pois ao justificarem uma decisão política, constata-se que “a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”¹¹⁷. Assim, os argumentos de princípios, ao contrário dos argumentos de política, defendem que tais programas particulares devem ser adotados ou abandonados a depender do impacto produzido sobre uma pessoa específica, ainda que surjam complicações para a comunidade¹¹⁸.

É possível que um programa legislativo, para ser justificado, busque argumentos tanto de política, quanto de princípios. Adotar argumentos de políticas, bem como os programas oriundos deles, não transborda absolutamente a competência do poder legislativo e nem dos

¹¹² DWORKIN, 2002, p. 36.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. - São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4

¹¹⁴ Ibidem, p. 4.

¹¹⁵ Ibidem, p. 4.

¹¹⁶ Idem, 2002, p. 129.

¹¹⁷ Ibidem, p. 129.

¹¹⁸ Idem, 2000, p. 4.

tribunais, caso os juízes fossem considerados legisladores segundos¹¹⁹. Os argumentos de princípio sempre justificam as decisões não originais, nas quais apenas é aplicada a lei válida, ainda que oriunda de uma política. Por outro lado, diante dos casos difíceis, nos quais não há regra orientando a decisão em algum sentido, parece fazer sentido que a decisão judicial contenha argumentos de princípios ou de políticas, pois caso os juízes fossem legisladores segundos, o tribunal poderia se orientar por um argumento ou por outro, o que se traduz na ideia de que os tribunais podem decidir casos novos livremente¹²⁰.

Entretanto, juízes não são legisladores, de modo que, para Dworkin, as decisões judiciais tanto nos casos civis, quanto nos difíceis, devem ser fundamentadas por argumentos de princípios e não de políticas, pois aqueles seriam compatíveis com os princípios democráticos. Uma das razões para essa afirmação, inicialmente, encontra-se na objeção do argumento da democracia, o qual afirma serem os legisladores os responsáveis pelas tomadas de decisões políticas e não os juízes, em razão daqueles possuírem legitimidade democrática, o que resultaria na necessidade da decisão judicial se subordinar à lei¹²¹.

Acerca do argumento da democracia, Dworkin afirma que:

[...] as decisões políticas, segundo esse argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira. Esse princípio aplica-se a todas as decisões políticas, inclusive à decisão de quais direitos os indivíduos têm e quais destes deve ser possível impor judicialmente. Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular¹²².

No entanto, segundo Dworkin, o argumento da democracia é uma objeção mais poderosa contra as decisões judiciais fundamentadas por argumentos de política do que por argumentos de princípios. A tomada de uma decisão política deve ocorrer por meio de um processo político elaborado para expressar e levar em consideração os interesses mais distintos de uma comunidade. Nesse sentido, ainda que o sistema da democracia representativa tenha defeitos, sua funcionalidade é melhor do que a de um sistema no qual é permitido que decisões políticas sejam tomadas por juízes que não foram eleitos¹²³.

¹¹⁹ DWORKIN, 2002, p. 129. Dworkin explica que quando há criação de lei por parte dos juízes, há expectativa de que eles atuem não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um segundo legislativo.

¹²⁰ Ibidem, p. 130-132.

¹²¹ TREVISAN, Leonardo Simchen. Ponderação versus integridade: o novo Código de Processo Civil Brasileiro e os marcos teóricos de Robert Alexy e Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 42, n. 1, 2020.

¹²² DWORKIN, 2000, p. 16.

¹²³ Idem, 2002, p. 133.

Assim sendo, a objeção do argumento da democracia não alcança as decisões fundamentadas em argumentos de princípios, pois esses estabelecem um direito individual, isto é, “estipulam alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política”¹²⁴. Nesse caso, quem se encontra na melhor posição para avaliar tal argumento é o juiz, pois não há pressão por parte da maioria política que deseja ver suas demandas resolvidas e seus interesses garantidos, como ocorre nos argumentos de política, onde o fundamento está justamente nos interesses e necessidades de toda a comunidade. E é diante dessa perspectiva que Dworkin sustenta que os direitos devem ser compreendidos como trunfos do indivíduo contra as justificativas dadas pelos argumentos de política.

3.2 O Direito como Trunfos

Conforme o abordado, a teoria de direito formulada por Dworkin estabelece uma distinção essencial entre questões de política e de princípios. As questões referentes à política são entendidas como estratégias coletivas utilizadas por um governo, a fim de garantir interesses gerais da comunidade, enquanto as questões de princípio dizem respeito aos direitos individuais, como sendo trunfos do indivíduo contra essas mesmas estratégias coletivas¹²⁵. Nesse sentido, a respeito dos direitos individuais, Dworkin complementa que:

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial¹²⁶.

Isso posto, para Dworkin, os direitos atuam como trunfos “sobre as decisões coletivamente justificadas”¹²⁷ fundamentadas em argumentos de política, ou seja, são direitos

¹²⁴ DWORKIN, 2002, p. 134.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. - São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 473.

¹²⁶ Idem, 2002, p. 15.

¹²⁷ Ibidem, p. 558.

contra argumentos que justificam decisões políticas responsáveis por instituir determinados objetivos para a comunidade em geral¹²⁸.

Para tornar a compreensão mais clara, Dworkin apresenta alguns exemplos de como isso funcionaria na prática. O indivíduo que reivindica um direito político sobre um bem-estar da comunidade, reivindica, na verdade, um trunfo. Outro exemplo pode ser observado em uma situação hipotética, na qual um indivíduo pleiteia o direito à liberdade de expressão contra o Estado. Nesse caso, sendo tal direito um trunfo, é dever do Estado não o violar, pois caso tentasse, incorreria em erro, ainda que o bem-estar da comunidade obtivesse melhorias¹²⁹.

A partir dessa lógica, entende-se que o “governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum¹³⁰”. Quando direitos individuais funcionam como trunfos eles podem influenciar as decisões políticas, de forma que cada um dos direitos ali envolvidos deverá ser respeitado pelas autoridades. Se em uma decisão política há discussão, por exemplo, acerca de direitos referentes ao voto igualitário, à liberdade de expressão ou à consciência, partindo da perspectiva de que direitos individuais são trunfos, é possível que eles sejam considerados importantes e, portanto, sejam garantidos, ainda que a sua violação promovesse o bem-estar da comunidade. Assim sendo, se um indivíduo possui um direito, é preciso que as autoridades o respeitem, pois é errada a ideia de que é possível violar um direito individual sob o argumento de que se assim fosse feito, toda a comunidade seria beneficiada ou passaria a se encontrar em melhor situação¹³¹.

Logo, quando os direitos são compreendidos como trunfos, é possível observar a sua capacidade de tornar os indivíduos resistentes a algumas decisões, ainda que essas tenham sido proferidas pelas autoridades através de procedimentos padrões que não são questionados. Portanto, conclui-se que a “justificativa final desses direitos é que eles são necessários para proteger o igual interesse e respeito”¹³².

3.3 O Direito como Interpretação

De acordo com Dworkin, a prática da análise jurídica se fundamenta na interpretação. A teoria da interpretação diz respeito a uma interpretação do costume de utilizar conceitos

¹²⁸ DWORKIN, 2000, p. 534.

¹²⁹ Idem, 2002, p. 558.

¹³⁰ Idem, 1999, p. 296.

¹³¹ Idem, 2000, p. 534.

¹³² Ibidem, p. 296.

interpretativos. Para ele, tanto a interpretação da prática social, quanto a artística objetivam interpretar essencialmente as intenções que vem dessas práticas ou das obras de arte, por exemplo, e não apenas as suas causas. Em razão dessa semelhança entre as interpretações de práticas sociais e artísticas, Dworkin confere a ambas a denominação de formas de interpretação criativa. O autor explica que para tentar encontrar o lugar da interpretação criativa, alguns defendem que ela seria um tipo especial de interpretação conversacional¹³³. Nesse sentido:

A interpretação criativa pretende decifrar os propósitos ou intenções do autor ao escrever determinado romance ou conservar uma tradição social específica, do mesmo modo que, na conversação, pretendemos perceber as intenções de um amigo ao falar como fala¹³⁴.

Contudo, Dworkin refuta as técnicas de interpretação conversacionais comuns, onde o intérprete tenta desvendar os significados ou intenções vindas de outro indivíduo, em razão de não serem adequadas para interpretar uma prática social, pois, para isso, seria necessário que essa interpretação se desvinculasse da ideia de compreender o que outros indivíduos desejam expressar¹³⁵.

Assim sendo, Dworkin defende que essa interpretação criativa é, na verdade, construtiva, cuja atenção se volta para a intenção do intérprete, e que tem como objetivo “impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”¹³⁶. O intérprete, nesse caso, não pode utilizar a interpretação para transformar uma prática ou uma obra de arte em qualquer coisa, pois, junto dessas, há uma coerção que influencia as interpretações a serem realizadas, de maneira que, partindo de uma perspectiva construtiva, a interpretação criativa se trata de uma relação entre o objeto e seu propósito¹³⁷.

Com o intuito de tornar a interpretação construtiva em um instrumento adequado para o aprendizado do direito na qualidade de uma prática social, Dworkin apresenta uma diferenciação analítica, que estabelece uma separação do processo de interpretação em três etapas: a pré-interpretativa, que cuida da identificação do direito; a interpretativa, que trata da justificação do direito; e a pós-interpretativa, que procura a melhor interpretação adequada à prática.

¹³³ DWORKIN, 1999, p. 62.

¹³⁴ Ibidem, p. 62.

¹³⁵ Ibidem, p. 67.

¹³⁶ Ibidem, p. 63-64.

¹³⁷ Ibidem, p. 64.

Na primeira etapa, a pré-interpretativa, identifica-se quais são as regras e os padrões que oferecem o conteúdo da prática. No entanto, apesar de ser entendido como um momento “pré-interpretativo”, essa etapa não dispensa a necessidade de que ocorra algum tipo de interpretação, pois as regras sociais, por si só, não possuem rótulos que auxiliem na sua identificação. Dessa forma, é preciso que essa identificação contenha um alto grau de consenso para que a interpretação, ao final, seja bem sucedida.¹³⁸

Na segunda etapa, a interpretativa, o intérprete se concentra em encontrar uma justificativa geral para os elementos que constituem a prática anteriormente identificada. Não é exigido que essa justificativa se amolde a todas as características da prática, mas apenas o suficiente para que o intérprete se reconheça como o indivíduo que, de fato, interpreta a prática, e não que cria uma nova¹³⁹.

E por último, na terceira etapa denominada pós-interpretativa, o intérprete vai ajustar a sua idealização daquilo que a prática exige “para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”¹⁴⁰.

Além disso, Dworkin também explica que a interpretação necessita de algumas convicções para que aconteça. A primeira delas é saber se aquilo que faz parte da prática pode ser considerado como válido, de forma a determinar as informações totais decorrentes da interpretação realizada na etapa pré-interpretativa. A segunda convicção consiste em saber até qual momento a justificativa encontrada na segunda etapa de interpretação deve se amoldar às características da prática, a fim de que tal justificativa obtenha valor como uma interpretação dessa prática, e não como a criação de uma nova. Por fim, a terceira convicção tem um aspecto mais substantivo: consiste em saber quais justificativas realmente apresentariam a prática da melhor forma, e se a hierarquia social é desejada ou não. Salienta-se que essa última convicção é independente das outras referentes à adequação, pois, caso contrário, não seria possível diferenciar o que é interpretação e o que é invenção¹⁴¹.

Dessa forma, Dworkin vê o direito como um conceito interpretativo. Os juízes, diante do trabalho que a sua profissão requer, elaboram respostas para suas convicções, que seriam teorias acerca da melhor interpretação. As divergências, quando ocorrem, independentemente de serem apenas sobre parte de alguma discussão ou sobre o todo, são divergências interpretativas a respeito de algo relevante para que a jurisdição possa ser exercida. Os juízes

¹³⁸ DWORKIN, 1999, p. 81.

¹³⁹ Ibidem, p. 81.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 82.

¹⁴¹ Ibidem, p. 83-84.

baseiam suas teorias interpretativas em suas convicções do que acreditam ser o "sentido" - o propósito, objetivo ou princípio justificativo - da prática do direito como um todo¹⁴², sendo que essas convicções podem divergir daquelas manifestadas por outros juízes¹⁴³.

Essa perspectiva do Direito como interpretação tem o objetivo de apontar que é possível encontrar uma interpretação que mostre a prática em seu melhor exemplo possível, por meio do desenvolvimento máximo dos juízos de valores na etapa pós-interpretativa, tendo em vista que é por meio do uso dos juízos morais que se chega à melhor interpretação da prática social, tal qual são utilizados juízos estéticos para avaliar as obras de arte. Isso posto, verifica-se que é na etapa pós-interpretativa que o vínculo entre direito e moral é estabelecido¹⁴⁴.

Para Dworkin, é preciso que as teorias gerais do direito sejam abstratas, uma vez que seu objetivo é interpretar aquilo que é essencial para o exercício e a estrutura da jurisdição, e não apenas parte dessa jurisdição. Ainda que em um âmbito abstrato, essas interpretações são construtivas, pois “tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática”¹⁴⁵. A doutrina possui fundamentos abstratos que serão utilizados pelos argumentos jurídicos práticos, de maneira que, havendo conflito entre fundamentos que são contrários, cabe ao argumento jurídico reconhecer um e recusar o outro. Desse modo, Dworkin compreende que os votos proferidos pelos juízes são como peças da filosofia do direito¹⁴⁶, onde o juiz interpreta princípios morais e os trazem para a discussão do caso concreto, realizando, assim, a interpretação construtiva¹⁴⁷.

Portanto, Dworkin enxerga o raciocínio jurídico como uma forma de exercitar a interpretação construtiva, que objetiva extrair o melhor daquilo que é interpretado. E para ele, a melhor interpretação dessa prática jurídica é oferecida pela ideia do direito como integridade. Portanto, a integridade é parte de uma interpretação bem-sucedida das práticas jurídicas, ou seja, de uma interpretação construtiva das decisões jurídicas, onde se pode encontrar os fundamentos do direito¹⁴⁸.

¹⁴² DWORKIN, 1999, p. 110.

¹⁴³ Ibidem, p. 109-110.

¹⁴⁴ DA SILVA SENS, Sheila Catarina. A teoria interpretativa de Dworkin: Um modelo construtivo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 16, n. 31, 2013, p. 8.

¹⁴⁵ DWORKIN, op. cit., p. 112.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 113.

¹⁴⁷ DA SILVA SENS, 2013, p. 9.

¹⁴⁸ DWORKIN, op. cit., p. 260 e 312.

3.4 O Direito como Integridade

A teoria do Direito como Integridade é o instrumento chave para que seja alcançada a melhor interpretação construtiva, pois parte da noção do direito enquanto um conceito interpretativo. Para a integridade, o direito não está preso a relatos de fatos convencionalistas, que se voltam para o passado, ou àqueles pragmáticos, que se voltam para o futuro. O direito como interpretação, na verdade, reúne tanto os elementos do passado, quanto os do futuro, pois a interpretação da prática jurídica é um processo contínuo, em desenvolvimento ¹⁴⁹.

O objetivo da interpretação é revelar o melhor daquilo que é interpretado, de maneira que qualquer interpretação realizada no direito deve considerar não apenas a essência das decisões anteriormente proferidas pelas autoridades, mas também todo o contexto no qual essas decisões foram tomadas. Isso se deve ao fato de que as regras aprovadas pelo legislativo não precisam ter suas justificativas baseadas em princípios, ainda que elas criem direitos e deveres que serão impostos aos indivíduos de forma coercitiva no futuro. Apesar disso, é comum que o legislativo fundamente suas decisões de instituir novos direitos com base no argumento de política, ou seja, na ideia de que essa decisão gerará benefícios para o bem-estar da comunidade como um todo. Contudo, o Direito como Integridade defende que os juízes devem proferir suas decisões acerca do “*Common Law*” com fundamento em princípios, e não em política, devendo justificar, ainda, o motivo pelo qual os indivíduos seriam detentores de direitos e deveres ¹⁵⁰.

Para explicar melhor o princípio da integridade, Dworkin parte de um modelo ideal de comunidade política, composta apenas por pessoas que concordam com a ideia de que são governadas não somente por regras elaboradas através de acordos políticos, mas também por princípios comuns. A natureza da política estaria nas discussões acerca de quais princípios seriam aceitos como sistema pela comunidade, e quais seriam suas opiniões sobre justiça, equidade e devido processo legal ¹⁵¹. Nesse sentido, Dworkin explica que:

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados ¹⁵².

¹⁴⁹ DWORKIN, 1999, p. 271.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 292.

¹⁵¹ Ibidem, p. 254.

¹⁵² Ibidem, p. 255.

Isso posto, observa-se que a comunidade de princípios concorda com a integridade, pois ela aceita que o direito seja desenvolvido e interpretado com fundamento em princípios¹⁵³. O Direito como Integridade orienta os juízes a identificarem os direitos e os deveres pressupondo que o único autor responsável por sua criação é a comunidade personificada, que expressa, assim, uma ideia coerente de justiça e equidade¹⁵⁴. Além disso, segundo essa teoria, uma proposição jurídica somente será considerada verdadeira, se ela for decorrente dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que contribuem para a realização da melhor interpretação da prática jurídica de uma comunidade¹⁵⁵.

Sendo assim, o Direito como Integridade exige que os juízes reconheçam que a estrutura do direito é composta por um coerente conjunto de princípios referentes à justiça, a equidade e ao devido processo legal, que devem ser aplicados aos novos casos surgidos perante o judiciário, a fim de que a pretensão de cada indivíduo seja atendida de maneira justa e equitativa, de acordo com os próprios princípios. Essa forma de decidir atende aos objetivos da integridade e, conseqüentemente, aos da comunidade de princípios¹⁵⁶.

Ademais, outro ponto relevante para a discussão do Direito como Integridade é a noção de coerência. Para Dworkin, a coerência e a integridade não são exatamente a mesma coisa e não se deve confundi-las, porém, há uma conexão entre elas. Para a coerência, instituições políticas são coerentes quando repetem as decisões anteriores com fidelidade ou com precisão. Já para a integridade, que exige que as normas sejam elaboradas e observadas como um sistema único e coerentemente justo e equitativo, uma instituição política que a reconheça poderá se distanciar do que foi proferido estritamente nas decisões anteriores, a fim de honrar os princípios fundamentais do sistema¹⁵⁷. Nesse sentido, Dworkin destaca que:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.

[...]

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática

¹⁵³ DWORKIN, 1999, p. 258.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 271-272.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 272.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 291.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 264.

jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer¹⁵⁸.

Entretanto, a distinção entre integridade e coerência não afasta a importância que esta tem para aquela. De fato, ambos os conceitos não devem ser confundidos, porém essa afirmação não é suficiente para concluir que a integridade não possui uma certa relação de dependência com a coerência. Isso porque, por diversas vezes, Dworkin invoca a ideia da coerência ao elaborar a teoria do Direito como Integridade¹⁵⁹, como se pode observar em muitos de seus argumentos, a exemplo, quando ele afirma que “a integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência como princípio fundamental¹⁶⁰”, ou quando esclarece que a integridade “pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios¹⁶¹”, sendo essas apenas algumas demonstrações de como a integridade e a coerência andam lado a lado na busca pela melhor interpretação, pois constituem os critérios para sua realização, e pela aplicação do Direito como Integridade.

3.4.1 A Teoria do Romance em Cadeia

Com o propósito de esclarecer a ideia do Direito como Integridade e da relação entre o direito e a literatura, Dworkin apresenta a teoria do Romance em Cadeia, na qual o juiz é comparado à um romancista que lê e interpreta um romance elaborado por outros romancistas, a fim de criar um novo capítulo para continuar a obra da melhor maneira possível.

A teoria do Romance em Cadeia é retratada por Dworkin da seguinte maneira: um grupo de romancistas é responsável por escrever um romance, no qual cada um deles se compromete a interpretar os capítulos já escritos e escrever um novo. Um dos romancistas iniciará o primeiro capítulo, passando para outro que contribuirá com um novo capítulo, e assim sucessivamente, sempre interpretando aquilo que foi recebido e criando um novo capítulo coerente com a história, sem que haja um recomeço do romance. A ideia é que os romancistas, a partir dessa escrita em conjunto, criem um romance único, integrado, como se fosse elaborado apenas por

¹⁵⁸ DWORKIN, 1999, p. 274.

¹⁵⁹ TREVISAN, 2020, p. 24.

¹⁶⁰ DWORKIN, op. cit., p. 265.

¹⁶¹ Ibidem, p. 291.

um autor. Cada um dos romancistas possui o duplo compromisso de interpretar e criar, além do próprio dever de dar continuidade ao romance com coerência¹⁶².

Contudo, não se trata da simples construção de uma obra, pois cada romancista deve contribuir para a elaboração de um novo capítulo com o objetivo de desenvolver o romance da melhor maneira possível, de modo que Dworkin compara a complexidade dessa atividade com aquela encontrada pelos juízes ao se depararem com casos difíceis (*hard cases*)¹⁶³, traçando um paralelo entre a atividade do intérprete do romance e a do juiz. Isso se deve ao fato de que, para Dworkin, o juiz exerce tanto o papel de autor, como o de crítico, e que, ao decidir, ele realiza acréscimos na tradição interpretada, de forma que os juízes seguintes encontrarão a nova tradição com a inclusão feita anteriormente e darão continuidade aos casos jurídicos semelhantes, levando em conta as interpretações passadas¹⁶⁴.

Assim sendo, para Dworkin, essa semelhança entre a teoria do Romance em Cadeia e a atividade jurisdicional se torna mais evidente quando os juízes estão diante de casos do “*Common Law*”, onde não há lei que discipline a questão jurídica debatida e “o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” as decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante¹⁶⁵”. Nessa situação, os magistrados seriam como os romancistas, sendo a sua função realizar a leitura de tudo aquilo que foi escrito por outros juízes no passado, com o intuito de descobrir o que foi dito, e de conseguirem opinar acerca do que foi feito coletivamente por esses magistrados. Dessa forma, o juiz deve compreender que faz parte de uma complexa cadeia de interpretação, e que, quando estiver diante da responsabilidade de decidir uma demanda, é preciso que ele conheça tudo aquilo que já foi confeccionado a respeito do assunto em questão¹⁶⁶. Nesse sentido, Dworkin explica que:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores¹⁶⁷.

¹⁶² DWORKIN, 1999, p. 276

¹⁶³ Ibidem p. 276.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 275.

¹⁶⁵ Idem, 2000, p. 238.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 238.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 238.

A interpretação feita pelo juiz precisa observar atentamente a coerência, ao levar em conta as decisões proferidas anteriormente, e a integridade, ao entender que se trata de um sistema único e que o direito deve ser interpretado como um todo e com base nos princípios.

Portanto, o Direito como Integridade, diante de um caso do “*Common Law*”, requer que os juízes exerçam o papel de autor na cadeia do direito, devendo estar conscientes de que outros magistrados decidiram acerca de questões jurídicas semelhantes, ainda que não idênticas. Além disso, é dever desse juiz entender que essas decisões anteriores fazem parte de uma longa história, na qual cabe a ele interpretá-la e continuá-la, conforme as suas próprias opiniões acerca de qual será a melhor direção para o caso em questão. Dessa forma, extrai-se a decisão do juiz a partir de uma interpretação que, simultaneamente, se adequa aos fatos antigos e os justifica¹⁶⁸, sendo essa uma forma de limitar o poder discricionário que o juiz poderia desejar exercer.

3.5 Os casos difíceis (*Hard Cases*) e a tese da única resposta correta

Entende-se por casos difíceis aquelas questões jurídicas nas quais a “ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição”¹⁶⁹. Segundo o positivismo jurídico, o juiz, ao se deparar com tais casos, deve utilizar o seu poder discricionário para elaborar a decisão, independentemente da solução proposta. O objetivo é que o magistrado formule a sua opinião para parecer que, antes da decisão do caso, alguma das partes já possuía o direito de ter a sua causa ganha, quando na verdade, o que ocorre é a criação de novos direitos e sua aplicação retroativa ao caso, fazendo com que o juiz assuma a postura de um legislador diante da tomada de uma decisão jurídica¹⁷⁰.

Contudo, para Dworkin, essa forma de decidir os casos difíceis é completamente inadequada, pois ainda que não exista uma regra clara e apta a regular o caso, é possível que alguma das partes tenha o direito de ganhar a causa. Não é dever do juiz criar novos direitos e aplicá-los retroativamente, e sim descobrir quais são esses direitos que as partes possuem. Apesar disso, Dworkin explica que não há procedimentos mecânicos que demonstrem quais seriam esses direitos, mas que o argumento gira em torno da ideia de que aqueles juízes responsáveis, mesmo nos casos difíceis, divergirão a respeito dos direitos jurídicos, da mesma

¹⁶⁸ DWORKIN, 1999, p. 286.

¹⁶⁹ Idem, 2002, p. 127.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 127.

forma que os cidadãos divergem acerca dos direitos políticos¹⁷¹. Isso posto, se a decisão acerca de um caso difícil versa sobre os direitos que as partes de fato possuem, logo os juízes “decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos”¹⁷². Nesse sentido, Dworkin acrescenta:

[...] se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito, e ela deve mostrar qual decisão é exigida por essa teoria geral em um caso difícil¹⁷³.

Os casos difíceis possuem uma argumentação jurídica que abrange conceitos muito contestados no direito, sendo dois deles extremamente relevantes para a discussão. O primeiro conceito, o da intenção legislativa, se refere à ideia do propósito ou intenção de uma lei específica ou de uma cláusula determinada legalmente. Já o segundo, relativo aos princípios do direito costumeiro, diz respeito ao conceito de princípios que estão implícitos ou inscritos nas regras do direito. Com o intuito de elaborar teorias acerca daquilo que requerem ambos os conceitos, Dworkin cria um sábio e paciente juiz chamado Hércules, que concorda com as regras não controversas que fazem parte do direito e que, também, o regula. Assim, para Hércules, as leis possuem tanto a capacidade de elaborar, quanto de extinguir os direitos, além de que os juízes devem se basear nos fundamentos contidos nas decisões proferidas anteriormente, desde que semelhantes à questão jurídica a ser solucionada. No mais, ele também deve considerar que, de acordo com a sua comunidade, as decisões judiciais devem ser justificadas por argumentos de princípio e não de política¹⁷⁴.

Dessa forma, ao formular o seu conceito de princípios que constitui a base para o direito costumeiro, Hércules confere um esquema de princípios aos precedentes, cujo objetivo é justificar as decisões ali proferidas. Ou seja, quando o fundamento do precedente consiste na concepção de que a equidade requer que os direitos sejam aplicados coerentemente, é preciso que Hércules descubra quais são os princípios que se adequam ao precedente em questão e, também, às outras decisões e às leis, tendo em vista que essas são derivadas dos princípios e não das políticas. Logo, o dever do juiz Hércules, que aceita o Direito como Integridade,

¹⁷¹ DWORKIN, 2002, p. 127-128.

¹⁷² Ibidem, p. 158.

¹⁷³ Ibidem, p. 163.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 164-165 e 180.

consiste em demonstrar que há compatibilidade entre os princípios e a decisão proferida¹⁷⁵. À vista disso, Dworkin explica o porquê denominou o juiz de Hércules:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas¹⁷⁶.

A atividade que Hércules tem que desempenhar faz com que ele se aprofunde na dimensão da moralidade política, a qual pressupõe que, havendo duas justificativas para uma decisão, uma delas será melhor que a outra, caso forneça uma melhor compreensão acerca dos direitos que as pessoas realmente possuem¹⁷⁷. No entanto, a teoria da decisão judicial de Hércules não utiliza suas próprias convicções políticas contra as da comunidade de forma arbitrária. Na verdade, tal teoria, a fim de resolver os problemas jurídicos, se vale da concepção de moralidade comunitária, que é constituída por uma moralidade política pressuposta tanto na lei, quanto nas instituições da comunidade. É claro que Hércules deve se fundamentar em seu próprio juízo, a fim de estabelecer quais seriam os princípios e o conteúdo deles¹⁷⁸. Entretanto, a decisão a respeito desses princípios estará sujeita a controvérsias, o que não significa que a técnica de Hércules, responsável por incentivar os juízes a manifestarem seus juízos acerca dos direitos das partes, não possua relevância. Ainda que sob o argumento de falibilidade judicial, não há outro indivíduo ou grupo com maior capacidade para decidir a respeito das questões referentes a direitos, presentes nos casos difíceis, do que os próprios juízes, de maneira que essa possibilidade de estar errado ou de gerar controvérsias no âmbito judicial serve como um lembrete para o juiz de que os casos difíceis devem ser decididos com humildade¹⁷⁹. Nesse sentido, Dworkin afirma que:

É preciso também estar convencido de que, apesar de a decisão de um determinado grupo de juízes ser falível, e talvez nunca se consiga provar sua correção, convencendo todos os outros advogados, ainda assim é melhor deixar essa decisão vigorar do que atribuí-la a outra instituição qualquer ou pedir que os juízes decidam com base em argumentos políticos ou de algum outro modo que não lhes exija seu melhor julgamento sobre os direitos das partes¹⁸⁰.

¹⁷⁵ DWORKIN, 2002, p. 181.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 182.

¹⁷⁷ Idem, 2000, p. 213.

¹⁷⁸ DWORKIN, op. cit., p. 197-198.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 203.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 432.

Diante da possibilidade de existirem controvérsias acerca das decisões sobre os princípios e os direitos das partes, verifica-se que, no âmbito dos debates jurídicos acerca dos casos difíceis, sempre haverá a sustentação de que um dos lados possui o melhor argumento. A partir disso, surge a dúvida a respeito da existência ou não de uma resposta correta para os casos controversos¹⁸¹. Sobre isso, há objeções que pugnam pela inexistência de uma única resposta correta, afirmando que existiriam somente respostas. Contudo, Dworkin defende que sempre haverá uma resposta correta para as questões jurídicas, por mais complexas que elas sejam quando envolvem discussões relativas ao direito e à moralidade política¹⁸².

Segundo Dworkin, é impossível que nos sistemas jurídicos extensos e complexos haja duas teses distintas propondo diferentes tipos de respostas para resolver o caso difícil, e que essas mesmas teses se adaptem igualmente bem ao conteúdo jurídico pertinente para a discussão jurídica¹⁸³. Para a tese da única resposta correta, a decisão acerca de um caso difícil deve ser tomada com fundamento na “melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas¹⁸⁴”, de forma que a ideia de coerência se apresenta como um importante instrumento para o raciocínio jurídico necessário aos juízes quando diante da responsabilidade de decidir os casos difíceis¹⁸⁵.

Assim sendo, Dworkin afirma que “a tese de que não há resposta correta é hostil à tese dos direitos¹⁸⁶” defendida por ele, segundo a qual as decisões judiciais acerca dos casos difíceis devem ser fundamentadas por princípios e não por políticas¹⁸⁷. E quanto aos princípios, o autor entende que eles só podem contribuir para a justificativa de uma determinada decisão, caso se mostrem compatíveis com decisões proferidas anteriormente e não modificadas, e com aquelas decisões que o judiciário estaria pronto para utilizar em situações hipotéticas¹⁸⁸. Além disso, Dworkin considera que tais princípios são independentes e que não há como considerá-los contraditórios, pois isso seria um equívoco de acordo com a lógica dos princípios. Contudo, reconhece-se a possibilidade de os princípios entrarem em um estado de tensão, situação na qual a coerência assumiria a função de exigir “um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação e acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível

¹⁸¹ DWORKIN, 2000, p. 215.

¹⁸² Idem, 2002, p. 429.

¹⁸³ DWORKIN, op. cit., p. 215.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 213.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 211.

¹⁸⁶ Idem, 2002, p. 430.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 151.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 138.

mais profundo de moral política¹⁸⁹”. Diante de uma tensão, a adequação requer que seja encontrado um lugar na interpretação para os princípios, uma vez que não seriam aceitáveis as interpretações que os negassem, além de que a integridade não seria alcançada caso isso acontecesse¹⁹⁰.

Sendo assim, a integridade busca pela solução da tensão entre princípios ao exigir a continuidade da “série de julgados, na qual os dois princípios ocupam um lugar definido, da melhor maneira possível e após o exame de todos os aspectos da questão¹⁹¹”. Para Dworkin, a melhor forma de realizar essa continuidade dos julgamentos é subordinando o princípio menos poderoso àquele mais poderoso, ainda que ambos sejam atraentes para a circunstância em questão, além de que, durante a atividade interpretativa, é preciso que o juiz encontre a única resposta correta apta a solucionar a questão jurídica¹⁹².

¹⁸⁹ DWORKIN, 1999, p. 320-321.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 321-322.

¹⁹¹ Ibidem, p. 322.

¹⁹² Ibidem, p. 322.

CAPÍTULO IV – A ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

4.1 É possível utilizar o argumento da reserva do possível para fundamentar decisão que suspende a lei responsável por instituir o piso dos profissionais da enfermagem, de acordo com a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin?

O primeiro capítulo deste trabalho procurou apresentar os motivos e todo o processo para a elaboração da Lei nº 14.434/2022, que instituiu o piso salarial nacional aos profissionais de enfermagem, bem como os fundamentos contidos na decisão monocrática, que suspendeu tal lei, proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222.

Como visto, o objetivo da medida cautelar consistia em analisar se na previsão da Lei nº 14.434/2022 havia os seguintes problemas: i) vício de iniciativa no processo legislativo; ii) violação à autonomia financeira e orçamentária dos entes subnacionais; e iii) inobservância do princípio da proporcionalidade. A respeito do primeiro ponto, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que haveria dúvida quanto à capacidade da Emenda Constitucional nº 124/2022 convalidar o vício de iniciativa do processo legislativo, mas que essa dúvida seria levada em consideração em outro momento oportuno¹⁹³. Em relação ao segundo ponto, apesar de não ter sido confirmada a violação do pacto federativo, a preocupação com a situação financeira dos entes subnacionais, devido à falta da indicação de uma fonte de custeio para o piso, foi apontada como um dos argumentos que deveria orientar a avaliação do pedido cautelar¹⁹⁴. Por fim, quanto ao terceiro ponto, o Ministro Barroso compreendeu que a instituição do piso geraria dois efeitos, referentes ao risco à empregabilidade dos profissionais de enfermagem e ao prejuízo à manutenção e à oferta de leitos e de serviços hospitalares. Ambos os efeitos demonstravam que os princípios constitucionais da busca pelo pleno emprego e do direito à saúde, assim denominados pelo Ministro Barroso, sofreriam impactos, o que seria incompatível com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo esse um importante argumento levado em consideração no exame preliminar da demanda¹⁹⁵.

Contudo, ao proceder com a decisão, o Ministro Barroso deu destaque ao argumento relacionado aos possíveis impactos negativos que seriam gerados com a instituição do piso

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354848149&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022, p. 17.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 22.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 25.

salarial. Ele concede a medida liminar para suspender a Lei nº 14.434, até que fosse elaborada uma avaliação dos seus impactos sobre a situação financeira dos Estados e Municípios, a empregabilidade dos profissionais da enfermagem e a qualidade dos serviços de saúde oferecidos, utilizando os seguintes argumentos:

No caso, há evidente perigo na demora, tendo em vista a incidência imediata do piso salarial e o alegado risco à prestação dos serviços de saúde, ante a ameaça de demissões em massa e de redução da oferta de leitos hospitalares. No fundo, afigura-se plausível o argumento de que o Legislativo aprovou o projeto e o Executivo o sancionou sem cuidarem das providências que viabilizariam a sua execução, como, por exemplo, o aumento da tabela de reembolso do SUS à rede conveniada. Nessa hipótese, teriam querido ter o bônus da benesse sem o ônus do aumento das próprias despesas, terceirizando a conta¹⁹⁶.

A partir disso, verifica-se que a tomada de decisão estava diante de dois princípios que rodeavam a questão jurídica. De um lado, desejava-se concretizar o princípio da valorização do trabalho humano, por meio da instituição do piso salarial para os profissionais da enfermagem e, do outro, pretendia-se garantir o princípio do equilíbrio fiscal, de forma a assegurar a empregabilidade dos enfermeiros e o direito à saúde.

Entretanto, como observado, apenas o princípio do equilíbrio fiscal foi levado em consideração para proferir a decisão que suspendeu a Lei nº 14.434/2022, e a justificativa para tal escolha se encontrou justamente no argumento de que os possíveis impactos da implementação do piso, gerados sobre a busca pelo pleno emprego e sobre o direito à saúde, causariam mais prejuízos do que ganhos, o que violaria o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que tem por objeto a ponderação.

Dessa forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar a decisão monocrática, utilizou o método da ponderação proposto por Robert Alexy para solucionar o caso jurídico. Conforme o exposto no segundo capítulo do presente trabalho, para o Alexy, é a ponderação dos princípios que soluciona o problema gerado pela colisão entre eles, pois “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁹⁷. Contudo, o método da ponderação dos princípios coloca a questão jurídica sob o argumento da reserva do possível, o qual prevê que a parte apenas pode exigir da sociedade aquilo que é razoável.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354848149&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022, p. 27.

¹⁹⁷ ALEXY, 2011, p. 111.

A ponderação é o método para se encontrar aquilo que seria razoável a se pedir, o que para os tribunais brasileiros se traduziria naquilo que seria financeiramente possível de ser concedido. Nesse caso, para o STF, não havia razoabilidade em manter a instituição do piso salarial dos enfermeiros, em razão dos possíveis impactos que seriam gerados ao equilíbrio fiscal e, conseqüentemente, à empregabilidade desses profissionais e ao direito à saúde. Dessa forma, para o STF, seguindo os ensinamentos de Alexy, a questão jurídica apresentava uma colisão entre os princípios da valorização do trabalho e o da reserva do possível, de maneira que foi necessário ponderar para solucionar o conflito, concedendo, assim, o pedido de medida cautelar.

Isso posto, percebe-se que o método da ponderação, aplicado na decisão proferida na Medida Cautelar nº 7.222, impediu a concretização do direito fundamental social ao piso salarial proporcional à extensão do trabalho, disposto no art. 7º, V, da CF/1988, tornando a sua eficácia dependente da situação em questão, o que fez com que esse direito fundamental fosse completamente relativizado naquele momento, em prol de um argumento de política.

Todavia, para a teoria do Direito como Integridade, proposta por Ronald Dworkin, o raciocínio utilizado para tomar a decisão que suspendeu a Lei nº 14.434/2022 não poderia ser procedido da maneira como ocorreu. Isso porque, inicialmente, o caso não envolveria uma colisão entre os princípios da valorização do trabalho e do equilíbrio fiscal, mas somente uma tensão entre eles, pois, para Dworkin, os princípios são independentes e coerentes, não podendo estar em posição de contradição no debate jurídico.

Além disso, verifica-se que o argumento da reserva do possível não poderia fundamentar a decisão tomada na Medida Cautelar, pois trata-se de um argumento de política, cuja finalidade é justificar decisões que determinam objetivos para uma comunidade. A razão disso se encontra no fato de que, segundo Dworkin, as decisões precisam ser fundamentadas em argumentos de princípios, pois esses justificam a decisão a partir da constatação de que nela há a garantia de um direito individual. A argumentação jurídica fundamentada em princípios estabelece um favorecimento aos direitos individuais, considerados como trunfos pertencentes aos indivíduos contra as decisões justificadas coletivamente e baseadas em argumentos de políticas. Se o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho é um direito individual fundamental, e se esse é considerado um trunfo, o Estado não pode, simplesmente, negá-lo ou violá-lo, pois com base nos ensinamentos de Dworkin, seria errado ignorar um direito individual, sob o argumento de que se assim fosse feito, seriam evitados riscos à garantia da empregabilidade e do direito à saúde, o que geraria benefícios à todos os profissionais da enfermagem, bem como à toda a comunidade que necessita do setor da saúde. Desse modo, os

direitos individuais fundamentais precisam ser respeitados pelas autoridades, pois eles são necessários para proteger o igual interesse e respeito. Assim, argumentos políticos, como o da reserva do possível, não devem fazer parte da argumentação jurídica, muito menos impedir a concretização de um direito fundamental.

Importante destacar ainda que, ao analisar a decisão, observa-se que a Lei nº 14.434/2022 é constitucional quanto à sua previsão, pois a CF/1988 prevê, expressamente, em seu art. 7º, V, o direito ao piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. Esse artigo possui um norte principiológico e, ainda que não estejam enumeradas quais categorias seriam abrangidas pela norma, o que se pretende é a instituição de um piso geral para uma determinada categoria, que não precisa ser mencionada especificamente na constituição. Qualquer categoria profissional que possa ser, juridicamente, assim classificada, está apta a pleitear uma política pública acerca de um piso salarial, sendo isso um direito, ainda que não enumerado.

Isso posto, a discussão quanto a inconstitucionalidade dessa lei deveria ser conduzida pela seguinte alegação: a da ausência da fonte de custeio para a instituição dos pisos salariais. De fato, a lei não aponta de onde sairiam as verbas para que os entes federativos pudessem arcar com as novas despesas. No entanto, o STF tenta solucionar o caso jurídico aplicando o argumento político da reserva do possível, e discorrendo a respeito de um redesenho econômico em torno da distribuição de orçamentos, o que abre espaço para que o próprio tribunal redefina as fontes de custeio diante da omissão legislativa, e assuma a condução das políticas públicas, função que não pertence ao Poder Judiciário, mas ao Poder Legislativo.

Dessa maneira, com base na teoria de Dworkin, como o juiz poderia tomar uma decisão que levasse em conta tanto o princípio da valorização do trabalho, quanto o do equilíbrio fiscal, diante da tensão existente entre eles? A resposta está justamente na elaboração de uma decisão judicial que determinasse o estabelecimento de uma fonte de custeio indicada pelo Poder Legislativo, pois tal mecanismo financeiro seria utilizado para que os entes federativos pudessem arcar com o aumento das despesas decorrentes da instituição dos pisos salariais, sem que houvesse prejuízo aos demais compromissos e atribuições constitucionais determinados a esses entes, e sem que fosse negado o direito ao piso salarial aos profissionais da enfermagem. Trata-se, assim, de uma decisão judicial fundamentada em princípios, e não em política.

Portanto, a reserva do possível não é um princípio constitucional, é um argumento político, que tem a sua função voltada para fundamentar decisões políticas, relacionadas à política pública. Os responsáveis por tomar decisões políticas são os legisladores, que devem elaborá-las através de um processo político, no qual são considerados os interesses e

necessidades da comunidade. No entanto, segundo Dworkin, juízes não são legisladores e, é por essa razão, que o Direito como Integridade exige que eles fundamentem suas decisões em um conjunto coerente princípios, pois eles contribuem para a realização da melhor interpretação dentro da prática jurídica, e para a elaboração de uma decisão justa e equitativa, sem que nenhum dos direitos sociais fundamentais deixem de ser concretizados.

CONCLUSÃO

A reserva do possível é um argumento frequentemente utilizado pelo judiciário brasileiro para negar a concretização de direitos fundamentais sociais, sob a justificativa de que o Estado não possui condições financeiras para arcar com a prestação de tais direitos. E como se pode imaginar, foi justamente esse argumento que constituiu o fundamento para a decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na ADI nº 7.222 – ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal – que suspendeu a Lei nº 14.434/2022, responsável por instituir o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira.

A partir disso, o intuito do presente trabalho consistiu em analisar se o argumento da reserva do possível de fato deveria ter sido utilizado para suspender uma lei, cujo objetivo era concretizar um direito fundamental social e um princípio: o da valorização do trabalho. A análise do problema foi feita a partir do estudo das teorias elaboradas por Robert Alexy e por Ronald Dworkin, que propõem diferentes métodos de como compreender e aplicar as normas, e de como elaborar uma decisão judicial.

Conforme o ponto de vista de Robert Alexy, enquanto as regras são mandamentos definitivos, que fixam algo no âmbito fático ou jurídico, os princípios exercem a função de mandamentos de otimização, pois são “normas que ordenam que algo seja realizado com máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas”¹⁹⁸. Para Alexy, quando há colisões entre direitos fundamentais, há colisões entre princípios, cuja solução pode ser encontrada através do método da ponderação, objeto do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A teoria dos princípios, formulada por Alexy, defende que os princípios precisam ser ponderados, pois, diante de uma colisão são necessários sacrifícios e limites a alguns ou todos os lados de um conflito. É, portanto, o método da ponderação que coloca os princípios sob a ideia de uma reserva do possível, ou seja, de que somente se pode exigir da sociedade aquilo que é razoável ou financeiramente possível, de forma que, caso não seja, o direito pleiteado não poderá ser alcançado. Assim sendo, para Alexy, o método da ponderação trata-se de um procedimento racional, cuja argumentação ali inserida é o caminho para uma decisão mais justa.

No entanto, verifica-se que esse método não traz para o debate jurídico uma argumentação na qual ambas as partes podem ver, de alguma forma, seus direitos sendo concretizados. Pelo contrário, a ponderação mostra que o juiz acaba escolhendo apenas um

¹⁹⁸ ALEXY, 2009, p. 85.

princípio, ou seja, apenas um direito para ser concretizado, ignorando o outro. Nesse sentido, se a questão jurídica envolver o “princípio” da reserva do possível e o da valorização do trabalho, esse somente será realizado se o Estado possuir a capacidade financeira para tal finalidade. Caso o juiz entenda que não há capacidade financeira, o princípio da valorização do trabalho é deixado completamente de lado e não fará parte da fundamentação da decisão judicial.

Isso posto, destaca-se uma importante crítica feita por Jürgen Habermas: considerar que princípios são preceitos ou valores de otimização, faz com que eles percam o caráter deontológico de sua validade, isto é, o poder de reivindicar sua obrigatoriedade, e assumam o caráter axiológico, reivindicando apenas sua preferência. À vista disso, a ponderação enfraquece a força normativa dos direitos fundamentais, pois esses seriam apenas valores, ausentes de rigorosidade como as normas, sendo permitido que a eficácia do princípio varie a depender do caso.

Assim sendo, percebe-se que a ponderação restringe a possibilidade de concretização de direitos fundamentais, ao admitir que esses sejam relativizados em benefício de argumentos de política, como o da reserva do possível. Além disso, esse método traz de volta a ideia da discricionariedade tanto defendida na teoria positivista, pois, para Alexy, o juiz é a única figura que participa do discurso jurídico e, dessa forma, é ele quem se encarrega do peso dos argumentos que farão parte do discurso e que justificarão a decisão judicial final.

Por outro lado, conforme o ponto de vista de Ronald Dworkin, as regras são padrões válidos ou inválidos, aplicados à decisão jurídica pelo modo do tudo-ou-nada, enquanto os princípios são padrões que orientam os argumentos à uma direção, além de serem formas de exigirem a justiça e a equidade. Para Dworkin, diferentemente do que ocorre no método da proporcionalidade, no qual é possível utilizar um argumento político, as decisões jurídicas têm que ser elaboradas com fundamento em argumentos de princípios e não de política. Isto porque, os argumentos de princípio são baseados em direitos e justificam uma decisão ao identificar que ela respeita ou garante um direito individual, enquanto os argumentos de política têm como principal objetivo justificar uma decisão política demonstrando que ela determina objetivos a serem atingidos em prol de uma comunidade. Desse modo, os argumentos de princípios privilegiam os direitos individuais fundamentais, que são trunfos pertencentes aos indivíduos contra decisões baseadas em argumentos de política, pois, para Dworkin, é errada a ideia de que direitos individuais fundamentais podem ser negados ou violados, sob a alegação de que isso geraria benefícios para a comunidade.

Dessa maneira, Dworkin defende que o Direito tem que ser compreendido como integridade, isto é, como um sistema no qual o direito é desenvolvido e interpretado com fundamento em princípios. A integridade exige que a estrutura do direito seja reconhecida pelos juízes como um conjunto coerente de princípios de justiça, equidade e devido processo legal, de forma a extrair a melhor interpretação do direito e a proporcionar que a pretensão de cada indivíduo seja atendida de forma justa e equitativa.

Além disso, para Dworkin, quando os juízes se deparam com casos difíceis, é necessário que eles compreendam que fazem parte de uma complexa cadeia de interpretação e ajam como romancistas, devendo realizar a leitura de tudo aquilo que já foi decidido de forma semelhante ao caso que precisa ser julgado. Dessa forma, cabe ao juiz interpretar, adequando os fatos antigos e os justificando, e dar continuidade à resolução da questão jurídica, com base naquilo que acredita ser a melhor direção para solucionar a demanda. Logo, de acordo com a teoria do Direito como Integridade, o juiz deve julgar cada caso a partir de todas as circunstâncias consideráveis a ele, e de uma interpretação coerente dos princípios, limitando, assim, o exercício do poder discricionário.

Nessa lógica, se os princípios são coerentes, não há como considerá-los contraditórios ou dizer que entre eles há uma colisão, mas somente uma tensão. A partir disso, é preciso que seja encontrado um lugar na interpretação para os princípios, sem que nenhum seja negado, o que é feito a partir de uma subordinação de um princípio menos poderoso a outro mais poderoso, além de que, no decorrer da interpretação, é preciso que o juiz encontre a única resposta correta capaz de resolver o caso jurídico.

Sendo assim, de acordo com a teoria do Direito como Integridade, os direitos fundamentais não são relativos e precisam ser respeitados, de maneira que argumentos políticos não devem fazer parte das decisões jurídicas, a fim de gerar obstáculos para a concretização de tais direitos. Argumentos de política devem ser analisados pelos legisladores, pois são os responsáveis por elaborar decisões políticas a respeito de política pública. Os juízes, no entanto, não são legisladores, de forma que suas decisões devem ser fundamentadas em argumentos de princípio, pois estes contribuem para realização da melhor interpretação jurídica, devendo ser observados como elementos essenciais para elaborar decisões mais justas e equitativas.

Portanto, à vista do exposto, o argumento da reserva do possível não deveria ter sido utilizado para fundamentar a decisão que suspendeu a Lei nº 14.434/2022, obstaculizando a concretização do direito fundamental social ao piso salarial à categoria dos profissionais de enfermagem. O problema desse argumento é que ele, sob a alegação de que faltam recursos públicos e previsão orçamentária, além de impedir a efetivação de um direito fundamental,

concede abertura para que o Poder Judiciário redefina as fontes de custeio, função que pertence ao Poder Legislativo. Isto significa dizer que o argumento da reserva do possível, aliado ao método da ponderação, conduz à mistura do direito e da política, abrindo espaço para a judicialização da política. Entretanto, trata-se de uma perspectiva incorreta de tomada de decisão, pois políticas públicas não devem ser judicializadas para o Poder Judiciário decidir o que ele quiser em termos de política pública.

Verifica-se, assim, que a teoria proposta por Alexy transfere para o Poder Judiciário a condução das políticas públicas, pois, para o autor, o juiz é o único participante da argumentação jurídica. E quando se tem um sistema de governo, onde é a corte, mesmo a pretexto de ser a corte constitucional, que desenha as políticas públicas, o governo passa a estar nas mãos do Poder Judiciário e não mais nas do sistema representativo, o que pode gerar problemas para o próprio sistema democrático do país.

Dessa forma, com base na teoria de Ronald Dworkin, o que o Supremo Tribunal Federal deveria ter feito diante da tensão entre o princípio da valorização do trabalho e o do equilíbrio fiscal, não era proferir uma decisão que fizesse uma ponderação entre eles, mas sim que se fundamentasse neles, o que poderia ser alcançado através da elaboração de uma decisão que determinasse o estabelecimento de uma fonte de custeio. Assim, ambos os princípios seriam respeitados e nenhum direito fundamental seria negado.

Conclui-se que a teoria do Direito como Integridade é a que melhor se adequa a resolver os problemas relacionados à interpretação e aplicação do Direito, e a contribuir com a manutenção da força deontológica da Constituição, garantindo a concretização dos direitos fundamentais por meio de decisões justas, além de propor que juízes e legisladores tenham, cada um, a sua forma de decidir de acordo com suas próprias funções. Exigir que argumentos políticos, como o da reserva do possível, não sejam utilizados na fundamentação das decisões judiciais evita com que a condução das políticas seja entregue a um poder que não foi desenhado para tal atribuição, e que o direito seja reduzido à política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. HECK, Luís Afonso (Org.). 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi, LOPES, Mônica Sette. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BACKES, Dirce Stein *et al.* O papel profissional do enfermeiro no Sistema Único de Saúde: da saúde comunitária à estratégia de saúde da família. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 17, n. 1. 24 jan. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/B4YNT5WFyKmn5GNGbYBhCsD/?lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2022.

BICCA, Carolina Scherer. *O ativismo judicial no controle das políticas públicas: o caso da assistência social no Brasil*, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* - 35. ed., atual. - São Paulo: Malheiros, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 11/2022*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2182697&filename=PEC%2011/2022%20\(Fase%201%20-%20CD\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2182697&filename=PEC%2011/2022%20(Fase%201%20-%20CD)). Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 124/2022*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc124.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação de Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000*. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp103.htm. Acesso em 15 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.434, 4 de agosto de 2022*. Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14434.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei nº 2.564, de 2020*. Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8109743&ts=1669754231964&disposition=inline>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 set. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354848149&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022, p. 10-11.

Câmara aprova primeiro piso salarial para profissionais de Enfermagem. *Cofen, 2022*. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/camara-aprova-primeiro-piso-salarial-para-profissionais-de-enfermagem_98751.html. Acesso em: 11 dez. 2022.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *REVISTA DA PGE-SP*, v. 83, p. 57-80, 2016.

DA SILVA SENS, Sheila Catarina. A teoria interpretativa de Dworkin: Um modelo construtivo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 16, n. 31, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores* - 18. ed. - São Paulo: LTr, 2019.

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

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. - São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. - São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*. The University of Chicago Law Review, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* - 9º. ed., rev. ampl. e atual., - Salvador: Juspodivm, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Tradução de W. Rehg. Cambridge: Polity, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza. jun, 2010.

Por unanimidade, Senado aprova piso nacional da Enfermagem. *Cofen*, 2021. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/por-unanimidade-senado-aprova-piso-nacional-da-enfermagem_93804.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

Promulgada emenda do piso nacional da Enfermagem. *Cofen*, 2022. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/promulgada-emenda-do-piso-nacional-da-enfermagem_100788.html. Acesso em: 11 dez. 2022.

Proposta insere piso salarial da enfermagem na Constituição. *Câmara dos Deputados*. Agência Câmara de Notícias, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/887983-proposta-insere-piso-salarial-da-enfermagem-na-constituicao/>. Acesso em: 11 dez. 2022.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 19. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Ponderação versus integridade: o novo Código de Processo Civil Brasileiro e os marcos teóricos de Robert Alexy e Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 42, n. 1, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Senado aprova PEC 11 por unanimidade. *Cofen*, 2022. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/senado-aprova-pec11-por-unanimidade_99619.html. Acesso em: 11 dez. 2022.

SIMIONI, R. L. Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 2, e215104, 2021.

STECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.