

O trágico na ação de decisão sobre a eficácia dos direitos sociais: uma questão de legalidade ou de consciência?

Leandro da Silva Carneiro

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Resumo

A aplicabilidade dos direitos sociais ainda é um tema de muitas possibilidades no direito brasileiro que, com o passar dos anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, vem se consolidando no sentido de proteção efetiva do mínimo existencial, compelindo o Poder Público a agir ou reagir em benefício de um direito social exigido individualmente enquanto direito subjetivo público. Essa conquista social que se radica enfrenta, ainda, diversas barreiras - hodiernamente mais políticas do que jurídicas - que são os limites atribuídos a esses direitos. O limite financeiro (reserva do possível) é utilizado como contra-argumento de determinado direito social quando o caso concreto apresenta direitos concorrentes e, muitas vezes, cerca o julgador em um cenário em que qualquer que seja a decisão proferida a consequência será danosa a, pelo menos, um dos envolvidos no caso, ao que remete ao trágico na ação de decisão (escolhas trágicas). A proposta deste trabalho é apresentar o que se entende por argumento forte nas decisões dessa demanda e como deve ser a postura do magistrado ao proferir sua convicção diante do caso trágico que lhe é apresentado. A pesquisa tem por base, principalmente, as filosofias jurídicas de Ronald Dworkin e de Paul Ricoeur.

Palavras-Chave: Direitos sociais; escolhas trágicas; argumento de princípio; decisão consciente.

Abstract

The applicability of social rights is a theme still open to many possibilities under Brazilian law, which, since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, has been paving the way towards the effective protection of an existential minimum, compelling public authorities to act or react in favor of a social right individually demanded as a public subjective right. This social achievement, which is gradually taking roots, still faces several obstacles - nowadays, more political than legal ones - in the limits attributed to those rights. The budgetary limit (precondition of the possible) is used as a counterargument against a certain social right when the case in hand confronts two competing rights, and this often encloses the judge in a scenario where, whatever the decision reached, the consequence will be harmful to, at least, one of the parties to the case, which brings us to the tragic in the act of decision-making (tragic choices). The purpose of the present study is to delineate what can be understood as a strong argument in decisions of this kind and what must be the judge's approach in passing her sentence on a tragic case brought before her. The research is mainly based on the legal philosophy of Ronald Dworkin and Paul Ricoeur.

Keywords: Social rights; tragic choices; arguments of principle; conscious decision-making.

Ementa: Introdução; 1. Os Direitos Sociais num cenário evolutivo; 2. A escolha trágica na decisão sobre a eficácia dos direitos sociais; 3. Minimizando o trágico e maximizando o princípio; 4. A decisão judicial consciente; Conclusão; Referências.

Introdução

A temática que envolve os direitos sociais, com a evolução dos direitos humanos na consciência social, ganha contornos cada vez mais eficazes, no sentido de alcançar o longo conteúdo do princípio público da eficiência. Atualmente, a discussão mais voraz é aquela referente à aplicabilidade de tais direitos, isto é, se são considerados diante de um caso concreto direitos subjetivos públicos ou simplesmente direitos de eficácia diferida.

As correntes do pensamento filosófico do Direito que caminham no sentido evolutivo da justiça social primam pela concretização dos direitos dessa natureza, com argumentos cada vez mais fortes na tentativa de amadurecer as teses programáticas para torná-las pragmáticas. Em contrapartida, permanecem alguns defensores de um arraigado positivismo normativo que, sob o argumento da segurança jurídica, desconsideram o princípio da dignidade humana na perspectiva do mínimo existencial e defendem com mãos fortes os limites dos direitos sociais.

Essa dualidade reinante na hermenêutica jurídica contemporânea já foi objeto de variadas pesquisas, geradoras de farto material de estudo para os operadores do Direito e das ciências sociais, bem como para os gestores públicos responsáveis por essas políticas públicas. O objetivo desta pesquisa, no entanto, é avaliar o conceito do trágico quando se está diante de um caso difícil envolvendo direitos sociais e extrair um argumento afeito à Constituição Federal brasileira de 1988 sobre como devem pautar as decisões judiciais nesses casos, a partir de uma relação que se pretende estabelecer entre os argumentos da teoria moralista jurídica de Ronald Dworkin, sobretudo aqueles referentes ao argumento pautado em princípios, e as lições de Paul Ricoeur sobre legalidade e consciência.

Inicialmente, serão apresentados em síntese alguns dos principais tópicos que envolvem os direitos sociais. Na sequência, a abordagem sondará algumas características da tragédia, especialmente da ação trágica, termo que vem se consolidando em julgados envolvendo a aplicabilidade dos direitos sociais. O passo seguinte releva a importância dos princípios como argumento nas decisões dessa natureza, finalizando com a análise de um conceito forte de julgamento consciente, que se aproxima daquilo que Ricoeur denomina convicção.

1. Os Direitos Sociais num cenário evolutivo

A segunda dimensão dos direitos humanos suscita uma série de perspectivas e desafios para os Estados que já avançaram ou estão em desenvolvimento de sua implantação. Como afirma José Magalhães

Os direitos sociais constituem o segundo grupo de direitos que compõem os Direitos Humanos. São direitos fundamentais que vêm se somar aos direitos individuais, oferecendo meios para que todos possam ser livres, e não apenas alguns. Marcam eles uma mudança de comportamento do Estado, que passa a se preocupar com o bem-estar social. [...] O Estado passa então a planificar, regular, dirigir, controlar e supervisionar a vida socioeconômica. Com o Estado Social e os direitos sociais como novos direitos fundamentais, o coletivismo e o individualismo passam a viver lado a lado. (MAGALHÃES, 2008, p. 157-158).

A finalidade dos direitos sociais é garantir a qualidade de vida das pessoas e, para tanto, as correções de desigualdades sociais, a promoção da inclusão social (justiça social), o aumento de riqueza, a distribuição de renda e o tão almejado bem-estar social. Essa gama de direitos reclama atividades positivas¹ do Estado, da própria sociedade e do próximo para proporcionar ao homem certos bens e condições.

À medida que os direitos humanos incorporam-se à cultura social de determinado povo, o modelo daquele Estado sofre direta influência das diretrizes que emanam desse novo *ethos* jurídico-político-cultural. A Constituição Federal brasileira de 1988, nesse sentido, compõe-se por princípios que partem de valores sociais e positiva uma série de direitos humanos sociais, cujo rol exemplificativo está expresso em seu art. 6º, o qual já sofreu três inclusões de 1988 a 2015. A redação atual dispõe que “*São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”. (BRASIL, 2018a).

A temática extensa dos direitos sociais envolve uma série de assuntos circundantes, os quais não serão exaustivamente abordados neste artigo, em razão de toda a complexidade e amplitude que demandaria tal análise, os quais seguem como sugestão para estudo de forma pormenorizada de cada item, cujos principais tópicos são: 1. *Os direitos sociais em espécie*: educação; saúde; alimentação; trabalho; moradia; transporte; lazer; segurança pública; previdência social; e assistência social. 2. *Natureza jurídica dos direitos sociais*: direitos de segunda dimensão; direitos econômicos, sociais e culturais; direitos prestacionais; direitos ou liberdades positivas; direitos que se ligam ao direito de igualdade material. 3. *Temas correlatos*: Constituição dirigente; normas programáticas; constituição simbólica; mínimo vital/existencial; reserva do possível; vedação ao retrocesso; ativismo judicial; ações afirmativas. Além dessas descrições, é importante estudar as filosofias políticas características do modelo de Estado social e as teorias de justiça de grande expressão.

O avanço da proteção dos direitos fundamentais, além de influenciar diretamente no modelo de Estado concebido, também tipifica as políticas públicas (prioritárias ou não). O surgir dos direitos fundamentais de 2ª dimensão (no pós 1ª Guerra Mundial) ganhando o corpo das constituições pelo mundo, no sentido de ecoar a necessidade de que o Estado implemente

¹ Os direitos sociais são conhecidos como direitos à prestação, ou direitos prestacionais. Isso porque “*exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes*”. (TAVARES, 2008, p. 769).

políticas públicas que atendam aos anseios sociais, cujas espécies estão descritas acima, levou o jurista português J. Canotilho a desenvolver a tesa da Constituição Dirigente².

O principal objetivo do Estado Social é promover o bem de todos (bem-estar social), ou seja, a justiça social. A promoção da justiça social demanda políticas públicas que buscam proporcionar a cada pessoa um direito igual ao mesmo sistema extenso de liberdades básicas e iguais para todos e a diminuição das desigualdades sociais e econômicas. Destarte, para que o Estado consiga atingir a esses fins, é fundamental que possua recursos (estrutura, pessoas, finanças). Para atingir a sua indeclinável tarefa - a inclusão social - o Estado Social é compelido cada vez mais a garantir o sistema de direitos dessa natureza, cujo custo é demasiadamente alto se o Estado for o protagonista exclusivo de tais demandas.

Mas, como poderá o Estado Social continuar a desempenhar esta função de inclusão, num contexto global de progressiva carência de meios financeiros? [...] algumas das críticas mais persistentes contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a essa ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir. (CANOTILHO, 2008, p. 255).

Essa situação implica em resistências incessantes no que tange à eficácia³ dos direitos sociais, cuja aplicabilidade não se equipara com aquela atribuída aos direitos individuais de liberdade (de primeira dimensão).

A positivação dos direitos sociais, principalmente na Constituição, ocasiona o entrelaçamento do Direito com as políticas públicas e, com isso, nascem os problemas jurídicos e políticos da concretização (efetividade) desses direitos. A principal discussão decorrente dessa positivação recai sobre a natureza jurídica das normas constitucionais de direitos sociais, isto é, concluir se os direitos sociais previstos na Constituição são direitos subjetivos ou não.

Nessa seara de discussão, J. Canotilho apresenta 04 modelos (possibilidades) de positivação dos Direitos Sociais: 1. *normas sociais como normas programáticas*: princípios definidores dos fins dos Estado, com natureza eminentemente política (pressão política sobre os órgãos competentes para sua concretização); 2. *normas sociais como normas de*

² “A Constituição, então, passa a desempenhar um importante papel de determinação do plano de direção e de transformação da implementação de políticas públicas na ordem socioeconômica. Por isso mesmo, é no constitucionalismo do Estado Social que podemos registrar o surgimento das chamadas **normas programáticas** que irão dispor sobre os direitos sociais e dos direitos econômicos, principalmente, buscando dar-lhes efetivação”. (FERNADES, 2011, p. 54).

³ “Em alguns países, como Espanha e Portugal, existe, por escolha do próprio constituinte, uma distinção bem nítida entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sendo que apenas aos primeiros foi conferido um tratamento processual privilegiado. Daí por que para muitos juristas portugueses e espanhóis os direitos sociais, previstos nas constituições dos respectivos países, não são considerados como direitos fundamentais”. (MARMELSTEIN, 2009, p. 175).

organização: têm por finalidade atribuir competências aos órgãos públicos para a realização dos direitos sociais. Assim como as normas programáticas, a sua não realização não impõem qualquer tipo de sanção aos órgãos competentes; 3. *normas sociais como garantias constitucionais*: apresentam o início de vinculação dos órgãos públicos à realização dos direitos sociais, na medida em que dirigem ao legislador a obrigatoriedade de se respeitar ao menos a essência daquele direito⁴; e 4. *normas sociais como direitos subjetivos públicos*: nessa perspectiva, os direitos sociais assumem, além de imposições ao legislador, o caráter de exigibilidade pelo seu titular. E conclui que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. “*Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que essas forem necessárias para a efetivação desses direitos*”. (CANOTILHO, 2003, p. 478).

A tríade emblemática dos direitos sociais – direito, políticas públicas e efetividade – ocasiona uma série de dificuldades no plano normativo-concretizador, ensejando o angustiante paradoxo, bem sintetizado por George Marmelstein:

se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm o risco de ser transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (MARMELSTEIN, 2009, p. 311).

Esse paradoxo tornou-se realidade institucionalizada devido à crescente *força normativa da Constituição*⁵, que atribui realce à “vontade” da Constituição. Da normatividade constitucional decorre o Princípio da Máxima Efetividade, o qual consiste em atribuir na interpretação das normas constitucionais o sentido de maior eficácia (efetividade social), utilizando todas as suas potencialidades. O que se observa, no entanto, é que da positivação constitucional dos direitos sociais emanam as diferenças entre *texto e realidade constitucional*. Apesar do relevante papel político-ideológico, o texto constitucional não é suficiente para

⁴ Em que pesem as divergências sobre a natureza jurídica das normas constitucionais acerca dos direitos sociais, é assente, no entanto, que tais direitos positivados na Constituição possuem ao menos dimensão objetiva, no sentido de impedir que surjam leis que os contrariem (vício da inconstitucionalidade) e no sentido de impor ao legislador os parâmetros para sua função legisferante sobre o tema, cuja omissão também será inconstitucional (inconstitucionalidade por omissão).

⁵ Normatividade da Constituição: “*Uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Vigoravam a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle*” (BARROSO, 2010, p. 197-198).

concretizar tal norma de forma generalizada. Essa digressão levou Marcelo Neves a construir a tese do *Constitucionalismo Simbólico*, que tem por características principais, na sistematização de Pedro Lenza: a) confirmação de valores sociais; b) demonstração da capacidade de atuação do Estado; e c) adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. (LENZA, 2011, p. 78).

O Princípio da Máxima Efetividade demanda do Poder Judiciário postura mais ativa em favor dos direitos sociais. Isso eclode em uma das mais intensas discussões dentro do direito constitucional, que é saber se os direitos sociais, aqueles direitos fundamentais que emitem comandos prestacionais (deveres de implementação) podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem uma prévia intervenção legislativa. Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação de poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes). (MARMELSTEIN, 2009, p. 311).

O desenvolvimento social está diretamente vinculado à maturidade da Constituição, no que diz respeito à sua eficácia. Nesse percurso evolutivo, inúmeras ações são testadas, muitas com resultados positivos, outras, todavia, encerrando frustrações e arrependimentos. Uma dessas ações que estão em pleno vigor, na tentativa de concretização dos direitos sociais é a chamada atuação direta do Poder Judiciário nas políticas públicas (judicialização da política), cujo fenômeno vem sendo tratado como *ativismo judicial*.

[...] este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. [...] Neste quadro de escassez, não há como realizar ‘hic et nunc’, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridade dentre várias demandas igualmente legítimas. Por isso, a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente deslocativa. (SARMENTO, 2009, p. 373-374).

O que se observa é que fazer as escolhas trágicas não é tarefa fácil para o administrador público nem tampouco para o julgador, demandando alto nível de prudência prática, para melhor se adequar os direitos em conflito nas políticas públicas e em casos individuais concretos. A tragédia faz-se presente em não raras demandas onde se observa a angustiante

necessidade de se optar por um ou por outro “direito em jogo”, cujo resultado sempre ocasionará danos severos a uma das pretensões.

2. A escolha trágica na decisão sobre a eficácia dos direitos sociais

A proporção em que se podem chegar os direitos sociais para garantir a vida boa de todos os membros da sociedade é demasiadamente abrangente, seja na perspectiva de um determinado povo ou ainda mais se num prospecto inclusivo, na dimensão da humanidade como um todo. Isso porque na perspectiva ideológica liberal-igualitária⁶, viver bem tem uma dimensão social, na qual a vida que levamos deve contemplar o modo como cada pessoa vive e isso só é possível se os recursos forem distribuídos de maneira compatível a esse modo de vida. Em suas ações políticas visando a melhor e mais justa distribuição dos recursos e oportunidades para que todos possam contemplar o bem-estar, o Estado muitas vezes se depara com a necessidade de se realizar escolhas, as quais acontecem nas ações dos poderes estatais, não apenas do Poder Executivo, mas também nas ações dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O limite do presente estudo está na decisão do Poder Judiciário, em especial nas demandas que envolvem os direitos sociais. A decisão é uma ação e, assim como todas as ações, é ilimitada, imprevisível e irreversível, como discorre Hannah Arendt.

A ação, embora possa provir de nenhures, por assim dizer, atua em um meio no qual toda reação se converte em reação em cadeia, e no qual todo processo é causa de novos processos. Como a ação atua sobre seres que são capazes de realizar suas próprias ações, a reação, além de ser uma resposta, é sempre uma nova ação que segue seu curso próprio e afeta os outros. Assim, a ação e a reação entre os homens jamais se passam em um círculo fechado, e jamais podem ser restringidas de modo confiável a dois parceiros. [...] Além disso, seja qual for o seu conteúdo específico, a ação sempre estabelece relações, e tem, portanto, a tendência inerente de romper todos os limites e transpor todas as fronteiras. (ARANDT, 2017, p. 236).

A expressão “escolhas trágicas” utilizada em alguns julgados retrata bem o núcleo da concepção do trágico na ação, pois a tragédia⁷ envolve diretamente as relações existenciais do indivíduo ou da sociedade, fruto das últimas consequências da ação intrigante. Em alguns casos judiciais, o julgador irá se deparar com situações que demandarão uma escolha, cuja lástima

⁶ O Estado não pode, na concepção dos liberais éticos, definir uma fórmula para a concepção de bem viver, pois vivemos em sociedades eticamente pluralistas, onde as pessoas discordam acerca de como viver bem, concretamente. Para essa concepção, justiça distributiva é uma questão de quais recursos as pessoas têm e não de qual bem-estar alcançam com tais recursos. (DWORKIN, 2005, p. 388-390).

⁷ A tragédia não trata das qualidades dos homens, mas dos acontecimentos relacionados a eles, a suas ações, suas vidas, sua boa ou má sorte e o conteúdo da tragédia não é, portanto, o que chamaríamos de personagem, mas sim a ação ou a intriga. (ARANDT, 2017, p. 232).

será sentida de qualquer forma por um ou por outro(s) envolvido(s) na relação jurídico-processual, agravada com consequências decorrentes da decisão (escolha) que sequer foram imaginadas pelo julgador.

O trágico na ação está, portanto, no pressuposto de que a ação humana incontornavelmente envolve nossa capacidade de desencadear eventos cujas consequências escapam amplamente a nossos propósitos e motivos - os quais também em grande medida nos escapam. Assim, a ação está sempre exposta ao risco e à infortuna, de modo que a capacidade de iniciar algo novo é sempre tributária de uma relação reconciliada com o passado. (CORREIA, 2011, p. 69).

O sofrimento e a denúncia desse sofrimento até as últimas consequências (morte) são os elementos que acompanham a evolução do conceito de trágico desde os teatros gregos⁸. Denúncias de situações de violências institucionais, sofridas individualmente, fazem parte da história da humanidade, o que remete, muitas vezes, à perfeita sintonia entre literatura, teatro e a própria vida. No campo social, as violências sociais não são escassas e se apresentam à sociedade como verdadeiras tragédias sofridas individual e coletivamente. *“A variante contemporânea da tragédia denuncia, sempre por meio de pobres personagens marcadas como vítimas exemplares, a violência institucional contida nas contradições da formação econômica e política manipulada por centros esotéricos de decisão”*. (PUPPI, 1981, p. 44).

O conteúdo da tragédia e até mesmo o seu principal fundamento (o que era de caráter religioso adentrou-se, também, nos campos político e social) pode ter sofrido alterações com o avanço da sociedade, mas muitas violências institucionais ainda permanecem, dentre elas a morte de indivíduos ou de coletividades (mistanásia) ocasionada pela ausência de bens primários para a sobrevivência.

O estudo da tragédia em sua natureza e em sua história, segundo Ubaldo Puppi, autoriza tirar as seguintes conclusões:

1. Existe uma característica existencial do fenômeno denominado trágico.
2. Os componentes existenciais do fenômeno trágico se revelam indissolavelmente relacionados com componentes externos, que são de ordem contextual ou institucional, e pelos quais são desencadeados.
3. O conjunto dos componentes externos do fenômeno trágico variou no correr da história da tragédia, acompanhando grosso modo as variações da própria história das ideologias: de mítico-religiosa na origem, se estende e se substitui gradualmente pelo “político”, numa primeira passagem, e pelo “social”, numa segunda passagem.
4. Obviamente, certos componentes existenciais do fenômeno trágico também sofreram alterações, enquanto

⁸ Como analisa Ubaldo Puppi, a tragédia é uma arte da denúncia: *“denúncia pelo sofrimento até as últimas consequências, eis o complemento definidor da situação trágica. Na íntegra: situação de violência institucional, sofrida individualmente até as últimas consequências como denúncia”*. (PUPPI, 1981, p. 43).

outros permaneceram inalterados. Inalterado permanece o “sofrer as conseqüências de modo exemplar”, isto é, “até as últimas conseqüências, como denúncia”; alteradas, em cada passagem, serão as relações existenciais (individuais e sociais) provocadas a partir de contextos, quer “mítico-religioso”, quer “político”, quer “social”. (PUPPI, 1981, p. 44).

O que se observa com o estudo do trágico é que a tragédia possui uma certa capacidade de libertação⁹ do ser humano, quando se vê suas paixões representadas nas artes. Essa libertação ou purificação – catarse (estado de purificação da alma experimentada pela plateia através das diversas emoções transmitidas no drama) – faz com que a vítima do destino, ou personagem trágica, sempre acabe concebida como herói.

Na comparação com as decisões políticas ou jurídicas que traduzem efetividade aos direitos sociais observa-se a moral pública “purificada” e o julgador visto com aplausos em sua decisão. Esse cenário atual de ativismo judicial encontra limites que merecem avaliações fortes, mas que não podem ser prevaletentes por um dogmatismo impeditivo de se saber se a “decisão heroica” implicaria, num futuro até mesmo breve, na construção de um Estado melhor para todos, na esteira do patriotismo constitucional de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Não é novidade a ação do Poder Público de se realizar escolhas trágicas, isto é, investir em um determinado setor, deixando de investir em outros, fazendo com que alguns direitos, interesses e valores sejam priorizados com sacrifício de outros. E assim ainda permanecerá por algum tempo, sem se ter a certeza de que a decisão tomada foi realmente a melhor escolha. Como a humanidade sempre soube, é impossível neutralizar o ônus da imprevisibilidade e da irreversibilidade da ação, produto humano. Como enfatiza Arendt,

Os homens sempre souberam que aquele que age nunca sabe completamente o que está fazendo; que sempre vem a ser “culpado” de conseqüências que jamais pretendeu ou previu; que, por mais desastrosas e imprevisas que sejam as conseqüências do seu ato, jamais poderá desfazê-lo; que o processo por ele iniciado jamais se consuma inequivocamente em um único ato ou evento, e que seu verdadeiro significado jamais se desvela para o ator, mas somente à mirada retrospectiva do historiador, que não age. (ARENDR, 2017, p. 289).

A história, até então, vem demonstrando que as decisões judiciais pautadas em princípios são auxiliares na evolução das políticas públicas, tornando o objeto de proteção dos direitos sociais ainda mais abrangente. Todo ato decisório, seja ele político ou jurídico, na esteira de tornar concreto algum direito social precisa estar direcionado ao mundo em que se

⁹ Se o trágico nas tragédias pode suscitar algum tipo de deliberação, essa toma o caminho das paixões, a fim de purificá-las. (EYLER, 2014).

pretende viver e não, apenas, ficar limitado ao que se vive hoje. Dar concretude aos direitos dessa dimensão nas batalhas que vem se travando atualmente, demanda, como nas fábulas gregas, personagens que se comportem a fim de provocar temor e compaixão para a purificação (catarse).

3. Minimizando o trágico e maximizando o princípio

O trágico na ação de decisão sobre a efetividade dos direitos sociais, sobretudo os mais básicos, aqueles que formam o conjunto fundamental de uma vida digna (mínimo existencial), possui guarida muito mais no argumento de política do que no argumento de princípio. A crítica que ainda persiste às decisões do Poder Judiciário em demandas sociais é muito mais adstrita à judicialização da política, quando o chamado ativismo judicial pauta-se em política no sentido estrito, para proferir suas decisões e não em princípios.

Os conceitos de Ronald Dworkin embasam a assertiva:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. [...] Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2010, p 36).

Para o citado autor, os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Já os argumentos de princípio, por sua vez, justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo¹⁰. (DWORKIN, 2010, p. 129).

Os argumentos de política são encontrados no justo ponto dos direitos preferenciais, enquanto os argumentos de princípio estão mais adequados aos direitos institucionais¹¹. Na esteira dos direitos sociais, a normatividade constitucional, pautada no princípio da máxima efetividade, colocam esses direitos no patamar de institucionais. Deixam de ser direitos

¹⁰ É importante mencionar que, como afirma Dworkin, estes dois tipos de argumento, apesar de serem os fundamentos essenciais da justificação política, não esgotam tal argumentação. “*Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio*”. (DWORKIN, 2010, p. 130).

¹¹ Na análise de Dworkin, enquanto os direitos preferenciais fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, os direitos institucionais oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica. (DWORKIN, 2010, p. 145).

abstratos ou preferenciais e passam a ser concretos, pois institucionalizados. Isso é pacífico no cenário jurídico nacional. As discussões persistem quanto à amplitude da eficácia, cuja estratégia de mitigação até então utilizada foi a adoção da tese das normas programáticas, enquanto de eficácia limitada, isto é, normas constitucionais de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. Ocorre que, com o passar dos anos, contando-se 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, o avanço legislativo se fez sentir e o respeito à dignidade humana caminha o sentido mais largo da estrada evolutiva. Essa almejada evolução legislativa foi *pari passu* construindo a complementação das normas tidas como de eficácia limitada, a exemplo das leis que instituíram o Sistema Único de Saúde (SUS), disciplinaram os regimes de previdência social e organizaram a assistência social no Brasil, munindo o Poder Judiciário de inúmeros direitos concretos e não mais apenas abstratos.

Os políticos e os juízes devem estabelecer um compromisso entre direitos abstratos e direitos concretos. A Constituição evidencia os direitos abstratos em seus propósitos, muitos dos quais estão expressos em forma de objetivos, a exemplo do art. 3º, base inclusive de uma teoria política, em tese, adotada pelo povo brasileiro. Esse compromisso deve pautar-se no “olhar o passado”, a fim de corrigir os equívocos gerados pelas ações (tomadas de decisão) de outrora, cujas consequências também são sentidas agora (efeito duradouro), mas, principalmente, “voltar-se para o futuro”, para que as promessas dos direitos abstratos se tornem concretas, evitando-se as ínsulas de desilusão e insegurança.

Perdão e promessa devem circunscrever o ato decisório acerca dos direitos sociais. Dar efetividade aos direitos é cumprir a promessa e garantir a segurança jurídica e social. Isso porque, retomando as alusões à Hannah Arendt, a única solução possível para o problema da irreversibilidade da ação, ou seja, da impossibilidade de se desfazer o que se fez, embora não se soubesse nem se pudesse saber o que se fazia, é a faculdade de perdoar. Já a solução para o problema da imprevisibilidade da ação, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e cumprir promessas.

As duas faculdades formam um par, pois a primeira delas, a de perdoar, serve para desfazer os atos do passado, cujos “pecados” pendem como espada de Dâmoques sobre cada nova geração; e a segunda, o obrigar-se através de promessas, serve para instaurar no futuro, que é por definição um oceano de incertezas, ilhas de segurança sem as quais nem mesmo a continuidade seria possível nas relações entre os homens – para não mencionar todo tipo de durabilidade. (ARENDR, 2017, p. 293).

As ações afirmativas são exemplos de desenlace dos atos errôneos do passado e a concretude dos direitos sociais é o comprometimento – o que supera a promessa – de se fazer a coisa certa.

O ativismo judicial é um importante instrumento para a concretização de direitos, mas ele não impede o trágico da decisão, isso por estar diante de casos difíceis (*hard cases*). Nos casos difíceis, na perspectiva de Dworkin, as decisões judiciais devem ser caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas, e os juízes precisam decidir os casos dessa natureza por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos, os quais devem ser institucionais (que decorrem de instituições legítimas) e não preferenciais e devem ser jurídicos em vez de outros tipos de direitos institucionais (DWORKIN, 2010, p. 158).

Mesmo já ocupando o patamar de direitos concretos institucionais, a tragédia da decisão envolvendo direitos sociais permanece na esteira do limite financeiro, da chamada reserva do possível, que resulta da (in)capacidade econômica do Estado.

Os limites à exigibilidade dos direitos sociais podem ser classificados em três categorias: 1. *limite pessoal*: pauta-se na tese de que não é possível exigir prestações individuais com base em normas de direito social, isto é, tais direitos não são dotados de uma dimensão subjetiva. A finalidade é o interesse público e não os anseios individualizados; 2. *limite político*: orbita o campo das vontades públicas, demanda a discussão e decisão em se fazer políticas públicas (agenda política) nas áreas sociais. Isso porque é imprescindível que o Poder Executivo preveja as ações no projeto de lei orçamentária e o Legislativo aprove as iniciativas sociais propostas. 3. *limite financeiro*: também chamado de “reserva do possível¹²” é sério empecilho às realizações de amparo social. Refere-se à capacidade financeira do Poder Público para realização das demandas sociais. “*A reserva do possível, que traz limites à atuação estatal demanda do legislador a escolha e a definição no orçamento de onde aplicar os limitados recursos, dentro das ilimitadas demandas da sociedade*”. (IBRAHIM, 2013, p. 68).

Por outro lado, os avanços da efetividade dos direitos sociais interpuseram barreiras significativas à restrição do argumento da reserva do possível, quando em detrimento do mínimo existencial. Por mais persistam algumas críticas ao ativismo judicial (mesmo àquele pautado em princípios), a exemplo do que prefere Canotilho: “*pela ‘insusceptibilidade de controlo jurisdicional’ de programas político-legislativos, a não ser quando se manifestam em*

¹² “*À luz da dogmática contemporânea, pode-se desdobrar a ideia de reserva do possível em dois componentes: um fático e outro jurídico. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.*” (SARMENTO, 2009, p. 375).

clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis” (CANOTILHO, 2008, p. 107), consolida-se na aparente vedação ao retrocesso social, a jurisprudência que prefere dar guarida ao mínimo existencial em jogo.

Vem se firmando o entendimento que demanda a análise das circunstâncias do caso concreto para se concluir pela existência ou não do direito subjetivo social (direitos subjetivos *prima facie*). Esse posicionamento, apesar de não garantir qualquer segurança jurídica, pode ser visto como passo relevante na efetivação dos direitos, mas ainda dá margem às dúvidas diante de um caso específico, em razão dos direitos concorrentes envolvidos.

Na tese dos direitos de Ronald Dworkin, o autor afirma que se um juiz apela à segurança pública ou à escassez de algum recurso vital como uma razão para restringir algum direito abstrato, pode-se entender que seu apelo se volta para os direitos concorrentes daqueles cuja segurança será sacrificada, ou cuja justa parte de tal recurso será ameaçada se o direito abstrato tornar-se concreto. Nesse caso, o argumento do juiz será um argumento de princípio se respeitar as exigências distributivas de tais argumentos e se observar a restrição segundo a qual o peso de um princípio concorrente pode ser menor que o peso da política paralela apropriada. (DWORKIN, 2010, p.156-157). O ponto crucial e talvez trágico que deve ser enfrentado pelo juiz é exatamente qual seria a política paralela apropriada para o caso *sub judice*. Em países em desenvolvimento, como é caso do Brasil, as políticas sociais estão distantes da plena efetividade e o argumento de princípio indica exatamente a necessidade de que elas se concretizem.

A vontade de se viver melhores ares começou a despontar no Brasil, em termos de exegese concretizadora, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Um caso emblemático foi a Ação Civil Pública nº 0303145-09.1994.4.03.6102 do Estado de São Paulo, movida em 1994, cujos motivos determinantes chegaram até o Superior Tribunal de Justiça e foram mantidos¹³. Tal ativismo do Judiciário, a exemplo de outros casos paradigmáticos, em que pese pautar-se em argumentos principiológicos e não de política, fortaleceu o debate reacionário de que o princípio constitucional da separação de poderes estava sofrendo violência, pois a competência para a aplicação financeira do Estado em políticas públicas não pode ser tolerada pela atuação do Poder Judiciário. Tal tema foi suscitado junto ao Supremo Tribunal

¹³ No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. (BRASIL, 2018b).

Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, cuja decisão monocrática do Ministro Celso de Mello ponderou que

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (BRASIL, 2018c)

Conforme decidiu em 2004, o Ministro fortaleceu o argumento de princípio, sobretudo o da proporcionalidade, dando guarida à atuação do Poder Judiciário¹⁴. Admitiu, inclusive, que a atuação judicializante pode pautar-se, até mesmo, em razões fundadas em um imperativo ético-jurídico. Mas, esse imperativo que se consolida com o passar dos anos – e na busca constante de um bem-estar cada vez melhor – garante um exercício prévio dos direitos sociais, o que não significa excelência, isto é, direito ao serviço público de qualidade. Esse, sem dúvida, passa a ser o novo olhar ético-jurídico (principiológico) sobre os direitos sociais.

A reserva do possível, limite financeiro dos direitos sociais, agora, perdeu força no que tange à eficácia primária dos direitos, mas se mantém quanto à excelência da efetividade. Nesse sentido pode ser citado trecho da decisão na Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Antecipada (STA 748 MC/AL) do STF:

Dessa forma, pelos documentos acostados aos autos, não me convenci de que o tratamento receitado é único apto a tratar o problema de saúde do demandante. Portanto, em se tratando de tratamento a ser custeado pelos cofres públicos, este deve ser feito nos moldes previstos pelo Sistema Único de Saúde, porquanto não há nos autos a prova inequívoca a atestar a verossimilhanças das alegações, de que o medicamento requerido privilegia a saúde (e não a “melhor” saúde), imprescindível à

¹⁴ “É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”. (BRASIL, 2018c).

vida do paciente. Não é razoável, subentender-se que todo e qualquer tratamento/recomendação médica deve ser atribuído ao Estado, sendo necessário que o Poder Judiciário apenas intervenha nas políticas públicas de saúde quando estas inexistirem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população, em caráter geral, e, excepcionalmente, por uma questão de ponderação entre princípios, quando ocorrer o iminente risco de vida ou de dano irreversível à saúde do paciente. (BRASIL, 2018d).

A maturidade político-jurídica brasileira que se vem consolidando acerca da efetividade dos direitos sociais fortalece os imperativos principiológicos jurídicos e morais. É preciso apegar-se ao “sentido forte” dos direitos sociais, o que significa dizer que toda violação a esse direito importante deve ser analisada como uma questão muito séria, pois implica em tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens e isso é uma grave injustiça. Impedir a ocorrência dessa violação justifica o custo adicional em política social. Logo, uma vez concedido um direito, o fato de a sociedade ter de pagar um preço mais elevado para ampliá-lo não pode ser usado como argumento para suprimi-lo. (DWORKIN, 2010, p. 305-307).

Não resta dúvida que urge maximizar o princípio e deixar que o trágico – se assim considerado - atue na parte orçamentária que não seja primordial para o bem-estar coletivo, como acontece com as verbas destinadas à publicidade dos governos, dentre outras.

Nos casos difíceis, é preciso alinhar a ideia de intenção ou propósito da lei aos princípios que subjazem às regras positivas do direito ou que nelas estão inscritos. (DWORKIN, 2010, p. 164-165). Um desses princípios morais é o da alteridade, isto é, o de se colocar no lugar do outro. Em consonância ao efeito da tragédia para a plateia,

Se pensarmos nas tragédias gregas, na sua forma textual ou encenada, há a possibilidade da experiência de viver a vida encenada “como se” fosse a própria vida. A suspensão da vida ordinária convida a uma forma distinta de existência imaginariamente vivida. Para além das tragédias gregas, o teatro transforma, somos um ao entrar em contato com o espetáculo (ou leitura), e outro ao nos remontarmos pela via da interpretação do reconhecimento trágico (ou não). (EYLER, 2014, p. 83).

A convicção do julgador precisa ser formada não apenas com base no direito positivo, mas também na moralidade. A decisão sobre os direitos sociais não restringe à legalidade, pois deve ser uma decisão consciente.

4. A decisão judicial consciente

O Princípio da Separação dos Poderes induz que as políticas públicas devem ser debatidas e priorizadas nos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, não raras as vezes, a

realidade depara-se com omissões desses Poderes sobre a concretude dos direitos sociais mínimos. É nesse momento, tendo por base as diretrizes constitucionais, que o Poder Judiciário é chamado a intervir na ausência ou insuficiência de ações em favor desses direitos. Destarte, quando o Poder Judiciário adentra a esfera política ocorre a chamada judicialização da política ou ativismo judicial, como já analisado.

Observa-se no Brasil, sobretudo nas decisões judiciais, a ausência de postura definida acerca de uma teoria do direito capaz de direcionar o argumento das demandas sociais judicializadas. E isso é um obstáculo ponderado ao argumento. É perceptível, no entanto, que a corrente positivista que rejeita a relevante integridade – direito, moral e política –, corrente que se aproxima daquilo que se chamou de filosofia jurídica do construcionismo estrito¹⁵, vem perdendo força, cedendo lugar às interpretações pautadas em princípios.

Novamente aqui é importante enfatizar a diferença entre princípio e política. A decisão judicial consciente, a qual será detalhada a seguir, é aquela que obtém êxito em alinhar a legalidade à moral, isto é, lei e consciência. Tal decisão é sempre pautada em princípios e não em política. A atividade judicial, portanto, é interpretativa e não criativa. Dworkin, ao discorrer sobre princípios e democracia, analisa as duas objeções à originalidade judicial.

De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsável perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. (DWORKIN, 2010, p. 132).

A importante distinção entre política e princípio ajuda a demonstrar que os principais argumentos que sustentam a tese de que as decisões judiciais devem ser estritamente subordinadas à legislação, devendo ser o menos original possível, são coerentes no campo das decisões políticas, mas não logram êxito quando se trata de decisões geradas por princípios.

As decisões desse nível, portanto, justas, demandam do julgador duas etapas de raciocínio para se chegar ao seu convencimento: o primeiro remete à avaliação e o segundo, à

¹⁵ Como salienta o tradutor de 'Levando os direitos a sério', "o termo refere-se aos defensores da doutrina sobre a interpretação da lei denominada 'construção estrita' (strict construction). Os construcionistas estritos são favoráveis a uma interpretação rígida dos diplomas legais, baseada em uma valorização da letra da lei. Muito especialmente, recusam-se a ampliar o significado e a esfera de aplicação das leis, seja a partir da análise de suas implicações, seja através da introdução de considerações de equidade, objetivos sociais, etc. (BOEIRA apud DWORKIN, 2010, p. 205).

adesão, ambas em seu sentido forte, como descrito por Charles Taylor¹⁶. A convicção do magistrado (adesão forte), segundo Ricoeur, deve ser sábia, atravessar o rigor, a intransigência e a imparcialidade da moral abstrata, além de enfrentar o trágico da ação. (RICOEUR, 2008, p. 210).

Para se chegar a essa conclusão, Ricoeur analisa a relação existente entre lei (imutável, universal, coercitiva e objetiva) e consciência (variável, circunstancial, espontânea e eminentemente subjetiva), as quais muitas vezes são vistas como termos opostos, mas que podem ser a cada vez e de modo diferente acopladas na construção progressiva da expressão moral. O autor não se apropria do termo lei no sentido forte de obrigação moral, nem de consciência no sentido de obediência ao dever. Apresenta o sentido normativo vinculado à ideia de lei a partir das características do termo “avaliações fortes”, o qual exprime o fato de que a vida humana não é moralmente neutra, pois sempre que submetida a exame presta-se a uma discriminação básica entre aquilo que é percebido como melhor e aquilo que é desaprovado como pior. Essas avaliações têm o intuito unificador da vida boa, ou seja, a busca por uma vida realizada. Quanto à ideia de consciência, Ricoeur a apresenta, num primeiro nível, como a orientação¹⁷ do ser moral naquilo que Taylor chama de espaço moral. Acopla à consciência a ideia do si e a ideia do bem, cuja correlação exprime o fato de que a pergunta “quem sou eu?” encontra um esboço de resposta nas modalidades de adesão com as quais respondemos às solicitações das avaliações fortes e isso reflete as maneiras de se orientar no espaço moral, maneiras de estar nele no instante e de manter-se nele na duração. (RICOEUR, 2008, p. 201).

Nesse primeiro nível de análise comparativa entre lei e consciência, Paul Ricoeur conclui que a polaridade entre esses institutos pode ser sintetizada no par “avaliações fortes-adesão forte”.

Num segundo nível, analisa a norma pelo lado da legalidade, para demonstrar como o movimento com o qual a legalidade remete à moralidade termina na remissão da moralidade à consciência. Apresenta, portanto, três características da lei: a proibição, a pretensão à universalidade e o elo entre norma e mundo plural (organização da pluralidade humana). No percurso para a consciência moral, a legalidade submete-se a um processo de interiorização da norma. Nesse estágio, a consciência pode ser compreendida como a obediência íntima à lei

¹⁶ Paul Ricoeur utiliza essa concepção em sua obra ‘O Justo 1’, cujo capítulo “Consciência e Lei” foi utilizado como base para esse artigo.

¹⁷ Na qualidade de ser moral, sou aquele que está e se mantém no espaço moral; e a consciência, nesse primeiro nível pelo menos, nada mais é do que essa orientação, esse estar e esse manter-se. (RICOEUR, 2008, p. 201).

como lei, por puro respeito a ela e não por simples conformidade ao enunciado da regra. (RICOEUR, 2008, p. 205).

Mas, não será surpreendente encontrar por trás da expressão voz da consciência todas as características da legalidade social, interiorizadas como pura moralidade. A voz da consciência é, em primeiro lugar, a voz do interdito, estruturador, é verdade, mas rigoroso. Também é a voz do universal, falando-se então em intransigência. Por fim, por trás das características de idéia de justiça e do aguilhão de uma ética da discussão, a voz da consciência acrescenta às características de rigor e intransigência a de imparcialidade. Imparcial, a voz da consciência me diz que toda vida alheia é tão importante quanto a minha. [...] Eis aí até onde pode avançar uma meditação sobre consciência em sua relação com a lei, tomada em seu nível radicalmente formal. Três palavras a definem: rigor, intransigência, imparcialidade. (RICOEUR, 2008, p. 206).

O terceiro nível da análise de Ricoeur é o que mais interessa a essa pesquisa, pois aborda o juízo moral em situação¹⁸. Nessa etapa, a consciência é a íntima convicção que habita a alma do juiz ao pronunciar o julgamento com equidade. (RICOEUR, 2008, p. 208). Essa tarefa, nos *hard cases* é deveras complexa.

As coisas se tornam ainda mais graves, quando não são apenas as normas que entram em conflito, mas quando se defrontam, de um lado, o respeito devido à norma universal e, de outro, o respeito devido às pessoas singulares. Trata-se realmente do trágico da ação, uma vez que a norma continua sendo reconhecida como parte do debate, no conflito que a opõe à preocupação com a miséria humana. (RICOEUR, 2008, p. 209).

Para se decidir o caso eminentemente trágico, ou seja entre o mal e o pior, a íntima convicção do magistrado deve buscar sempre o melhor aparente nas circunstâncias e não pode se furtar da sabedoria prática (*prudentia*), naquilo que Ricoeur denomina sábia a decisão extraída de uma célula consultiva, pois os julgamentos que enfrentam debates de alta relevância e de difícil solução deveriam ser sempre praticados em grupo. Destarte, é possível exigir do intérprete julgador um significado mais profundo do que aquilo que é corriqueiro nas tomadas de decisão em geral: “julgo conforme minha consciência”. O livre convencimento do juiz, para que possa estar adequado não somente à legalidade, mas à consciência de julgar, deve, ainda, passar pelo teste do rigor, da intransigência e da imparcialidade. O primeiro deles pode ser visto quando há a demonstração argumentativa não apenas na obediência exterior da legalidade, pois o rigor da consciência, adstrito à característica da proibição da lei, está respaldado no temor à punição, o que podemos comparar com o receio sincero do trágico da ação. Já o segundo teste, o da intransigência, ligado à característica da universalidade da lei, busca as diretrizes das

¹⁸ Juízo em situação refere-se, numa apresentação reducionista do conceito, à aplicação do Direito ao caso concreto.

máximas da ação kantiana para avaliar se aquela decisão estaria em consonância a todos os nossos projetos e planos de vida. Para isso, a autonomia não pode impedir de se avaliar o preço que deve ser pago por essa decisão. O terceiro e derradeiro teste diz respeito à imparcialidade, cuja palavra decisiva é o respeito. É fundamental, na decisão do trágico, respeitar a pluralidade humana, enquanto característica da legalidade, pois consciente será a decisão que respeita a vida alheia como se fosse a própria vida.

Ainda com base nas implicações filosófica de Ricoeur sobre consciência e lei, nas decisões em que se vislumbra o trágico da ação de forma mais aguda, é fundamental que o juiz avalie sempre se a pergunta “o que devo fazer?” deve ser secundária em relação à pergunta mais elementar de “como eu desejaria viver a vida?”. A convicção do julgador não pode ser livre no sentido mais abrangente, que desconsidera a lei e a consciência. A convicção – terceiro nível da consciência – é, como assinala Ricoeur, o íntimo convencimento que habita a alma do juiz ao pronunciar o julgamento com equidade. E, para se chegar a esse nível, é preciso antes passar pelo primeiro deles, em que a consciência se assemelha à adesão forte, refletindo as maneiras de se orientar no espaço moral, maneiras de estar nele no instante e de manter-se nele na duração. Num segundo estágio, a consciência pode ser compreendida como a obediência íntima à lei como lei, por puro respeito a ela e não por simples conformidade ao enunciado da regra. A consciência percorre, portanto, o caminho intelectual jurídico e moral da adesão das normas, do respeito aos princípios e da convicção de se julgar sabiamente com justiça.

Conclusão

O ato de decidir é uma tarefa árdua, sobretudo quando demanda do julgador uma atividade integrativa do Direito que supera o reducionismo legal. O livre convencimento do magistrado em casos que envolvem a dignidade humana, diante de circunstâncias trágicas, não pode ser confundido como a livre escolha a partir das percepções pessoais daquele que julga. A proposta deste trabalho é demonstrar que o júízo consciente, isto é, aquele que perpassa pelo primeiro, pelo segundo, até chegar ao terceiro nível de consciência apresentado por Ricoeur, que é a convicção, não se iguala a uma “escolha” entre os direitos concorrentes.

Ter convicção é enfrentar o trágico da ação de decidir, abandonando os argumentos de política, e analisar sabiamente - preferencialmente em grupo – se a decisão maximiza os princípios, considera a pessoa humana com todos os seus valores, respeitando a vida alheia como se fosse a própria vida do magistrado.

Decidir sobre a eficácia dos direitos sociais, portanto, não pode ser confundido com uma escolha trágica, pois demanda do intérprete do Direito a convicção de se estar decidindo corretamente o caso, o que significa dizer com rigor, intransigência e imparcialidade.

Referências

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad.: Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02. jun. 2018a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948944/SP**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado, julgamento: 22. abr. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02. jul. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 29. abr. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02. jul. 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Antecipada (STA 748 MC/AL)**. Decisão da Presidência. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 28. fev. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02. jul. 2018d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

CORREIA, Adriano. Sobre o trágico na ação: Arendt (e Nietzsche). **Revista O que nos faz pensar**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 29, p. 59-74, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/328>>. Acesso em: 10. jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. (trad: Nelson Boeira) 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. (trad. Jussara Simões). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EYLER, Flávia Maria Schlee. Paul Ricoeur: uma hermenêutica do trágico. **PERI - Revista de Filosofia**, Florianópolis, v. 06, n. 02, p. 76-95, 2014. Disponível em: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/923>>. Acesso em: 10. jun. 2018.

FERNADES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional** – Curso de Direitos Fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método: 2008.

MARMELSTEN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Puppi, Ubaldo. O trágico: experiência e conceito. **Trans/Form/Ação**. Universidade Estadual Paulista, Departamento de Filosofia, v. 4, p. 41-50, 1981. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/28183>>. Acesso em: 10. jun. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

RICOEUR, Paul. **O Justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.