

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-368-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Integram esse livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito II do XXV Congresso do CONPEDI, que se realizou no mês de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba – Estado do Paraná.

Os trabalhos indicam a higidez da pesquisa em filosofia do direito no país, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito da UFPA e CESUPA – Pará, FDV – Espírito Santo, UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro, UNIVALI – Santa Catarina, UFPR – Paraná, UFPB – Paraíba, UNISINOS – Rio Grande do Sul, ESDHC – Minas Gerais, e UNIVEM – São Paulo.

Sem a pretensão de comentar especificamente todos os textos, mas com o objetivo de apresentar este livro, organizamos algumas breves considerações.

Constatamos que alguns dos autores fundamentaram suas pesquisas na filosofia francesa contemporânea. Foucault é o principal referencial utilizado para discutir a categorização sexual do direito e problematizar questões de biopolítica. Derrida e a sua filosofia da desconstrução é uma categoria de análise importante para a compreensão crítica do fenômeno jurídico contemporâneo. A ato de benzer como patrimônio cultural imaterial pode ser descrito a partir da filosofia de Paul Ricoeur.

Outras tradições filosóficas contemporâneas também estiveram presentes nos textos, já que houve autores que trabalharam aspectos da filosofia pragmática de Richard A. Posner, o problema da discricionariedade em Herbert Hart e Ronald Dworkin. Além de questões relacionadas à moral, análise econômica do direito, entre outros. Houve quem explorasse as divergências entre Kelsen e Cossio, e não faltou referência aos clássicos na discussão sobre a moralidade em Homero.

Por fim, ressaltamos que os textos, além de apresentarem discussões filosóficas densas, sobre categorias de análise, conceitos e modelos epistêmicos, também se preocuparam com os aspectos mais concretos da nossa vida cotidiana que podem auxiliar na compreensão de fenômenos complexos como a justiça e a exclusão social. Nesse contexto foram abordadas questões envolvendo os refugiados e o “rolezinho”.

A diversidade do livro que apresentamos é indiciária da inesgotabilidade temática da pesquisa em filosofia do direito no Brasil, de modo que recomendamos a todos interessados na área, a leitura deste livro.

Coordenadores do GT Filosofia do Direito II

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

UM MERGULHO NA RETÓRICA E NA NORMA JURÍDICA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

A DIVING IN RHETORIC AND LAW TO PROMOTE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL

Ana Carolina Rocha De Souza Ramos

Resumo

Uma análise sobre a aplicação de uma ótica retórica na compreensão, aplicação e efetivação do Direito, especialmente do direito fundamental à saúde. Inicialmente, é apresentada a construção histórica e a localização da retórica no campo da Filosofia. Atualmente, pode-se abordar a retórica sob uma perspectiva tridimensional: como retórica material, estratégica ou analítica. Em seguida, propõe-se uma reflexão sobre a construção do Direito e sobre o que é uma norma jurídica. Finalmente, é registrada a importância desse viés filosófico para o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional que efetive direitos fundamentais.

Palavras-chave: Retórica, Retórica metódica, Norma jurídica, Saúde pública, Sus, Jurisdição constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The article brings an analysis of the application of a rhetorical perspective over the comprehension, application and effectiveness of Law, more specifically the fundamental right to healthcare. As a starting point, the historical background of rhetoric and its placement in Philosophy were presented. Nowadays one can view rhetoric from a tridimensional perspective: as material, practical and analytical. Following, it proposes a review about the construction of the Law and the concept of the norm. Ultimately, it presents how this philosophical view is relevant in the process of developing a constitutional jurisdiction that materializes fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rhetoric, Rhetorical methodic, Law, Healthcare, Sus, Constitutional jurisdiction

INTRODUÇÃO

Theodor Viehweg (1907-1988) foi um juiz alemão, versado tanto em Direito quanto em Filosofia, o qual alcançou renome mundial na área da Filosofia do Direito, no século passado, em cujo meado recuperou a tópica.

Os seus ensinamentos, no início, não obtiveram um bom quórum, rejeitados pela ideia de que a tópica ou, mais precisamente, a retórica, impregnaria o direito com a discricionariedade de um orador. Atualmente, houve um despertar para a retórica, embora ela seja percebida, em parte, ainda, como portadora de algum risco.

Diz-se que ela é sedutora, o que é verdadeiro. Afinal, não faltam histórias de ditadores que, pessoalmente e/ou por meio de assessores versados em propaganda levaram os seus países e povos à ruína.

Mas, é quase um *topoi*, um lugar comum, que tudo pode ser utilizado para o bem ou para o mal. No caso, o malefício não estava nem está na retórica, mas, no uso que dela se fez. Assim, também, a radiação pode ser utilizada para fins benéficos ou maléficos, um vademécum pode ser usado para pesquisa ou para agressão indevida.

Há, também, os que entendem que a retórica vulnera a confiança nos métodos do direito. A isso, deve-se responder que a retórica jurídica é arte ou técnica, doutrina e analítica.

Deve-se atinar que nem todas as lides são passíveis de serem deslindadas por meio de um silogismo. É impossível ao legislador prever, exaustivamente, todos os conflitos inerentes à complexa vida humana e respectivas soluções. Tampouco, norma é equivalente à redação codificada, conforme especificado adiante.

Este artigo pretende analisar as implicações da perspectiva retórica sob o discurso jurídico e sua relevância para a construção de normas que, à vista das complexidades da sociedade moderna, conduzam à efetivação concreta de direitos fundamentais, aqui, especialmente, do direito à saúde.

Para isso, no primeiro capítulo, é feita uma abordagem histórica e situacional da retórica. Diz-se “a onda”, em alusão ao movimento, uma vez que até a ideia sobre aquela mostrou-se “anti-ontológica”. No segundo capítulo, uma análise das nuances retóricas sob o discurso jurídico. Por fim, o terceiro capítulo aborda a importância desse viés filosófico para a construção de uma jurisdição constitucional, tomando como exemplo a saúde pública brasileira.

1 A ONDA RETÓRICA

Na qualidade de estudo que se propõe a uma compreensão da retórica, a primeira preocupação deste trabalho é um balizamento do seu posicionamento. Não se pode dizer, de fato, que a retórica é uma filosofia, tampouco escola de pensamento.

“Dependendo da amplitude que se tenha do conceito de filosofia, a retórica pode estar dentro ou fora dela. Se a filosofia é a busca pela verdade, a retórica prescinde desse conceito e, assim, não está dentro da filosofia”. (ADEODATO, 2008, p. 56)

Uma filosofia que acredita na verdade é uma filosofia ontológica. Ocorre que os ontológicos dominaram de tal forma o campo da filosofia que o seu posicionamento tornou-se sinônimo dela própria. Apesar de ser a mais bem sucedida, não é a sua única dimensão.

A “mãe” da verdade é a Matemática e o seu berço é a Escola Pitagórica. A matemática descobriu que existem certos enunciados que constroem, racionalmente, uma generalidade a sua concordância. Embora a igualdade não exista em nenhum lugar (nada é realmente igual a nada), as ideias de igualdade da matemática coagem sua aquiescência.

E a natureza parece seguir essas ideias verdadeiras da matemática. Se você faz o cálculo certo, determinado empreendimento estrutural permanece inabalado, se há uma falha de avaliação numérica, a engenhosidade se desestrutura. Como consequência, estender essas ideias aritméticas e simétricas para outras áreas foi um pulo, v.g. a plausibilidade e a expectativa de uma única decisão judicial justa ou o Positivismo como modo de antever o resultado de um conflito.

No campo das ontologias, ou dos essencialismos:

a linguagem é mero instrumento, um meio para a descoberta da verdade [...]. O importante é a ideia de que, com método, lógica, intuição, emoção e todo seu aparato cognoscitivo competentemente aplicado, é possível aos seres humanos chegar à verdade. (ADEODATO, 2008, p. 57)

A essência da filosofia retórica, em contrapartida, reside na própria linguagem, compreendida como o único ponto comum da realidade em que vivemos e, dessa forma, “o único campo para o conhecimento bem peculiar que o ser humano pode ter do mundo”. (ADEODATO, 2008, p. 56)

Para os retóricos, o ponto de vista ontológico é uma ilusão. A linguagem não é somente o máximo de acordo que se pode objetivar, mas a sua única forma. “E ainda que esse acordo seja temporário, circunstancial e muitas vezes rompido, é só o que se pode chamar de

‘racionalidade’”. (ADEODATO, 2008, p. 57)

A dicotomia instalada pela negação da estagnação remete à Grécia antiga. Adeodato (2008, p. 58) ensina que, desde cedo, nos radicalismos gregos, para Parmênides, “nada muda, pois o movimento é uma ilusão e o conhecimento, imanente, sua garantia já está no ser humano”. Enquanto que, para Heráclito, “tudo muda e só a mudança tem caráter permanente, sendo esse mundo exterior em mudança o ponto mais firme para o conhecimento, que é transcendente, pois ‘tudo passa, nada permanece’”.

A retórica nasceu junto com os sofistas, professores e especialistas em direito da Grécia antiga, os quais dedicaram-se a preparar indivíduos que precisavam apresentar-se em Juízo. Na execução de sua atividade, aperfeiçoaram-se na estruturação de discursos, argumentação, memorização, e exposição e artes da linguagem. (SCHLIEFFEN, 2006, p. 42-64)

Os sofistas foram considerados por Aristóteles como uma moléstia, profissionais do engodo e do ornamento, mas ele foi o primeiro ontológico a atribuir mérito à retórica. Assumiu que existem assuntos que não permitem aceção de verdade e, nesse caso, tem importância a retórica “boa” – com ideia de persuasão – em contraposição à retórica sofística.

Desde então, muitas evoluções e mudanças de concepções foram assistidas no campo filosófico em questão. Veja, nem a própria ideia de retórica é estática. O mais importante seja enfatizado:

Retórica, e essa impressão reforça-se, é mais do que a arte de fazer uma apresentação empolgante e de poder se defender com bons argumentos. E esse ‘a mais’ é percebido como ameaçador, especialmente nas faculdades de direito. (SCHLIEFFEN, 2006, p. 42-64)

Não se nega que as filosofias ontológicas têm prevalecido no mundo ocidental, o que se atribui, sobretudo, à vitória monoteísta e à defesa intransigente de sua própria verdade. (ADEODATO, 2008, p. 58)

Mas, agora, assiste-se a uma tímida reviravolta. Passa a ser assumido “[...] que juristas bem sucedidos precisam ser especialmente versados em oratória, sim, que as profissões jurídicas demandam oradores versados em direito.” (SCHLIEFFEN, 2006, p. 42-64)

Na concepção de Adeodato (2008, p.70-75), que sugere um desenvolvimento criativo da teoria concebida por Ottmar Ballweg, a retórica pode ser abrangida tridimensionalmente: na qualidade de método – como retórica material, existencial; na qualidade de metodologia – como retórica estratégica, prática; ou na qualidade de metódica – como retórica analítica.

A retórica material é uma tradução das relações humanas da forma mais natural que se pode imaginar, compreendidas como forma de comunicação em si, “que constituem o primeiro plano da realidade: é a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam, suas artes e técnicas sobre como conduzir-se diante dos demais”. (ADEODATO, 2008, p. 71)

O conhecimento não pode ser isoladamente obtido, como queriam Sócrates e Descartes. Depende da intersubjetividade. Aí se verifica que toda comunicação intersubjetiva é retórica, quer dizer, o ser humano, mais do que um animal racional, é um animal retórico. (ADEODATO, 2008, p.71)

Schlieffen (2006, p. 42-64) acrescenta que a retórica existencial é uma arte (comportamento na prática) por meio da qual “exerce-se a persuasão em questões jurídicas e organiza-se o mundo da vida humana” e complementa com um exemplo: “a advogada fecha a maleta com os autos e diz: eu o aconselho, considerando o Tribunal Superior, a refletir mais uma vez sobre o assunto”.

Entende-se, como fundamento da retórica material, que não existe nada que seja alheio à linguagem, nenhuma forma de impressão ou percepção. “Realidade é comunicação, relatos sobre outros relatos, não há eventos ‘em si’. Nem sequer se pode dizer que ‘a coisa em si é’.” Essa dimensão material, portanto é o método de ação humana. (ADEODATO, 2008, p. 72)

A retórica prática ou estratégica, por sua vez, é autorreferenciada, reflexiva: metarretórica em primeiro grau. Ela parte da retórica material, após a sua observação, para reconstruir os métodos com o objetivo de “influir sobre eles e possibilitar sucesso a quem deles se utiliza. [...] É literalmente uma metodologia da retórica material”. (ADEODATO, 2008, p. 73)

Essa dimensão é uma doutrina sobre o comportamento prático do ser humano. (SCHLIEFFEN, 2006, p. 42-64) Doutrina que vai avaliar e produzir regras sobre:

[...] o momento adequado de dizer e fazer acontecer, ocupa-se da influência da linguagem, da gesticulação, das táticas empregadas e de seus efeitos sobre a retórica material, ou seja, sobre a conduta dos sujeitos, lançando mão de exercícios e reflexões sobre seus resultados. (ADEODATO, 2008, p. 73)

Esta manifestação incisiva da Ministra Carmem Lúcia, em 25 de novembro de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal decidia se referendava ou não a prisão cautelar de um Senador da República no exercício do mandato parlamentar, no curso da persecução criminal conhecida como “Operação Lava Jato”, pode ser classificada como impregnada de retórica

estratégica, a qual refletiu na dimensão material:

Na história recente de nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós brasileiros acreditou no mote de que a esperança tinha vencido o medo. Depois, nos deparamos com a ação penal 470 (mensalão) e descobrimos que o cinismo venceu a esperança. E agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. Quero avisar que o crime não vencerá a Justiça. A decepção não pode vencer a vontade de acertar no espaço público. Não se confunde imunidade com impunidade. A Constituição não permite a impunidade a quem quer que seja.

Por fim, a terceira dimensão da retórica é a analítica, essencialmente descritiva, desvinculada de objetos axiológicos e não normativa. Ela é uma metódica porque:

[...] como ela se forma a partir dos dois níveis retóricos anteriores, não pode ser confundida com um método, no sentido de padrões de comunicação, nem com uma metodologia ou teoria do método [...]. A retórica metódica analisa a relação entre como se processa a linguagem humana e como as pessoas acumulam experiências e desenvolvem estratégias para utilizá-la de modo mais eficiente. Esse terceiro nível serve ao distanciamento necessário para compreender os outros dois. (ADEODATO, 2008, p. 74)

Este âmbito está preocupado em como as pessoas persuadem e são persuadidas pelo uso da retórica; como essa filosofia pode contribuir para o mundo e para trazer ordem entre as pessoas; como ocorre a interação entre utentes, instituições, teoria e prática. (SCHLIEFFEN, 2006, p. 42-64)

É possível compreender que a acusação frequentemente dirigida à retórica, no sentido de ser um discurso vazio que objetiva a consecução de vantagens a partir da manipulação de um terceiro, nasce da sua dimensão estratégica.

Não obstante, como visto, um posicionamento nesse sentido significa uma redução metonímica da retórica, razão pela qual, no mesmo sentido que Adeodato (2008, p. 75), defende-se que:

[...] a postura retórica pode dar outra contribuição além de seu nível estratégico e ornamental, ou seja, além de sua ajuda para o sucesso da comunicação. A atitude metódica da retórica pode propiciar mais conhecimento das relações humanas, eventualmente legitimar suas regras, testando seu acordo com a regra do jogo, por exemplo (a lei e outras fontes de normas jurídicas, no caso do direito), além de fornecer apoio à aceitação de decisões.

A retórica analítica pode ser qualificada como uma atitude filosófica apropriada para conhecimento do mundo e, mais especificamente quanto ao Direito, o que dele podemos dominar, quais os elementos demarcadores dessa cultura, como somos capazes de aprendê-lo e aplica-lo. Os dois capítulos que seguem tratarão sobre as nuances da norma, do Direito, do

discurso jurídico e da relevância da aplicação da retórica neste contexto.

2 UM MERGULHO NA NORMA JURÍDICA

Schlieffen registrou, em 2006 (p. 42-64), que, cinquenta anos antes, Theodor Viehweg provocara a ciência do Direito tradicional quando descortinou que o direito tem uma estreita relação de conexão com a retórica desde a Antiguidade e que essa circunstância foi esquecida por mais de dois séculos:

A retórica incluiu-se, desde a Antiguidade até a alta Idade Moderna, como parte indispensável na educação. Quem estudava direito (*Jurisprudenz*), cursava primeiramente o *Trivium*, composto de gramática, retórica e dialética. A matéria dialética tratava de uma área específica da retórica especialmente importante para juristas, a arte de encontrar argumentos, a qual, com Aristóteles, também é chamada de Tópica.

Com o desprestígio das assembleias deliberativas (eclésias), as quais perderam o seu poder para o monarca e para a Igreja, ocorreu um refluxo da retórica, sujeita a questionamentos sobre a utilidade do diálogo, da discussão para alcançar a verdade, com o que a retórica foi sendo ligada, mais, à forma que ao conteúdo.

Sob as influências de métodos preconizados por Bacon, Descartes e Locke, elevaram-se as Ciências Naturais (voltadas para o estudo da natureza), na modernidade, o que acentuou o declínio dos procedimentos retóricos.

Finalmente, as Ciências Exatas assumiram a liderança e, então, ocorreu um paradoxo: apesar de maior conhecimento, problemas não atinentes ao saber objetivo foram desprezados como alheios à razão.

Schlieffen lecionou sobre o acontecimento:

A estrela da retórica decai com o triunfo do moderno estilo de pensamento matematizante. De repente parece ser possível ordenar o saber humano conforme o modelo da geometria (*more geometrico*) e concebê-lo dentro de um sistema lógico e fechado. Um novo ideal surge: deduzir logicamente todos os enunciados jurídicos de um único princípio racional universal. Isso promete um conhecimento jurídico independente do conflito argumentativo concreto, exclusivamente por meio de operações lógicas com as proposições normativas.” (2006, p. 42-64)

Mas, descobertas científicas, como a de Einstein (v. g. “Teoria da Relatividade”) e de Max Planck (v. g. “Lei da Radiação Térmica”), por exemplo abalaram a sociedade quanto as

suas “certezas absolutas”, vez que quebraram conhecimentos sedimentados, de modo que ocorreu uma aproximação entre as diversas vertentes das Ciências, percebendo-se, agora, que todas devem se dedicar a um embate constante pela solução de problemas, sem hegemonia de qualquer dos ramos.

Krell e Krell (2016, p. 251) expõem inclusive sobre a situação da retórica e a sua influência no texto jurídico destacaram que:

Schreckenberger (2000, p. 367ss., 394) considera a retórica uma “teoria do falar arrazoado” cujo campo de ação é o de opinar – nos últimos séculos, sempre visto em oposição ao saber – e exige o emprego de uma retórica culta, que constrói “conexões de justificação lastreadas em inferências compreensíveis”. Para ele, especialmente os valores positivados nas normas constitucionais principiológicas possuem a “função retórica elementar” de expressar uma “doutrina básica” da sociedade, a ser transmitida através de textos, decisões e interpretações, a qual, no caso ideal, também reflete convicções sociais comuns. Esses princípios formam ‘campos destacados de argumentação tópica’, a ser efetuada não por deduções, mas através de ‘procedimentos abstratos de rotulação semântica’, característicos para toda argumentação de princípios. Para o autor, “as festejadas teorias do discurso da área jurídica, muitas vezes ainda escondem as suas raízes retóricas”. Além disso, a retórica voltou a ocupar uma função fundamental em virtude da crescente influência da mídia de massa na sociedade “interpenetrando de forma perfeita os aspectos retórico e hermenêutico do viés linguístico da vida humana” (GADAMER, 1993, p. 238). (grifei)

Sobota (1996, p. 251-273) defendeu que o conceito de silogismo é uma ilusão, poderosa, a qual molda o discurso jurídico, em que pese, muitas vezes, os juízes não mencionarem as premissas maiores e conclusões dos silogismos, de modo que se valem, os magistrados, de entimemas, que são caracterizados, exatamente, pelo fato de os discursos não conterem todos os elementos daqueles outros (premissa maior, premissa menor e conclusão).

Ela apontou uma arritmia entre o magistério e a área concreta do Direito, ao afirmar que nenhum professor de direito aconselha não especificar a norma que direcionará a sua conclusão mas, quando atuam “[...] como juízes, advogados ou pareceristas, eles intuitivamente adaptam-se aos padrões retóricos [...]” negados por suas lições.

Fato é que, sob uma perspectiva retórica, não se pode afirmar que um código, ou seja, o conjunto de normas tidas como organizadas e capazes de regular a conduta humana de forma exata, lógica e completa, constitui a estrutura principal do discurso jurídico.

Essa é uma expectativa superficial não compartilhada pelos retóricos – sob o argumento sólido de que as atribuições universais e as regras aparelhais constituem “apenas um dos vários instrumentos produzidos para construir essa realidade artificial porém eficaz chamada direito.” (SOBOTA, 1996, p. 251-273)

Para Sobota (1996, p. 251-273), a prática jurídica não é governada pelas premissas

maiores, facilmente extraídas a partir de uma leitura casual de determinado ordenamento normativo, ou por regras instrumentais, ela a compreende como um fenômeno menos objetivo e, portanto, moldada pelas “regularidades”:

[...] tal como as entendemos, não são nem tão gerais nem tão permanentes como se supunha serem as leis da física clássica. Elas constituem formações cibernéticas dinâmicas, tais como a rede viva da célula ou as estações do ano, modas, rituais ou padrões de comportamento. Regularidades são "padrões" e não "estruturas" ou "regras" - "padrões" construídos por um observador dentro do próprio sistema.

Ainda assim, a autora reconhece que o discurso jurídico é profundamente penetrado e influenciado por ideias enraizadas em estruturas engessadas, universais, instrumentais e permanentes – principalmente no campo da legislação moderna e na retórica de advogados e juízes.

Isto porque “o discurso legal depende de uma técnica que torne possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza”. (SOBOTA, 1996, p. 251-273).

No mesmo sentido, Schlieffen (2006, p. 42-64), ao discursar sobre as três reservas contra a retórica – a) a retórica seduz; b) bons juristas se dão bem sem retórica; c) análises retóricas abalam a confiança dos métodos do direito – dentro do último tópico, registrou a dificuldade dos juristas que, na qualidade de:

[...] cultores de uma disciplina normativa, em regra só podem perceber enunciados normativamente, sobretudo enunciados relacionados ao Direito, ou seja, em categorias do tipo “logo, isso deve ser”. A retórica analítica, entretanto, traz à luz conhecimentos que mostram à prática jurídica (*Jurisprudenz*) como ela não deveria ser – de qualquer forma, como ela, segundo a imagem que traça a partir de si mesma, não deveria ser.

Traduzir o Direito como código seria ignorar toda a esfera da retórica material, que organiza o mundo da vida humana, a comunicação do plano da realidade, como os indivíduos conduzem, privada ou coletivamente, as circunstâncias existenciais.

Assim, “o texto normativo genérico previamente dado, elaborado pelo poder legiferante, não constitui a norma jurídica, [...], mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso”. (ADEODATO, 2009, p. 139)

É nesse contexto de complexidade da separação entre o texto jurídico e norma jurídica, com o crescimento do papel do Poder Judiciário que ela ocasiona, que tem especial lugar a colocação de Sobota (1996, p. 251-273) sobre a relevância de uma disciplina como a retórica, a qual:

[...] tem uma longa tradição de aceitar contradições, especialmente as contradições da natureza humana. A retórica não tem qualquer preconceito contra reconhecer o fato de que a vida humana consiste, em larga medida, de decepção e auto-decepção. Ela tenta, ao contrário, enfrentar essas realidades face a face e analisar como tais decepções são utilizadas, que técnicas são empregadas e sob que condições elas obtêm bons ou maus resultados. No mesmo sentido, a teoria retórica não partilha da visão do racionalismo iluminista de que todas as razões e motivos precisam ser descobertos e verbalizados a qualquer preço. A retórica não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O Brasil nunca contou com uma política de saúde que tivesse como propósito a garantia do direito à saúde de maneira universal, numa articulação republicana dos órgãos pertencentes aos três níveis de poder político, realidade que mudou com a instituição do Sistema Único de Saúde quando do advento da Constituição da República de 1988.

Inicialmente, a saúde foi pensada, no Brasil, como securitária, ligada ao mundo laboral. Desde o início, esteve ligada à previdência social, cujos ditames, aqui, foram editados após a Primeira Guerra Mundial.

Neste modelo, a proteção à saúde não era considerada um direito universal, de modo que apenas os indivíduos vinculados à previdência, ou seja, os trabalhadores contribuintes, poderiam gozar do serviço público de saúde.

Ao final da guerra, o Brasil integrou a Conferência de Paz que, em 1919, resultou na assinatura do Tratado de Versailles. Com isso, o país se tornou componente da Organização Internacional do Trabalho – OIT, comprometendo-se quanto às regras tratadistas de proteção aos trabalhadores.

Seguiram-se as promulgações da Lei de Acidente de Trabalho – Lei nº 3.724 – em 1919 e, em 1923, da Lei Eloy Chaves – Decreto-lei nº 4.682 – a qual é responsável pelo nascimento da previdência social no país. (AMADO, 2011, p. 67)

Merece destaque, ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, publicada pela Organização das Nações Unidas em 1948, a qual previu em seu artigo XXV, item 1, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência.

Finalmente, em 1966, as instituições de seguridade foram unificadas passando a constituir o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. O Ministério da Previdência e

Assistência Social foi criado em 1974 e, em 1977, o INPS veio a ser desmembrado (INPS, INAMPS e IAPAS), passando a parte de assistência médica hospitalar a ser prestada pelo INAMPS, dando-se, posteriormente a unificação destes no Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, autarquia federal instituída pela Lei nº 8.029 de 12 de abril de 1990. (AMADO, 2011, p. 69)

A grande reforma, no respeitante à saúde pública, veio com a Constituição Cidadã que, em 1988, previu a seguridade social englobando a assistência, a previdência social e a saúde pública – Título VIII, Capítulo II, artigos 194 a 200 – e criou o Sistema Único de Saúde – SUS (artigo 198, CRFB/1988). As ações e serviços de saúde, no âmbito do SUS, foram reguladas, em todo o território nacional (lei nacional), pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

A gratuidade da prestação do serviço de saúde a todos os brasileiros, independente do pagamento de contribuições específicas, destaca-se como uma das principais conquistas sociais trazida pela nova Constituinte.

Ou seja, a Carta Magna manteve a saúde pública ligada à seguridade social, todavia, retirou daquela o caráter securitário, quer dizer, uma pessoa não tem que contribuir diretamente para a manutenção da saúde pública para que tenha acesso ao serviço de saúde, mesmo que se trate de serviço eletivo, isto é, não de urgência nem de emergência.

O sistema referido no artigo 198 da CRFB/1988 é o Sistema Único de Saúde, o qual foi definido na decisão do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (BRASIL, STF, 2010) da seguinte maneira:

[...] consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais, de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

A Lei nº 8.080/1990, a qual “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, pormenoriza o caráter da integralidade ao dispor, no seu artigo 7º, II, que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados integrantes do SUS, isto é, contratados ou conveniados dele, devem obedecer:

[...] a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para

cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

O legislador ordinário incluiu nesta definição os serviços preventivos, como conscientização da população (v .g. campanhas de vacinação), os serviços curativos (por exemplo: cirurgias em geral) e os serviços individuais e coletivos, de forma que o SUS tanto deve manter cotas suficientes de consultas para atender à demanda do serviço, quanto disponibilizar ou construir os hospitais necessários às comunidades, enfim, deve prestar os serviços exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Ou seja, deve disponibilizar um tratamento para um simples resfriado, mas, também, um transplante e/ou um complexo tratamento oncológico. É de se ressaltar, apenas, que desde que um tratamento padronizado seja suficiente para o restabelecimento da saúde, não é possível que um enfermo exija a prestação de outro.

A partir desse momento, época de redemocratização do país, a saúde, direito fundamental de segunda geração, constitui-se em garantia a ser efetivamente oferecida a todos a todas as pessoas, tanto de forma singular como coletiva. Este direito adquiriu tanta relevância no ordenamento jurídico brasileiro quanto à atribuída aos direitos à igualdade e à liberdade.

Não obstante, é intrínseco ao Poder Executivo o entendimento de que o artigo 196, da CRFB/1988, contém uma simples programaticidade do direito à saúde, um objetivo a ser perseguido, sem imperatividade normativa.

Sobota (1996, p. 251-273) ensina que:

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas. [...] um sistema razoável que pudesse regular a conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independente da mediação arbitrária dos juízes.

Todavia, essa não é uma concepção que pode ser atribuída à realidade brasileira, pelo menos não no que tange à efetivação do direito fundamental à saúde nas estruturas universais, integrais e igualitárias concebidas pela Carta Magna.

É aqui que se percebe com clareza a incompletude do texto, o fato de a lei, por exemplo, não se mostrar inteiramente pronta, o que não representa uma deficiência do sistema jurídico, mas é hermeneuticamente necessário, inevitável. Apesar de não ser um dado pronto e acabado, porém, a estrutura textual da norma jurídica é relativamente estável e pode ser dogmaticamente determinada, submetida à prova e aplicada por meio do trabalho dos juristas. (ADEODATO, 2009, p. 144)

Existe uma distanciamento entre o mundo idealizado pelo *dever-ser* e a dimensão do

ser, ou seja, o mundo dos fatos. Nesse, as coisas acontecem de acordo com a mecanicidade da natureza. Hans Kelsen (1998, p. 5) explicou que:

Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo dever ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja.

Notoriamente, a existência de um mandamento legal que obrigue determinado comportamento não implica, necessariamente, na sua observância, por parte dos indivíduos ou, até mesmo, por parte do Estado, de maneira integral. E no que tange à saúde, no Brasil, não é diferente. Sabe-se que os serviços de saúde hoje disponibilizados pelo SUS, estão muito aquém do complexo sistema de atendimento previsto pela CRFB/1988.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 96) ressalta que “Como registrado por Hans Kelsen, há uma distância entre *dever-ser* e a realidade que ele quer transformar, distância essa que varia no tempo e no espaço”. É a verdadeira relação existente entre a validade e a eficácia da norma.

Verifica-se esse distanciamento no que tange à saúde brasileira, com a norma constitucional garantindo o direito à saúde de maneira universal, integral e igualitária (*dever ser*) e com a Administração Pública atendendo a demanda apenas em parte (*ser*).

É comum, na imprensa escrita e falada, artigos e reportagens sobre problemas enfrentados pela população para acessar a saúde: enfermos em macas pelos corredores dos hospitais, diante da falta de vaga para internação, pessoas esperando, há meses, por uma consulta especializada e, há anos, por uma cirurgia, munícipes do interior que têm que ser transportados para as capitais para receberem atendimento médico, enfim, obstáculos imensos que se põem entre os enfermos e a saúde.

Essa é, justamente, a materialização da retórica existencial, que comunica o plano da realidade brasileira no que tange à saúde pública e traduz como as circunstâncias concretas afetam a experiência cotidiana dos cidadãos, que revela como as vidas estão sendo (des)tratadas e (des)organizadas nas alas nosocomiais – à qual o Direito não pode estar alheio.

Por esta razão, a ênfase que se quer dar aqui não é à discrepância entre a norma e a realidade brasileira, que de fato é inquestionável, posto que isso revelaria uma postura simplista. Mas, já a frente, à necessidade imperiosa de agregar essa dimensão à construção da norma.

Antes, essa “falta de efetividade” pode desempenhar importantes funções, inclusive retóricas. A tese é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica.

Quer dizer, não só a norma do caso concreto é constituída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata; ou seja, a “norma” geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção.

[...] o texto expresso por artigos e parágrafos na lei, é somente um “dado de entrada” na efetiva elaboração da norma. (ADEODATO, 2009, p. 146)

Num contexto de discrepâncias, surgem, de um lado, Entes federativos tentando maximizar resultados através de políticas públicas que atendam a toda sociedade – ou seja, empregando o dinheiro público em iniciativas que atingirão maior parcela da população, em detrimento de intervenções isoladas e custosas. E, do outro lado, cidadãos que buscam, muitas vezes pela via judicial, a concretização deste direito na forma de uma prestação individual.

Após a conscientização pública sobre a ilusão na qual se traduz a expectativa do código perfeito, ou seja, de uma lei que fosse capaz de prever e regular cada particularidade humana:

[...] desenvolveu-se uma crença de que o processo decisório legal consistia em encontrar e aplicar essas normas instrumentais - normas tidas como capazes de definir e dirigir a esfera do "Dever Ser" tão exata e logicamente quanto um dia se supôs que as leis da física clássica dirigiam a natureza. (SOBOTA, 1996, p. 251-273)

O peso da matéria é tanto que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 2009, à época comandada pelo Ministro Gilmar Mendes, convocou uma audiência pública com o objetivo de ouvir os diversos segmentos sociais envolvidos. Na ocasião, foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, usuários do Sistema Único de Saúde, representantes do terceiro setor e acadêmicos.

A máxima efetivação desse direito, ou seja, sua garantia de maneira universal, integral e igualitária a todos os cidadãos, sem que essa concretização represente risco à ordem constitucional, é imperativa. Ressalte-se, não há que se falar em dignidade da pessoa sem que haja garantia desse direito.

O problema filosófico é que “dignidade humana” é um conceito, retórico como todos, cuja efetivação depende fundamentalmente de uma ideologia, de uma concepção de mundo; como essas concepções variam, individualmente pulverizadas na modernidade, parece que é só no âmbito normativo da positivação do direito que tal discussão pode acontecer. A sociedade contemporânea modifica-se com esse esvaziamento do conteúdo axiológico, esse abandono da ideia de uma justiça em si,

no momento em que o positivismo coloca legitimidade como sinônimo de legalidade e uma decisão legítima passa a ser aquela que está de acordo com as regras prefixadas pelo sistema jurídico-positivo (validade dogmática), independente de seu conteúdo. (ADEODATO, 2009, p. 4)

O princípio da universalidade de acesso ao SUS impõe à administração pública o dever de não dificultar o acesso ao serviço, mas facilitá-lo, com observância de que toda pessoa tem direito fundamental ao serviço de saúde pública.

Como a Administração Pública não teve vontade política de implementar o SUS com o dimensionamento prático que se acreditou ter-lhe sido imposto, o desatendimento das demandas (ações materiais de procura) do serviço feitas pelas pessoas ocasionou uma multiplicação das demandas judiciais que objetivavam prestações de saúde.

Em análise da jurisprudência do STF, constata-se que o primeiro apelo a chegar na Suprema Corte sobre o direito à saúde foi decidido em 29 de junho de 1999, no Recurso Extraordinário n° 242.859, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Tratava-se de recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, inconformado com a sua condenação a entregar o remédio *Invirase (Saquinovir)* para indivíduo portador de HIV – vírus da imunodeficiência humana.

Ao fim, o recurso não foi conhecido, à vista do entendimento da Primeira Turma de que, alheio ao fato de o medicamento não constar da lista de remédios padronizados pelo Estado, a obrigação de sua prestação ao autor não configurava violação dos arts. 5º, I, e 196 da CRFB/88. (BRASIL, STF, 1999)

Evidente que se o Poder Judiciário não tivesse tido uma postura pró-implementação da regra, isso teria desmotivado as pessoas de procurarem o serviço de saúde nos casos em que a Administração Pública negasse sua prestação. Não foi, porém, o que se verificou.

A mesma coletânea de arestos mostra que no período de 1999 a 2004, os recursos solucionados sobre o direito à saúde originaram-se daquele Estado e que as prestações então reclamadas destinavam-se ao tratamento de AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, causada pela infecção com o HIV – e de doenças raras.

Tal origem, provavelmente, teve fundamento no fato de existir uma Lei gaúcha (n° 9.908, de 16 de junho de 1993) que garante o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto Estadual n° 35.056, de 07 de janeiro de 1994, o qual contém uma lista de 32 medicamentos que seria objeto de fornecimento, com previsão de possibilidade de acréscimo ao rol, por meio de portaria. (LEIVAS, In: SARMENTO; SARLET, 2011, p. 635-636)

Num quadro epidêmico da AIDS e de movimentação social pró-direitos dos portadores do vírus HIV, em que medicamentos em uso nos Estados Unidos da América não eram disponibilizados pelo SUS, o Supremo Tribunal Federal, garantindo a eficácia do direito à saúde, decidiu da seguinte forma no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286 (BRASIL, STF, 2000):

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE [...] sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Destaque-se que, quando do julgamento, o Ministro Relator Celso de Mello proferiu voto no sentido de que a obrigação do Município de entregar o medicamento objeto da demanda derivava, em parte, da citada Lei Estadual, a qual previa o fornecimento de remédios excepcionais à população carente e, assim, estabelecia critérios de efetivação do artigo 196 da CRFB/88.

Não obstante, apesar de seu posicionamento ainda prudente, registrou o caráter impositivo da norma constitucional e “construiu os alicerces da jurisprudência nacional do direito à saúde” (LEIVAS, In: SARMENTO; SARLET, 2011, p. 636). Veja-se:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente será terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais [...] recaí sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. (BRASIL, STF, AgR-RE nº 271.286, 2000)

Sairia daí o entendimento, à época ainda embrionário, da eficácia imediata da regra constitucional do direito à saúde. Daniel Sarmiento (In: LEITE; SARLET, 2009, p. 29) ressalta que:

[...] logo após a promulgação da Constituição de 88, havia um profundo hiato entre o campo doutrinário, que cobrava a efetivação da Constituição pela vida judicial, e a jurisprudência do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta.

No entanto, na ocasião do mesmo julgamento – AgR-RE nº 271.286 – o Ministro Marco Aurélio já foi mais claro no sentido dessa imediatidade. Veja-se:

O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, STF, 2000)

A linguagem incisiva da Corte Suprema, pró-efetivação do direito à saúde, com prestação positiva, mesmo que reconhecendo o matiz programático da norma do art. 196 da CRFB/88 teve, evidentemente, uma finalidade pedagógica, qual seja, a de afastar a linha interpretativa própria da doutrina conservadora que retirava da regra a imperatividade e a tachava de impraticável.

Em sede de reflexão sobre a redação do texto jurídico, Adeodato (2009, p. 140) pontua que:

[...] sistema vai muito além dessas bases textuais, é uma conclusão direta: o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão ali nesse livro que se chama “Constituição” e, nem por isso, deixam de fazer parte do universo constitucional. Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (Verfassungsgerichtbarkeit). Observe-se que a jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões.

No caso da saúde pública brasileira, os excertos jurisprudenciais citados acima

integram o bloco de jurisdição constitucional responsável por atribuir efetividade à norma constitucional que prevê o direito fundamental à saúde – elemento indissociável da consecução da justiça social.

O fenômeno enumerado trata-se da judicialização da política e das relações sociais, com a conseqüente influência do Direito Constitucional nesses campos e “um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. (SARMENTO, In: LEITE; SARLET, 2009, p. 10)

Com isso, os magistrados assumem a tarefa de julgar relevantes questões essencialmente políticas e sociais, com a finalidade de adequar essas relações com os ditames constitucionais, se valendo de teorias da argumentação. É por esta razão que:

Não parece mais adequada a visão tradicional de interpretação dos textos jurídicos ainda dominante no Brasil, a qual limita as “formas de interpretação quanto ao método” a métodos como o gramático, o lógico, o histórico, o sistemático, em uma concepção mais simplista de que interpretar é “determinar o sentido e o alcance da norma diante do caso”, inadequada às sociedades complexas contemporâneas. Essa perspectiva tradicional não enxerga a diferença entre a ideia significada do direito, a norma e sua expressão simbólica significante, o texto, considerando-os fator único no processo de conhecimento jurídico. Esse processo fica assim reduzido à “norma” e ao “caso concreto”, continuando a tradição inaugurada pela Escola da Exegese francesa, simplificando indevidamente um ato gnosiológico jurídico que apresenta três fatores irreduzíveis, quais sejam, os eventos concretos, as ideias abstratas e as expressões simbólicas textuais. (ADEODATO, 2009, p.150)

Deve-se registrar que a Corte Constitucional brasileira vem se valendo da retórica nas apreciações das querelas relativas ao complexo direito à saúde, seja utilizando de situação enriquecedora de suas decisões – como é o caso da audiência pública da saúde, em que foi ouvida meia centena de especialistas, seja dando às normas pertinentes elasticidade capaz de efetivá-lo em situações variadas e díspares, valendo-se de valores nacionais, fazendo preponderar os princípios sobre as regras e enfatizando, ocasionalmente, determinados pronunciamentos.

Sem declinar da cientificidade, tem atendido às normas da retórica às quais Sobota (1996, p. 251-273) se refere, a saber:

Finalmente, pode-se lembrar que as normas a que a retórica legal alude pertencem a um tipo especial de normas que não deve ser confundido com a espécie de normas discutida pelos lógicos, estabelecida pela física clássica ou promulgada pelos legisladores, seguindo o modelo das ciências. As normas utilizadas no processo de decisão judicial são na maior parte alusões, às vezes recheadas de informações sobre a realidade social, mas às vezes também reduzidas a uma atribuição geral, a qual pode ser preenchida com sentimentos inexpressáveis, afirmações casuais de valores e realizações também casuais de modelos estimativos tradicionais.

CONCLUSÃO

A retórica teve sua “época de ouro”, coincidente com a Idade de Ouro de Atenas; seu declínio, com a ascensão das Ciências Naturais; e, tal qual fênix, seu ressurgimento no Século XX, quando novas descobertas científicas, principalmente na área da Física, vulneraram a ideia da existência de certezas absolutas mesmo no campo das Ciências Formais ou Exatas.

Ficou demonstrado que a retórica se divide em três dimensões: 1ª) existencial ou material, 2ª) prática ou estratégica, e 3ª) analítica.

Que a primeira dimensão é uma arte (comportamento na prática) por meio da qual é organizado o mundo da vida humana. A segunda é metarretórica e busca reconstruir os métodos com o objetivo de influir sobre eles e possibilitar sucesso a quem deles se utiliza. Finalmente, a terceira dimensão, retórica analítica, é essencialmente descritiva e considerada uma metódica.

A norma jurídica não deve ser confundida com o texto legislado, mas integrada por um processo hermenêutico a ser procedido pelo Poder Judiciário, no qual a retórica tem um papel relevante. O Direito não deve ser confundido com a regra, e, na sua aplicação, muitas vezes a Justiça não se vale de silogismos normativos e sim de entimemas.

A jurisdição constitucional brasileira, à luz de como o STF decidiu as primeiras ações processuais que tramitaram perante si sobre a efetivação do direito à saúde, vem sendo construída sob uma perspectiva retórica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **Retórica como metódica para estudo do direito**. Revista Sequência, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 55-82, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p55>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito previdenciário sistematizado**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286.** Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 12 set. 2000. Publicado em: 24 nov. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.** Agravante: União. Agravada: Clarisse Abreu Castro Neves. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. Publicado em: 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 01 jul. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: Saúde.** Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 242.859.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Município de Porto Alegre e Rute Regina Serissol Nunes. Relator: Ilmar Galvão. Julgado em: 29 jun. 1999. Publicado em: 19 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257184>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRÍGIDO, Carolina. **Cármem Lúcia sobre prisão: ‘o escárnio venceu o cinismo’.** O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/carmen-lucia-sobre-prisao-escarnio-venceu-cinismo-18135697>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** [tradução de João Baptista Machado] 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. **A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 09, n. 01, p. 244-271, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18744>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORNAZIÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e oportunidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHLIEFFEN, Katharina von. **Rhetorische Analyse des Rechts: Risiken, Gewinn und neue Einsichten**. In: Rouven Soudry (Org.). Rhetorik. Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 42–64. Trad. ADEODATO, João Maurício; BARRETO, Laila Iafah Goes. **Análise retórica do direito: riscos, ganhos e novas perspectivas**. Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – MCT/CNPq.

SOBOTA, Katharina. **Don't Mention the Norm!**. In: International Journal for the Semiotics of Law, IV/10. Heidelberg: Springer, 1991, p. 45-60. Trad. ADEODATO, João Maurício. **Não mencione a norma!**. Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n. 07. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273.