

# A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS, SEUS ABISMOS GNOSEOLÓGICOS E A RESERVA DO POSSÍVEL: POR UMA DINÂMICA TEÓRICO-DOGMÁTICA DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

GUSTAVO RABAY GUERRA\*

**Resumo:** Discute a questão da insuficiente aplicabilidade das normas que definem direitos sociais face a limitações materiais, consideradas as condições de possibilidade orçamentária que factibilizam prestações estatais positivas. Assim, após um olhar introdutório acerca do noção de reserva do possível, sinaliza bases teóricas construtivas do paradigma de Estado social e sua inserção no pensamento neoconstitucional e de como as metodologias argumentativa e hermenêutica da justiça constitucional podem oferecer respostas coerentes e eficazes aos impasses jurídico-políticos que afastam o mínimo social almejado em um Estado democrático.

**Palavras-chaves:** Neoconstitucionalismo. Efetivação dos direitos sociais. Reserva do possível. Interpretação constitucional.

**Abstract:** *This work aims the question of the low power of the constitutional norms and it's insufficient applicability when it comes to define social rights which are dependent of some material resources of Public Politic. In order of introducing the basic aspects of the "reserva do possível", some theoretical outlines of the Welfare State idea and it's discussion in the neoconstitucionalist thought are exposed, as well is discussed how can the new methods of argumentation and hermeneutics of constitutional jurisdiction offer coherent and efficient answers to fundamental issues, while the legal and politic perspectives are harming the possibility of a paradigm of minimum rights to consolidate the so called "Democratic State".*

**Keywords:** Neoconstitutionalism. Effectiveness of social rights. The costs of rights. Constitutional Hermeneutics and Interpretation.

**Sumário:** 1. Direitos sociais e concretização judicial: preliminares sobre o debate – 2. Os direitos fundamentais sociais como problema de essência: dilemas de acionabilidade – 3. O superficialismo normativo dos direitos sociais e as profundezas do abismo: ainda é factível falar-se em eficácia diferida e aplicabilidade mediata das normas constitucionais? – 4. Reserva do Possível: lineamento conceitual básico – 5. Afinal o que é Constitucionalismo e Estado social? (Contra o discurso da superposição dos limites materiais em face do mínimo social)– 6. Para pontofinalizar (ou não...) – 7. Referências.

---

\* Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do UNIEURO - Centro Universitário (Brasília-DF), UniCEUB - Centro Universitário de Brasília, UniDF - Centro Universitário do Distrito Federal e Faculdade de Direito de Caruaru (licenciado). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do UNIEURO - Centro Universitário. Membro do Centro de Estudos em Direitos Humanos e Violência do UNIEURO. Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC) do UniCEUB. Membro do Círculo Constitucional (UnB/UniCEUB). Ex-professor do IESP - Instituto de Ensino Superior da Paraíba (João Pessoa). Ex-professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Ex-professor da Universidade Estadual da Paraíba. Contato: <gustavorabay@justice.com>.

## 1. *Direitos sociais e concretização judicial: preliminares sobre o debate*

Este é tempo de partido,  
 Tempo de homens partidos.  
 Em vão percorremos volumes,  
 Viajamos e nos colorimos.  
 A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua,  
 Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.  
 As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.  
 Meu nome é tumulto e escreve-se na pedra.

Carlos Drummond, "Nosso Tempo".

Um dos debates mais associados ao constitucionalismo presente é a consagração plena dos direitos sociais, no sentido de configurarem direitos a prestações positivas sensivelmente exigíveis conforme a vontade constitucional que lhes é ínsita.

No Brasil, a tutela de tais direitos sociais diz respeito diretamente à prática judicial de nossas Cortes, na perspectiva de eleger-se, no ambiente dogmático, diretrizes prático-racionais e hermenêuticas de ampliação dos contornos definitivos dos direitos postos na Constituição e sua consentânea aplicação cotidiana. A questão, recorrentemente travada na doutrina e jurisprudência, liga-se à aferição da aplicabilidade dos direitos sociais, enquanto normas constitucionais desprovidas de eficácia plena e auto-executoriedade, mas sobrejamente exigíveis, eis que perfilam a própria ideologia do Texto Fundamental de 1988.

Esse breve estudo compaginará alguns aspectos teóricos marcantes do debate acerca da concretização dos direitos sociais, especialmente mediante atuação do Poder Judiciário, que adrede assume o papel de sindicabilidade das diretrizes de conformação política das normas constitucionais alusivas aos direitos sociais. Mas não se trata de esforço doutrinário hábil a tal ponto de encerrar novos conceitos ou condições de possibilidade para a superação da crise de inefetividade constitucional pela qual se passa, desde sempre; apenas privilegia uma leitura do conjunto teórico mais relevante ao problema, com cariz introdutório.

## 2. *Os direitos fundamentais sociais como problema de essência: dilemas de acionabilidade*

Os direitos fundamentais correspondem aos valores principais da nossa cultura jurídica<sup>1</sup>, tendo como significação mais próxima a própria dignidade humana<sup>2</sup>. Assim, correspondem ao *continuum* de direitos às condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado, mas que, simultaneamente, demandam prestações estatais positivas<sup>3</sup>. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais possuem a característica de direitos públicos subjetivos, ou seja, posições jurídicas ocupadas por seu titular perante o Estado<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Joaquim Carlos Salgado. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan-jun. 2001, p. 246.

<sup>2</sup> Cf. Francisco Fernández Segado. A teoria jurídica e interpretação de los derechos fundamentales en España. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Fortaleza: UFC, v. 13/14, n. 1/2, jan-dez. 1994-1995, p. 76.

<sup>3</sup> Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 177, 1989, p. 29.

<sup>4</sup> Jairo Gilberto Schäfer. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 140, out-dez. 1998, p. 206.

Os direitos sociais ocupam essa outra dimensão – direitos a prestações positivas, também reconhecidos como direitos prestacionais e que conduzem a uma atividade proativa do Estado. A idéia primordial dos direitos individuais albergados na constituição, nascida com o ideal liberal e as revoluções consentâneas ao surgimento dessa concepção jurídica, caracterizados pela expressão “direitos de defesa” (*Abwehrrecht*), restou insuficiente para a plenitude do desiderato constitucional, como salientado por Gilmar Ferreira Mendes, fincado na lição de Krebs: “não se cuida apenas de ter liberdade de ação em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit Durch*)”<sup>5</sup>.

Gilmar Mendes lembra, ainda, que nosso sistema constitucional consagra destacadamente os direitos sociais, que recomendam a necessária atuação do Poder Público, “por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.<sup>6</sup>

Em que pese a fecundidade do tema, ao passo em que se verifica a mencionada euforia em torno desta base teórica, é de igual sorte estupendo o hiato entre a proclamação de tais direitos e a baixa densidade de efetivação dos direitos sociais, ainda que diuturnamente reclamados pelo senso jurídico e pela própria sociedade. O problema fica escamoteado, não raras vezes, na deblateração acerca do grau de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais e nas inexitosas tentativas de desvencilhamento de um modelo dirigente, em que os vínculos entre a responsabilidade do legislador ordinário e os riscos da não implementação de direitos suscitam um tom de pecado original<sup>7</sup>.

Abstraindo quaisquer outras provocações a respeito do alcance dos direitos sociais enquanto elementos (in) dissociáveis dos direitos fundamentais, adverte Roger Stiefelmann<sup>8</sup> que, quando da introdução do mandado de injunção no ordenamento brasileiro com a suposta pretensão de, ao lado da ação de inconstitucionalidade por omissão, conferir aplicabilidade aos direitos sociais, surgiu intensa discussão acerca de quais os direitos seriam viabilizáveis pelo *writ*, o que conduziu o Supremo Tribunal Federal (STF) a firmar sua posição no sentido de que todos os direitos decorrentes da Constituição eram passíveis de proteção por via de mandado de injunção<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Gilmar Ferreira Mendes. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica-Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002, p. 203.

<sup>6</sup> *Idem, ibidem*, p. 204.

<sup>7</sup> Cf. Lenio Luiz Streck. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 330. Nesse trabalho, o autor insiste na “continuidade da validade da tese do dirigismo constitucional em países periféricos”, mesmo após a polêmica travada pela nova tendência desencadeada por Canotilho, de abandono da Constituição Dirigente, sob a alegação de que “os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas” e que o “legislador determina o que é um direito social, mas não está vinculado aos direitos sociais”. J. J. Gomes Canotilho. Metodologia Fuzzy y Camaleones Normativos en la Problemática Actual de los Derechos Economicos, Sociales y Culturales. *Derechos y Libertades* 6, p. 42, 1998 *apud* Ricardo Lobo Torres. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio José Avelãs Nunes; e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 453. Sobre essa temática, cf., também, Jacinto Nelson Miranda Coutinho (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>8</sup> Roger Stiefelmann Leal. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. *Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRS*. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 9 jan. 2005.

<sup>9</sup> Cf. voto proferido pelo Min. Moreira Alves no MIQO nº107-DF.

Com esse adventício, o STF admitiu a adoção de mandado de injunção em matéria de direitos sociais. Todavia, consciente das dificuldades em concretizar de pronto os direitos sociais, acabou por atenuar o efeito das decisões proferidas em sede de mandado de injunção, obedecendo ao caráter político da realização dos direitos sociais, como evidencia o entendimento do Min. Moreira Alves, que admite que a decisão proferida em sede de mandado de injunção não confere a tutela adequada: “(...) na prática, a decisão dele (mandado de injunção) decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os poderes omissos”.<sup>10</sup> Optou-se, assim, pela mesma solução definida pela Constituição para a ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a cientificação do órgão competente para que tome as providências necessárias<sup>11</sup>. Foi admitida, em verdade, a impossibilidade técnica e política do STF para suprir a falta de uma norma, viabilizando o exercício de direitos sociais<sup>12</sup>.

### **3. O superficialismo normativo dos direitos sociais e as profundezas do abismo: ainda é factível falar-se em eficácia diferida e aplicabilidade mediata das normas constitucionais?**

O homem só é homem através da linguagem, mas para inventar a linguagem já tinha que ser homem.

Wilhelm Von Humboldt<sup>13</sup>

Como lembra Regina Ferrari, quando a Constituição Federal afirma que todos devem ter direito ao bem social correspondente à moradia, é preciso enxergar que tal não investe o seu titular numa condição de exigibilidade plena, pois “seria impossível admitir (...) que a todo indivíduo que demonstrasse não possuir moradia caberia ação contra o Poder Público para recebê-la (...)”.<sup>14</sup>

Nos atuais desvãos e descaminhos da contemporânea teoria constitucional, questão de grande relevo toca às possibilidades de aplicação das normas constitucionais, em especial daquelas recorrentemente referidas como normas programáticas, que dependem da posterior atuação do legislador infraconstitucional e da Administração como um todo. O presente texto cinge-se a algumas singelas considerações acerca do recente desenvolvimento doutrinário de

<sup>10</sup> Voto proferido pelo Min. Moreira Alves no MIQO nº107-DF.

<sup>11</sup> “Na realidade – sublinha Roger Stiefelmann –, a decisão proferida por ensejo do MIQO nº 107 -DF deu contornos mais complexos aos efeitos da decisão em mandado de injunção. Adotou-se a distinção feita pela Corte Constitucional alemã entre as omissões suscetíveis de concretização e as omissões não suscetíveis. A omissão somente será passível de suprimento por concretização na hipótese de se encontrarem elementos suficientes na norma constitucional que permitam atribuir a ela razoável eficácia mesmo sem a intervenção legislativa reclamada. Ademais, a concretização será feita somente após decorrido o prazo fixado pela Constituição ou pela Corte para a elaboração da norma. Roger Stiefelmann Leal. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. *Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRS*. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 9 jan. 2005. Há notícia de dois casos em que o STF considerou a omissão suscetível de suprimento por concretização e determinou providências mais concretas do que a simples cientificação do órgão competente para editar a norma. Cf. MI nº 283/DF. *RTJ*. Brasília, n. 135, p. 883; e MI nº 23/RJ. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 188, abr-jun. 1992, p. 155.

<sup>12</sup> Cf. Ricardo Lobo Torres. O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 187, p. 94-110, 1992.

<sup>13</sup> Wilhelm von Humboldt. *Gesammelte Schriften*, n. 1, v. 4, p. 14 *apud* Arthur Kaufmann. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 174.

<sup>14</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 239.

autores comprometidos com a realidade brasileira e que trata do problema com proposições extremamente elucidativas.

Na visão tradicional, o ambiente constitucional encerra a existência de três tipos de normas, com diferentes graus de eficácia e aplicabilidade, como refere-se Barroso, remetendo à lição de José Afonso da Silva: (i) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e (iii) Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem de integração infraconstitucional para terem aplicabilidade, normalmente referidas como normas programáticas.<sup>15</sup>

O tema recebeu diversas manifestações doutrinárias que, ante uma grande variação classificatória, oscilou do tradicional ensinamento de Rui Barbosa acerca da carga de auto-executoriedade das normas constitucionais até o modelo proposto por Celso Antonio Bandeira de Melo, que se refere à eficácia jurídico-constitucional com vista à justiça social.<sup>16</sup>

Após breve contextualização dessas classificações, Barroso propõe uma nova forma de sistematização, com o intuito de reduzir a “discricionariedade dos poderes públicos” na aplicação da Constituição e fomentar um “critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário”, em especial no que pertine à manifesta omissão do Executivo e do Legislativo, quanto à concretização das normas desprovidas de auto-aplicabilidade<sup>17</sup>.

A pré-falada sistematização consiste no enquadramento da seguinte tipologia: (i) Normas constitucionais de organização ou normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político; (ii) Normas constitucionais definidoras de direito ou normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos; e (iii) normas constitucionais programáticas ou normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.<sup>18</sup>

Propomos o corte epistemológico aqui necessário, no sentido de aclarar melhor a necessidade de uma tipologia das normas constitucionais, em que algumas delas exprimem baixa densidade aplicativa, mas, ao mesmo tempo, traduzem alta densidade principiológica, necessária à fecundação das demais normas, cuja aplicabilidade é mais factível.

Utilizemos o exemplo da norma constante no art. 196 da Constituição, quando afirma ser a saúde um “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 sua promoção, proteção e recuperação”. Como explicita Barroso, apesar da “dicção ambígua” do artigo em comento, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas configura-se como norma programática, “fala em políticas

---

<sup>15</sup> Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91. A divisão proposta por José Afonso da Silva encontra-se em sua obra ‘Aplicabilidade das Normas Constitucionais’, originalmente publicada em 1968. Há outra edição, substancialmente revista dessa obra: José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>16</sup> Esse modelo triparte as normas constitucionais em três categorias: (i) Normas concessivas de poderes jurídicos; (ii) Normas concessivas de direitos; e (iii) Normas meramente indicadoras de uma finalidade de ser atingida. Celso Antonio Bandeira Mello. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. *IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Florianópolis, 1982 *apud* Luís Roberto Barroso. *Op. cit.*, p. 92-93.

<sup>17</sup> Luís Roberto Barroso. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*, p. 94.

sociais e econômicas que não estão especificadas”<sup>19</sup>, não podendo ser entendida como norma auto-aplicável.

O problema da efetividade das normas constitucionais (e infraconstitucionais, de igual sorte) tem sido um dos mais graves entraves constatados no ordenamento jurídico brasileiro. É um problema crônico, que sofre da paralisia multidisciplinar. Novo gênero de patologia que recrudescer em meio a um ambiente acrítico e desprovido de proposições lúcidas; parece que há muito diagnóstico, mas pouco prognóstico.

Em nosso país, os entraves que impedem a concretização dos dispositivos jurídicos (ou seria melhor jurígenos?) decorrem não apenas do caráter de idealidade presente em seu conteúdo, mas também da ausência de vontade do poder público. Há, ainda, casos em que a inefetividade decorre dos interesses particulares de classe ou do poder de veto de alguns grupos hegemônicos. Há, por conseguinte, um fosso que separa a expectativa gerada pela expansão dos direitos formais de cidadania e sua realização no cotidiano dos indivíduos. Esse desconforto gera nas pessoas a crença segundo a qual os direitos não existem para serem realizados, sendo, tão-somente, adereços ou formulações abstratas inexecutáveis. Este hiato demonstra bem que o Direito é um instrumento social que não escapa à esfera do político, ou ainda que “a Constituição, sem prejuízo da sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social”.<sup>20</sup>

Tais idéias deveriam servir de baliza aos legisladores, antes que os mesmos, movidos por devaneios ou por motivações infáveis, passassem a criar normas de alcance universal, mas de efeito concreto nulo. Com isso a realidade salta aos olhos: muitos dos direitos de cidadania amplamente garantidos por nossa Lei Maior, não são realmente efetivados.

São os *abismos gnoseológicos* que pululam o cotidiano político-jurídico e que impedem o diálogo da experiência social com as normas de cidadania orientadas pelo Texto Superior; desconectam o sentido “real-razional” perseguido pelo legislador constituinte e o relegam ao discurso dos “limites e possibilidades”, objetificando o “real” como “limite” e o “racional” como “aquilo que é possível”. Ou seja, antes mesmo de se pré-compreender, já se interpreta e se alcança a compreensão de *ultima ratio*, qual seja, *as normas definidoras de direitos sociais encerram eficácia limitada, carecedoras que são de uma atuação futura (eventual e incerta) do legislador infraconstitucional e do sistema político!*

Nessa senda, Lenio Streck<sup>21</sup> lembra que os magistrados

costumam-se jactar-se do fato de que, primeiro decidem (chegam à conclusão), e só depois justificam/fundamentam o que “antes foi decidido” (sic). Com isto, pensam ter encontrado uma espécie de atalho no processo de conhecimento, por meio do qual imaginam poder ultrapassar o abismo gnoseológico que tem angustiado a humanidade desde que o *logos* suplantou o mito. Assim, acreditam – e esse pensamento é ainda dominante no seio da comunidade jurídica – na possibilidade de alcançar uma cognição livre de (inter)mediações. **É como se fosse possível alcançar a outra margem desse “abismo” e só depois “construir” a ponte que possibilitou essa travessia...!** (Sem negrito no original).

João Maurício Adeodato oferece uma depuração filosófica do que vem a ser o tal *abismo gnoseológico*, reduzindo-o a incompatibilidades recíprocas entre: (i) *evento real*; (ii)

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 110.

<sup>20</sup> Luís Roberto Barroso. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>21</sup> Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Estudos Jurídicos. Revista da Unidade de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos*. São Leopoldo, v. 37, n. 101, set-dez. 2004, p. 30.

*idéia* (ou “conceito”, “pensamento”); e (iii) *expressão lingüística* (ou “simbólica”), porquanto estas “são as três unidades componentes do conhecimento humano, as quais não podem ser reduzidas uma à outra”.<sup>22</sup>

Aqui, interessa de perto referir a incompatibilidade entre os dois primeiros dados e a linguagem, que ficaria desempenhando – no terreno da interpretação jurídica tradicional – um papel secundário, “como se fosse apenas um veículo de conceitos que carregam o sentido das coisas (...) que se interpõe entre um sujeito (o intérprete do direito) e um objeto (a ‘realidade’).”<sup>23</sup>, ou, se preferir, invertendo a equação, o dado lingüístico-expressivo projeta-se como um algo entre o *evento real* e a *idéia ou conceito*.

O abismo gnoseológico conduz a outros, tal como o axiológico<sup>24</sup>. E algumas estratégias poderiam ser estabelecidas para evitar esse problema original, como aponta Adeodato, à vista dos predicados compreensivos da realidade em Max Weber:

(...) **tipos ideais** constituem generalizações que, através de abstrações controladas, pretendem reunir unidades reais, em si mesmas incognoscíveis, em conceitos ideais aproximativos. Exatamente porque uma separação precisa não é possível na realidade, os conceitos claros e precisos são mais necessários ainda. Com efeito, o método weberiano imuniza contra a ingenuidade da concepção ontológica, “realista”, da língua e ajuda a reduzir pretensões de verdade e a enfrentar com mais segurança o abismo gnoseológico<sup>25</sup>. (negrito no original).

Mas essa breve sugestão (como denominada pelo autor do trecho acima transcrito) comporta outros desenvolvimentos que serão objeto de outro esforço, mais associado à perspectiva etnometodológica para uma sociologia do direito<sup>26</sup>.

Com o que até aqui foi exposto, merece reprodução o pensamento de Lenio Streck, para quem é preciso romper com a “*hermé(nêu)tica* jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência”, com o que recuperar-se-ia o “*sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante*. Assim, por exemplo, *não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena*”.<sup>27</sup>

Em arremate, despidendo afirmar que o sentido e alcance de uma determinada norma constitucional (e também infraconstitucional) terão que ser delimitados pelo intérprete, em

<sup>22</sup> João Maurício Adeodato. *Ética e retórica - Por uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 288.

<sup>23</sup> Lenio Luiz Streck. *Op. cit.*, p. 30-31.

<sup>24</sup> João Maurício Adeodato. *Op. cit.*, p. 288 ss.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, p. 295.

<sup>26</sup> Como esclarece o próprio João Maurício Adeodato, citando a lição de Werner Patzelt (*Grundlagen der Ethnomethodologie. Theorie, Empirie und politikwissenschaftlicher Nutzen einer Soziologie des Alltags*. München: Wilhelm Fink, 1987, p. 9-14 e 25), *etnometodologia* “deve ser entendida como uma perspectiva da sociologia do conhecimento a qual se interessa pelas obviedades que, por isso mesmo, passam despercebidas, aquelas significações e pontos de acordo localizados que ficam subentendidos no relacionamento social. O casuísmo da perspectiva etnometodológica procura responder aos novos tempos, nos quais as verdades longa e tradicionalmente aceitas passam a ser questionadas, levando a problemas de “falta de orientação, desorganização e anomia” e tornando fundamental a construção de um novo entendimento sobre temas que pareciam resolvidos, a construção de uma nova realidade e de uma aproximação científica adequada, pois “A confiança naquilo que ‘todos sabem’ ou ‘ninguém faz’ começa a desaparecer”. João Maurício Adeodato. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>27</sup> Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 226-227. (Sem negritos no original).

cada situação concreta a ser apreciada pelo aparato decisório do direito dogmatically organizado. Alguém já disse que não é a norma que dá interpretação, mas a interpretação que dá a norma e, nesse sentido, válida a investigação da metódica estruturante de Friedrich Müller, uma possibilidade interpretativa de concretização do direito.<sup>28</sup> Assim, também, diz Lenio Streck, é “evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do direito”.<sup>29</sup>

É preciso reconhecer, com Kaufmann<sup>30</sup>, que no contexto da atividade jurídica, a importância da *função de comunicação e entendimento* e a inerente *função social*, ambas atribuídas à linguagem:

Se a norma jurídica (regra de direito) se deve tornar realidade concreta, então os conceitos abstratos da norma têm que estar *abertos* às situações da vida. Isto acontece na concreta decisão de direito, no juízo jurídico. No juízo o direito ganha forma, aumenta a sua dimensão lingüística vertical, transcendental, intuitiva, os conceitos classificatórios delimitadores convertem-se em conceitos ordenadores plenos de conteúdo (conceitos funcionais, tipos [...]). Estes conceitos concretizados já não são unidimensionais, unívocos (...), nem o devem ser; de outro modo não poderiam cumprir a sua função de equilíbrio das tensões, no interior da idéia de direito, entre igualdade, segurança jurídica e equidade. (...) Assim, a linguagem jurídica cria direito por dois modos: através do acto de aprovação de normas e através do acto de decisão jurídica.

Uma maior adjudicação de sentido e real penetração nas *situações da vida*, por parte do *mundo* do direito conduz ao problema de um maior *ativismo judicial* ou de um fenómeno nomeado “judicialização da política”, fator argumentativo que vem despertando crescente interesse de pesquisa.<sup>31</sup> Se na concretização dos direitos sociais, superando-se o estágio

<sup>28</sup> A *concretização jurídica* ou *metódica estruturante*, de Friedrich Müller, professor da Universidade de Heidelberg, propõe, em síntese, uma configuração procedimental interpretativa de produção da norma jurídica, que não preexiste antes de vir ao encontro de *dados dogmáticos* (seu correspondente texto normativo, por exemplo), e de *dados reais*, que são os elementos naturais e sociais constantes do caso concreto. Cf. Friedrich Müller. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Trad. Peter Neuman. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 42 ss; Bruno Galindo. *Direitos Fundamentais – Concretização jurídica*. Curitiba: Juruá, 2003; João Maurício Adeodato. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 221-259; e Gustavo Rabay Guerra. *Direito Processual Constitucional*. Recife: Nossa Livraria, 2005, cap. 5 (parte final).

<sup>29</sup> Lenio Luiz Streck. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em Terrae Brasilis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, jul-dez. 2004, p. 286.

<sup>30</sup> Arthur Kaufmann. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 172; 183 ss.

<sup>31</sup> Insuscetível de uma análise mais circunstanciada, face às limitações naturais do estudo – em especial quanto à extensão –, o tema será deslocado para um outro momento: Gustavo Rabay. *O Judiciário como medium democrático: introdução crítica à noção de judicialização da política no Brasil*. Brasília: s. ed., 2005 (no prelo). O tema é extremamente instigante e perfila algumas nuances variáveis na doutrina, inclusive quanto à designação (“juridificação”, “justicialização” ou, o mais habitual “judicialização” da política, mas todos aferrados ao mesmo objetivo central: a análise conjuntural da chamada “construção/expansão do poder do Judiciário”. A obra referencial desse temário é C. Neal Tate; e Tobjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995. Luiz Werneck Vianna; Maria Alice Rezende Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; e Marcelo Baumam Burgos. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; Luiz Werneck Vianna; Maria Alice Rezende Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; e Marcelo Baumam Burgos. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997; e Marcus Faro de Castro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, no. 34, p. 147-156, jun. 1997, sendo este último quem introduz o marco teórico acima referido (Tate e Vallinder) e sintetiza a fórmula e finalidade conceituais básicas do referencial: “(...) os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo

interpretativo quanto à sua eficácia diferida e tanto quanto sempre limitada, o Poder Judiciário reconhece sua exigibilidade e declara a obrigação de um determinado órgão à prestação, como, por exemplo, a entrega de medicamentos a pacientes com o vírus da AIDS<sup>32</sup>, como no caso a seguir apresentado: uma criança com AIDS que precisava de remédio, no Rio Grande do Sul. Foi impetrado em seu favor mandado de segurança contra denegação do serviço de saúde. Deferida a segurança, interpôs o Estado recurso para impedir a entrega do remédio, alegando *periculum in mora* (do Estado!). Na segunda instância, o relator da matéria deferiu o pedido do Estado, suspendendo o fornecimento do remédio, vez que, em seu entendimento, o art. 196 da Constituição Federal indica a saúde como dever do Estado, mas não se pode inferir com isso que o Estado tem a *obrigação* de prestá-la!<sup>33</sup>

Embora o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) considere o referido dispositivo constitucional como não-auto-aplicável,<sup>34</sup> o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decidido pela concessão de remédios e assistência médica.

Não obstante, o problema acerca de uma gradação máxima de acionabilidade dos direitos sociais ainda está longe de um deslinde teórico e prático-dogmático<sup>35</sup>.

Na visão de Böckenförde, os direitos sociais não exprimem, por si mesmo, um conteúdo fixo quanto à extensão de sua eficácia, se de mínima, média ou máxima gradação, de sorte que os direitos fundamentais cingem-se a – nada mais que – tarefas constitucionais (*Verfassungsaufträge*)<sup>36</sup>.

A tarefa dos direitos sociais, esclarece Christine Peter, é “de elemento de realização da igualdade e liberdade reais, podendo ser considerados como fatores de consecução da justiça

se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’”. Marcus Faro de Castro. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>32</sup> Não é despiendo lembrar da célebre decisão interlocutória em que um magistrado negou a antecipação de tutela a portadores do vírus HIV que desejavam obter medicamentos, alegando que não haveria risco de dano irreparável ou de difícil reparação, pois “todos somos mortais”, negando, por conseguinte, qualquer reconhecimento ao direito à saúde insculpido nos arts. 6º e 196, da Constituição Federal: “Indefiro a antecipação da tutela. Embora os autores aleguem ser portadores de AIDS e objetivem medicação nova que minore as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido, pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar às expensas do Estado o exame de genotipagem e aquisição de medicamentos que, segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS. A Lei nº 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos indicados que o Ministério da Saúde indicar para cada estágio evolutivo da infecção ou de doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal. Por outro lado não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano. Daí o indeferimento da antecipação da tutela. Cite-se a Fazenda do Estado. Defiro gratuidade judiciária em favor dos autores. Intimem-se. São Paulo, quinta-feira, 26 de julho de 2001. Antônio Carlos Ferraz Miller, Juiz de Direito”. Lenio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79-80, nota 49. Como ressalta Lenio Streck, casos como esse “desnudam, dramaticamente, a alienação constitucional imperante no imaginário de determinados operadores do Direito”.

<sup>33</sup> Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 227.

<sup>34</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 57.614-RS.

<sup>35</sup> Cf. Lenio Luiz Streck. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 301-37.

<sup>36</sup> Ernest W. Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 67-68.

social, na medida em que se encontram ligados à obrigação da comunidade para com o bem-estar da pessoa humana”.<sup>37</sup>

#### **4. Um outro abismo a ser revelado: o problema dos limites materiais (a “possível” reserva do possível)**

O Estado, apropriado pelo estamento dominante, é o provedor de garantias múltiplas para os ricos e de promessas para os pobres. Em um País sem tradição de respeito aos direitos, a constituinte termina sendo uma caça aos privilégios. Criam-se diferentes castas dos que são mais iguais. Alguns conseguem um lugar sob o sol da proteção constitucional direta. Outros ficam no mormaço das normas que sinalizam o *status*, mas precisarão ser integradas pelo legislador infraconstitucional. A maioria fica sob o sereno das normas programáticas, as que prometem saúde, cultura e terceira idade tranqüila. Mas só quando for possível.<sup>38</sup>

A dimensão jurídico-concretizante dos direitos sociais “se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’, ou na conformidade de autorização orçamentária”, segundo a sempre escorreita análise de Ricardo Lobo Torres<sup>39</sup>. Os direitos sociais estariam, portanto, “reféns” de opções de política econômica do aparato estatal, eis que a reserva do possível traduz-se em uma chancela orçamentária; trata-se de um princípio (implícito) decorrente da atividade financeira do Estado alusivo à impossibilidade de um magistrado, no exercício da função jurisdicional, ou, até mesmo, o próprio Poder Público, de efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto, o que conseqüentemente resultaria despesa orçamentária oficial. “A aferição desta disponibilidade é feita em função do orçamento. Justifica-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, pode implicar a inviabilização da consecução de outros”.<sup>40</sup>

Segundo Gisela Bester, a questão se põe como uma “desculpa” que é dada pelos governantes, para se eximirem de cumprir o desiderato social plasmado na constituição; “Ora, se a Constituição diz ser direito de todos um dado direito social, o Estado há de virar-se para prever tal rubrica no orçamento, conforme as competências federal, estadual e municipal, eis que isto é um mandamento, uma ordem, que deve ser providenciada”.<sup>41</sup>

Os direitos sociais mínimos, de fato, têm consideráveis efeitos financeiros, “quando são muitos os que o fazem valer” – adverte Robert Alexy – “Mas só isso não justifica inferir a *não-existência* desses direitos. A força do princípio da competência privativa do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter mais pesos que as razões da política financeira”.<sup>42</sup>

Diante da inoperatividade do legislativo, a via judiciária apresenta-se como forma de dialógica democrática entre o cidadão e o Estado. Mas em que medida poderia o Judiciário determinar o atendimento da pretensão posta em face da ausência de mecanismos suficientes

<sup>37</sup> Christine Oliveira Peter da Silva. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 102.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*, p. 317.

<sup>39</sup> Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 177, jul-set. 1989, p. 41.

<sup>40</sup> Marcelo Antonio Theodoro. *Direitos Fundamentais e sua Concretização*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 120.

<sup>41</sup> Gisela Maria Bester. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2004, v. 1, p. 137-138.

<sup>42</sup> Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 495. [Tradução livre].

para o amparo habitacional sob a responsabilidade das autoridades representativas? E como resolver as implicações financeiras da implementação da medida judicial concretizadora?

Para alcançar as bases teóricas sustentáveis para uma resposta adequada ao caso brasileiro é necessário, sobretudo, romper com as teses sub-desenvolvidas de um direito constitucional de baixa eficácia e com a falácia da “reserva do possível”, esta última, segundo Andreas Krell, “fruto de um direito constitucional comparado equivocado”.<sup>43</sup>

Na esteira da manifestação de Ingo Sarlet<sup>44</sup>, *in litteris*, há de se concordar que não há mais espaço para essa resignação da escassez – o lamentacionismo constitucional, com o qual respeitáveis estudiosos se conciliaram:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos (...) em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.

Em outro instante, também elucida o mesmo autor<sup>45</sup>:

(...) em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.

Mister lembrar que todos as modalidades de direitos subjetivos representam dispêndio econômico, inclusive os direitos cunhados pelo constitucionalismo liberal clássico: os direitos civis em geral, que demandam a tutela judicial custam muito dinheiro (verba para segurança pública, órgãos administrativos, a estrutura do Judiciário), assim como os direitos políticos (verba para realização das eleições, com as urnas eletrônicas disponibilizadas no referendo do último outubro etc)...<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Andreas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

<sup>44</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. Algumas considerações em torno do conteúdo, Eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 13.

<sup>45</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 324. Cf. tb., no mesmo sentido: Ingo Wolfgang Sarlet. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 164 ss.

<sup>46</sup> Nesse sentido, cf. Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236 ss; e Flávio Galdino. O

De outra sorte, lembra Ricardo Lobo Torres que, embora o STF tenha decidido que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos disponíveis<sup>47</sup>, esse entendimento não deve se estender para os casos em que se discute a garantia do “mínimo existencial”, “que tem prevalência sobre eventuais sobras de caixa”.<sup>48</sup>

O debate tem evoluído substancialmente: prova disso é que o STF já decidira, em outra ocasião, acerca da possibilidade de controle judicial das políticas públicas, mesmo que sua formulação e execução presumam-se reservadas aos demais Poderes: “Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato coletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo”.<sup>49</sup>

Como pondera Américo Bedê, como é possível suscitar a falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda de governo?; “Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder”<sup>50</sup>.

É preciso alargar a compreensão dessa noção acerca da reserva do possível, reconhecendo, em primeiro lugar que tudo o que foi dito e redigido sobre o tema remete ao abismo gnoseológico referido nesse texto, isto é, no processo de falseamentos da atitude de conhecimento (“jurídico”) que ocorre silenciosa e até inconscientemente. A reserva do possível é um terceiro dado (limitações orçamentárias?) que se coloca entre o Texto Cume e os cidadãos, que demandam prestações positivas porque – como foi estampado na ordenação constitucional – estas representam “direito de todos” e “dever do Estado”<sup>51</sup>

Custo dos Direitos. In: Ricardo Lobo Torres (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 186 ss.

<sup>47</sup> Intervenção Federal 492/SP. Acórdão do Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do acórdão: 26/03/2003. Publicado no Diário da Justiça da União de 01/08/2003.

<sup>48</sup> Ricardo Lobo Torres. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio José Avelãs Nunes; e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465.

<sup>49</sup> Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 29/04/2004. Informativo do STF nº 345/2004. Permite-se transcrever a ementa do julgado: Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

<sup>50</sup> Américo Bedê Freire Júnior. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

<sup>51</sup> E mais uma vez a lucidez de Lenio Streck: “(...) a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se ‘interpõe’ entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!”. Lenio Luiz Streck. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em Terrae Brasilis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, jul-dez. 2004, p. 280.

### 5. Mas afinal o que é Constitucionalismo e Estado social? (Contra o discurso da superposição dos limites materiais em face do mínimo social)

Citando como exemplo o descaso dos poderes públicos com os direitos dos deficientes físicos, Luciano Maia questiona a inefetividade da Constituição e da legislação infraconstitucional que contempla diversas garantias aos portadores de necessidades especiais físicas, auditivas e visuais.<sup>52</sup> A Constituição de 1988 institui, em seu art. 203, inc. V, o direito à concessão de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família<sup>53</sup>.

Ainda na Carta vigente, encontramos, no art. 227, § 1º, II, a obrigatoriedade do Estado brasileiro na criação de uma gama de mecanismos de integração dos portadores de alguma deficiência, inclusive adotando medidas de “facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.<sup>54</sup> Por seu turno, a legislação federal já contemplou inúmeros avanços na proteção dos direitos dos deficientes, como é o caso da Lei nº 7.853, de 24.10.1989 (Lei de apoio às pessoas portadoras de deficiência), da Lei nº 8.899, de 29.06.1994 (concessão de passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual), entre diversas outras.

Apesar de todo esse aparato técnico-legal e dos preceitos constitucionais irradiadores de direitos, acima vistos, é possível, ainda, se deparar com situações iníquas e injustificáveis como a narrada por Luciano Maia: em recente pleito eleitoral, uma eleitora que, impossibilitada de se locomover e, por conseguinte, municiada de sua consentânea cadeira de rodas, foi impedida de ter acesso à sua seção eleitoral, localizada no 1º andar de um prédio público sem rampa e sem elevador. A princípio, quiseram os servidores da Justiça Eleitoral convencê-la a desistir de votar, e recomendar-lhe que justificasse sua ausência. Impedida de votar, demonstrou sua irrisignação aos prantos, o que, comovendo outros eleitores, fez com que esses conduzissem-na nos braços, para que, enfim, votasse.<sup>55</sup>

A questão conduz a refletir sobre quantos logradouros e prédios públicos estão devidamente adaptados para o usuário portador de deficiência. Muito pouco se fez, em verdade, para minimizar as dificuldades enfrentadas por esse segmento de cidadãos. A norma não opera a realidade por si própria. Em muitos momentos, a Constituição vincula a Administração Pública e os demais setores do organismo social a providências imprescindíveis, que se protraem em nome do bem-estar coletivo.

A democracia instituída pelo povo brasileiro é mais ambiciosa que aquela democracia formal, burguesa. Quis o povo, no seu ato instituidor de um Estado Democrático de Direito, fazê-lo um estado democrático social de direito. Como em poucas constituições no mundo, a constituição brasileira tem disposições contendo

<sup>52</sup> Luciano Maia. *O cotidiano dos direitos humanos*. João Pessoa: Universitária, 1999, p. 106-107.

<sup>53</sup> Esse dispositivo é regulamentado pela Lei nº 8.742, de 07.12.1993 e pelo Decreto 1.744, de 05.12.1995.

<sup>54</sup> Eis o preceito do art. 227, § 1º, aqui referido, *in verbis*: “II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”. Mais adiante, a Constituição estabelece norma programática que constitui importante diretriz para a integração dos portadores de necessidades especiais, a qual permite-se transcrever: “Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.”

<sup>55</sup> Luciano Maia. *Op. cit.*, p. 106.

direitos sociais, que têm plena eficácia e força vinculante, e obrigam os órgãos do Estado, e todos os particulares.<sup>56</sup>

No contexto do exemplo suscitado, não só a nossa democracia como também as práticas de cidadania são portadoras de deficiências múltiplas. Como diria O'Donnell, é tão constante a violação de direitos e, por conseguinte, ineficaz a ordem jurídica, nos países latino-americanos, que vários autores chegam a questionar se é adequado denominá-los de democráticos<sup>57</sup>.

Sob a ótica de um Direito Constitucional de luta e resistência, Paulo Bonavides sentencia que só será possível institucionalizar um efetivo poder democrático no Brasil se houver, sobretudo, correspondência da Constituição com a realidade social.<sup>58</sup> Em seu preclaro entendimento, a “Constituinte e a Constituição são componentes de um todo indissociável – a sociedade brasileira (...)”<sup>59</sup>.

Em nosso atual contexto de redemocratização, o único óbice à satisfação de um constitucionalismo comprometido com a estrutura social é o conjunto de fatores externos, em especial os que revelam interesses econômicos associados à lógica do mercado. O primado do capitalismo e os grandes grupos de pressão constituem, sem sombra de dúvida, óbice à realização da Constituição. Veja-se, por exemplo, o caso da omissão legislativa referente ao § 3º, do art. 192, da Carta Política vigente.

O referido dispositivo, antes de ser revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29.5.2003, estipulava que a proibição do anatocismo<sup>60</sup>, isto é, a proibição de cobrança de taxas de juros reais superiores a doze por cento ao ano, caso em que a cobrança acima deste limite configuraria crime de usura<sup>61</sup>. Ocorre que a citada norma, assim como o seu próprio *caput*, eram desprovidas de auto-aplicabilidade, vez que sugeriam futura regulamentação via ulterior lei complementar. Transcorridos quase 15 anos da Constituição de 1988, a norma continuava sem a prometida regulação infraconstitucional, até que todo o dispositivo foi revogado pela EC nº 40/2003<sup>62</sup>. Simples assim.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, p. 106.

<sup>57</sup> Guillermo O'Donnell. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In: Juan E. Mendez; Guillermo O'Donnell; Paulo Sérgio Pinheiro (org.) *Democracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 337.

<sup>58</sup> Paulo Bonavides. Constituição e normatividade. In: *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 367.

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*, p. 370.

<sup>60</sup> Expressão que designa a cobrança de juros sobre juros. Nesse tipo de operação, corriqueiramente praticada pelas instituições de crédito, aplica-se o fator compensatório várias vezes sobre um único valor, de forma que o valor inicial sofra uma excessiva onerosidade.

<sup>61</sup> Eis a redação da referida cláusula constitucional, antes do novo teor inserido com a EC nº 40/2003, *in litteris*: “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

<sup>62</sup> Com a promulgação da supracitada Emenda Constitucional, em maio de 2003, todos os incisos e parágrafos constantes da redação original foram revogados e o dispositivo em comento passou a apresentar a seguinte redação: “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Ao tempo em que se fala de democracia e participação efetiva dos cidadãos na tomada das decisões políticas e iniciativas legiferantes – inclusive nesse caso expressamente determinado pela Carta –, os bancos e demais instituições financeiras operam silenciosamente, exercendo grande pressão junto aos setores que efetivamente definem os rumos do ambiente social em que todos estão inseridos e, portanto, legitimados a opinar. Nessa mesma senda, enquanto milhões de pessoas não têm o mínimo atendimento médico, como no caso acima exposto, uma vez que o art. 196 da “Constituição Cidadã” não vincula o Estado ao dever de pronta prestação social, consoante entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e realçado por inúmeros “constitucionalistas” pátrios, “o governo gastou, para salvar o Banco Bamerindus, o montante de 6 bilhões de reais, afora outros 20 bilhões gastos com outras instituições bancárias”.<sup>63</sup>

(...) há que destacar a crítica que atribui às concepções clássicas uma natureza anacrônica, desvinculada da realidade vigente, na medida em que cunhada e aplicável apenas sob a égide das Constituições de matriz liberal, sendo, portanto, incompatível com o constitucionalismo social, dominante em nosso século, no qual assume relevo o caráter programático de parte das normas constitucionais, estabelecendo uma atuação positiva aos poderes públicos na esfera sócio-econômica, além de revelar, também sob este aspecto, que a doutrina clássica de longe não fornece a melhor e única solução para o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.<sup>64</sup>

Com efeito, a realidade dantesca em que vive milhões de brasileiros destituídos de seus direitos fundamentais é mais do que suficiente para comprovar essa inobservância das metas constitucionais. A marginalização, o desemprego, a miséria, a degradação humana a que grande parte do nosso povo é reduzida, demonstram como a lei, embora exista para todos, não os atinge igualmente. Ademais, se a cidadania é um dos fundamentos do nosso Estado de Direito, como pode o próprio Estado desrespeitá-los e não realizá-los? O fato é que os atores sociais se sentem vilipendiados em seus direitos fundamentais e continuam a percorrer a estrada ressequida do desencanto, sem saber se o que dispõe a nossa Constituição é uma simples emanção de um ideal irrealizável ou se, ao contrário, é o acesso e o usufruto de seus direitos de cidadania que têm sido deliberada e sistematicamente conspurcados.

Talvez, esteja faltando uma peça no tabuleiro: informação. O desperdício da experiência constitucional tupiniquim atinge o universo dos “operadores jurídicos”, dos “operadores lógicos”, dos “operadores epistemológicos” e dos “operados”: nem o jurista constitucional, nem o ator prático do Direito, tampouco o cidadão comum, estão falando a mesma língua... é preciso se enxergar isso, sob pena dessa miopia os levar ao emudecer precoce e, quem sabe, à cegueira completa... Ou como diria Lenio Streck, sufocar-se com a angústia por saber que se sabe<sup>65</sup>.

Ainda assim note-se que, mesmo nos Estados democráticos do centro desenvolvido, a dogmatização do direito constitui um tipo ideal, uma ficção, uma estratégia

<sup>63</sup> Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 227.

<sup>64</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 219. Cf., também, Ingo Wolfgang Sarlet. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129-174.

<sup>65</sup> Em palestra proferida no VI Simpósio Brasileiro de Direito Constitucional, em Curitiba-PR, aos 8 out. 2004, o prof. Lenio Streck trouxe reflexão colhida a partir do filme “Amém”, de Costa Gravas, acerca dos dilemas e inquietudes daquele que sabe que sabe... Em suas palavras: “Paz para poucos não é paz. Não há paz sem justiça social, assim como não há paz sem justiça (legal). Sei que você já sabia de tudo isto. Sei, sei. Mas, como no filme mais recente de Costa Gravas, a mais angustiante angústia é estar diante do seguinte problema: o que fazer quando se sabe que sabe...!”

retórica de controle social que se tem mostrado funcional e eficiente nos mais diversos contextos. Mas daí a crer que é real e verdadeira, construindo uma teoria social ou jurídica omnicompreensiva a partir dela, vai uma grande distância. O mesmo vale para os demais tipos ideais discutidos aqui, incluindo o próprio Estado democrático de direito<sup>66</sup>.

Sem a dosagem correta de metas constitucionais, complementadas por debates multidisciplinares acerca do seu conteúdo e sua implementação e, por fim, consecutadas pelos reais fatores de estabilização social, não haverá campo para “operar” o “milagre constitucional”. É que tudo dá no Texto (dignidade, mínimo existencial, saúde, educação, moradia etc). O difícil é dar no factual... Daí porque se falar em milagre. O caráter cabalístico<sup>67</sup> da Carta se revela em seu papel de difundir promessas de um melhor existir social, e que deverão aportar a qualquer momento, para a *felicidade geral da Nação*.

A partir do instante em que a própria doutrina constitucionalista cogita um esvaziamento de plena eficácia dos direitos sociais ante tênue diferenciação face à categoria direitos fundamentais, onde ecoa a lição de Canotilho<sup>68</sup>, debilita-se a possibilidade do controle judicial de implementação e execução de políticas públicas, nos limites estabelecidos pela própria Constituição<sup>69</sup>.

O peso dos argumentos que levam, no entanto, a desprezar-se o necessário papel do Poder Judiciário, na chancela de defesa dos direitos sociais conspurcados, é certamente questionável. Aliás, é a ausência de densa argumentação jurídica, fundada na racionalidade pós-positivista que aporta em nossa tradição jurídica, que conduz a essa obliteração dos direitos sociais, em especial de direitos sociais, como os relativos à saúde e à moradia, pela própria extensão de conseqüências que esse direito subjetivo desencadeia.

Os entraves à efetivação dos direitos sociais devem ser solucionados a partir da tarefa de adjudicação dos sentidos e possibilidades irradiadas pela Constituição. Não se deve pensar que, à vista da escassez declarada de condições materiais, esvaziam-se, também, as condições de realizabilidade de direitos de índole prestacional, em especial, aqueles erigidos na base de uma proposta de constitucionalismo de bem-estar social<sup>70</sup>.

O revés econômico pelo qual passa nosso País, à conta de sua débil condição de neoliberal, arrefece as expectativas quanto à construção de um necessário aparato

<sup>66</sup> João Maurício Adeodato. *Ética e retórica - Por uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 315-316.

<sup>67</sup> O termo é utilizado aqui como alusão à cabala, do hebraico *qabbalah* e sua derivação latina medieval *cabbala* (“tradição”). Corresponde ao tratado filosófico-religioso hebraico que pretende resumir uma religião secreta que se supõe haver coexistido com a religião popular dos hebreus, cujo conteúdo conduziria à decifração de um sentido secreto da Bíblia e uma teoria e um simbolismo dos números e das letras.

<sup>68</sup> Ricardo Lobo Torres. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio José Avelãs Nunes; e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 447-471.

<sup>69</sup> Cf. Eduardo Appio. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>70</sup> Aqui, especial relevo tomam os ensinamentos de Canotilho: “o entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma ‘reserva possível’, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos ‘recursos econômicos’, 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 econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos...”. J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 436.

constitucional de excelência decisória e compromisso com o ideal democrático projetado nas linhas da Constituição. As adaptações sofridas pelo Texto de 1988 demonstraram, tão só, como é fácil levar a débito a perenidade das convicções ilusórias de um Estado social municiado para a concreção dos direitos de cidadania.

Ocorre, nesta seara, um processo curioso de transposição teórica de marcos estrangeiros, à vista da fácil captação e assimilação acrítica dos sopros alienígenas, que insistem em imiscuir-se no perscrutar da realidade sócio-legal brasileira, pelos próprios investigadores pátrios, sem o mínimo cuidado com o peculiar paradigma alçado pelo contexto brasileiro.<sup>71</sup>

Se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente “porque” inexistente orçamento suficiente para sua implementação, estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

É preciso referir que o abismo gnoseológico que impede chegar-se a uma conclusão satisfatória da discussão (ou a não discussão) sobre a efetivação dos direitos sociais pode ser designado “reserva do possível”. Parece que alguém (ou todos) se esquece(m) de um elemento importante por trás das opções trágicas que qualificam um determinado direito constitucional de “baixa efetividade” ou “de eficácia limitada” (ou “limitadíssima”), à vista de um custo exacerbado que o torna “improvável”. Esse elemento é o ideológico<sup>72</sup>.

Haure-se, assim, a tarefa constitucional de todos os institutos democráticos postos em no sistema jurídico-político vigente para o equilíbrio das funções do Estado, de ordem a recrudescer o papel de controle das políticas públicas por parte do Judiciário, sem que isso implique em “judicialização da política” ou - ainda é preciso dizer - na intromissão do Estado-juiz nos demais poderes. Premente, pois, a utilização de um modelo jurisprudencial consolidado, com métodos de ponderação harmonicamente estruturados (Larenz)<sup>73</sup> e uma adequada gradação da sindicabilidade dos atos dos órgãos governamentais e legislativos por parte do Judiciário (Ávila)<sup>74</sup>, onde a proporcionalidade em sentido estrito<sup>75</sup> representa um

<sup>71</sup> Nessa exortação, lembramos a lição já assentada do professor alemão Andreas Krell, professor alemão, com doutoramento na Universidade de Berlim e que atualmente leciona nos cursos de direito da Universidade Federal de Alagoas e na pós-graduação da Universidade Federal de Pernambuco. Cf. Andreas J. Krell. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

<sup>72</sup> Nesse sentido, cf. Flávio Galdino. O Custo dos Direitos. In: Ricardo Lobo Torres (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188

<sup>73</sup> Cf. Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

<sup>74</sup> Cf. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>75</sup> O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (“Verhältnismässigkeit”), é um dos subprincípios do princípio da proibição de excessos ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Nesse subprincípio, meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio empregado é ou não proporcional à finalidade última da medida em questão ou, em um só esforço, trata-se do princípio da “justa medida”. Nesse diapasão, *proporcionalidade em sentido estrito é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público*, aplicável para aferir se eles estão informados pelo critério de justiça, que deveria ser o valor superior a todo o ordenamento jurídico. Cf. Gustavo Rabay. *Direito Processual Constitucional*. Recife: Nossa Livraria, 2005 (cap. 2); José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d., p. 265-269; e Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicabilidade da*

parâmetro constitucionalmente adequado para a constatação das situações em que persistem abusos na alegação de que a concretização dos direitos sociais submete-se à “reserva do possível”, mesmo sob o pálio do constitucionalismo social.<sup>76</sup> O exame de proporcionalidade deve partir mesmo da avaliação das atividades tributária e financeira do Estado, de modo a fazer exsurgir as prestações e contraprestações inerentes à relação contribuinte-Fazenda Pública.

Com efeito, é na própria deblateração da eficácia jurídica das normas que amparam direitos sociais tal como o direito à moradia, entre tantos outros, que se vislumbra o problema do esvaziamento da argumentação jusfundamental, por meio de insípidos embates acadêmicos e sua justaposição ante à prática social de exclusão e desprezo aos comiserados. É exatamente na busca por marcos lógicos mais apurados que se poderá insculpir um sistema de fundamentação e interpretação do contexto dos direitos de especial categoria, tal qual o direito à saúde, que depende sensivelmente de uma melhor ponderação dos meios e fins.

## 6. Para pontofinalizar (ou não)...

Esses escritos sugerem apenas reflexões introdutórias. Os abismos gnoseológicos apontados não puderam (ainda) ser suplantados. Diversos óbices impedem o desenvolvimento racional de um controle jurídico-político efetivo dos direitos sociais.

Descortinou-se, contanto, que é preciso superar o déficit comunicativo que se interpõe entre a norma constitucional, a realidade fática e o intérprete. E que esse déficit não recrudescer na sociedade aberta de intérpretes, mas, ao contrário, seja dialeticamente superado: “a crise de identidade dos direitos fundamentais deve ser mitigada por meio da aproximação da realidade com o texto constitucional, o que só se torna viável mediante a opinião consciente dos cidadãos brasileiros que, de uma forma ou de outra, se empenhem em participar da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.<sup>77</sup>

Os primeiros anos do paradigma constitucional democrático não devem ser desperdiçados. Incumbe manobrar, agora, o novo eixo reflexivo de combate à inação. Esperou-se demais. Mas sempre é tempo, quando se espera com esperança!

De resto, lembrando como encerrei minha exposição sobre “direito à moradia”, durante o XXVI Encontro Nacional de Estudantes de Direito, que teve lugar no Centro de Convenções de Goiânia-GO, no mês de julho de 2005, em uma mesa composta por militantes de diversos movimentos sociais, e no melhor espírito *me gustan los estudiantes* (Mercedes Sosa), é preciso bradar, em alto e bom som, com uma das melhores bandas geradas na América: “*It has to start somewhere, it has to start sometime; what a better place than here, what a better time than now?!?*”<sup>78</sup>

---

*Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

<sup>76</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 235.

<sup>77</sup> Christine Oliveira Peter da Silva. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 293.

<sup>78</sup> “*Guerrilla Radio*”, música do extinto grupo de rock norte-americano *Rage Against the Machine*, que apoiou, na década passada, o exército Zapatista e a luta pelo reconhecimento dos trabalhadores ilegais nos Estados Unidos. (*Rage Against the Machine. The Battle of Los Angeles*. EUA: Epic Records, 1999).

## 7. Referências

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica - Por uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALEXY, **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2004, v. 1.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest W. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAIA, Luciano. **O cotidiano dos direitos humanos**. João Pessoa: Universitária, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo

Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica-Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002, p. 197-210.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In: MENDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina**. Trad. Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RABAY, Gustavo. **Direito Processual Constitucional**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

RABAY, Gustavo. **O Judiciário como medium democrático: introdução crítica à noção de judicialização da política no Brasil**. Brasília: s. ed., 2005 (no prelo).

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129-174.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, Eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 140, out-dez. 1998.

SEGADO, Francisco Fernández. A teoria jurídica e interpretaci3n de los derechos fundamentales en Espa1a. **Nomos**. Fortaleza, v. 13/14, n. 1/2, jan-dez. 1994/1995.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploraç3o hermenêutica da construç3o do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. **Estudos Jurídicos. Revista da Unidade de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos**. São Leopoldo, v. 37, n. 101, p. 29-80, set-dez. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em Terrae Brasilis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, p. 272-308, jul-dez. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul-set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs; e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 447-471.