

RECEBIDO EM: 13/06/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

CONTRADIÇÕES DA REALIZAÇÃO DAS PROMESSAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*CONTRADICTIONS OF THE FULFILLMENT OF THE PROMISES OF
THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988*

Wagner de Amorim Madoz

*Mestrando Políticas Públicas UniCEUB. Pós-graduado em análise da
constitucionalidade UNILEGIS/UnB; MBA Política Tributária – FGV; Analista
Judiciário do Supremo Tribunal Federal – STF. Professor de Direito Constitucional
Pesquisador do Grupo de Pesquisa Política Criminal – UniCEUB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado de Direito, Democracia e Direitos Fundamentais; 2 Direitos fundamentais e argumentação jurídica; 2.a) Direitos fundamentais geracionais?; 2.b) Direitos fundamentais absolutos?; 3 A Constituição dirigente; 4 A constitucionalização do processo; 5 O neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; 6 Contradições na realização das promessas da Constituição; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho analisa os vários percalços da realização das promessas da modernidade, contidas na Constituição Federal de 1988. Enfatiza algumas das inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da efetivação dos direitos fundamentais bem como o uso inadequado de teorias jurídicas processuais e suas categorias jurídicas pré-constitucionais, como forma de barrar a realização de direitos fundamentais sociais estabelecidos na Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Efetividade. Obstáculos.

ABSTRACT: The paper analyzes the various mishaps of the fulfillment of the promises of modernity, contained in the 1988 Brazilian Federal Constitution emphasizes some of the many doctrinal and jurisprudential disagreements about the enforcement of fundamental rights and the inappropriate use of procedural legal theories and their pre-constitutional legal categories as a way to stop the realization of fundamental social rights enshrined in the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Constitutional Law. Fundamental Rights. Social Rights. Effectiveness. Obstacles.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 demarcou um período importante na história do país, ao instituir uma nova convenção fundamental - instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito -,¹ fundamentando-se nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político – art. 1º. Longe, no entanto, de ser considerada um modelo de excelência, pois expressão de uma sociedade altamente heterogênea e cheia de contradições, naturalmente transpostas para o texto constitucional,² ela resolveu um importante problema relacionado com a legitimação democrática do exercício do poder.³

Constituiu, assim, um acordo através do tempo entre os diversos grupos sociais representados no Congresso Constituinte sobre como deve distribuir-se o poder político que monopoliza a coação estatal e quais são os seus limites em relação aos indivíduos.⁴ Fruto, portanto, das limitações resultantes da transição política do Estado ditatorial para o de Direito, inclusive a forma pactuada de sua convocação e funcionamento, se não representou uma ruptura radical com o regime político decaído,⁵ nem por isso pode ser considerada uma mera continuidade do Estado de exceção.

Na lição de José Afonso da Silva, a Constituinte:

Produziu uma Constituição que as circunstâncias permitiram. Fez-se uma obra certamente imperfeita, mas digna e preocupada com o

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto; (Orgs.) *Debate Sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra; 2001. p. 49.

2 Idem p. 50. Também, pode-se dizer que a “Constituição de 1988 mais que compromissória, analítica e dirigente, é casuística e prolíxa.” BARROSO, Luís Roberto. “Dez anos da Constituição de 1988: (Foi bom para você também?)”. *Debates*, nº 20: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999. p. 47.

3 Ao Direito cabe a tarefa de legitimação, porque “indispensável para conferir ao mesmo tempo estabilidade e potencial de transformação às expectativas de comportamento. Este viés legitimador do direito (tomado em geral, como meio de regência da vida em sociedade), que se extrai da razão comunicativa e portanto se deseja também racional, justifica os direitos fundamentais.” NASCIMENTO, Rogério Soares. A ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.) 2. ed. Rio de Janeiro: Revovar, 2007. p. 566.

4 NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea. 199. p. 46.

5 FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense. 1982. p. 13.

destino do povo sofredor, para que seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas; outra, a realidade.”⁶

Assim, em face do seu conteúdo ideológico,⁷ é previsível o choque entre os diversos valores constitucionais, tanto nas relações individuais quanto entre os indivíduos e os poderes públicos. Sendo que muitas vezes, em face dos valores contraditórios, essas contradições deram e continuam a dar ensejo a conflitos normativos, sendo lícito supor que uma fonte dessas colisões de direitos possa estar no fato de o ordenamento estar minado de antinomias de princípio.⁸ Em casos assim, a dogmática⁹ tradicional não encontra solução, pois, neles não há propriamente uma subsunção,¹⁰ não servindo, portanto, os métodos de solução das proposições jurídicas antinômicas ou reciprocamente excludentes, baseadas nos critérios da especialidade, ontológico e hierárquico.¹¹

De outro lado, em se tratando de área tão sensível da Constituição, dos valores mais importantes consagrados pelo ordenamento, tanto que a eles se acrescenta o adjetivo fundamentais, os problemas que surgem com os conflitos ou colisões de direitos não podem, assim, deixar de ter um tratamento racional, evitando-se, com isso, as atribuições de soluções baseadas no voluntarismo, ou, o que é ainda pior, na consagração do non liquet,¹² com o apelo aos dogmas formais do processo, como a derogada possibilidade jurídica do pedido e o princípio constitucional da separação dos Poderes.

Apesar de todos os percalços, pressões e forças atuando em favor do malogro constitucional, deve-se reconhecer que a Constituição de 1988 inovou em vários aspectos, servindo como norte no sentido da democratização das relações sociais e do Estado, além de atuar na modernização da sociedade. De fato, foi a Constituição possível, dado os vários condicionamentos existentes à época, e por isso mesmo justifica a ausência de uma homogeneidade político-ideológica, muito embora se

6 DA SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: malheiros, 2000. p. 239.

7 Idem.

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. UnB. 1997. p. 90.

9 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. Max L. São Paulo. 1998. p. 100 e segs.

10 ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1988. p. 75 e segs; LARENS, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbekian. Lisboa. 1989. p. 326/329.

11 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 81.

12 Vedado em nosso sistema: Art. 5º, XXXV, CF; arts. 126, 335, CPC; e art. 4º, DL 4.657/1942.

possa reconhecer que em vários aspectos, o político para ficar apenas em um exemplo, tenha se mostrado conservadora.

No final do Séc. XX era assente a noção de que se poderia transformar a sociedade unicamente pelo sistema normativo que o direito personaliza, pela crença generalizada na eficácia do direito decorrente do aparato de coerção instrumentalizada do Estado. Assim é que a CF de 1988, ao lado das declarações de direitos típicas do Estado liberal – basicamente obrigando o Estado a um non facere – estabeleceu uma grande quantidade de direitos cujas prestações caracterizam a intervenção do Estado, seja como regulador seja como promotor no campo econômico e social – direitos de trabalhadores, econômicos, sociais e culturais etc. – traduzindo-se em prestações por parte dos poderes públicos, obrigações de facere –, numa evidente ampliação do catálogo das garantias e dos direitos fundamentais,¹³ ocasionando diversos e complexos problemas de interpretação e aplicação.¹⁴

Exatamente pelo seu conteúdo aberto, as normas constitucionais definidoras de direitos reclamam um discurso diferente na sua aplicação. Nossa percepção parte assim dessa concepção para refletir sobre os desafios do projeto constitucional e de como fazer operar a ordem jurídica, na tentativa de identificar o por quê do descompasso entre as normas constitucionais e a realidade social.¹⁵

13 Inspirada que foi na Constituição Portuguesa de 1976, é natural que tenha os mesmo problemas, cf., QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra-São Paulo: Editora Coimbra e Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 369.

14 Resumidamente, essas questões podem ser classificadas como de aplicabilidade das normas, bem como de sua “determinalidade”, em muitos casos decorrentes do grau de desenvolvimento econômico e social, cf. QUEIROZ, Cristina, op.cit., p. 375. É o caso do princípio da “reserva do possível”, “que indica a dependência da realização desses direitos dos recursos disponíveis, relevando ao mesmo tempo a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira.” Idem, bem como a lição de Ingo H. Sarlet “A utilização da expressão ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.” In: SARLET, Ingo Hoffman. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008. p. 163-206.

15 “Embora seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta, o Brasil é ao mesmo tempo um país que, na área social, padece

Se é certo que o projeto constitucional atua como um ideário na realização do Estado Social, na fixação de grandes projetos nacionais, as desventuras em relação às promessas da modernidade que a Constituição idealizou se dá pelo reconhecimento de que para a realização dessas promessas não basta apenas a sua enunciação, ainda que em termos solenes.¹⁶

Ora, a realização de direitos fundamentais, sobretudo a parcela referente aos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, medicamentos, tratamentos, internação, ensino, etc. reclamam prestações que nem sempre dependem exclusivamente da vontade dos agentes públicos encarregados de sua execução. A questão se coloca então em como viabilizar esses direitos, quais seriam as condições, os limites e as possibilidades dessas prestações. Esse problema permeia toda a ordem normativa e tensiona com a teoria jurídica que lhe dá suporte, notadamente com a tradicional doutrina da separação dos Poderes, que nega qualquer papel criativo da jurisprudência,¹⁷ “uma visão formalista e procedimental do direito”.¹⁸

1 ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 adotou uma forma de conciliação entre Estado de Direito a ele adicionando a particularidade de democrático, para simbolizar o governo da maioria e a garantia do respeito aos direitos fundamentais – art. 1º. Há de fato, uma estreita ligação entre democracia e respeito aos direitos

de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos. Sua já conhecida desigualdade social piora ainda mais o quadro, fazendo com que a imensa maioria da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia.” DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 587.

- 16 “Devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a otimização dos direitos sociais não deriva só ou primordialmente da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da “good governance” dos recursos públicos e privados afectados ao sistema de saúde.” CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16.
- 17 O juiz como a boca da lei, cf. texto clássico de Montesquieu: “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, quela bouche qui prononce les paroles de la loi.” Montesquieu, Charles de Secondat. *Espírito das Loïs*, 1777, Liv XI, Chap. VI.
- 18 PIOVESAN, Flávia. Juciacibilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57, 62 e passim.

fundamentais, mas também significa que a democracia exige como condição de sua existência e desenvolvimento o Estado de Direito.¹⁹

Ocorre que existe uma relação problemática entre o princípio democrático – fundamentalmente a decisão pela maioria – e o Estado de Direito – identificado não apenas como o império da lei, mas como aquele que está “vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e [onde] os direitos fundamentais desempenham um papel essencial”.²⁰

E essa tensão constante se revela a cada embate político ou jurídico na qual a liberdade individual ou alguma faceta do princípio da igualdade se confronta com os interesses, reais ou presumidos e ainda que plasmados em normas jurídicas, da maioria, ainda que ocasional, colocando no centro do debate os próprios fundamentos em que se baseia as decisões judiciais que restringem o espaço de decisão da maioria.

A rigor, a própria concepção das constituições rígidas, bem como a previsão de limitações legislativas ao poder de reforma e a determinação de respeito aos direitos fundamentais, são fórmulas de restrição ao princípio democrático. A maioria pode muito, mas não pode tudo, a revelar uma convivência entre os princípios, não necessariamente harmônica, já que conflitos entre princípios parece ser insuperável, numa ordem constitucional democrática.²¹

19 Canotilho demonstra com exuberância “que a articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõe, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais.” CANOTILHO, J.J.Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”*. Op.cit., p. 19.

20 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 17.

21 Também poderia ser considerado na proibição de retrocesso: “em cuja conformação concreta não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 76.

Na prática, toda vez em que essa tensão se revela, acusa-se a irracionalidade do protagonismo judicial na sua oposição ao princípio democrático. Inconscientemente ou não, o entendimento é de que o princípio democrático é a instância deliberativa por excelência, e ela nunca violaria direitos fundamentais, quando muito, violaria o que a minoria – amparada por uma aristocracia judicial –, entende como direitos fundamentais.²²

Ocorre que é a própria Constituição que previu a natureza contramajoritária das deliberações garantidoras de direitos fundamentais – ao definir que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da CF) e ao inserir os direitos de garantias fundamentais dentre as matérias insuscetíveis de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF) –, e incidir contra essa opção constitucional significa tencionar com os próprios fundamentos das decisões do constituinte e do pacto social que então se plasmou, num debate circular.

Além disso, a crítica reiterada com apelo retórico da troca da decisão majoritária oriunda do parlamento democrático pela decisão aristocrática judicial não se sustenta, partindo-se do pressuposto de que o que ocorre quando a invalidação da norma violadora é a restauração de um direito fundamental efetiva ou potencialmente violado pela decisão majoritária.

A estratégia mais adequada talvez seja aquela em que se evidencia o conflito de interesses, com suas várias posições jurídicas, alargando o conhecimento do possível confronto, aumentando com isso os espaços de controlabilidade das decisões, inclusive judiciais, sua racionalidade e grau de discricionariedade que a Constituição lhe outorga.²³

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Segundo opiniões abalizadas da doutrina, as normas substantivas da Constituição, de modo peculiar os direitos fundamentais, atuam na argumentação

22 No fundo, pretende-se invocar como *ultima ratio* a representação popular como instância deliberativa para resolver e fazer opções sobre direitos fundamentais, como é o caso do “majoritarismo participativo” proposto por Jeremy Waldron, como princípio da autoridade que deve guiar a tomada de decisões sociais nos casos de discrepância entre direitos fundamentais, seu conteúdo e alcance, cf., WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 88-118.

23 Tanto o STF quanto o STJ, em variadas situações, negaram a justicialidade de direitos sociais, seja com base na cláusula da separação dos poderes, seja na insuficiência de recursos: RE 259508/RS, MS 6564/RS, respectivamente, entre outros.

jurídica na qualidade de princípios jurídicos.²⁴ Os princípios jurídicos representam talvez uma das noções mais ambíguas das teorias jurídicas, de modo especial a sua característica relacionada com o modo da argumentação jurídica empregada, e que estimula assim um notável papel da atuação judicial.

Dessa maneira, ideias como núcleo essencial, ponderação de bens, razoabilidade, princípio da proporcionalidade, reserva do financeiramente possível, constituem ferramentas argumentativas que são utilizadas para fundamentar as decisões judiciais envolvendo conflitos dessas peculiares espécies normativas. Convém, no entanto, por primeiro, enfatizar que a concepção de direitos fundamentais que adotamos concebe-os de maneira unitária e com possibilidades de restrição, e considera as “gerações ou dimensões de direitos fundamentais” bem como a categorização dos direitos fundamentais como absolutos, como formulações teóricas equivocadas, pelos vários problemas que elas podem causar.

2.A) DIREITOS FUNDAMENTAIS GERACIONAIS?

A compartimentação dos direitos fundamentais em gerações é histórica²⁵ e juridicamente infundada,²⁶ como demonstrou Cançado Trindade.²⁷ Além disso,

24 Reportamos-nos, por todos, a SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 1998. p. 2, tb. ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 1999. p. 109/110, “Se el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”

25 “[...] sem se aprofundar nos aspectos históricos, pode-se indicar que já havia direitos sociais (prestações do Estado) garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX. Assim, por exemplo, a Declaração francesa de 1793 (pertencente à Constituição jacobina da fase radical de esquerda da ‘Revolução Francesa’) garantia a assistência aos necessitados como uma ‘dívida sagrada’ da sociedade e o direito de acesso à educação (arts. 21 e 22). E a Constituição brasileira do Império de 1824 incluía entre os direitos fundamentais dois direitos sociais, os ‘socorros públicos’ e a ‘instrução primária’ gratuita (art. 179, XXXI e XXXII), ambos direitos sociais e diretamente inspirados na Declaração francesa de 1793.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

26 “A nefasta fantasia das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos sociais e culturais. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 32.

27 “Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Pela primeira vez, ele falou em gerações de

essa concepção conduz a uma visão atomizada dos direitos humanos,²⁸ o que leva a uma sucessividade dos grupos de direitos - de uma geração por outros direitos da geração posterior, tal como ocorrem com gerações de computadores, de automóveis, de aviões e dos demais utensílios da modernidade. Do mesmo modo, pode-se criticar a denominação de “dimensões de direitos”.²⁹ Por essa razão, com a preocupação de buscar a precisão terminológica, é preferível os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais;³⁰ que possibilita uma visão integrada de todos os direitos fundamentais,³¹ mormente em países de economia periférica como o Brasil, possuidor de enormes carências na efetividade de direitos fundamentais.³²

Aliás, são precisamente estas graves distorções que nos levam a refletir criticamente contra a adoção de uma classificação doutrinária artificiosa que, na prática, ao compartimentar os direitos fundamentais, inconscientemente ou não, negligencia o seu cumprimento e lhe retira um dos significativos atributos que é precisamente a força histórica.

Assim, uma categoria, ou espécie de direitos fundamentais não pode prescindir da existência das outras.³³ Aliás, a própria divisão dos direitos

direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. E assim por diante. Eu sou seu amigo pessoal, foi meu professor. Fui o primeiro latino-americano a ter o diploma do Instituto. Foi meu examinador, é meu amigo pessoal e agora tive a grata satisfação de colaborar com um artigo em homenagem a ele, publicado pela UNESCO, em Paris. Sou isento para falar sobre o assunto. Sou amigo dele e não concordo com a tese que ele apresentou pela primeira vez em 1979, e que Norberto Bobbio copiou. Para falar dos seguidores de Norberto Bobbio, aqui, neste País, como em todos os países da América Latina, temos a mania de copiar *ipsis literis*, como se fosse a última palavra, o que dizem os europeus.” Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em: 8 jul. 2015.

28 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Derechos de Solidariedad*. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, San Jose, 1994. p. 64-65.

29 “Essa opção evita os graves equívocos do termo ‘gerações’, mas não será utilizada no presente estudo em razão de uma preocupação de exatidão terminológica. Fala-se em ‘dimensão’ para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35-36.

30 DIMOULIS; MARTINS, *op.cit.*, p. 36.

31 *Idem*, p. 33.

32 “o empobrecimento a que vêm sendo submetidos amplos e crescentes segmentos das populações dos países endividados constitui um grave atentado aos direitos humanos.” CANÇADO TRINDADE, *op.cit.*, p. 33.

33 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos sociais e culturais. *Cit.*, p. 33, “Devem esses últimos ser tomados em seu conjunto. Quantos governos, a pretexto de buscar a ‘realização progressiva’ de determinados direitos econômicos e sociais em um futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos (e.g., a América Latina das

humanos em direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos deve ser vista com reservas, pois, no âmbito internacional, desde a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, de 1968, se proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, “afirmando que la plena realización de los derechos civiles era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.”³⁴

Assim, deve haver uma inter-relação e vinculação de todos os direitos fundamentais que, sob uma visão fragmentada, tendem a ser sistematicamente violados, pelo enfraquecimento que propicia, sobretudo pelos autoritarismos sem bandeiras, seja no plano político, seja no plano econômico-social.³⁵

Além disso, uma visão unitária ampla, que pressuponha distinções dos vários direitos fundamentais – em razão da diferença estrutural entre eles, como as relativas à natureza negativa/positiva, à maior ou menor especificação do seu conteúdo, etc., evitaria os falsos dilemas como, no caso da Constituição de Portugal, quando se contrapõe “direitos de liberdade” e “direitos sociais”, por exemplo, fundados que são também numa diferenciação tipológica artificial.³⁶ Problema esse que não existe no regime constitucional brasileiro, já que a Constituição de 1988 não faz diferenciações entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais, com a consequente ordem hierárquica entre eles.³⁷

ditaduras, particularmente da década dos setenta)! Quantos governos vêm se escudando nas conquistas dos direitos civis e políticos para negar vigência aos direitos econômicos, sociais e culturais (e.g., a América Latina de hoje)! Quantos governos se arrogam em ‘promotores’ de alguns direitos econômicos e sociais para continuar minimizando os direitos civis e políticos (e.g., os países fundamentalistas na recente II Conferência Mundial de Direitos Humanos e em eu processo preparatório)! À integridade do ser humano corresponde em definitivo a integralidade de seus direitos.”

- 34 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, San Jose, 1994. p. 42-3; tb. MORAIS, José Luis Bonlzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69.
- 35 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Derechos de Solidariedad. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, San Jose, 1994. p. 66.
- 36 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010. p. 255 ss., 269 ss.
- 37 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206; tb. disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia PublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. p. 15. e, ainda, “mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional.” p.17, Acesso em: 30 set. 2015.

2.B) DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS?

Outra significativa controvérsia dos direitos fundamentais, de certo modo decorrente da anterior, refere-se à concepção de direitos fundamentais como absolutos, irredutíveis ou mesmo indisponíveis. Tal como fez o Supremo Tribunal Federal, pelo menos é o que consta da ementa do acórdão da ADPF nº 130, que apreciou a controvérsia relativa à Lei de Imprensa. E não se trata de simples obiter dictum, pois lá se afirma

[...] restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção.³⁸

Acreditamos que não possa existir no sistema constitucional brasileiro um direito que seja sempre e aprioristicamente absoluto, nas múltiplas possibilidades de configuração que a vida cotidiana traduz. A realidade revela diversas situações em que o titular de um direito fundamental pode renunciar ao seu direito, a exercer o seu exercício, o que representa um *desmentido* de formulações teóricas absolutistas que pressupõe a irrenunciabilidade como uma característica intrínseca.

De fato, a renúncia, deliberada e validamente realizada, do exercício de um direito fundamental faz parte do âmbito de exercício do direito fundamental da autodeterminação individual, de igual hierarquia constitucional e merecedor de igual proteção em relação ao direito renunciado.³⁹

Assim, a adoção da distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais possibilita ver os distintos direitos, nas variadas situações que a vida social propicia, de forma integrada e sem que haja aprioristicamente hierarquia entre eles.

A titularidade de um direito fundamental pode ser absoluta, no sentido de que não se pode nem mesmo admitir a renúncia do próprio

38 STF, ADPF nº 130. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>.

39 “Quanto à possibilidade dogmática de distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fáctica ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.” NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996. p. 282.

titular, mas não a capacidade de exercício, que pressupõe a autonomia do titular, na sua liberdade de agir que a Constituição garante.

3 A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Embora seja um documento único, é possível identificar três grandes grupos de normas nas constituições contemporâneas como a brasileira de 1988: as declarações de direitos civis e políticos; a estrutura do Estado; e as normas constitucionais sociais. Nesse último segmento, é inequívoca a influência da Constituição portuguesa de 1976. A maioria dos seus dispositivos originais denotam uma vertente dirigente, pressupondo a intervenção do Estado como agente propulsor das ações e realizador das promessas da modernidade e que naquele momento caracterizavam o Estado do Bem-Estar Social.⁴⁰

A obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”, do Professor J.J. Gomes Canotilho, publicada originalmente em 1982, é um bom exemplo de pensamento doutrinário que encontrou ampla receptividade no constitucionalismo brasileiro – ao defender fundamentalmente que os direitos sociais previstos constitucionalmente teriam condições de obrigar o legislador a estabelecer políticas públicas para sua satisfação, cujo inadimplemento equivaleria a uma inconstitucionalidade por omissão. Sua influência na elaboração da Constituição de 1988 é amplamente aceita e reconhecida pelo próprio autor.⁴¹

A queda do muro de Berlim, em 1989, no entanto, teve um papel simbólico importante no mundo e no Brasil, como economia periférica, em particular, porque significou o fim da Guerra Fria e o triunfo da economia capitalista sobre socialismo de Estado, e o controle da economia pelo Estado cedeu lugar a uma desvinculação cada vez maior do Estado e da economia, apregoando-se o “fim do Estado Social”, historicamente

40 “(1) O Estado social é o tipo de Estado que coloca entre os seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da socialidade; (2) o princípio da socialidade postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais; e (3) a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito (de todo o direito, a começar pelo direito constitucional) com a economia intervencionista progressivamente neutralizada pela expressão do mercado global.” CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”, op.cit., p. 18.

41 CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, abr. 1996. p.7

vinculado às concepções ideológicas que nortearam em grande parte a elaboração da CF-1988.⁴²

Assim, não foi sem comoção que se viu a total revisão da obra referida, no desencantador prefácio da sua segunda edição, quando o Professor Canotilho afirmou sua tese como um filho enjeitado, defendendo a morte da constituição dirigente.⁴³

Nos anos seguintes, com a aceleração do processo de globalização dos mercados,⁴⁴ o encolhimento dos Estados nacionais, como agentes de promoção do desenvolvimento das sociedades, e o triunfo das ideias econômicas neoliberais, ficou mais nítida ainda a separação entre as promessas da modernidade e a realidade social. Não raras vezes se proclamou a desnecessidade da inclusão de direitos sociais na Constituição, e ainda mais o não reconhecimento como direito fundamental.⁴⁵

42 TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-2.

“Ganharam força as ideias econômicas neoliberais que, na comunidade internacional, passaram a ser rotuladas como o Consenso de Washington, a exigir das economias emergentes, como forma de obtenção de crédito, a abertura dos mercados internos, a desregulamentação da economia, privatizações, reformas tributária e previdenciária, redução de gastos sociais, flexibilização das relações de trabalho e maior responsabilidade fiscal. Os países que não amoldam seus direitos internos aos referidos padrões econômicos não recebem investimentos, mesmo porque o capital não tem pátria, permanecendo nos lugares onde o ordenamento jurídico mais lhe favoreça.” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neopositivismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 179.

43 É claro que o autor revisitou o tema posteriormente: “Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais” (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em homenagem ao Prof. António de Arruda Ferrer Correia, 1988, republicado na obra “Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2005, p. 35 e ss.); “Metodologia ‘Fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais” (Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2005, p. 95 e ss). Também no texto “O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais” (Estudos sobre direitos fundamentais, Coimbra, 2005, p. 115 e ss) o autor revisita o tema da “constituição dirigente social”. Apesar da defesa de uma posição jurídico-prestacional, com a mesma densidade jurídico-subjectiva dos direitos de defesa, “e embora tenha sido reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora.” *Op.cit.*, p. 12.

44 “A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência a valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do statu quo de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 585.

45 ATRIA, Fernando, “Existem Direitos Sociais?” In: MELLO, Cláudio Ari. (Coord.). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 9-46.

Essa mudança decorrente das novas configurações econômicas e da ruína dos muros nacionais criou um grave problema para a doutrina jurídico-constitucional, relacionado com a concretização dos direitos fundamentais – mesmo levando-se em conta a “precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro),”⁴⁶ na medida em que a constituição é uma norma fundamental, com força normativa vinculante, como então concretizar as promessas constantes do seu texto?

Ante a inércia do Estado em muitos segmentos, a ampliação da legitimação ativa propiciada por leis importantes, ainda que editadas antes da CF-1988, como é exemplo a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985, art. 1º –, propiciaram a progressiva judicialização das políticas públicas envolvendo direitos fundamentais. Com isso, formou-se um dos grandes embates jurídicos atuais, relacionados com os diversos conflitos existentes no relacionamento entre o Poder Judiciário e Poder Executivo na condução e execução de políticas públicas voltadas para a realização de direitos fundamentais.⁴⁷

Importante ressaltar que essa mudança de paradigmas, denominando-se de Estado Democrático ou Pós-socialista, ou Estado da Sociedade de Riscos, ou Estado Subsidiário⁴⁸ acontece sem que tenham sido realizados para a ampla parcela da população brasileira os benefícios do Estado do Bem-Estar Social.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Até o advento da CF de 88 era comum o pensamento jurídico brasileiro considerar o estudo dos problemas jurídicos a partir das normas infraconstitucionais, o que reflete de um lado uma vinculação com o pensamento europeu, francês em particular, que tinha as normas constitucionais em geral, e os direitos fundamentais em particular, como programas políticos, mero rótulo de “conselhos”, “declamações” ou “exortações morais”, daí serem normas programáticas – “regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz

46 SARLET, op.cit., p. 6.

47 “Subjacente à missão do Estado Social, estava a ideia dos “bens sociais” (saúde, ensino, segurança, trabalho) como bens públicos que só excepcionalmente podiam ser prosseguidos por privados. A convergência das políticas liberalizadoras (globais e europeias) e privatizadoras juntamente com a atribuição a entidades independentes da competência regulatória conduzem a uma rotação de 360 graus na qualificação desses bens. Agora são bens privados que só excepcionalmente devem ser prosseguidos por serviços públicos. A socialidade estatal e um lugar incerto.” (Canotilho, 2015, p. 15)

48 Ibidem.

de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir”.⁴⁹

A razão dessa postura radicava na consideração de que era “impossível satisfazer simultaneamente a todos os direitos proclamados pelo texto constitucional e aguarda-se a solução do legislador ordinário.”⁵⁰ Por isso havia a prevalência das normas infraconstitucionais por possuírem maior concretude.

A partir da virada constitucional operada pela CF-1988 passou-se a dar gradualmente maior peso às normas constitucionais na resolução de problemas de interpretação dos textos processuais.⁵¹ São inúmeros os dispositivos constitucionais com conteúdo processual, a demonstrar uma preocupação dos constituintes em alçar ao nível constitucional regras de respeito aos direitos individuais dos indivíduos, numa clara demonstração de afirmação do Estado Democrático de Direito que se procurou restaurar.

Ao mesmo tempo em que procurou negar expressamente qualquer vinculação com o período autoritário de que então se saía. Aliás, não era propriamente a ausência de previsões normativas – inclusive constitucionais – que o período autoritário se ressentia, basta uma leitura dos vários preceitos contidos no art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/1969 para constatar que a enumeração de direitos era apenas simbólica e não garantia efetividade alguma, como a história demonstrou em inúmeros casos.⁵²

Essa virada metodológica unicamente, entretanto, não foi suficiente para os grandes desafios que a Constituição de 1988 propôs. O modelo teórico que prevaleceu e ainda prevalece em grande parte do meio jurídico brasileiro tem como postulados principais os decorrentes do direito liberal, e no caso do direito processual a teoria da relação jurídica processual, cujo conceito neutraliza a própria relação social, e “se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem

49 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficiência e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad. 1999. p. 173.

50 DIMOULIS, Dimitri & Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p.5.

51 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: *Estudos de Direito Processual Constitucional*. Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

52 *Brasil: Nunca Mais*. Prefácio de D. Paulo Evaristo, Cardeal Arns. Petrópolis: Vozes. 1985.

exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.⁵³

A teoria da relação jurídica pressupõe uma neutralidade axiológica que procura escamotear tudo o que dos autos não consta e constitui a realidade concreta. Pressupõe uma abstração e um conceitualismo característicos da pandectística.⁵⁴ Trata-se na realidade de um mito, concebido com a intenção de construir uma ciência processual bastante em si mesma – pretensamente ascética, indiferente à realidade social e concreta da vida em sociedade e, ainda, alcançando um nível de abstração que a própria vida em sociedade é uma vinculação indesejável – a vida das partes, os objetivos do Estado, todas essas considerações devem ser afastadas, na ânsia de se alcançar um sistema processual linear e puro.

Esta conduta metodológica é incompatível com o Estado Constitucional. Nele se pressupõe uma legitimidade do procedimento, da participação no procedimento e da própria decisão que são incompatíveis com o pensamento jurídico que se supõe de uma neutralidade que imuniza o processo de preocupações com a própria legitimidade do poder.

Hodiernamente é inconcebível um processo que culmine em uma decisão ilegítima, seja a que título e fundamento jurídico que for, pois não se encontra entre os objetivos da própria jurisdição a produção de decisões ilegítimas. Por essa razão o:

Processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais –, e ainda produzir uma decisão legítima.⁵⁵

Nesse sentido, ao direito que os indivíduos possuem de participar de um processo – com a oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e avaliar seus resultados – se alia outro, de haver um procedimento adequado à tutela daquele direito material previsto constitucionalmente. Não teria sentido algum a Constituição prever um

53 MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v.1, p. 1133-1148. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p.1133.

54 Ibidem.

55 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p.1136.

direito e não haver no ordenamento jurídico um procedimento adequado para a sua tutela.

Exatamente para isso instituiu o constituinte o mandado de injunção – art. 5º, inc. LXXI⁵⁶– e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão: art. 102, § 2º.⁵⁷

Assim, o contraditório, a publicidade, a motivação da decisão judicial, além da imparcialidade do magistrado, são elementos que possibilitam de um processo constitucionalmente justo e uma vinculação da decisão judicial com os objetivos do Estado, bem como com os direitos fundamentais.

Dáí uma definição adequada de processo, segundo à Constituição, que seria:

O instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disso, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais.⁵⁸

A proteção dos direitos fundamentais se realiza de vários modos, não necessariamente através do processo judicial.⁵⁹ A crença de que o processo judicial é um meio indispensável para a realização da justiça é um mito. O ideal, no entanto, é que o processo produza decisões legítimas, no sentido da realização ou garantia dos direitos fundamentais.⁶⁰

56 “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

57 “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

58 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 466-467.

59 QUEIROZ, op.cit., p.387-388. Convém lembrar, ainda, a lição de Carlos Santiago Nino para quem “a perspectiva usual de que os juízes estão melhor situados que os parlamentos e que outros funcionários eleitos pelo povo para resolver questões que tenham a ver com direitos parece ser a consequência de certo tipo de elitismo epistemológico. Este último pressupõe eu, para alcançar conclusões morais corretas, a destreza intelectual é mais importante que a capacidade para se representar e equilibrar imparcialmente os interesses de todos os afetados pela decisão.” *La Constitución de la democracia deliberativa*, p. 260, apud MARINONI, op.cit., p. 459.

60 MARINONI, op. cit., p. 452.

Processo alheio ao seu resultado equivale a ter um procedimento que vale independentemente da sua legitimidade, com uma visão unicamente interna – completamente desvinculado com os fins e objetivos da jurisdição.

Uma visão externa do processo, por outro lado, proporciona uma abertura na compreensão e desenvolvimento do processo e é exatamente por isso que se pressupõe a participação dos atingidos pela decisão como forma de legitimar o processo.

5 O NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

O neoconstitucionalismo,⁶¹ concebido como modelo de Estado Constitucional de Direito, vem se desenvolvendo na Europa, a partir do final da 2ª. Grande Guerra – ou de meados do Séc. passado, como quer Luis Prieto Sanchís⁶² –, ou seja, um modelo de organização política diferente do Estado de Direito do séc. XIX.

Esse novo paradigma de Estado Constitucional pode ter concebido como resultado da confluência dos dois grandes ramos do constitucionalismo moderno, a tradição norte-americana e a europeia. A simplificação das duas concepções ou tradições do constitucionalismo moderno, evidentemente, tem apenas o objetivo de situar historicamente as fontes do que se convencionou chamar “constitucionalismo” ou “constitucionalismo pós-moderno”, e apontar como resultado dessa confluência de elementos dessas duas tradições ou modelos e entender a constituição como dotada de forte conteúdo normativo e de garantia jurisdicional.⁶³

O neoconstitucionalismo como teoria do Direito possui como características mais importantes: a) força normativa da constituição; b) supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico; c) eficácia e aplicação

61 “A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3. n. 11, out./dez. 2005. p. 23.

62 SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003. p. 107, “Aquí por neoconstitucionalismo no entenderé tanto un modelo ideal construido en sede teórica, aun cuando puede intentarse su construcción, sino más bien la forma de organización política que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado;”

63 Ibidem.

imediateza; d) garantia judicial; e) presença de um denso conteúdo normativo; e f) rigidez constitucional.

A essas características que poderiam ser tidas como comuns aos Estados Europeus devem ser aliadas às peculiaridades de sociedades como a brasileira – no sentido de que as prescrições constitucionais não correspondem à realidade, e, por isso, a força transformadora da realidade decorrente da aplicação da CF de 1988, por exemplo, adquire características peculiares, circunstância que não tem, pelo menos na mesma intensidade os Estados Europeus. Porém, menos em Estados como o Brasil de constitucionalismo tardio,⁶⁴ é possível encontrar as características apontadas por autores que analisam os Estados Europeus, – como é o caso de Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Riccardo Guastini, Gustavo Zagrebelsky, entre outros –, e que podem ser resumidas nas seguintes – aproveitando a síntese precisa de Prieto Sanchís:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución em todas las áreas jurídicas y em todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica em torno a un puñado de principios coherentes entre si y em torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.⁶⁵

Outra controvérsia que gira em torno deste tema diz respeito aos conflitos entre direitos sociais e entre eles e os direitos individuais. Embora seja questionável a real importância da enumeração exaustiva de todas as hipóteses de conflitos, envolvendo os vários tipos de direitos previstos na Constituição, o que pareceria um mero exercício acadêmico, não se pode desconhecer a importância da distinção.⁶⁶ Muito embora sem a

64 BARROSO, op.cit., p. 22/23, “O marco histórico do novo Direito Constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.”

65 SANCHÍS, op.cit., p. 117.

66 É o caso, por exemplo, da distinção feita por Ronald Dworkin entre argumentos de princípios, que fundamentariam direitos individuais, e argumentos de política - “policy” - que fundamentariam os objetivos coletivos, cf. DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1978. p. 90, “Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals.” Também, LOPES,

compreensão da “simultânea natureza dos direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais e como direitos susceptíveis de limitação” se perca a riqueza da análise dos complexos mecanismos de atuação dos direitos fundamentais nos Estados de Direito Constitucional.⁶⁷

Nosso argumento fundamental, entretanto, é de que não há uma hierarquia entre direitos fundamentais e direitos sociais, de modo que a Constituição consagra igual proteção a todos, e assim podem sofrer limitações impostas pelas maiorias – legislativas – em razão de outros direitos ou objetivos também constitucionais, numa colisão ou conflito entre direitos fundamentais, cuja configuração denota uma característica principiológica desses direitos.

As limitações aos direitos fundamentais que pressupomos como legítimas são aquelas que não afetam a dignidade da pessoa humana, que não foi excessiva, nem desarrazoada, nem tenha violado a igualdade, a proporcionalidade, e a segurança jurídica.⁶⁸

Um Estado Democrático Constitucional assim organizado, cuja Constituição possua essas características evidentemente deve reclamar por uma nova Teoria do Direito e para sua aplicação e desenvolvimento institucional um novo Direito Processual. Assim é que se concebe o neoprocessoalimento como ferramenta que desenvolve técnicas processuais para, a partir das bases constitucionais, ajudar na solução dos complexos problemas que o neoconstitucionalismo se propõe a resolver,⁶⁹ em particular na realização da Constituição enquanto norma jurídica central no sistema normativo com poder vinculante em relação a todos os agentes públicos, de modo particularíssimo os direitos fundamentais que representam o que há de mais fundamental em seu texto.

Afirmar, no entanto, que o processo deve estar vinculado aos fins do Estado, ou aos fins constitucionais, em particular a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais tem

Jose Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. FARIA, José Eduardo (Org.) São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

67 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 15.

68 NOVAIS, op.cit., p. 154; também SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso*: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. Citado, p. 76.

69 CAMBI, op.cit., p. 21.

um significado apenas no campo retórico, se não forem acompanhados das formas pelas quais o processo irá atingir esses fins do Estado. Inúmeras ocasiões há controvérsias de grande complexidade envolvendo conflitos ou colisões de e entre os próprios direitos fundamentais, que exigem uma igual consideração e respeito, obrigando os magistrados a grandes contorcionismos e malabarismos doutrinários para não acolher os pedidos de afirmação ou cumprimento de direitos fundamentais, sobretudo os sociais.⁷⁰

Nesse sentido a lição de Jorge Reis Novais, para quem:

São vantajosas as construções que evidenciem, da forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a todos os caos difíceis de direitos fundamentais. É que o reconhecimento do conflito é o primeiro pressuposto da sua resolução constitucionalmente adequada, pois só o aberto reconhecimento dos interesses colidentes e da situação de colisão permite o controle da sua resolução, de forma intersubjectivamente partilhada, segundo os princípios constitucionais e com recurso inevitável à metodologia da ponderação de bens.⁷¹

6 CONTRADIÇÕES NA REALIZAÇÃO DAS PROMESSAS DA CONSTITUIÇÃO

Ao lado das demais características como organizadora e limitadora do poder político, não há dúvida que as constituições modernas exercem um papel de extrema importância pelo seu caráter transformador da realidade. Fixam valores e estabelecem objetivos muitas vezes de difícil alcance. Luigi Ferrajoli denomina de “utopias de direito positivo”, porque segundo ele “embora jamais serão realizadas à perfeição, estabelecem, no entanto, enquanto direito sobre direito, as perspectivas de transformação do direito mesmo na direção da igualdade nos direitos fundamentais.”⁷²

70 STRECK, Lênio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Univale. p.171-172. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos> último acesso 30/9/2014>. Resumidamente, para o autor o magistrado somente poderia afastar a aplicação de uma lei nas seguintes hipóteses: pela declaração de inconstitucionalidade da lei; em face de uma interpretação conforme à CF, permanece o texto mas se muda a norma; em face de uma nulidade parcial sem redução de texto, deixa-se de aplicar o texto como texto; quando estiver em face das antinomias (Bobbio); em razão de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto – quando se retirar uma parte da lei; quando se estiver em face de um princípio que afasta uma regra, princípios entendido no sentido de R. Dworkin, no sentido deontológico.

71 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 31.

72 FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. *Isonomia*, v. 16, abr. 2002. p. 27.

Há uma relação muito intensa entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, da mesma forma que não se pode ter um verdadeiro Estado de Direito sem que exista democracia, não se encontra uma verdadeira democracia sem Estado de Direito. O Estado de Direito está fundado no reconhecimento da igual dignidade de todos:

É que do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e de liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia também não há verdadeiro respeito pela dignidade da pessoa humana e, logo, pelo Estado de Direito (direitos fundamentais).⁷³

Ora, o neoconstitucionalismo tem por objetivo a realização do Estado Democrático de Direito pela efetivação dos direitos fundamentais, servindo de norte na orientação das referidas mudanças sociais e superando o paradigma da validade meramente formal do direito.⁷⁴ Por outro lado, não se pode deixar de admitir que o Poder Judiciário não tem como substituir a política como democracia.

Como se sabe, no Brasil, somente a partir da adoção da CF de 1988 é que se pode verdadeiramente falar desse novo Estado de Direito Constitucional, vigente na Europa a mais de 50 anos, pelo menos. Por essa razão, pela ausência de cultura jurídica formada nesse novo paradigma, é que se entende como violadora dos princípios da legalidade e da independência dos poderes e da discricionariedade administrativa as decisões judiciais que interferem de alguma forma na condução das políticas públicas – na base do Estado Social estava a ideia dos “bens sociais”: saúde, ensino, segurança, trabalho. (Canotilho, 2015, p. 15)

Essa concepção do papel da Constituição e do Estado na consolidação do Estado Social cria enormes barreiras ao desenvolvimento das instituições jurídicas, relegando unicamente ao Poder Executivo a tarefa de realização das políticas públicas, não se admitindo sequer a verificação dos parâmetros constitucionais.

Assim, como exemplo dessas barreiras, veja-se o caso do artigo 192 § 3º da Constituição Federal, cujo texto original previa a promessa de

73 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 21.

74 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29.

limitação dos juros reais em 12% ao ano. Fonte de enormes controvérsias jurídicas, de milhares de querelas processuais, nunca efetivado na prática, um emblemático caso de promessa de casamento de uma norma com a realidade nunca realizada, que teve como fim a sua revogação pela EC nº 40 em 2003.

Essa problemática remete também a uma reflexão relativamente à eficácia, concretização e espaços de realização do projeto constitucional, de se indagar sobre as razões da não concretização dos ideários constituintes, questões, aliás, que não são uma exclusividade do Brasil.

A utilização, no entanto, da categoria da revogada categoria da impossibilidade jurídica⁷⁵ do pedido – como uma das condições da ação⁷⁶ –, para se restringir o alcance do controle judicial sobre a efetivação de políticas públicas, fortalece uma visão formalista do processo, na qual os objetivos do Estado e os direitos fundamentais, previstos nas políticas públicas, são relegados e impede que o processo seja um agente de transformação da realidade pela efetivação dos direitos sociais.⁷⁷

Além do mais, a impossibilidade jurídica do pedido ficou plasmada no direito brasileiro como categoria dogmática, a alicerçar pedidos descabidos como dívida de jogo e outros raros pedidos incompatíveis com a ordem jurídica – uma espécie de tutela judicial do absurdo –, em confronto com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo, assim, o livre acesso ao Poder Judiciário, e elevando à categoria de direito fundamental o acesso à jurisdição.

Ora, um dos motivos principais para a não concreção dos direitos fundamentais sociais em economias marginais como da América Latina encontra-se nos limites do próprio projeto do Estado Social, o qual pressupõe o progresso social e a eficiência econômica como fatores imprescindíveis

75 Abandonada pelo próprio autor, com a aprovação do divórcio na Itália - LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 155.

76 Categoria processual extinta como pelo novo CPC, o qual não denomina de “condições da ação”, preferindo adotar o binômio admissibilidade (interesse de agir e legitimação extraordinária) e mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam), cf. DIDIER, Fredie. As Condições da Ação e o Novo CPC. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/en/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

77 CAMBI, op. cit., p. 21.

para seu incremento, exatamente porque são a fonte para viabilizar o patrocínio das prestações sociais.⁷⁸

Assim, os direitos sociais que necessitam de prestações possuem limites no próprio Estado Social, os quais não podem ser ultrapassados por decisões judiciais. Não se trata de defender uma neutralização política do Poder Judiciário, tipicamente do Estado Liberal. Trata-se apenas de reconhecer os limites do próprio Estado, ainda que haja contradições entre a igualdade formal e a justiça social.

Os direitos sociais são limitados pelas condições materiais de acesso a bens sociais – reserva do financeiramente possível aliada a uma reserva do politicamente adequado ou oportuno na correspondente realização positiva.⁷⁹

Assim, a norma constitucional de garantia de um direito social traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional, em geral, não pode desde logo garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido.

É curioso notar, assim, que há de fato um verdadeiro paradoxo na análise das instituições políticas do Estado contemporâneo, uma vez que o Estado Social procura promover a inclusão social, mediante prestações sociais positivas, e o sistema econômico no qual se baseia é por excelência um sistema econômico de exclusão. Não há como deixar de concluir que o Estado Social está condicionado e tem seus limites fixados pela realidade econômica, independentemente das promessas constitucionais dos construtores de utopias.

78 Para Canotilho, o Estado Social somente pode desempenhar sua missão se: "(1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; (2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); (3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano)." (Canotilho, 2015, p. 20)

79 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc>. Acesso em: 30 set. 2014.

Um acertado meio de aplicar a constituição pressupõe a superação desses paradoxos no sentido de alcançar o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para o maior número possível de pessoas. Daí o acerto das ações coletivas, que buscam a efetividade de determinado direito fundamental, especificamente direitos sociais, dando ao problema “um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo, a insegurança, que implicam impacto sobre o sistema de políticas públicas”.⁸⁰

O STF, em milhares de casos, tem optado pela afirmação do direito à saúde, associando-o ao direito à vida (p.ex.: RE 271286).⁸¹ Em diversos outros casos, ainda que pela via estreita das Suspensões de Segurança e Suspensão de Tutela Antecipada, a Corte reafirmou a opção pelo fornecimento de medicamentos, no confronto com a alegação de “grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.” (AgR STA n° 175 – Ceará; em outro precedente paradigmático, ao contrário da análise do professor Canotilho,⁸² a decisão do STF para autorizar o fornecimento de “Viagra” não se baseou em considerações sobre “disfunções humanas e sociais”, mas no tratamento de “hipertensão pulmonar”, como se pode ver na ementa do acórdão: AgR SS n° 2944, DJE 30/04/2010).⁸³

80 SARLET, op.cit., p. 26, bem como Virgílio Afonso da Silva, “O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. In: *Direitos Sociais*, p. 597 e segts.

81 Decisão criticada por Gustavo Amaral, por “deixar de reconhecer o princípio do uso racional dos recursos públicos, bem como por tratar da questão como se não houvesse separação entre interpretação e aplicação, bem como sem atentar para as peculiaridades do caso. Não se está a dizer que a decisão no caso foi equivocada, mas, sim, que ao formular uma solução generalista, pela qual a questão a ser respondida é o contraste entre um direito subjetivo inalienável e um interesse financeiro subalterno, a decisão enuncia uma regra de decisão que acaba por tornar simples ou rotineira a decisão de casos até então difíceis. O Supremo Tribunal Federal falhou em separar os dois campos, da interpretação e da aplicação, acabando por enunciar um critério de direito-a-qualquer-custo.” AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 180-181.

82 “Compreendemos a angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar aos Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, reclamando o mandado judicial para fornecimento de ‘Viagra’ em nome da dignidade da pessoa humana”, mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor.” CANOTILHO, J.J. Gomes, O direito dos pobres no ativismo judiciário. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 35.

83 “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Viagra (Citrato de Sildenafil). Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” Mesmo porque figuravam como impetrantes três mulheres.

De todo modo, nossa reflexão remete assim a uma posição de equilíbrio entre as concepções extremadas das barreiras à realização dos direitos sociais - pela negação de sua normatividade, sem aplicabilidade direta e imediata -, e de transformação social pelas normas constitucionais concedendo-se pela via judicial todo e qualquer pedido fundado em expectativas de prestações de direitos sociais, o que praticamente anula a conveniência e oportunidade de opções políticas dos meios, formas, condições e prioridades da realização positiva dos direitos fundamentais.

7 CONCLUSÃO

O Congresso Constituinte de 1987/1988 não realizou um processo de ruptura com o arcabouço normativo anterior embora tenha feito uma proposta de resgate das promessas da modernidade. Ao longo do tempo, viu-se que há um equívoco na tese normativista, segundo a qual a efetivação dos direitos e garantias fundamentais se dá pelo próprio texto constitucional, bastando ela própria para a realização do projeto constitucional.

A afirmação de que o processo deve orientar-se no rumo dos direitos fundamentais situa-se na vertente retórica, pois nada diz com a natureza, a razão de ser e a afirmação desses direitos fundamentais. O direito processual é um fenômeno humano destinado à solução de problemas práticos, não se confundindo com outros métodos como a força bruta ou à conciliação, por essa razão necessita da legitimação como requisito de validade.

Os direitos fundamentais atuam na argumentação jurídica na qualidade de princípios jurídicos. A concepção dos fundamentais de maneira unitária e com possibilidades de restrição - excluindo-se, portanto, as "gerações ou dimensões de direitos fundamentais" e sua categorização como direitos absolutos - é talvez a que melhor descreve esse fenômeno jurídico-constitucional.

As contradições existentes na realização das promessas constitucionais se explicam pela própria gênese da Constituição de 1988. Nela pode-se encontrar posições enquadráveis tanto em "esquemas de racionalização de prestações sociais, no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino)",⁸⁴

84 "Em primeiro lugar, os anseios da constituição social vinculados às premissas típicas do positivismo legalista mais não fazem do que repetir até a exaustão o círculo vicioso de qualquer positivismo. Em termos simples, o círculo pode descrever-se assim: (i) as normas consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais consagram o direito à saúde, à segurança social, ao ensino; (ii) logo, todos temos direitos por via de constituição a todas as prestações da saúde, da segurança social e do ensino; e (iii) então, a política do direito constitucionalmente conforme no campo destes direitos é a que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização desses direitos." (Canotilho, 2015, p. 25-26)

quanto posições configuradoras dos ideólogos liberais clássicos,⁸⁵ bem como de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.⁸⁶ Isso fica claro quando se analisa os inúmeros casos difíceis⁸⁷ apreciados pelo STF (p.ex.: AgR STA 175, DJE 30/4/2010 – Judicialização direito à saúde, fornecimento de remédios; RE 641320, DJE 1º/8/2016 – Sistema Carcerário). O fato de haver contradições em textos constitucionais não representa obstáculo intransponível para efetivação de direitos constitucionais sociais, os quais demandam um agir, que, por sua vez, necessitam recursos, cuja escassez, validamente reconhecida, representa limite ao conteúdo das pretensões positivas.⁸⁸

O ideal é que se possa utilizar o espaço democrático do processo orçamentário para a efetivação das restrições aos direitos fundamentais.⁸⁹ O que sem dúvida contribuirá para alcançar os objetivos fixados na Constituição, especificamente de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para o maior número possível de pessoas.

85 Os quais “partem das seguintes premissas: (i) os direitos sociais não são verdadeiros direitos, porque não possuem a dignidade de direitos subjetivos; (ii) as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos públicos legitimados para desenvolvê-las; e (iii) os bens protegidos por essas normas são, em primeira linha, bens privados, cuja proteção só excepcionalmente deve ser confiada às entidades públicas.” (Canotilho, 2015, p. 26)

86 “O argumento central é de que não cabe ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área de saúde, sob justificativa da ofensa ao princípio da separação de poderes, bem como da ofensa a critérios de dotação orçamentária, com base ainda no princípio da reserva do possível.” PIOVESAN, op.cit., p. 63.

87 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 175 e ss.

88 “É necessário ter, como elemento de pré-compreensão, que a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas. A interpretação deve ter isto em consideração.” AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 192.

89 “Tais decisões alocativas têm como melhor sede o orçamento. Não a lei formal do orçamento, mas todo o processo desde a elaboração de sua proposta até a execução. O controle das escolhas ínsitas a este processo permitem ver e dar voz tanto ao lado ‘vencedor’, que receberá os meios, quanto ao lado ‘perdedor’, que os terá em menor monta ou mesmo não os terá.” (Amaral, 2010. p. 192)

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: (Foi bom para você também?)*. Debates, nº 20: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999.

_____, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3. n. 11, out./dez. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neopositivismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos sociais e culturais. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____, Derechos de Solidariedad. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. V. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, San Jose. 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, abr. 1996. p.7-20.

_____, O Direito Constitucional como Ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade, contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto; (Orgs.) *Debate Sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 587-599.

DIMOULIS, Dimitri & Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014.

FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. *Isonomia*, v. 16, abr. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v.1, p. 1133-1148. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MORAIS, José Luis Bonlzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: *Estudos de Direito Processual Constitucional*. Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-55.

NASCIMENTO, Rogério Soares. A ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revovar. 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra-São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2009. (Cap. IX - A Proteção dos Direitos Fundamentais, p. 359-389).

SARLET, Ingo Hoffman. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

_____, Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, ÉRICA Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

STRECK, Lênio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Univale. p.171-172. Disponível em: <<http://www.univale.br/periodicos>>. Acesso em: 30 set. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 88-118.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón, 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

