

OS DESAFIOS PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DIANTE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

*Erika Maeoka**

*Patricia Ayub da Costa Ligmanovski***

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir a função da interpretação constitucional para a concretização dos direitos sociais, considerando-se a realidade social e as normas existentes. Esclarece as dificuldades enfrentadas tanto pela doutrina como pelos Tribunais no tocante à interpretação para a fixação dos limites e as possibilidades para a efetivação dos direitos sociais, em razão das contrariedades entre as ilimitadas necessidades oriundas das drásticas exclusões sociais que marcam a realidade brasileira e as limitações materiais enfrentadas pelo Estado que culmina no princípio da reserva do possível. Aponta, como perspectiva para esse embate, a importância dos intérpretes da Constituição em encontrar soluções que possam conjugar a necessidade de concretização dos direitos sociais em consonância com os recursos disponíveis. Por fim, conclui que diante de uma realidade com tantas distorções sociais, a concretização dos direitos sociais e consequente fortalecimento do Estado Democrático de Direito está a depender da consolidação da democracia que permita maior participação de parcela da população hoje excluída, para que, por intermédio da vontade do “povo intérprete” se estabeleçam de modo democrático os limites e as possibilidades para a concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, a doutrina está em construção para superar os desafios e encontrar a melhor interpretação constitucional à realidade brasileira e à efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Efetividade. Direitos Sociais. Princípio da Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present objective work to argue the function of the constitutional interpretation for the existing concretion of the social rights, considering it social reality and norms. It in such a way clarifies the difficulties faced for the doctrine as for the Courts in regards to the interpretation for the setting of the limits and the possibilities for the efetivação of the social rights in reason of the oppositions between the limitless deriving necessities of the drastic social exclusions that mark the Brazilian reality and the material limitations faced by the State that culminates in the beginning of the reserve of the possible one. It points as perspective with respect to this shock the importance of the interpreters of the Constitution in finding solutions that can conjugate the necessity of concretion of the social rights in accord with the available resources. Finally, it ahead concludes that of a reality with as many social distortions, the concretion of the social rights and consequent reinforcement of the Democratic State of Right is to depend on the consolidation of the democracy that allows to greater participation of parcel of the population today excluded, so that, for intermediary of the

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.



will of the “people interpreter” if it establishes in democratic way the limits and the possibilities for the concretion of the social rights. In this direction, the doctrine is in construction to surpass the challenges and to find the best constitutional interpretation for the Brazilian reality and the efetivação of the social rights.

Keywords: Constitutional Interpretation. Effectiveness. Social Rights. Principle of the Reserve of the Possible one.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 AS JUSTIFICATIVAS E A FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS SUAS PARTICULARIDADES. 3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS VS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. 5 OS DESAFIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Estado passou por muitas transformações para se chegar ao que hoje a Constituição Federal Brasileira denomina Estado Democrático de Direito. Encontra-se nessa Constituição uma grande proteção aos direitos fundamentais em decorrência do país estar saindo de uma ditadura militar quando da sua promulgação.

A Carta Magna trouxe, em seu bojo, regras e princípios, o que caracteriza uma linguagem mais aberta e que exige uma atenção especial de seus intérpretes. Por conseguinte, a efetivação da Constituição, em consonância com os reais propósitos inseridos para a construção do Estado Democrático de Direito, está condicionada ao modo como os direitos e as garantias nela inseridas são interpretadas.

Assim sendo, pretende-se analisar a importância da interpretação constitucional na concretização dos propósitos inseridos no Estado Democrático de Direito, bem como destacar os fundamentos que justifiquem um método diferenciado para a interpretação constitucional; salientar as respectivas dificuldades enfrentadas pelos intérpretes em razão dessas singularidades, especificamente, no tocante às normas constitucionais de proteção aos direitos sociais que se deparam com o grande obstáculo de buscar a conjugação entre a realidade orçamentária e as incontáveis injustiças sociais.

2 AS JUSTIFICATIVAS E A FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS SUAS PARTICULARIDADES

A interpretação constitucional apresenta particularidades em relação à interpretação das demais normas, seja porque a Constituição é a Carta Maior ou ainda porque possui uma linguagem mais aberta, com a inserção de princípios, como se observa com o surgimento do movimento pós-positivista.

A função da interpretação é fazer a ordem jurídica funcionar, tornando o Direito operativo, já que o direito existe para regular a vida em sociedade. Assim, o Direito, geral e abstrato,



precisa de um método que consiga adequá-lo às realidades concretas em função das que existe (BASTOS, 1999, p. 89).

Para a efetivação desse Estado é preciso uma nova¹ hermenêutica que deve vir acompanhada de um novo juiz, preparado e receptivo ao texto constitucional, interpretando as demais normas à luz da Constituição.

Cabe ressaltar que alguns doutrinadores, como Paulo Nader (2004, p. 255), distinguem interpretação de hermenêutica, asseverando aquele que “enquanto a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica”. Assim, a interpretação é um ato de vontade que imprime à regra uma parcela de construção de significado por parte do intérprete, que tanto quanto possível deverá corresponder aos anseios decorrentes da evolução social.

Nesse sentido, as normas constitucionais carecem de um sentido fixo, imutável, resultando, daí, a importância da construção jurisprudencial interpretativa.

O direito define-se tanto pela busca incessante da certeza, traduzida por sua estabilidade, quanto pela procura incessante da sua legitimidade dinâmica, que se traduza numa mutabilidade que acompanhe a evolução histórica operada no seio da sociedade. A interpretação consiste na atualização constante da regra posta, sem lhe alterar o texto. Bastos (1999, p. 49) afirma que “a interpretação constitucional não despreza a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta uma série de particularidades que justificam seu tratamento diferenciado”.

Ressalta Konrad Hesse (1983, p. 35) que a interpretação constitucional “resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente”. Dessa forma, onde não há dúvida não há necessidade de interpretação.

Importante salientar que para Bastos (1999, p. 79) o objeto da interpretação constitucional é “o Texto Constitucional com suas regras e princípios, enquanto portador de um significado ou sentido, cuja compreensão plena é o objetivo final da interpretação.”

Hesse (1983, p. 36) defende que a interpretação é fundamental para o direito constitucional, pois a Constituição é mais aberta e ampla que as outras normas. Assim, o papel da interpretação é

hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión (1983, p. 37).

A existência de uma hermenêutica, voltada particularmente para as normas constitucionais, é viável, e a justificativa para tanto “ocorre por força da presença de uma série de ocorrências particulares que exigem uma consideração específica e própria no trato da norma constitucional” (TAVARES, 2003, p. 74-75).

Com efeito, o caráter inicial é uma das bases para a diferenciação que se justifica “em razão da Constituição ser o fundamento de validade último de todas as demais normas do ordenamento jurídico”, ou seja, a Constituição é “o fundamento de validade de todas as demais leis”, motivo pelo qual “a determinação do significado de uma de suas normas poderá importar no afastamento de uma regra infraconstitucional até então vigente” (BASTOS, 1999, p. 52-53).

¹ BONAVIDES (2003, p. 259) explica que para a velha hermenêutica constitucional os princípios eram carentes de normatividade e que esta interpretação está a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.

Outro fator distintivo está na divisão que sofre as normas constitucionais em princípios e regras. Nesse sentido, Coelho (1997, p. 96) salienta que

sendo a Constituição uma espécie de norma jurídica, apesar de possuir natureza e função que lhe conferem posição diferenciada no universo normativo, aquilo que a distingue, essencialmente, é a sua peculiar estrutura normativa-material, bem diferente da que possuem as regras infraconstitucionais.

Coelho (1997, p. 96) ainda explica que

diferentemente das leis que possuem uma estrutura proposicional do tipo se A, então B -, as normas constitucionais se limitam a enunciar princípios, que, por isso, não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo, a sua aplicação exige que sejam não apenas interpretadas, mas, sobretudo, densificadas e concretizadas pelos operadores da Constituição.

A norma constitucional também é de caráter aberto, pois “relewa-se pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo constituinte, e que necessitam, inegavelmente, de um preenchimento ou integração para tornarem-se compreensíveis e imediatamente aplicáveis” (TAVARES, 2003, p. 78).

Em razão dessa vaguidão, salienta Bastos (1999, p. 54) que “a norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado”. Com efeito, extrai-se como consequência oriunda dessa natureza lingüística das normas constitucionais, segundo Tavares (2003, p. 78), “o agigantamento da tarefa dos intérpretes e, com isso, de sua liberdade de identificar determinado conteúdo ou sentido para a norma positivada”.

Além disso, nota-se que o caráter aberto permite a atualização das normas constitucionais. Salienta Coelho (1997, p. 96) que

[...] em razão dessa abertura e infinitude, toda interpretação é sempre um resultado, entre tantos outros, a que se pode chegar em função de um determinado contexto, mas que deve ser modificado quando se alterarem as coordenadas da situação hermenêutica. As mudanças de jurisprudência comprovam que essa é uma lei de desenvolvimento da experiência interpretativa no âmbito do direito em geral, atestando por outro lado, a unidade dialética do processo hermenêutico, no qual se fundem, necessariamente – como etapas distintas, mas complementares -, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos.

O caráter sintético do linguajar pode ser observado pelo emprego de termos amplos e pelos princípios, que faz com que “as normas constitucionais mui raramente se apresentam como enunciados particularizados” (BASTOS, 1999, p. 59). Portanto, “pode-se dizer que os próprios termos empregados, ou seja, os vocábulos, são, em sua maior parte, de significação imprecisa, o que reforça a idéia da presença abundante de princípios no Texto Constitucional” (BASTOS, 1999, p. 59). De modo que, “pode-se afirmar que os princípios, embora percam em concretude, ganham em abrangência. Acabam por ser concretizados numa série de normas infraconstitucionais, que a ele dão aplicação” (BASTOS, 1999, p. 60).



Vale ressaltar que os princípios só foram reconhecidos como normas jurídicas com a doutrina do pós-positivismo. Bonavides (2003, p. 259-264), ao dissertar sobre os princípios, explica que a sua juridicidade passou por 3 fases: jusnaturalista (esfera abstrata com normatividade basicamente nula e duvidosa, mas com dimensão ético-valorativa que inspirava o postulado da justiça), positivista (os princípios entram nos Códigos como válvula de segurança, assinala a carência de normatividade estabelecendo sua irrelevância jurídica) e pós-positivista (hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais).

Barroso e Barcellos (2003, p. 336) resumem a contextualização do pós-positivismo como superação do jusnaturalismo e do positivismo ao assinalarem que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

112

Os princípios consagrados na Constituição são, ao mesmo tempo, objeto de interpretação e diretriz para a atividade interpretativa (BASTOS, 1999, p. 80). A jurisdição constitucional justifica-se pela existência de uma hermenêutica constitucional que faz valer a Constituição como norma suprema. O controle abstrato-concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que a hermenêutica jurídica merece destaque (TAVARES, 2003, p. 75), pois conforme observa Capelletti (1992, p. 129):

[...] É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra a sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo.

Portanto, em síntese, as razões que justificam a interpretação constitucional são o caráter inicial, a adoção em grande escala de princípios em vez de regras; o caráter aberto, o linguajar sintético e a existência da jurisdição constitucional. Assim, observa-se que a interpretação constitucional exige um método diferenciado pelos fundamentos supramencionados, que por sua vez apresenta a sua devida relevância e propõe particulares desafios que serão analisados em seguida.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Verificadas as particularidades da interpretação constitucional que remetem à exigência de uma hermenêutica constitucional, aponta-se o papel fundamental do recurso interpretativo na concretização das pretensões delimitadas na Constituição.

Assim sendo, conforme assevera Gomes (2006, p. 4) que “por meio da hermenêutica constitucional é possível ver a Constituição do Estado Democrático de Direito como um conjunto de valores, princípios, regras, processos e procedimentos cujo objetivo maior consiste na salvaguarda da ‘dignidade humana’”.

Esclarece ainda Gomes (2006, p. 4) que “tal proteção deve-se concretizar-se por meio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais, sendo que a hermenêutica constitucional é construtora da democracia, uma vez que se preocupa com a efetividade da Constituição”.

O homem é um ser em constante formação e por isso precisa ser respeitado como indivíduo e como ser integrante da sociedade, daí vem a necessidade de uma democracia consolidada que garanta todas as dimensões de direitos fundamentais.

Por seu turno, Comparato (2003, p. 15) alerta para os riscos de uma interpretação que não se coadune com a verdadeira essência da Constituição, o que poderia determinar a morte do ideário da construção do Estado Democrático de Direito, já que a Constituição

[...] continuará a fazer parte, materialmente, do mundo dos vivos, mas será um corpo sem alma. Todos nós, profissionais do direito, becados ou togados, continuaremos, por dever de ofício, a fazer de conta que vivemos num estado constitucional. Mas as nossas argumentações tomarão, fantasticamente, o aspecto de sábias dissecações anatómicas: serão análises de um cadáver. Afinal de contas, Hitler não precisou revogar a constituição de Weimar para instituir o terrorismo nazista: bastou retirar-lhe toda força interior.

113

Por conseguinte, denota-se a relevância do papel da interpretação constitucional para realização das diretrizes traçadas na Constituição Federal que pode limitar ou mesmo anular as possibilidades propostas inicialmente pelo constituinte.

4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS VS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

As propostas que fundamentam os direitos econômicos, sociais e culturais estão centradas no objetivo de atingir, por meio de ações multifacetárias, o equilíbrio social, tomando a distribuição da igualdade material como resultados dessas ações.

Assim sendo, para conceituar os direitos sociais, na perspectiva de um direito oponível em face do Estado, reporta-se a Silva (1993, p. 258), que delimita o objeto, especifica os sujeitos e demonstra a importância desses direitos. Por conseguinte, direitos sociais são

[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que



se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Como observa Faria (2002, p. 113), esses direitos estão condicionados a uma dotação orçamentária suficiente para custear as políticas públicas necessárias a sua realização, por isso a suficiência orçamentária é “a condição sine qua non de sua materialização”.

Portanto, levando-se em consideração que os direitos sociais buscam compensar as desigualdades sociais, na maioria das vezes, por intermédio das prestações de serviços públicos essenciais, que por sua vez estão vinculados aos limites orçamentários, as políticas públicas necessárias para a concretização desses direitos devem ser elaboradas conforme as necessidades sociais conjugados com os limites e as possibilidades financeiras.

As dificuldades despontam para o intérprete no momento em que a concretização de determinados direitos esbarra nos limites orçamentários, e por consequência acabam colidindo com os demais direitos de igual ou maior importância, da qual surgem, dependendo da interpretação proposta, os riscos de privilegiar determinado indivíduo ou grupo em detrimento de outros que acabam distorcendo os verdadeiros propósitos constitucionais, de modo que subsistem os desafios para os intérpretes constitucionais em alcançar uma interpretação que seja plausível com a realidade em que se busque uma conciliação entre os direitos garantidos constitucionalmente com os limites materiais.

Assim, em meio ao questionamento dos limites e das possibilidades de concretização dos direitos sociais, surge o princípio da reserva do possível. Destarte, nas reivindicações dos direitos sociais apresenta-se como elemento contestatório o princípio da reserva do possível, que, por sua vez, trouxe divergência no meio doutrinário sobre a sua aplicabilidade quando se impõe limitações aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Barreto (2003, p. 120-121) infere que o argumento referente aos custos dos direitos sociais é falacioso. Entende que a “falácia da “reserva do possível” representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo”. Observa que, encoberta pela “ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como o limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida é consubstancial a todos os direitos fundamentais”.

Diante dessas considerações, assinala que “não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos”. Salienta Barreto (2003, p. 120) que “a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais”. Além disso, adverte para os riscos da invocação do princípio em questão ao esclarecer que “estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos” (2003, p. 121).

Dentre as questões mais polêmicas, no âmbito do questionamento sobre o dimensionamento das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais, está o direito à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal, em razão dos conflitos que gera entre a necessidade de preservar os direitos sociais e as limitações materiais.

Em análise ao embate formado em torno da questão, Amaral (2001, p. 114) inicia o assunto com a seguinte pergunta: “sem qualquer dúvida, o direito à saúde é um direito social,

uma prestação positiva reclamável perante o Estado e, como tal, exigível. Agora, até que ponto é possível falar em “máxima eficácia”? Em seguida, defende o fato de que “a administração pública é, por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas. Há nela, intrinsecamente, uma constante escolha”.

Para tanto, sugere o seguinte dilema, onde o Poder Público, “dispõe de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável” (AMARAL, 2001, p. 114). Diante do fato descrito, além de entender que “nessa situação, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas são faticamente excludentes”, para Amaral (2001, p. 114), “as posições ditas “progressistas”, de exigibilidade direta das prestações positivas, independentemente de mediação legal e orçamentária, levam a um impasse em situações como esta. A resposta comum é, na verdade, uma evasiva: trata-se de problema do executivo” (2001, p. 114).

Por sua vez, Krell (2002, p. 52) assinala que “alguns autores brasileiros acatam a argumentação da ‘reserva do possível’ negando de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimado pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”.

Contudo, a respeito da problemática mencionada que impõe escolhas cruciais, Krell (2002, p. 53) entende que “a resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos!”. Adotando uma visão holística do direcionamento das verbas públicas, soluciona a questão ao afirmar que “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”. Adverte para o fato de que “um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais? etc..”

Partilhando do mesmo entendimento, Cunha Júnior (2004, p. 309-310) pontua a questão sob igual ótica de Krell, de modo que relaciona a questão da distribuição dos recursos orçamentários como um todo, elegendo as prioridades a partir dessa vertente:

[...] num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamento do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais



do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.

Portanto, diante das contrariedades entre a necessidade de concretização dos direitos sociais e os limites orçamentários que remetem ao princípio da reserva do possível, Krell e Cunha Júnior propõem o redimensionamento das dotações orçamentárias de outros setores para priorizar os direitos fundamentais em questão.

Para Arenhart (2005) a reserva do possível impõe limitações à atuação judicial, uma vez que as decisões judiciais uma vez confrontadas com a falta de recursos orçamentários não surtiriam os efeitos pretendidos. Assim, entende que “estar-se-ia diante de decisão fadada à frustração, já que não seria realizada, ‘nem se podendo cogitar de técnicas para impor a prestação’”.

Todavia, Arenhart (2005) ressalta que, mesmo se reconhecendo a procedência da invocação da cláusula de reserva do possível para limitar a atividade jurisdicional na determinação de políticas públicas, a utilização desse recurso não é absoluta, pois, mesmo o Poder Judiciário não dispendo de autoridade para determinar a realização de certas prestações nas circunstâncias em que os recursos financeiros são insuficientes, tal fato não corresponde à impossibilidade de questionamentos de todos os atos governamentais sob o pretexto da insuficiência orçamentária.

Com efeito, Arenhart (2005) infere que o limite do possível, na realidade, compõe uma barreira para a efetivação de prestação pelo Estado, entretanto, salienta que quando “estas prestações assumem caráter constitucional – de direitos fundamentais (de cunho social) – elas, porque admitem implementação gradual, podem ser satisfeitas em vários níveis”. Portanto, mesmo que esse princípio represente limitação à atuação jurisdicional, tal limite não é absoluto, motivo pelo qual incumbe ao Poder Judiciário “não apenas investigar a razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar – se for o caso – a outra destinação dada ao recurso público, bem assim a garantia do ‘mínimo essencial’ pelo Estado” (2005).

Lembra o mesmo autor (ARENHART, 2005) que “logicamente, está-se aqui diante de conceitos vagos, a serem preenchidos diante do caso concreto”. Desses conceitos vagos emergem as controvérsias acerca dos parâmetros para se alcançar uma interpretação condizente com a realidade. No momento em que o intérprete realiza o preenchimento ante o caso concreto, dependendo do critério utilizado para aplicação das normas deparar-se-á com resultados divergentes como demonstram os julgados relativos à concretização dos direitos sociais.

Por conseguinte, a análise dos acórdãos mais recentes do Tribunal de Justiça do Paraná, sobre as divergências quanto à interpretação dos limites do artigo 196 da Constituição Federal, traz à vista a existência de decisões que vêm deferindo a tutela com fundamento no direito fundamental à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana². Em outros casos a medida vem sendo negada com a fundamentação que esbarra no princípio da reserva do possível. Nesse sentido, o Desembargador J. Vidal Coelho Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que:

[...] a aquisição do remédio em comento constitui espécie de despesa pública que exige previsão orçamentária, na forma dos incisos I e II do artigo 136 da Constituição Estadual. Presente, portanto, a grave lesão à economia pública. Justifica-se a

² DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso nos termos do voto do relator. EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A MENOR DE IDADE CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. AGRADO MANIFESTADO CONTRA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM 1º GRAU. DECISÃO, TODAVIA, CORRETA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC PRESENTES. DIFICULDADES BUROCRÁTICAS QUE NÃO JUSTIFICAM A RESISTÊNCIA DO ENTE PÚBLICO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Processo nº 0421476-2, 22/01/2008 17:00, DJ: 7545.

negativa administrativa do Estado em fornecer o remédio solicitado. Não se perca de vista os gastos realizados pelo Estado do Paraná para com a compra de medicamentos excepcionais.³

O Supremo Tribunal Federal também vem decidindo de modo divergente. Assim, em alguns pleitos tem-se deferido a prestação⁴, e, em outros casos, em razão dos limites orçamentários, as ações desta natureza estão sendo julgadas improcedentes⁵. Destarte, conforme a interpretação atribuída ao artigo 196 da Constituição Federal na fixação dos limites à concretização do direito à saúde, a medida é concedida ou negada pelos Tribunais, não existindo um consenso sobre o modo como esse dispositivo constitucional deve ser interpretado e aplicado.

A falta de convergência acerca dos critérios para a concretização dos direitos sociais acaba permitindo a concessão de direitos para uns e negativa para outros conforme o entendimento dos intérpretes. Portanto, muitas vezes, privilegiando um seguimento da sociedade em detrimento de outros.

Assim, Moro (2001, p. 98) lembra que “mesmo que existam meios para viabilização de determinada prestação material especificamente estatal, não se pode olvidar que são escassos os recursos orçamentários”, por conseqüência admoesta que “viabilizar aqui pode inviabilizar acolá”.

Por conseguinte, essa situação acaba revelando circunstâncias questionáveis sobre a perspectiva da exigência de uma justa distribuição dos recursos orçamentários para todos os componentes da sociedade, pois o que revela os julgados é a aplicação em determinados casos da reserva do possível e a não aplicação em outros, que remete a graves injustiças sociais.

Porém, isso não deve desestimular o Judiciário a interpretar e julgar de forma diferente em razão da falta de recursos para o atendimento dos direitos sociais. É preciso ser bastante cauteloso em relação ao posicionamento a se tomar, pois é sabido que o Estado tem suas limitações orçamentárias, mas é patente também que os direitos sociais são uma conquista árdua do povo. Assim, a invocação à reserva do possível não deve ser tida com caráter absoluto, mas, pelo contrário, deve ser cada vez mais discutida suas limitações e possibilidades.

Nesse contexto de tantas contrariedades acerca da aplicabilidade das normas fundamentais que inspiram os direitos sociais é que nascem os desafios para o intérprete da Constituição para alcançar um consenso sobre os limites e as possibilidades.

³ Processo nº 0467443-9 – TJ-PR, 18/01/2008 16:38, DJ: 7539. Ainda nesse sentido, ver: Processo nº 0467302-3 – TJ-PR, 16/01/2008 16:42, DJ: 7539.

⁴ Nesse sentido, ver: RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/12/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00140, EMENT VOL-02262-08 PP-01524

⁵ Nesse sentido, ver: Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, na qual a Ministra Ellen Gracie afirmou que: “que a norma do artigo 196 da Constituição, ao assegurar o direito à saúde, “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. O Estado de Alagoas, por sua responsabilidade em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde dos cidadãos não poderia inviabilizar o sistema público de saúde, o que acontece neste caso – com a antecipação de tutela para que o estado forneça os medicamentos relacionados dos associados, “está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”. A ministra concluiu pelo deferimento parcial do pedido diante da constatação de que o estado de alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados, motivo da suspensão da tutela antecipada, “tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do estado de alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1318, do Ministério da Saúde”. In: STF. Notícias STF. STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. Sexta-feira, 02 de Março de 2007.



5 OS DESAFIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE

Como constatado anteriormente, muitos são os desafios e as necessidades de estudo da interpretação constitucional, tendo os juízes um papel fundamental no desencadear da aplicação do princípio da proporcionalidade para se saber quando e quanto se deve aplicar dos direitos sociais e invocar a reserva do possível.

No entanto, não somente o Judiciário possui papel fundamental nessa empreitada, mas também é preciso uma conscientização dos demais órgãos (Legislativo e Executivo) para melhor destinação dos recursos públicos.

Deve-se ressaltar ainda a importância da participação popular na função de intérpretes da Constituição, pois só com essa participação efetiva é que se pode consolidar a democracia, como salienta Bastos (1999, p. 76).

A interpretação constitucional dos juízes, embora que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituíram forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

Em razão dos desafios que impõe a interpretação constitucional, infere Coelho (1997, p. 99) que:

[...] diante desse panorama, em que se evidencia a necessidade de sinalizar os caminhos da interpretação constitucional – para não sucumbirmos às tentações do voluntarismo -, cumpre renovar a advertência de que os resultados de toda atividade hermenêutica só se tornarão legítimos e socialmente vinculantes se as manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição puderem ser identificadas como formas de expressão da consciência jurídica geral.

Hesse (1983, p. 43) defende que a interpretação constitucional é concretização, incorporação da realidade e que tem caráter criativo, pois o conteúdo da norma só se completa com a interpretação. Para o autor “la concretización presupone la comprensión del contenido de la norma a concretizar”.

O texto é o enunciado e quem deve dar sentido ao enunciado é a sociedade para que a resultante desse sentido seja a norma. Assim, para Hesse (1983, p. 45-46) é preciso uma

actuación tópica orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por via de la inventio, sean sometidos al juego de las opiniones em favor y em contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (topoi).

Soares (2005, p. 44) compartilha desse pensamento ao inferir que “o texto da norma acaba como limite intransponível na interpretação constitucional, mesmo, e principalmente, quando da confrontação com o problema.”

Dessa forma, Soares e Hesse defendem que a concretização é a determinação do

conteúdo da norma feita a partir da inclusão de dados da realidade social por um intérprete que carrega sua pré-compreensão quando da interpretação. É um processo pelo qual a norma jurídica constitucional e o problema constante na realidade social são adequados um ao outro, mas sempre seguindo o que está determinado na norma.

Hesse (1983, p. 51) ensina que

este procedimiento típico vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables. Ciertamente que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello solo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad posible, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente.

A interpretação constitucional, na visão de Hesse (1983, p. 51-52), por dever envolver diretamente o problema, mas ficar vinculado à norma apresenta limites que se situam “allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada solución se encontrase en clara contradicción con el texto de la norma”.

Dessa forma, é preciso estar sempre atento às mudanças ocorridas na realidade social e buscar interpretar a Constituição para não frustrar os fins para o qual foi elaborada, possibilitando mutações constitucionais por meio de interpretação sem reforma do texto constitucional, porém sem jamais ferir princípios fundamentais.

Portanto, ao deparar com o questionamento sobre os limites e as possibilidades de concretização dos direitos sociais, cabe ao intérprete levar em consideração uma realidade que impõe limitações materiais, conjugada com uma realidade de exclusões sociais e com gravíssimos problemas de déficit democrático. Assim, é dentro dessa realidade que o aplicador deve interpretar a Constituição nos limites propostos pelas normas.

119

6 CONCLUSÃO

A interpretação constitucional exerce um papel fundamental na concretização do Estado Democrático de Direito, pois, conforme os parâmetros utilizados para a interpretação, esta pode, inclusive, limitar ou anular os direitos e as garantias albergados por esse arquétipo de Estado. Por sua importância e particularidades, a Constituição exige uma interpretação distinta das demais normas do ordenamento, principalmente com a inclusão de princípios em seu texto, o que lhe deu uma linguagem mais aberta.

Nesse contexto de Estado Democrático de Direito deve-se ressaltar a importância dos direitos sociais como meio de dar ao povo maiores condições para o alcance de sua dignidade e cidadania. Desse modo, a adequada interpretação constitucional aos direitos sociais é de extrema importância para a consolidação da democracia. No entanto, embora alguns direitos estejam previstos na Constituição, como é o caso do direito à saúde, o Estado não se vê capaz financeiramente de garantir a efetivação desse direito, invocando a reserva do possível.

Nasce daí a discussão em todos os níveis estatais e sociais, findando no Judiciário, do que deve prevalecer, os direitos sociais ou o cumprimento da receita orçamentária. Porquanto, os intérpretes da Constituição vêm deparando com o grande desafio em alcançar uma interpretação



constitucional que seja compatível com a realidade hoje enfrentada, que leve em consideração as propostas de superação do problema da exclusão social, mas que também seja compatível com os recursos materiais disponíveis.

Ainda não há uniformidade jurisprudencial e nem doutrinária a respeito do assunto. A discussão acerca da interpretação que se deve dar a Constituição está em pleno desenvolvimento. Nesse contexto, o intérprete possui relevante papel diante da sociedade, pois é ele que deve, dentro de um processo democrático, considerar a realidade de grande exclusão social, pobreza e déficit democrático sem deixar de lado a realidade do Estado que deve proteger seus cidadãos e, ao mesmo tempo, buscar recursos sem onerar o funcionamento da Administração Pública, para, dessa forma, buscar na norma a solução adequada para tais problemas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: LOBO, Ricardo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?d=7177>> Acesso em: 03 jun. 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais sociais: estudo constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

120

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. BARROSO, Luís Roberto (coord.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Safis, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. In: LESBAUPIN, Ivo. O desmonte da nação: balanço do governo FHC. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação. São Paulo: Saraiva, 2004.



FARIA, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. In: FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GOMES, Sérgio Alves. Possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KRELL, Andréas 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.

MORO, Sergio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 24 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Sistematização de princípios e regras constitucionais tendo em vista o princípio da publicidade e a propaganda dos órgãos públicos. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 9, p. 23-50.

STF. Notícias STF. STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. Sexta-feira, 02 de Março de 2007.

TAVARES, André de Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

