



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA
JURÍDICA
FACULDADE DE DIREITO

**DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA AO
ATIVISMO JUDICIAL**

ÍTALO SÉRGIO ALVES BEZERRA

FORTALEZA

2010

ÍTALO SÉRGIO ALVES BEZERRA

**DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA AO ATIVISMO
JUDICIAL**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Gomes de Miranda.

FORTALEZA

2010

ITALO SÉRGIO ALVES BEZERRA

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA AO ATIVISMO JUDICIAL

Aprovada em / / 2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Daniel Gomes de Miranda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Ms. Dimas de Macedo
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando: Gustavo César Machado Cabral
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos que me apoiaram durante esta jornada gratificante, fazendo-se presentes nos momentos difíceis e compartilhando as glórias conquistadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus. Sem Ele nada disto faria sentido.

Agradeço ao meu querido pai, pelo apoio incondicional que me fornece desde os primórdios da minha existência.

Agradeço à minha mãe pelo amor e carinho que me tem dispensado durante todos estes anos.

Agradeço à minha irmã Ivanise, sempre disposta à oferecer uma palavra de carinho e força nos momentos mais difíceis.

Agradeço à minha irmã Francisca Ívina que, sempre preocupada com o meu bem estar e minha felicidade, fornece conselhos profissionais e pessoais indispensáveis.

Agradeço aos meus padrinhos, Tia Estelita e Tio Moacir (*in memoriam*), que, desde sempre, estiveram ao meu lado quando precisei.

Agradeço aos meus amigos de infância: Ruany, Lucas, Diego, Eduardo, Ronald. A convivência com eles me fez aproveitar melhor os tempos de criança e até hoje possuem grande importância na minha vida.

Agradeço aos meus amigos de sempre: Milson, Milton, Ismael, Igor Renné, Rafel, Sarah e Clara, sempre presentes ao meu lado.

Agradeço à querida Mariana que, durante um longo e maravilhoso tempo, permaneceu ao meu lado com carinho, amor e dedicação. Sempre disposta a me acolher e me confortar nos momentos mais difíceis da minha vida. Você tem grande importância nesta conquista. Obrigado por tudo.

Agradeço aos meus antigos amigos de uma nova empreitada, os meus sócios Wilgo e Eimar Júnior. A escolha em percorrer o mesmo caminho só reflete as nossas convergências de pensamento, o que nos faz, cada vez mais, amigos.

Agradeço aos meus amigos de turma, tanto do turno da manhã quanto do da noite. Eles fizeram com que o meu curso se tornasse maravilhosamente inesquecível. Em especial, agradeço a Clara, Vanessa, Daniel, Marcos Parahyba, Leivison, Gilberto, Lorena, Victor Brandão, Rodrigo, Caliandra, Raquel, Carícia Bianca, Rhiana, Samir, Gustavo, Jader, Edgar, Lívia, Thiago, Alon, Araújo, Fernanda, Natanael e Rose.

Agradeço à Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região e os seus membros e servidores, que me acolheram carinhosamente como estagiário durante quase dois anos. Em especial aos Procuradores Evanna Soares, Antonio de Oliveira Lime e Gerson

Marques e aos servidores Ana Maria Camelo, Carlos Augusto Belchior e Artemísia Lemos.

Agradeço aos membros do GRUPE – Grupo de Estudo e Defesa do Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, por me ajudarem a desenvolver o conhecimento nesta nobre área do direito.

Ao meu professor orientador, Daniel Miranda, que prontamente atendeu ao meu pedido de orientação e possibilitou a realização do presente trabalho.

Ao professor Dimas de Macedo e ao mestrando Gustavo Cesar pela disponibilidade para compor a minha banca examinadora e auxiliar a feitura do presente trabalho.

Ao fim, agradeço a todos os demais que me ajudaram a chegar aqui.

Muito obrigado.

*“as leis não bastam: os lírios não nascem
das leis.”*

(Carlos Drummond de Andrade),

RESUMO

Os Direitos Fundamentais Sociais, diante a nova realidade constitucional brasileira, devem ser vistos com normas de eficácia diferenciada, mesmo quando sofrem o fenômeno da Constitucionalização Simbólica. O presente trabalho buscará analisar o referido fenômeno como uma maneira contribuir para a realização dos Direitos Sociais. Analisar-se-á, também, o papel do Poder Judiciário na realização destes direitos, que deve ser exercido com responsabilidade e prudência, diante da prática do ativismo judicial.

Palavras-chave: Constitucionalização Simbólica. Direitos Fundamentais Sociais. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

Fundamental Social Rights, before the new constitutional reality in Brazil, should be viewed with different standards of efficiency, even when suffering from the phenomenon of Symbolic Constitutionalization. This study will examine this phenomenon as a way to contribute to the achievement of social rights. It will examine also the role of the judiciary in achieving these rights, which must be exercised with responsibility and prudence, given the practice of judicial activism.

Keywords: Symbolic Constitutionalization. Fundamental Social Rights. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	15
2.1 Direitos Fundamentais.....	15
2.2 Gerações de direitos fundamentais.....	17
2.3 Indivisibilidade dos direitos fundamentais	20
2.4 Direitos sociais	21
2.5 Efetividade dos direitos sociais	22
2.5.1. Fase da eficácia jurídica zero	23
2.5.2 Fase da eficácia jurídica mínima.....	24
2.5.3. Fase da eficácia jurídica máxima	25
3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	28
3.1 Constitucionalização simbólica – aspectos introdutórios	28
3.2 Legislação simbólica	30
3.2.1 Confirmação de valores sociais.....	30
3.2.2 Legislação-álibi	32
3.2.3 Adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios ...	34
3.3 Efeitos sociais latentes (ou indiretos) da legislação simbólica.....	35
4 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS	38
4.1 Separação de poderes e ativismo judicial.....	38
4.2 O papel do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais	40
4.3 Ativismo Judicial: questões controvertidas	42
4.3.1 Falta de legitimidade do julgador.....	42
4.3.2 Custo dos direitos sociais	44
4.3.3 Despreparo do judiciário em lidar com questões administrativas e a reserva de consistência	49
4.3.4 Reserva do possível.....	52
4.4Princípio da Subsidiariedade	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59

6 REFERÊNCIAS	61
----------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da efetividade das normas constitucionais, notadamente as garantidoras de direitos sociais, já há muito tempo, se perpetuam na doutrina e jurisprudência pátrias.

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar o fenômeno sob a ótica da Constitucionalização Simbólica, muito em voga nas democracias reconhecidas como periféricas, antigo terceiro mundo, dentre elas, a brasileira.

Procura-se fazer uma ligação do supracitado fenômeno com o recente crescimento do chamado “ativismo judicial”, também comum no nosso país, notadamente em relação á efetivação dos Direitos Sociais.

Iniciou-se o trabalho, com uma breve análise dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, cerne do presente trabalho. Neste capítulo, procura-se conceituar e caracterizar os referidos direitos, bem como ressaltar alguns tópicos mais importantes para o trabalho.

Em seguida, adentrando no tema da Constitucionalização Simbólica, far-se-á uma análise da teoria do Professor Marcelo Neves, que desenvolveu seu estudo quando da elaboração de tese para fins de aprovação em concurso público para o cargo de Professor Titular da Disciplina de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

O referido professor analisa a Constituição como um mecanismo que permite a autonomia operacional do direito na sociedade moderna e como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico.

Destaca-se a ponderação de Marcelo Neves¹:

A questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O

¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 1.

problema não se reduz, portanto, a discussão tradicional sobre a ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distância entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

A doutrina em estudo, apoiada nas idéias de tipologia tricotômica de Harald Kindermann, divide o conteúdo da legislação simbólica em: a) confirmação de valores sociais; b) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne á resolução de problemas sociais); e c) fórmula de compromisso dilatatório (adiamento de solução de conflitos).

O bloqueio reiterado do processo de concretização constitucional, decorrente da sobreposição destrutiva dos códigos binários de outros sistemas sociais (especialmente os da economia e da política), ao engendrar a perda de nitidez dos contornos diferenciadores do sistema jurídico em relação ao seu ambiente, acarreta uma ‘politização desjuridicizante’ da realidade constitucional.

Tal ‘politização desjuridicizante’ pode redundar numa falta de efetivação de diversas normas constitucionais ou infraconstitucionais que se enquadram na categoria de “legislação simbólica”.

Nesse contexto de baixa efetividade normativo-jurídica de algumas disposições constitucionais que surge o chamado ativismo judicial. Quando o poder judiciário, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, se vê obrigado a trespassar os limites constitucionais de sua atribuição, chegando até mesmo a exercer atribuições exclusivas dos outros poderes (Legislativo e Executivo).

Tal prática, por diversas vezes tão criticadas pelos doutrinadores, consiste, apenas, em uma reação natural a falta de efetividade das normas constitucionais. Dessa forma, vem o judiciário prestando relevante papel a sociedade quando age, responsabilmente, de maneira a efetivar um preceito simbolicamente posto na Constituição Federal.

Porém, o uso em demasia deste tipo de legislação, principalmente na sua vertente legislação-álibi, pode trazer descrédito a todo o ordenamento jurídico.

Em suma, delimitado o tema, o trabalho monográfico, empreendendo estudo à luz da doutrina e da jurisprudência, terá como escopo discorrer acerca do fenômeno da Constitucionalização Simbólica, buscando identificar as conseqüências sociais de tal prática, principalmente no que concerne ao ativismo judicial.

A escolha do tema deve-se, portanto, à sua enorme relevância no contexto do Direito Constitucional e Teoria do Estado contemporâneos, mormente por se tratar de questão polêmica e atual, cujo delineamento vêm passando por sensível evolução jurisprudencial visando a ceifar e a evitar os abusos de outrora.

Dessa forma, o trabalho monográfico a ser desenvolvido buscará abordar as diversas correntes doutrinárias a respeito da temática, bem como a evolução da jurisprudência.

Com amparo nas informações a serem colhidas ao longo das pesquisas, buscar-se-á desenvolver idéias e conclusões próprias, contribuindo para o estudo e para o desenvolvimento deste tão discutido e fascinante tema.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar o fenômeno da Constitucionalização Simbólica, com ênfase na crise de representatividade dos políticos e de efetividade da legislação, analisando-o juntamente com as recentes práticas de ativismo judicial praticado pelos julgadores. Os objetivos específicos podem assim ser definidos: proceder à breve estudo acerca do conceito de Constitucionalização Simbólica e a classificação (tipologia) da legislação simbólica, bem como de sua conseqüência para o restante do ordenamento jurídico; analisar o problema da efetivação das normas constitucionais, buscando conectar os fenômenos da constitucionalização simbólica e do ativismo judicial e empreender estudos acerca das modernas teorias que fundamentam o ativismo judicial, bem como da prática que vem se tornando corriqueira nos tribunais pátrios, com ênfase na evolução histórica do fenômeno.

A metodologia a ser utilizada na monografia caracterizar-se-á por ser um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa. (a) quanto ao tipo, a mesma será basicamente bibliográfica, através de livros, revistas, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados na Internet; (b) quanto à utilização

dos resultados, pura, à medida que terá como finalidade a ampliação dos conhecimentos; (c) quanto à abordagem dos resultados, qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no contexto internacional e no ordenamento jurídico pátrio; e (d) quanto aos objetivos, descritiva, posto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o problema apresentado.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O presente trabalho visa primordialmente analisar as teorias da Constitucionalização Simbólica e do Ativismo Judicial em relação à efetivação judicial dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para tanto, faz-se necessária uma breve introdução sobre a teoria dos direitos fundamentais, mais especificamente acerca dos Direitos Sociais e sua relação com os outros direitos fundamentais.

2.1 Direitos Fundamentais

Definir o que seriam os direitos fundamentais não constitui uma tarefa simples. Os conceitos e definições dos referidos direitos podem ser encontrados aos montes na doutrina nacional.

Conceito dos mais completos acerca do que seriam os Direitos Fundamentais foi o desenvolvido pelo professor e magistrado cearense George Marmelstein em seu “Curso de Direitos Fundamentais”². Para ele:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico³.

Para os fins a que se destina o presente trabalho, o supracitado conceito se

² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

³ Idem. p. 20.

mostra bastante adequado, pois consegue caracterizar de forma satisfatória os direitos fundamentais.

Tomando como base o referido conceito, podemos afirmar que os direitos fundamentais possuem duas funções primordiais.

Primeiramente, eles atuam como instrumentos de limitação do poder no Estado, ou seja, garantindo aos cidadãos um nível máximo de autonomia e liberdade, defendendo-os contra a interferência indevida do Estado e contra o abuso do poder.

Em segundo plano, os direitos fundamentais impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem executadas pelo Estado, com o objetivo de possibilitar aos cidadãos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Dessa maneira, os direitos fundamentais devem proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para ter uma vida digna.

Convém observar que o interesse em caracterizar um determinado direito como fundamental não é somente teórico. Muito pelo contrário, existe grande relevância instrumental nessa tarefa, pois as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais são dotadas de algumas características que facilitam extremamente a proteção e efetivação judicial desses direitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais: a) possuem aplicação imediata, por força do artigo 5º, §1º⁴, da CF/88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes; b) são cláusulas pétreas, por força do artigo 60, §4º, inc. IV⁵, da CF/88, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional; c) são direitos plenamente exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ser implementados através do Poder Judiciário, mesmo diante da inércia dos demais poderes; d) possuem *status* de norma constitucional, de modo que, se uma determinada norma infra-constitucional dificultar ou impedir a efetivação do direito fundamental, essa norma poderá e deverá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

⁴ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵ § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

Podemos concluir, portanto, que os direitos fundamentais são normas jurídicas, positivadoras de valores que densificam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dotadas de um alto teor de juridicidade, gozando de uma especial proteção jurídico-processual, tendo em vista a sua hierarquia constitucional, cuja plena concretização é uma meta a ser perseguida por todos.

2.2 Gerações de direitos fundamentais

Outro ponto da Teoria dos Direitos Fundamentais que merece ser abordado é com relação à noção de Gerações de Direitos Fundamentais.

A idéia de gerações teve início no final da década de 1970, quando o Karel Vasak, utilizou, de forma pioneira, a expressão “gerações de direitos do homem”, de modo a demonstrar, metaforicamente, a evolução dos direitos humanos com base nas três palavras que compunham o lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

Afirmou o jurista que a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, a paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*)⁶.

Segundo o pensamento do eminente jurista, nos primórdios da formação do Estado Moderno, durante as Revoluções Burguesas, buscava-se a efetivação dos direitos civis e políticos, baseados na liberdade do cidadão em relação ao Estado, como a

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

liberdade contratual, por exemplo.

Dessa maneira, tais direitos exigiriam uma conduta negativa do Estado, ou seja, referidos direitos estariam garantidos ante a ausência de interferência estatal nos negócios dos particulares (*liberté*).

Após este momento de criação do Estado Liberal Moderno, seguindo na linha do tempo, ante a evolução da civilização e do Estado em si, veio a segunda geração dos direitos fundamentais, que seriam os chamados econômicos, sociais e culturais.

Diferentemente dos de primeira geração, estes direitos, para serem efetivados, necessitariam de uma prestação estatal, não mais bastando a não-intervenção do Estado, necessitava-se de condutas comissivas por parte dos agentes públicos para a efetivação destes direitos. São eles, por exemplo, direito à saúde, ao trabalho, à segurança e à assistência social.

Os direitos de segunda geração servem para garantir um mínimo de dignidade humana para todos os cidadãos, visando a reduzir as desigualdades sociais (*égalité*).

A terceira geração de direitos fundamentais alberga os que seriam chamados direitos de solidariedades (*fraternité*), quais sejam o direito à paz e a um meio ambiente saudável, entre outros.

No desenvolver da teoria dos direitos fundamentais, novas gerações foram acrescentadas às três primeiras, destacando-se a quarta, desenvolvida pelo Professor Paulo Bonavides. Para o constitucionalista, o direito a democracia (direta), o direito a informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais, “compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política⁷.

Apesar da grande repercussão que a teoria da “geração de direitos

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524/525.

fundamentais” teve no cenário acadêmico, a mesma não passou incólume às críticas.

A idéia de sobreposição de uma geração de direitos por outra está fadada ao ostracismo, sendo atualmente abandonada pela maioria dos doutrinadores e os que ainda a utilizam ressaltam-lhe apenas o caráter pedagógico capaz de facilitar o aprendizado.

A aceitação da teoria em comento poderia gerar a falsa impressão de que para se chegar aos direitos de uma geração subsequente, necessário se faria a implementação dos direitos da categoria anterior.

Por exemplo, para que uma sociedade fizesse jus à fruição de um meio ambiente saudável e sustentável (direito de 3ª geração), seria essencial a presença de uma democracia que garantisse plenamente a fruição dos direitos políticos (direitos de 1ª geração).

Tal entendimento poderia vir a se tornar um empecilho para a efetivação dos direitos fundamentais.

A aceitação da teoria de gerações de direitos fundamentais está fortemente relacionada com a baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como direitos de segunda categoria e, portanto, sem prioridade de implementação.

Não se fala aqui, necessariamente, de países miseráveis nem de ditaduras subdesenvolvidas. Até mesmo em superpotências econômicas, como nos Estados Unidos da América, alguns doutrinadores entendem que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma nítida hierarquia entre esses direitos.

Atualmente, aquele país considera os direitos sociais como direitos de “segunda categoria”, dessa forma, os Estados Unidos têm se negado, sistematicamente, a ratificar tratados internacionais de proteção de direitos da segunda e terceira gerações, como o protocolo de Kyoto.

Sabe-se que tais direitos, não importando qual seja a sua “geração”, possuem o objetivo de melhorar a qualidade de vida do cidadão, realizando o princípio

da dignidade da pessoa humana e, para tanto, gozam de juridicidade diferenciada, devendo serem assegurados à população.

Superada a teoria das gerações de direitos fundamentais, concluímos pela ausência de hierarquia entre estes direitos e, conseqüentemente, pela igualdade de relevância e normatividade entre todos os direitos fundamentais.

2.3 Indivisibilidade dos direitos fundamentais

Todas as categorias de direitos fundamentais, sejam os direitos civis e políticos, sejam os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. Os direitos civis e políticos não são realizados apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas.

Percebe-se, com isso, uma interessante afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, reforçando a idéia de indivisibilidade, conforme já reconhecido pela ONU (Organização das Nações Unidas), desde 1948, quando da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Note-se, por exemplo, como é difícil desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o direito de voto (1ª geração) do direito à informação (4ª geração), o direito de reunião (1ª geração) do direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim por diante.

Desta maneira, imperioso se faz tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento

dos direitos sociais ou vice-versa.

Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito. Não é possível, portanto, falar-se em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas.

A indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja superada essa idéia estanque de divisão dos direitos através de gerações. Exige-se, ainda, que seja abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não é tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

2.4 Direitos sociais

Para os fins a que se propõe o presente trabalho, cabe-nos fazer uma especial referência a uma parcela específica dos direitos fundamentais, os denominados Direitos Sociais.

Depois de tudo o que foi exposto acerca dos direitos fundamentais, imperioso reconhecer que os direitos sociais, no Brasil, também fazem parte dessa categoria.

Há vários argumentos que levam a essa conclusão: (a) primeiro, um argumento formal: os direitos sociais estão topograficamente localizados no Título II da CF/88 (Constituição Federal de 1988) que trata precisamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”; (b) segundo, um argumento finalístico: os direitos sociais são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da

pessoa humana; (c) terceiro, outro argumento formal: os direitos sociais, além de estarem expressos ao longo do texto constitucional, também estão previstos em inúmeros tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a proteger, de modo que, mesmo se não estivessem expressos no texto constitucional, seriam direitos fundamentais por força do artigo 5º, §2º⁸, da CF/88, a qual estabelece que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil; (d) quarto, um argumento material: os direitos sociais são uma materialização dos direitos de igualdade e de solidariedade que, por sua vez, são indiscutivelmente direitos fundamentais.

Dessa forma, podemos concluir que os direitos socioeconômicos são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade).

2.5 Efetividade dos direitos sociais

Na medida em que foram evoluindo, os direitos fundamentais sociais ganharam cada vez mais normatividade (juridicidade), ou seja, vêm deixando de ser meras exortações ético-políticas, desprovidas de qualquer conteúdo jurídico, para se converterem em verdadeiras normas jurídicas com um grau elevado de exigibilidade, como os direitos fundamentais em geral.

⁸ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse sentido é a evolução do pensamento jurídico acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Tal evolução pode ser claramente separada em três fases, quais sejam: a da eficácia jurídica zero, a da eficácia jurídica mínima e a da eficácia jurídica máxima.

2.5.1. Fase da Eficácia Jurídica Zero

Na doutrina constitucional nacional, durante muito tempo, sustentou-se que os dispositivos constitucionais definidores de direitos, em particular os de cunho social, que, em geral, exigem um agir por parte do Estado, seriam meras declarações de boas intenções, sem caráter obrigacional. Já se defendeu, inclusive, que, por exemplo, quando a Constituição diz que a saúde ou a educação é dever do Estado, o vocábulo dever significaria apenas exigência que se situa no campo ético, moral, jamais no campo jurídico.

Esse entendimento chegou a ser acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS) nº 6564/RS18, onde ficou consignado que o direito à saúde constitui um interesse geral que não confere aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação, uma vez que não estaria corretamente delimitado seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador tenha exercido a função de completar a norma constitucional por meio da integração legislativa.

Atualmente, a teoria jurídica dos direitos fundamentais refuta veementemente a tese da “eficácia jurídica zero” atribuída aos direitos sociais, por mais vagos que sejam. Considerar a completa ausência de força jurídica de qualquer norma constitucional constitui um retrocesso de mais de um século de evolução da doutrina desenvolvida em torno do direito constitucional.

2.5.2 Fase da Eficácia Jurídica Mínima

Em seguida, mas ainda longe de ser satisfatória, surge a teoria da eficácia “mínima” dos direitos sociais. Essa teoria foi desenvolvida, entre outros, pelo eminente jurista José Afonso da Silva, na sua famosa obra sobre a Aplicabilidade das Normas Constitucionais⁹.

Segundo José Afonso da Silva, inspirado em doutrina italiana, as normas constitucionais seriam classificadas em três espécies quanto à sua aplicabilidade: (a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, as que receberam normatividade suficiente para serem diretamente aplicadas, independentemente de integração normativa por parte do Poder Legislativo; (b) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que seriam as que também receberam normatividade suficiente para serem diretamente aplicadas, mas o legislador poderia reduzir a sua eficácia e aplicabilidade; por fim, (c) normas de eficácia limitada, que não possuiriam normatividade suficiente para sua aplicação, cabendo tão somente ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulação das matérias nelas tratadas.

Embora hoje superada, a classificação desenvolvida por José Afonso da Silva trouxe inegáveis avanços, sobretudo ao reconhecer, pelo menos, uma eficácia mínima das normas programáticas. Para ele, essas normas possuiriam eficácia jurídica imediata, direta e vinculante na medida em que:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspira a sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem

⁹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998

comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações subjetivas, de vantagem ou desvantagem¹⁰.

De acordo com essa teoria, as normas programáticas teriam a força jurídica de impedir que as ações, normativas ou administrativas, dos Poderes Públicos fossem praticadas em descompasso com o programa ou princípio traçado na norma.

Dessa forma, por exemplo, se o Legislativo editasse uma lei contrária à norma garantidora do direito de saúde, o eventual prejudicado poderia acionar o Judiciário e requerer a anulação, por inconstitucionalidade, da regra infraconstitucional que estivesse impedindo ou dificultando o exercício desse direito.

À época, sem dúvida, representou grande avanço, sobretudo porque a tese foi desenvolvida durante o período de ditadura militar, em que foi bastante enfraquecida a força normativa da Constituição.

No entanto, na medida em que apenas permite a atuação do Judiciário nos casos de ação estatal contrária à norma, sem possibilitar a concretização judicial nos casos de omissão dos Poderes Públicos, é preciso superar a concepção da eficácia mínima, sob pena de se entregar a efetividade da norma constitucional ao mero arbítrio dos governantes, o que, certamente, não foi o que a Constituição Federal de 1988 desejou.

2.5.3. Fase da Eficácia Jurídica Máxima

¹⁰ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164.

Diversas são as teorias desenvolvidas por juristas brasileiros no sentido de superar a teoria de José Afonso da Silva acerca das normas de eficácia limitada, procurando acentuar a força jurídica potencializada das normas constitucionais.

Tal mentalidade nova vem sendo desenvolvida com maior intensidade após a Constituição Federal de 1988 que forneceu alicerce normativo para a construção de um novo direito constitucional, calcado na força normativa da Constituição, no reconhecimento da potencialidade jurídica dos princípios constitucionais, na defesa dos direitos fundamentais e na aceitação da jurisdição constitucional.

A doutrina apenas varia quanto à possibilidade de interferência judicial, concluindo, de um modo geral, que, dentro da “reserva do possível”, expressão esta que será melhor analisada em tópico próprio, o cumprimento de toda norma constitucional pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito constitucional em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.

Com essa nova concepção, que busca a concretização máxima das normas constitucionais, as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, e mesmo as normas constitucionais programáticas, alcançam um novo grau de aplicabilidade: antes, elas eram dirigidas apenas ao legislador, que decidiria acerca da oportunidade e conveniência de fazer valer a norma constitucional; agora, também o Poder Judiciário pode ajudar a dar concretização a essa norma.

Com essa nova concepção, baseada no princípio da máxima efetividade, o Judiciário pode buscar a concretização de todas as normas constitucionais, mesmo diante da omissão do legislador. Se o legislador ficar inerte, nada mais razoável do que permitir que o Judiciário dê a melhor concretização possível à norma constitucional.

Portanto, podemos dizer que na atual fase de eficácia máxima dos direitos sociais, a força jurídica potencializada das normas definidoras de direitos fundamentais, garante que, dentro da “reserva do possível”, o cumprimento dos direitos sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as

medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.

A idéia da máxima efetividade dos Direitos Sociais, que tende à plena efetividade das normas constitucionais, poderá ser mais bem compreendida com o conhecimento da idéia de Constitucionalização Simbólica. O referido fenômeno doutrinário constata a existência de normas constitucionais com predomínio da função simbólica em detrimento da função jurídico-instrumental.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Constitucionalização simbólica – aspectos introdutórios

Da análise da origem e evolução histórica do Direito Constitucional, verifica-se que ele está intrinsecamente relacionado ao surgimento do Estado liberal, caracterizado pela sua contraposição ao Estado absoluto, altamente centralizador e intervencionista, e que, por isso, as primeiras constituições se mostram especialmente preocupadas com a limitação da atuação do Estado e com a garantia de direitos e liberdades individuais.

Posteriormente, com a evolução da sociedade e devido a necessidades sociais que surgiram a partir da segunda metade do Século XIX, este modelo de constitucionalismo vai se mostrando insuficiente para atender às exigências da sociedade, e as constituições, sensíveis a mudança de realidade, passam a incorporar novos valores, notadamente os direitos sociais, demonstrando uma evolução, marcando o seu segundo passo, após a consolidação dos direitos individuais que haviam sido a tônica da fase anterior.

No entanto, esta nova fase encontraria problemas de ordem técnica e política, especialmente porque a maior parte dos direitos sociais foi inserida nas constituições através de normas programáticas, que traçam diretrizes e programas a serem cumpridos pelo Estado, e que, além disso, dependem de regulamentação infraconstitucional para surtirem toda sua eficácia jurídica de aplicação.

Inicialmente, defendia-se que essas normas não eram verdadeiras normas jurídicas, e que não possuíam eficácia. Atualmente, a doutrina constitucional evoluiu no sentido de afastar esse entendimento, demonstrando que as normas programáticas são normas jurídicas com eficácia relativa dependente de regulamentação.

Nesse contexto, a teoria da constitucionalização simbólica surge como um instrumento de grande utilidade para a compreensão da natureza dessas normas, verificando a origem do problema no próprio processo de elaboração legislativa.

Analisando a Constituição Federal Brasileira de 1988 como um mecanismo que permite a autonomia operacional do direito na sociedade moderna, o Professor Marcelo Neves¹¹ desenvolveu o estudo sobre o fenômeno da Constitucionalização Simbólica.

Sobre ele, manifestou-se Orlando Villas Bôas Filho nos seguintes termos:

Mediante a distinção (típico-ideal) entre funções instrumentais, expressivas e simbólicas da legislação, Marcelo Neves define legislação simbólica como aquela em que há predomínio ou hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico). Nesse sentido, a marca distintiva da legislação simbólica consistiria na produção de textos, cuja referência à realidade seria normativo-jurídica, mas que se prestariam, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico¹².

A partir de então, introduziu-se no estudo das normas constitucionais a expressão legislação simbólica a indicar a elaboração de dispositivos normativos com pouca ou nenhuma eficácia jurídico-normativa, mas com enorme carga simbólica. Como conseqüências na seara político-ideológica, pode-se deduzir que a legislação simbólica serve para encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade.

Dessa forma, ao superar a tradicional discussão sobre ineficácia das normas constitucionais, o Professor Marcelo Neves refere-se à discrepância entre a função exageradamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica do diploma constitucional nacional.

¹¹ Marcelo Neves atualmente exerce o cargo de conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, desenvolveu a idéia de Constitucionalização Simbólica quando da elaboração de tese para fins de aprovação em concurso público para o cargo de Professor Titular da Disciplina de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em dezembro de 1992.

¹² VILLAS BÔAS FILHO, O. A constitucionalização simbólica (resenha do livro de Marcelo Neves). São Paulo: Centro Universitário Nove de Julho - Uninove, 2007 (resenha). Disponível em <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>. Acesso em: 03.06.2010.

Com isso, ele identifica a existência de normas positivadas na Constituição Federal que são praticamente desprovidas de eficácia normativa, carregando um mero teor simbólico, dificultando, sobremaneira, a sua efetivação, comprometendo sua capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas.

Tal identificação revela sua importância ao permitir o estudo das consequências de tal prática legislativa que, ao dificultar a efetivação dos direitos fundamentais, provoca o surgimento de fenômenos outros a exemplo do ativismo judicial com relação aos Direitos Sociais, tema central do presente trabalho.

Para uma maior compreensão do fenômeno da Constitucionalização Simbólica, passa-se a conceituar e caracterizar a legislação simbólica.

3.2 Legislação simbólica

A doutrina do Professor Marcelo Neves, apóia-se nas idéias da tipologia tricotômica de Harald Kindermann para dividir o conteúdo da legislação simbólica em três categorias, são elas: a) confirmação de valores sociais; b) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais); e c) fórmula de compromisso dilatatório (adiamento de solução de conflitos) ¹³.

3.2.1 Confirmação de valores sociais

¹³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 33.

No primeiro caso, ao confirmar valores sociais, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais, de forma que os grupos que estão envolvidos nestes conflitos acerca de determinados valores consideram a confirmação legislativa como uma conquista, como uma prova da superioridade de sua posição, independentemente da eficácia normativa da lei.

A aprovação da lei representaria, de fato, uma espécie de vitória legislativa, onde a concepção valorativa de determinado grupo social seria destacada, ficando em segundo plano a eficácia normativa da própria disposição normativa.

Historicamente, tem-se como clássico exemplo, o caso da lei seca nos Estados Unidos da América, onde a aprovação da norma proibitiva da venda de bebida alcoólica representou uma vitória do grupo dos nativos (protestantes) em face dos imigrantes (católicos). Constituído, a respectiva legislação, um verdadeiro símbolo de *status*.

Sabe-se que a supracitada lei proibitiva teve pouca eficácia instrumental, tendo em vista que o consumo de bebida alcoólica acabou por aumentar neste período, tendo a referida lei contribuído para enriquecer contrabandistas criminosos.

Como exemplo mais atual de legislação simbólica visando a confirmar determinados valores sociais, podemos citar as recentes leis europeias sobre imigração de estrangeiros.

Neste caso, a discussão sobre leis restritivas do trânsito migratório serviria apenas para, simbolicamente, etiquetar os imigrantes, uma vez que não possuem relevância prática suficiente a impedir a imigração, notadamente no âmbito da união europeia. Abstraindo-se os efeitos negativos e preconceituosos desta legislação, percebemos que se trata de legislação meramente simbólica com o intuito de confirmar os valores sociais dos nacionais em detrimento dos estrangeiros imigrantes.

3.2.2 Legislação-álibi

No segundo caso, a legislação simbólica é usada para demonstrar a capacidade de ação do Estado, e o legislador tem por objetivo a produção de confiança no sistema jurídico, satisfazendo expectativas dos cidadãos e de grupos de pressão, mesmo sabendo da impossibilidade, da falta de condições do Estado para concretização ou efetivar a norma elaborada, apresentando, portanto, a imagem de um Estado sensível às necessidades sociais.

O legislador, sucumbindo às pressões que sofre diretamente do povo, edita leis que sejam capazes de satisfazer os anseios e expectativas do público, sem preocupar-se com a instrumentalidade destas normas.

Neste caso, a legislação simbólica é utilizada como um instrumento de fortificação da confiança dos cidadãos no governo ou no congresso, servindo para demonstrar que os agentes políticos estão prontos a tomar decisões rápidas diante de necessidades urgentes.

Muito comum nos períodos eleitorais, quando os políticos resolvem prestar contas dos seus mandados por meio de projetos de lei de grande impacto na mídia, mas, muitas vezes, com mínimo ou nenhum, impacto social efetivo.

Tal tipo de legislação simbólica costuma ser usada como uma espécie de *marketing* político, notadamente após a ocorrência de catástrofes, desastres naturais ou mesmo da emergência dos problemas sociais.

Como exemplo, a obra do Professor Marcelo Neves¹⁴ cita um célebre caso ocorrido na Alemanha em 1987, quando uma grande emissora de televisão noticiou a

¹⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 41

comercialização de peixes contaminados que estariam transmitindo doenças à população. O impacto da notícia no consumo deste alimento foi tamanho que obrigou o Governo Federal Alemão a expedir um decreto minucioso proibindo a comercialização de todo e qualquer peixe contaminado no país.

Mesmo sendo esta norma de difícil concretização, o decreto foi muito bem aceito pelo povo alemão que acreditou que o seu governo estava preparado para agir com rapidez diante de casos graves como este.

No Brasil, desde a escala de criminalidade ocorrida a partir das duas últimas décadas do século XX, é comum discussão acerca de mudanças no código penal, visando a instituir penalidades mais severas aos infratores, sem a mínima preocupação com a execução das referidas penas.

Casos notórios são os que dizem respeito à redução da maioria penal. Sempre que a mídia resolve dar maior cobertura a um crime bárbaro cometido por um adolescente, surgem os políticos, sempre prontos para atender os anseios populares e solucionar o problema da criminalidade crescente com uma simples lei reduzindo a maioria penal.

Outro caso tão notório quanto recente, ocorrido em nosso país, é o da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que alterou o regime das inelegibilidades da Lei Complementar nº 64/90, para impedir a candidatura de políticos que tenham sido condenados por órgão colegiado entre outras disposições.

Editada embalada pelo clamor da mídia e da população já indignadas com a corrupção eleitoral, a referida lei está eivada de inconstitucionalidades. Além de possuir brechas que permitem que políticos condenados possam concorrer às eleições.

A legislação simbólica na modalidade legislação-álibi é a que gera maiores impactos sociais, tendo em vista que a utilização, em demasia, deste tipo de legislação pode trazer descrédito a todo o ordenamento jurídico.

Consoante preciosa lição de Marcelo Neves:

Quanto mais for empregada, tanto mais freqüentemente fracassará. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio

sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado e os atores políticos tornam-se cínicos.¹⁵

Ressalta-se que a utilização de legislação-álibi não apenas deixa o problema sem solução, mas também obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.

O apego a esse tipo de legislação simbólica deve-se a uma crença instrumentalista nos efeitos da lei, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade.

A sociedade acaba se eximindo da incumbência de resolver seus problemas, deixando esta a cargo de um pequeno grupo de legisladores que se dizem representantes do povo ao editarem leis. Doce ilusão, pois, como já dizia Carlos Drummond de Andrade, “*as leis não bastam: os lírios não nascem das leis*”.

3.2.3 Adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios

Por fim, a legislação simbólica também pode ser utilizada para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesta situação, os conflitos políticos não são solucionados com a aprovação de determinada lei, mas, sim, adiados indefinidamente com a edição de uma lei que satisfaça os interesses de ambos os grupos políticos em disputa.

Tal modalidade de legislação simbólica é constantemente aplicada em casas legislativas que não possuam uma maioria bem definida, situação comum em regimes

¹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. páginas 40-41.

democráticos, onde o jogo político pode ser visualizado de maneira mais clara. Assim, os legisladores buscam sobrestar a solução dos conflitos enquanto não chegam a acordos, os quais, muitas vezes, são selados de maneira obscura nos bastidores dos plenários, onde prevalece o regimento interno da casa em detrimento, até mesmo, da própria constituição.

O exemplo que Marcelo Neves nos traz é o caso da lei norueguesa sobre os empregados domésticos de 1948. A referida lei era defendida por camadas progressistas do congresso que queriam a melhoria das condições de trabalho dos domésticos, porém, a norma só pôde ser aprovada com o apoio da maioria conservadora após alterações que terminaram por limitar a efetividade do referido diploma normativo. O abrandamento das punições aos empregadores domésticos terminaram por dificultar a aplicação da lei, caracterizando-se, assim, a presença de legislação meramente simbólica.

Conforme assevera Marcelo Neves, *in verbis*:

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas através do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei.¹⁶

Assim, ocorre uma transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado, ao passo que se procura satisfazer de imediato as partes em conflito.

3.3 Efeitos sociais latentes (ou indiretos) da legislação simbólica

¹⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 41.

No Brasil, muitas normas constitucionais estabelecidas de direitos sociais, para cuja implementação exigiriam do Estado uma atuação positiva, são marcadas pelo predomínio da função simbólica, em detrimento da função jurídico-instrumental. Assim, o direito é conferido, mas sem uma regulamentação suficiente para que possa ser auto-executável.

Podemos visualizar este tipo de constitucionalização simbólica no nosso ordenamento constitucional no que se refere à saúde e educação.

Segundo a Constituição Federal de 1988, a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁷.

Já a educação, segundo o mesmo diploma normativo, afirma que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”¹⁸.

Disto, no entanto, não se pode concluir que tais normas sejam destituídas de qualquer eficácia, pois, do estudo da eficácia das normas constitucionais, uma das mais importantes lições que se extrai é a de que todas elas possuem, no mínimo, a chamada eficácia negativa ou de vinculação, a qual proíbe a prática de atos contrários ao comando da respectiva norma e vincula a atividade futura do legislador infraconstitucional, que deve ser harmônica com a norma constitucional.

A legislação simbólica apresenta efeitos sociais “indiretos e latentes” que, muitas vezes, são mais relevantes que os “efeitos manifestos” de que careceria. Nesse sentido, a legislação simbólica seria caracterizada por ser normativamente ineficaz, sem que disso resultem apenas efeitos negativos, dentre os quais sobressai sua incapacidade de direção normativa das condutas.

Entretanto, os efeitos positivos dessa legislação são essencialmente políticos e não propriamente jurídicos. Tais efeitos políticos, podem ser encontrados, por

¹⁷ Art. 196, *caput* da CF/1988.

¹⁸ Art. 205, *caput* da CF/1988.

exemplo, em manifestações da sociedade no sentido de buscar a concretização destas normas meramente simbólicas.

A sociedade civil organizada, por meio de associação ou ONGs (Organizações Não-Governamentais) pode, demonstrando uma enorme capacidade de organização, reivindicar perante aos detentores do poder, medidas no sentido de concretizar a legislação simbólica.

Este é o principal efeito da legislação simbólica. O empecilho, infelizmente, consiste na falta de uma educação cívica agregadora da sociedade, talvez oriunda de um modelo de sociedade altamente individualista.

Somente com uma evolução completa da sociedade, seremos, um dia, capazes de alcançar tal nível de colaboração e, em seguida, poderemos fazer valer nossos direitos.

Enquanto este dia não chega, a sociedade como um todo continua a depender de um messias, que virá dos céus para resolver todos os nossos problemas.

Faz-se necessária uma dogmática que lute pela concretização da legislação a fim de tentar superar esse simbolismo constitucional.

No Brasil, a Reforma do Estado para a superação da injustiça estrutural relacionada à constitucionalização simbólica depende mais da concretização e realização constitucional do que de emendas à Constituição.

Nesse sentido, a luta pela realização de direitos fundamentais é imprescindível para que se avence na questão. O mero reformismo constitucional serve apenas para a reforma do Estado no sentido da superação da injustiça estrutural relacionada à constitucionalização simbólica, prejudicando as necessárias transformações.

Resta à sociedade, ao conscientizar-se de seu papel de protagonista na sociedade, organizar-se e perceber a sua importância no jogo político, reivindicando e fazendo valer seus direitos. Este é o principal efeito social indireto da legislação simbólica.

4 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS

Nesse contexto de baixa efetividade normativo-jurídica de algumas disposições constitucionais surge o chamado ativismo judicial. Quando o Poder Judiciário, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, vê-se obrigado a trespassar os limites constitucionais de sua atribuição, chegando até mesmo a exercer atribuições típicas dos outros poderes (Legislativo e Executivo).

Dessa forma, vem o Judiciário prestando relevante papel à sociedade quando age, com responsabilidade, de maneira a efetivar um preceito simbolicamente posto na Constituição Federal.

Sem embargo, no Brasil, este ativismo judicial, principalmente neste século, tem se revelado como um fato incontestável, haja vista o comportamento positivo do Supremo Tribunal Federal na solução de um número cada vez mais crescente de questões controvertidas que influem decisivamente no destino de toda a sociedade brasileira.

4.1 Separação de poderes e ativismo judicial

O pensador Aristóteles, em sua obra *Política*¹⁹, ainda na Grécia Antiga, foi o responsável por lançar as bases teóricas do que viria a ser a separação dos poderes. Para o pensador da antiguidade, uma sociedade tida como ideal, deveria possuir um governante soberano, que seria o responsável por exercer três funções distintas, quais

19

sejam, (a) editar normas a serem cumpridas por todos, (b) fiscalizar o cumprimento destas normas e (c) julgar eventuais conflitos que surjam da execução destas normas no caso concreto.

Muitos séculos depois, no ano de 1748, o Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, em sua clássica obra *O espírito das leis*, aprimorou as idéias aristotélicas sobre a separação dos poderes, defendendo a idéia de que a divisão funcional deveria corresponder a uma divisão orgânica. Ou seja, agora as três funções desenvolvidas por Aristóteles não deveriam ser exercida por apenas um órgão soberano, mas sim por três órgãos distintos que deveriam guardar certa independência entre si.

Tal modelo estatal, com algumas adaptações, tem servido de base para a formação dos Estados até os dias de hoje. Sabe-se que os três órgãos supracitados são o que hoje conhecemos por Legislativo, Executivo e Judiciário.

Atualmente, nos países que adotaram o modelo de Estado Democrático de Direito, a independência entre esses órgãos tem sido mitigada, possibilitando a interferência de um poder no outro, sempre que este último cometer algum ato tido como irregular, tomando por base a Constituição do país, norma soberana da nação. Dessa maneira, há clássicos exemplos de interferência de um poder em outro, como no caso da ingerência do Legislativo no Executivo em caso de *impeachment* de presidente da república.

O mecanismo de freios e contrapesos é um instrumento de harmonização entre os poderes, na medida em que enfatiza o controle recíproco entre os mesmos. Na prática, sem violar o disposto constitucional sobre a separação de poder, cada um dos poderes exerce na maioria das vezes suas funções típicas, e em ocasiões excepcionais exercem as funções de outro poder.

Dentre os três poderes, no atual contexto do constitucionalismo contemporâneo, o Judiciário vem tendo uma enorme ascensão institucional, passando a ocupar mais espaço na paisagem política.

A recente facilitação do acesso à justiça tem intensificado a judicialização dos conflitos. Assim sendo, o Poder Judiciário encontra-se cada vez mais próximo da

sociedade em geral, facilitando a propagação do ativismo judicial, quando os juízes agem de maneira a exacerbar a função de julgador e passam a interferir, mesmo que minimamente, em funções dos outros poderes (Legislativo e Executivo).

4.2 O papel do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais

Nas origens do Estado Moderno, o Poder Judiciário limitava-se a ser o responsável por dirimir os conflitos surgidos entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Dessa forma, a atitude dos juízes era eminentemente passiva, manifestando-se pela aplicação ou não de determinada lei. O juiz era considerado “*a boca da lei*”, limitando-se a fazer uma interpretação meramente literal das normas emanadas do parlamento.

Com a evolução do Constitucionalismo, simultaneamente nos Estados Unidos da América, com a doutrina dos freios e contrapesos, e na Europa, com a idéia de pirâmide normativa de Kelsen, o texto constitucional passou a gozar de uma maior normatividade e, conseqüentemente, importância, cabendo ao Poder Judiciário a função defender a aplicação das normas constitucionais.

Assim sendo, no atual modelo de Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder Judiciário interferir nos outros dois poderes sempre que a Constituição não estiver sendo cumprida.

Nesse contexto de atuação, por parte do Judiciário, visando a proteger o Estado Democrático de Direito, realizando os mandamentos constitucionais e efetivando os direitos fundamentais, se consolida o fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial consiste na escolha, por parte do juiz, de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Normalmente, ele se instala em situações de retração ou omissão dos outros poderes, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Sobre o desenvolvimento histórico desse fenômeno, o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso²⁰ ensina:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista pode ser manifestada, por exemplo, pela imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Desta maneira, cada poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) atua como fiscal uns dos outros, observando o cumprimento dos princípios do Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial, aparentemente, entra em conflito com o princípio da separação de poderes, principalmente quando busca sua legitimação na necessidade de fazer valer a supremacia dos Textos Constitucionais perante a omissão dos órgãos estatais primariamente incumbidos de cumprir tal tarefa; ou seja, é no controle da omissão inconstitucional do Executivo e do Legislativo pelo Poder Judiciário, que temos um momento de marcante conflito entre uma jurisdição constitucional ativa e o conteúdo do princípio da separação de poderes.

²⁰ BARROSO, L. R.. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009.

4.3 Ativismo Judicial: questões controvertidas

Embora cada vez mais utilizado pelos juízes e tribunais pátrios, o ativismo judicial está longe de ser imune a críticas. Trata-se de fenômeno polêmico e muito controverso no âmbito da doutrina nacional.

Passa-se, então, a discorrer acerca das principais questões controvertidas sobre o ativismo judicial.

4.3.1 Falta de legitimidade do julgador

Uma das maiores dificuldades para defender uma postura ativa do Judiciário na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais é a inquestionável ausência de representatividade popular dos juízes.

No Brasil, a investidura no cargo ocorre entre bacharéis em Direito após seleção em concurso público. Não há, portanto, qualquer participação popular na escolha dos juízes, diferentemente de outros sistemas em que há a eleição para ingressar na magistratura.

Em razão disso, argumenta-se que os juízes não teriam legitimidade para atuar à margem da legalidade: diante de uma omissão constitucional, nada poderia fazer

o juiz senão esperar de braços cruzados a aprovação de lei pelo Congresso Nacional regulamentando a lacuna. Afinal, os parlamentares foram escolhidos pelo povo.

No caso dos Direitos Sociais, como o Direito à Saúde e o Direito à Educação, embora seja inquestionável que há aspectos políticos, muitas vezes a matéria envolve aspectos técnicos, diminuindo bastante o campo de atuação do administrador e do legislador.

Nesses casos, não pode o juiz deixar de prestar a tutela jurisdicional sob a escusa de que deve-se aguardar a mera vontade política do governante para dar concretização à norma constitucional. Do contrário, o direito à saúde não passará de mera lírica constitucional.

A legitimidade do Judiciário decorre da Constituição, sendo, por isso, institucional. Em outros termos: o Judiciário tem autoridade para decidir sobre assuntos constitucionais porque o constituinte estabeleceu que ele será o guardião da Constituição, bem como porque determinou que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída da apreciação judicial.

Porém, não basta dizer que o Judiciário tem legitimidade para decidir sobre direitos sociais ou mesmo para implementar políticas públicas tão somente porque assim determina a Constituição. O Judiciário também deve se legitimar pelo procedimento, ou seja, pelo complexo processo de formação e construção da decisão judicial, respeitando o devido processo, a ampla defesa, o contraditório e todas as regras previstas pelo ordenamento jurídico. O respeito a essas regras e princípios de procedimento também é um fator que contribui para a legitimação do Poder Judiciário.

Desde a primeira instância, a atividade jurisdicional deve estar sujeita a controles sociais e jurídicos que reforçariam a autoridade da decisão. Os juízes devem se aproximar e dialogar com a sociedade.

Além disso, a decisão deve se legitimar pela carga argumentativa decorrente do dever constitucional de motivação dos atos judiciais. É o dever de ser consistente, de convencer, de expor as razões de decidir e de dar transparência ao processo decisório. É o que se pode chamar de dever ou reserva de consistência, aspecto que será

desenvolvido logo à frente. Por fim, o Judiciário deve se legitimar pelo resultado, isto é, pelo conteúdo material da decisão e das vantagens sociais que ela trará.

Não é suficiente uma decisão proferida pelo órgão competente, dentro de um procedimento legalmente previsto. Para ser legítima, a decisão também tem que ser materialmente justa. Mais especificamente, a decisão deve ser compatível com os princípios de justiça social. E ainda mais especificamente, a decisão deve refletir os valores positivados na Constituição Federal, sobretudo os objetivos do artigo 3º²¹ e o princípio da dignidade da pessoa, fundamento de todos os direitos fundamentais.

4.3.2 O custo dos direitos sociais

Critica-se o ativismo judicial dos Direitos Sociais, ainda com base na superada teoria das Gerações de Direitos Fundamentais, argumentando-se que os referidos direitos, que seria de segunda geração, necessitam de uma conduta ativa por parte do Estado, em contraposição aos direitos ditos de primeira geração que, para serem concretizados, não necessitariam de atividade estatal alguma.

Costuma-se alegar o elevado custo financeiro de efetivação dos direitos sociais, para impedir que os referidos direitos sejam efetivados por meio de decisões judiciais.

Ocorre que, a referida teoria equivoca-se ao afirmar que os chamados direitos de liberdade, tidos como de primeira geração, não são onerosos ao Estado.

²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim como qualquer outro direito fundamental, estes necessitam de enorme investimento estatal, mediante gasto de verbas públicas, para a sua concretização.

Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

Com exemplos, será mais bem visualizado o equívoco dessa dicotomia.

O direito de propriedade é um direito civil por excelência. Seria um direito de primeira geração e, portanto, de status negativo. Sem dúvida, uma das garantias decorrentes do direito de propriedade compreende a proibição de violação da propriedade pelo Estado, salvo mediante regular processo expropriatório, com prévia e justa indenização, o que denota uma característica negativa desse direito (o Estado não pode confiscar a propriedade particular).

No entanto, a sua plena proteção exige também inúmeras obrigações positivas: promoção de uma adequada estrutura policial para proteger a propriedade privada (segurança pública), edição de normas para garantir o exercício do direito, estabelecimento de medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano no caso de violação do direito de propriedade etc.

Todo esse aparato acarreta um gasto, um custo. Ou seja, não basta o Estado ficar inerte, sem gastar nada, para garantir o direito de propriedade. Pelo contrário, a proteção da propriedade exige o dispêndio de grande soma de dinheiro, sob pena de tornar a propriedade alvo fácil de criminosos.

No caso dos Direitos Sociais, tema central do presente trabalho, mais precisamente do Direito à Saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda geração, sua proteção teria, na classificação tradicional, status positivo. No entanto, esse direito não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacionais, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito a saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da

integridade física de um cidadão pelo Estado (o Estado não pode agir contra a saúde dos cidadãos).

Além disso, nem todas as obrigações positivas decorrentes do direito a saúde implicam gastos para o erário. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são, em princípio, as empresas privadas.

Veja-se que há vários outros direitos sociais (de greve e de sindicalização, por exemplo) que exigem um não-agir estatal. Igualmente, há vários direitos ditos de primeira geração (direito de petição e de ação, direito ao devido processo, direito dos presos a um tratamento digno etc.) cujo cumprimento somente ocorrerá através da adoção de medidas positivas (agir) por parte do Estado.

Dessa forma, não há como negar que os direitos ditos de primeira geração exigem tantos gastos públicos quanto os direitos ditos de segunda geração. Basta ver o que se gasta com o Poder Judiciário, com as polícias e corpos de bombeiros, com os presídios, com as agências reguladoras (ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANP - Agência Nacional do Petróleo, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica), com o processo eleitoral, com os conselhos de proteção da concorrência (caso do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) para perceber que os chamados direitos civis e políticos também são bastante onerosos, e nem por isso é negada a possibilidade de interferência judicial para proteger esses direitos.

Veja-se que aqui nem se mencionou o chamado ônus indireto, decorrente de renúncias fiscais que o Estado pratica para proteger alguns direitos de liberdade, como por exemplo, as imunidades tributárias dos templos de qualquer culto (art. 150, inc. VI, b, da CF/88) e dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, inc. VI, d, da CF/88), destinadas a assegurar, respectivamente, a liberdade religiosa e a liberdade de expressão. Também não se mencionou o dinheiro que os particulares gastam para poderem exercer esses direitos (segurança particular, seguros, conselhos de regulação profissional, taxas judiciárias, campanhas eleitorais milionárias etc.).

No mesmo sentido, assim discorre Ingo Wolfgang Sarlet:

O direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.²²

Por isso, é fundamental que se afaste essa equivocada dicotomia de que os direitos de liberdade são direitos negativos, não onerosos, e que os direitos sociais são direitos a prestações, onerosos. Essa falsa divisão afeta diretamente a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, contribuindo para reforçar a odiosa tese de que os direitos sociais são meras normas programáticas, cuja aplicação ficaria a depender da boa vontade do legislador e do administrador público, não podendo a concretização desses direitos ser exigida judicialmente.

Na verdade, somente pelo contexto histórico há sentido em distinguir os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais. Do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam numa relação de interdependência.

Durante muito tempo, foi totalmente afastada a força jurídica das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais. Alegava-se que tais normas seriam meramente programáticas, destinadas exclusivamente ao Executivo e ao Legislativo, e somente a eles competiria a tarefa de dar-lhes efetividade.

Assim, sem a intervenção dos órgãos políticos, a norma puramente programática não teria efetivação no mundo real, não podendo ser invocada nos Tribunais para qualquer efeito, pois delas não emanariam direitos nem pretensões jurídicas. Considerando o discurso que vem sendo exposto neste trabalho, é fácil perceber que essa tese é ultrapassada. Primeiramente, porque os direitos sociais não são normas meramente programáticas. Em segundo lugar, porque, mesmo que os direitos sociais fossem considerados normas programáticas, houve uma evolução quanto à força jurídica das normas dessa espécie, de tal sorte que, hoje, mesmo as normas ditas

²² SARLET, I. W. . Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Revista Interesse Público, Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001.

programáticas possuem força jurídica suficiente para permitir a atuação judicial em uma situação de violação por ação ou omissão do Legislador.

Noberto Bobbio, após analisar os fatores que dificultam a efetivação ou aplicação das normas jurídicas referentes aos direitos humanos, com um pouco de ironia e perplexidade, questiona:

O campo dos direitos do homem - ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem - aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente nos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de 'programáticas'. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem hic et nunc, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de 'direito'?²³

Considerar que um direito fundamental social constitui mera exortação moral para o Poder Público, ficando ao léu das veleidades deste a efetivação desse direito, seria o mesmo que dizer que a Constituição não é a Lei Fundamental do país, com hierarquia normativa suprema. Além disso, ou o direito é fundamental, e como tal deve ser protegido e efetivado, ou não o é, e então é aceitável que fique à disposição do legislador. É contraditório conceber direitos fundamentais como dependentes de ação legislativa.

Impossível aceitar, jurídica ou politicamente, categoria de direitos fundamentais destituída de aplicabilidade.

Dessa forma, deve ser afastado o argumento de que o Judiciário não pode dar efetividade a um direito social se não houver legislação integradora. O juiz, ao sentenciar um caso envolvendo a aplicabilidade de direitos sociais, deve encontrar meios de tornar a norma constitucional eficaz, efetiva e exequível e não, comodamente, negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais sob o argumento de que não existe legislação integradora dispondo sobre a matéria. Há bastante tempo não se admite mais

²³ BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77/78.

a invocação do *non liquet*, de tal modo que o juiz, desde que presentes as condições da ação, deve se pronunciar sobre o mérito da pretensão posta a julgamento.

4.3.3 O despreparo do Judiciário em lidar com questões administrativas e a reserva de consistência

Outra consistente crítica ao ativismo judicial é de caráter técnico, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas ou efetivar direitos sociais por meio de decisões judiciais em detrimento de atos do poder executivo.

Assim sendo, o Poder Judiciário não teria como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz, para os críticos do ativismo judicial, é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública e, portanto, apresenta-se como um ser incapaz ou inabilitado para a gestão da coisa pública.

A crítica, sem dúvida, possui fundamento. O juiz não é treinado para exercer o *munus* de gestor público. Tal função cabe ao governante, eleito pelo povo e conhecedor dos procedimentos político-administrativos.

Porém, como já observado, o julgador não pode se eximir de proferir a decisão quando o jurisdicionado necessitado bate às portas do Judiciário buscando a implementação de direito social seu que ainda não foi garantido pelos outros poderes, seja por omissão legislativa ou por omissão administrativa.

Assim sendo, conforme já demonstrado em tópico anterior, o juiz, buscando legitimar sua decisão, deve angariar argumentos teóricos consistentes o suficiente para embasar sua decisão, comprovando a incompetência dos outros poderes e a real necessidade da efetivação daquela medida excepcional. É o que a doutrina denomina de reserva de consistência.

Dessa maneira, não podem ser desenvolvidas e efetivadas decisões judiciais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar. Com isso, não sendo possível demonstrar o desacerto das escolhas tomadas pelos demais poderes, com base em dados concretos e não em mera preferência subjetiva do julgador, não poderia, por ausência de consistência, haver a intervenção judicial.

Tal reserva de consistência termina por se tornar um limite ao ativismo judicial, uma vez que poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de grande complexidade. Assim, não sendo atingida carga de argumentação suficiente para demonstrar o acerto da escolha política, recomenda-se a autocontenção, ou seja, deve-se reconhecer que, por não ter sido demonstrada a presença do vício de inconstitucionalidade do ato controlado, a demanda deverá ser julgada a favor do Poder Público, prestigiando, com isso, as soluções adotadas pelos demais poderes constituídos e, conseqüentemente, a harmonia entre os poderes.

A reserva de consistência implica, ainda, a necessidade de explanação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, ampliando-se, ao máximo, a possibilidade de participação dos diversos segmentos sociais interessados nos resultados do julgamento, a fim de legitimar e democratizar cada vez mais o processo de concretização constitucional.

Em face do postulado da reserva de consistência, as razões de decidir deixam de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados empíricos em outras ciências, inclusive requisitando informações de entidades públicas e privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto possível, aproximando-se ao máximo da verdade material. Isso porque, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais,

é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto.

A título de exemplificação da importância deste limite, tomamos o caso do Direito à Saúde. Nestes casos, uma decisão precipitada, sem que sejam verificados todos os interesses em jogo, pode causar a própria ruína do sistema único de saúde, na medida em que os recursos financeiros destinados ao setor são escassos e podem não ser suficientes para o cumprimento da decisão judicial, especialmente se for verificada a repercussão que teria a decisão se fosse estendida a casos análogos. Além disso, como o magistrado não possui conhecimentos de medicina ou gestão pública em saúde, é fundamental que sejam colhidas informações de especialistas na matéria antes da tomada de decisão.

Desta forma, cada vez mais importante é a participação da sociedade nas decisões dos tribunais pátrios, visando a dar mais legitimidade às decisões proferidas por estes órgãos. Ainda no caso da Saúde, é necessário permitir que entidades ligadas ao tema participem do processo de tomada de decisão. Os Conselhos Regionais de Medicina, os Conselhos de Saúde (Nacionais, Estaduais e Municipais), as Organizações Não-Governamentais, os médicos de um modo geral, podem fornecer subsídios valiosos para o juiz, permitindo uma maior democratização na atividade jurisdicional. Quanto maior a participação de setores da sociedade no processo, maior será a possibilidade de acerto da decisão.

Nesse sentido, Peter Häberle²⁴ defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas da interpretação, cabendo aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional.

Embora tratando do controle concentrado de constitucionalidade, o Ministro Celso de Mello, ao relatar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2130/SC, compreendeu adequadamente a necessidade de se ampliar o rol de participantes do

²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 9/10.

processo decisório em questões constitucionais, conforme se pode observar no seguinte trecho:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Ao longo de seu voto, o Ministro Celso de Mello argumenta que a pluralização do debate constitucional permitirá ao julgador dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer.

Percebe-se, portanto, que o postulado da reserva de consistência, paradoxalmente, amplia as possibilidades de atuação judicial, na medida em que permite um maior aprofundamento na matéria a ser decidida, e, ao mesmo tempo, limita a atividade do juiz, pois impede que ele desenvolva e efetive políticas públicas de certa complexidade.

4.3.4 A reserva do possível

A principal crítica ao ativismo judicial tem estreita relação com a economia. O postulado da reserva do possível (financeiramente possível) representa, sem dúvidas, um limite à atuação do Judiciário quando da efetivação de Direitos Sociais.

O julgador, segundo esta crítica, precisa ser cuidadoso ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos.

Imagine-se, por exemplo, uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos.

Muito provavelmente, uma decisão desse tipo acarretaria a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de garantir que existe excedente de recursos para a construção do hospital, o que, em última análise, faz retornar à reserva de consistência, que está intimamente ligada à reserva do possível.

A escassez de recursos exige que o magistrado tenha uma preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto poderá prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique grandes gastos financeiros ao poder público.

No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador.

O postulado da reserva do possível é oriundo de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido Caso “*Numerus Clausus* das Vagas em Universidades”, o Tribunal Alemão entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis.

O caso, em síntese, era o seguinte: várias universidades alemãs estabeleciam um número limitado de vagas de admissão, como, aliás, é em qualquer lugar do mundo.

Um grupo de estudantes que não conseguiu ingressar na faculdade de medicina acionou a Justiça alegando que o critério de seleção dos alunos seria arbitrário e que estaria havendo violação ao direito de educação e de escolha da profissão.

A Corte, embora tenha negado o pedido, decidiu que o Estado, além de ter o dever de utilizar critérios razoáveis para a seleção dos alunos, estaria obrigado a demonstrar que o número de vagas disponíveis era mesmo o máximo possível. Foi nesse contexto que desenvolveu o princípio da reserva do possível, dizendo que o Estado não estaria obrigado a prover educação superior para todos os estudantes, pois os direitos a prestações estariam submetidos à capacidade financeira do Estado.

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.

Nesse sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/2004 quando decidiu que:

A cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para implementar os direitos sociais é do Poder Público. É o Poder

Público quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Além disso, não se pode descartar as dificuldades administrativas na implementação de ordem judiciais. Até simples obrigações de fornecimento de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos, como a necessidade de procedimento licitatório ou mesmo procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação e empenho.

Obviamente, a exigência de licitação não pode ser empecilho para o cumprimento da ordem. Mesmo assim, não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos, será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.

Algumas vezes é possível contornar com soluções criativas as limitações impostas pela reserva do possível. Assim, por exemplo, alguns Tribunais têm imposto como obrigação ao Poder Público não a realização imediata do direito a ser concretizado, mas a imposição de se incluir na proposta orçamentária anual seguinte os recursos necessários à futura concretização do direito. Outras soluções podem ser sugeridas, em especial a busca de parcerias com organizações privadas dispostas a ajudar pessoas que necessitem de um determinado tratamento.

Uma interessante sugestão foi fornecida por Marcos Gouvêa²⁵, com base na regra processual que autoriza que terceiros cumpram uma obrigação de fazer, a expensas do devedor, é possível autorizar, por exemplo, que uma farmácia forneça medicamentos a um determinado paciente, devendo, em seguida, o Estado ressarcir os custos dos medicamentos. No entanto, como dificilmente uma farmácia concordaria em fornecer um medicamento sabendo da dificuldade de pagamento das dívidas por parte do Poder Público, o referido jurista propõe uma saída interessante:

Não seria inviável – tendo em vista a essencialidade da prestação em tela [do fornecimento de remédios], repita-se à exaustão – que o juiz autorizasse uma

²⁵ GOUVÊA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/15709/15273>>. Acessado em 02.02.2010.

farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa, mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação.²⁶

É inegável que uma decisão desse teor traria alguns problemas de ordem prática, conforme reconhece o próprio autor, em especial a escolha da farmácia ou empresa executora da medida e a fiscalização contábil da compensação. Um diálogo aberto com o Fisco, com o ente público responsável pela saúde, bem como com outros agentes fiscalizadores, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, seria capaz de minimizar os abusos que, porventura, poderiam existir.

A solução também pode ser estendida a outros casos e não apenas a fornecimento de remédios. Assim, por exemplo, o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo Sistema Único de Saúde, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados com a operação com tributos de responsabilidade do ente demandado. Relembre-se que a Emenda Constitucional 29/2000 permitiu a destinação de receitas de impostos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV, da CF/88²⁷).

A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução criativa, difícil de ser executada, mas que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível.

Na verdade, todos os obstáculos normalmente apontados para impedir a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, como a reserva do possível, a discricionariedade política, a ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outras, são meramente contra-argumentos e não barreiras intransponíveis para a atuação

²⁶ Idem.

²⁷ Art 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

judicial. Sem dúvida, eles devem ser levados em conta pelo juiz, dentro do processo ponderativo da tomada de decisão para o caso concreto. Essa é uma exigência do dever de consistência e de fundamentação da argumentação judicial. Porém, se do outro lado da balança estiverem direitos fundamentais tão essenciais que não podem ficar à mercê do jogo político, titularizados por pessoas fragilizadas social, econômica ou culturalmente, não há porque negar ao Judiciário a possibilidade de tentar concretizar esses direitos.

4.4 Princípio da Subsidiariedade

Os direitos econômicos, sociais e culturais, conforme já visto, podem ser implementados judicialmente e, conseqüentemente, podem, em determinadas circunstâncias, gerar direitos subjetivos, pelo menos em face do sistema constitucional brasileiro.

Apesar disso, não há como negar que o Judiciário não é ou não deve ser, primordialmente, o ente político encarregado de implementar políticas públicas, inclusive em matéria constitucionalmente disciplinada. O ideal democrático certamente deseja que os órgãos do Executivo e do Legislativo sejam os encarregados dessa tarefa. O papel do Judiciário seria, quando muito, subsidiário, dentro desse contexto ideal.

Nesse sentido, vale reproduzir trecho do voto do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na já citada ADPF 45/2004:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais

competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que o Judiciário somente deve agir quando os demais poderes agirem mal (não agirem quando deveriam agir ou agirem de forma insuficiente e equivocada).

Em outras palavras: o ativismo judicial deve ser limitado apenas às hipóteses extremamente necessárias. Sempre que se puder resolver a questão através do diálogo com os órgãos políticos envolvidos, sem necessitar impor obrigações unilaterais, assim deve ser feito, no intuito de preservar a harmonia entre os poderes, até porque, em última análise, os encarregados naturais da formulação de políticas públicas são o Legislativo e o Executivo. Apenas quando esses poderes falharem em sua missão ou simplesmente forem inertes na adoção de medidas necessárias à proteção e efetivação dos direitos fundamentais, será justificável (legítima) uma intervenção do Judiciário, desde que seja possível demonstrar o desacerto do agir ou do não agir desses outros poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessas considerações finais, pode-se afirmar que os Direitos Sociais são integrantes da categoria dos Direitos Fundamentais, notadamente por possuírem características próprias destes, como: (a) estão topograficamente localizados no Título II da CF/88 (Constituição Federal de 1988) que trata precisamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”; (b) são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana; (c) além de estarem expressos ao longo do texto constitucional, também estão previstos em inúmeros tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a proteger; e (d) são uma materialização dos direitos de igualdade e de solidariedade que, por sua vez, são indiscutivelmente direitos fundamentais.

Ressalta-se a evolução referente à efetividade dos direitos sociais, bem caracterizada em três fases, quais sejam: a da eficácia jurídica zero, a da eficácia jurídica mínima e a da eficácia jurídica máxima, prevalecendo esta última.

Assim sendo, superada a teoria das Gerações de Direitos Fundamentais, não há que se falar em hierarquia entre os Direitos Fundamentais, possuindo todos eles força normativa igual, notadamente por serem os responsáveis por realizarem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cerne do nosso ordenamento constitucional.

Observa-se, ainda, que o fenômeno da Constitucionalização Simbólica, infelizmente, cada vez mais presente no nosso ordenamento jurídico, deve ser analisado no sentido de identificar quais as normas que são hipertroficadamente simbólicas em detrimento de sua efetividade normativa, sempre no sentido de autorizar um provimento judicial ativista quando observada uma omissão inconstitucional do Legislativo ou do Executivo.

Caracteriza-se a legislação simbólica usando a tipologia tricotômica em: (a) confirmação de valores sociais; (b) legislação-álibi e (c) adiamento de solução de conflitos através de compromissos dilatatórios.

Conclui-se, também, que o uso reiterado da legislação simbólica acarreta

efeitos indiretos, notadamente na conscientização e articulação da sociedade civil no sentido de fazer valer seus direitos.

Analisando o dogma da separação dos poderes, procurou-se definir qual seria o papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais.

Após, identificado o crescente fenômeno do ativismo judicial, que constitui, certamente, uma realidade nos tribunais nacionais, observa-se que este representa uma reação judicial ante a ineficiência dos demais Poderes.

Por se tratar de sensível interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, deve o juiz ativista, ao se conscientizar de seu real papel na sociedade e aceitando suas limitações naturais, buscar sempre uma maior participação de terceiros no processo decisório, com vistas a legitimar suas decisões ante a sociedade.

Conclui-se aceitando algumas práticas de ativismo judicial sempre que o julgador, consciente dos custos dos direitos sociais e de sua decisão, fundamentando corretamente sua decisão, com vistas a efetivar a reserva de consistência e, principalmente, a reserva do possível.

Por fim, cumpre ressaltar que a prática do ativismo judicial, em obediência ao princípio da subsidiariedade, somente pode acontecer mediante omissão injustificada dos outros poderes.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R.. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71-91, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524/525

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de junho de 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOUVÊA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/15709/15273>. Acessado em 02.02.2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Francisco Gérson de. **O STF na crise institucional brasileira. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. A força simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.comm.br>>. Acesso em 17 de março de 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, I. W. . Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILLAS BÔAS FILHO, O. A constitucionalização simbólica (resenha do livro de Marcelo Neves). São Paulo: Centro Universitário Nove de Julho - Uninove, 2007 (resenha). Disponível em <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>. Acesso em: 03.06.2010.