



Brasília | ano 50 | nº 198
abril/junho – 2013

Análise dos direitos sociais constitucionais à luz da Retórica

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Sumário

1. Introdução. O caráter autoaplicável, exigível e gerador de direitos subjetivos dos direitos sociais constitucionais. 2. A retórica estratégica sobre a eficácia dos direitos sociais constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão. O relato vencedor no Supremo Tribunal Federal.

“Whosoever hath an absolute authority to interpret any writtten or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them” (HOADLEY, 1717 apud QUEIROZ, 2000, p. 27).

1. Introdução. O caráter autoaplicável, exigível e gerador de direitos subjetivos dos direitos sociais constitucionais

Este trabalho trilhará um caminho em meio à análise da linguagem, que tem por objetivo fundamental proporcionar a comunicação. A base da linguagem, dessa forma, é o acordo, embora, ao se comunicarem, os homens possam só concordar naquilo em que não estão de acordo (RUSSEL, 2003, p. 27).

Segundo destaca Ueding (2001, p. 80), a argumentação retórica não procura apenas o convencimento ou a correção do argumento, mas também a verdade e a probabilidade, suas hipóteses e condições, bem como os motivos.

Essa afirmação parece contrariar Ballweg (1990), quando este afirma que a linguagem é retórica por traduzir uma *dóxa* e não uma *episteme*, ou

Luiz Henrique Diniz Araujo é Procurador Federal desde 2002. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

Aristóteles (Aristotle, 2010, p. 5), ao sustentar que o estudo da retórica, em sentido estrito, concerne aos modos de persuasão.

Mas, aqui, tenta-se assumir uma concepção de que a retórica está na relação entre língua e verdade. Essa relação, que evidentemente pode ser interpretada em diferentes graus, pode-se dizer que encontra dois extremos (GUERRERO, 2009, p. 43): a) um extremo seria a concepção apresentada por Platão, que propõe um realinhamento do discurso retórico para aproximá-lo da verdade, mas desconsiderando o grave problema que traria essa reconstrução artificial; b) o outro extremo está representado pelo sofismo e pelo desconstrutivismo, que parte da concepção de que a relação entre língua e verdade é arbitrária, tendo a retórica licença para construir as suas verdades. Essa é a concepção que se adota neste trabalho.

Na linha de Russell (2003, p. 15) e Leite (2011, p. 67), no sentido de que toda a filosofia ocidental é filosofia grega, que convergiu para Roma e, posteriormente, para civilização ocidental, faz-se uma menção à contribuição dos sofistas para a retórica.

Os sofistas cultivaram uma filosofia destinada a formar cidadãos aptos aos debates nas assembleias. Segundo o seu entendimento, a argumentação e a persuasão eram mais importantes do que a busca da verdade. Para esses pensadores, o justo e o injusto não se fundamentam na natureza das coisas, mas nas opiniões e convenções humanas. A lei, *nomos*, é resultado da *doxa* (opinião), o acordo contingente dos homens (LEITE, 2011, p. 21).

Entende-se neste estudo a retórica como tripartida em retóricas material (método), estratégica (metodologia) e analítica (metódica) (ADEODATO, 2009, p. 249 et seq.).

A retórica material consiste em entender que a realidade (aí também o Direito) é um fenômeno linguístico e que não há sentido em se falar

em realidade ôntica. Dessa forma, para os fins de nosso estudo, o Supremo Tribunal Federal não *descobre* os caracteres dos direitos sociais constitucionais; antes, os estabelece.

A retórica prática ou estratégica, por sua vez, tem a retórica material como alvo e visa a influir sobre a retórica material, de forma pragmática e teleológica.

A retórica analítica, por fim, procura abstrair as valorações para descrever as retóricas material e estratégica. Ao contrário das anteriores, não é normativa.

Nossa análise está no campo da retórica analítica, que é o estudo em si da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, aborda a retórica estratégica, ou seja, as diversas correntes que procuram constituir o relato vencedor no Supremo Tribunal. E, por fim, a retórica material, ou seja, o relato vencedor adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a tais direitos, atribuindo-lhes caráter fundamental, autoaplicável e gerador de direito subjetivo.

Para a concepção adotada, é importante ter-se em conta que a vinculatividade ao texto escrito exige preparação cultural, constituindo-se também em fenômeno histórico. Mas, nesse aspecto, cabe também a pergunta: vinculatividade a que texto escrito? Sim, porque se de um lado a lei escrita trouxe a sensação de segurança jurídica, por outro gerou a demanda de interpretação e concretização. Dessa forma, a transição da norma abstrata à sua aplicação ao caso concreto envolve limites semânticos mais ou menos elásticos, sem contrariedade explícita ao texto. Esse entendimento contradiz um outro, segundo o qual existe um sentido que já está no texto normativo e que é unívoco (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 149), defendido também por Dworkin (1977, p. 279-280).

Como destaca Adeodato (2009), Kant dá grande contribuição à Filosofia do Direito ao concluir que não é possível retirar racional-

mente do que é um dever ser incontestável. Essa relação entre o ser e o dever ser, para Kant, é sempre mediada pela vontade; sem ela, um salto gnoseologicamente impossível interpõe-se.

Nossa análise está mais próxima, como diz Adeodato (2009), da “apologia do casual”, significando, à maneira dos cétricos, que um acontecimento se poderia ter dado de outra forma. Assim, os argumentos distinguem-se por sua plausibilidade, mas não há critério definitivo, pois o plausível pode ser verdadeiro ou falso.

O fundador do antigo ceticismo é Pirro (365-270 a.C.), para quem é impossível ao homem conhecer a natureza das coisas, seja pelos sentidos, seja pela inteligência. Por essa razão, propõe a suspensão do juízo (*epokhé*), que consiste em não afirmar nem negar. A suspensão do juízo acarreta a *aphasia*, a imperturbabilidade (*ataraxia*) ou indiferença (*adiaphoria*) e a autossuficiência (*autarkéia*). Aí está, para Pirro, a sabedoria (LEITE, 2011, p. 58).

Nesse contexto, deve-se, outrossim, trazer o conceito de labilidade, significando a possibilidade de a razão humana falhar, seja na busca da verdade, seja no acerto da escolha do bem que melhor corresponde a suas aspirações no momento (COSTA, 2010, p. 17).

Podem-se defender duas teses: 1) gnoseologicamente, uma relação inteiramente adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível; 2) axiologicamente, o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, sendo um instrumento contra a intolerância e o dogmatismo (ADEODATO, 2009, p. 382).

Dessa forma, podem-se didaticamente contrapor dois extremos: de um lado, a filosofia ontológica de Nicolai Hartmann, para quem os valores existem em si mesmos e são apenas “descobertos”; de outro, a paradigmática a figura de Górgias, para quem tudo é incognoscível, intransmissível e incompreensível, concepção de

caráter marcadamente retórico (ADEODATO, 2009, p. 383).

Pode-se classificar como retórica a concepção de Kant, no sentido de que a apreensão da realidade pelo sujeito cognoscente é condicionada pelas determinações genéticas da sua espécie. Daí a impossibilidade ontológica de aproximação e conhecimento da coisa em si (ou *Ding an sich*), independente do sujeito (ADEODATO, 2009).

Kant, nesse sentido, procura conciliar duas escolas filosóficas: (a) o racionalismo, de Leibniz, que deriva as pretensões do conhecimento ao exercício da razão, propondo-se a fornecer uma descrição absoluta do mundo; e (b) o empirismo, de HUME, segundo o qual o conhecimento provém da experiência (SCRUTON, 2011, p. 34-35).

Dessa forma, Kant formulou a sua concepção de que nem a experiência, nem a razão, sozinhas, podem fornecer mais conhecimento; na verdade, este deriva da síntese entre a experiência e a razão, ou seja, é transcendental (SCRUTON, 2011, p. 40)

Ou, dito de outra forma, considerar que as atribuições universais e as regras instrumentais, cujo culto decorre do iluminismo e do positivismo, vistas como principal estrutura do discurso jurídico do direito moderno, são rejeitadas pelos retóricos. Estes trazem para o núcleo da análise o conceito de regularidades, que são padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Essas regularidades são estruturas flexíveis que não dirigem a conduta humana, mas, sim, organizam essas condutas e são por elas produzidas. (SOBOTA, 1991).

Trazendo a analogia apontada por Queiroz (2000, p. 9), inteiramente adequada ao tema, dizia Shakespeare, pela boca de Shylock, no “Mercador de Veneza”, que mais valia conhecer o que pensava o juiz do que o texto legal. Assim é o tema da interpretação do texto constitucional,

que só passa a ser direito judicial concretizado pela interpretação que lhe dá o Poder Judiciário.

Assim, a interpretação judicial da Constituição recria o texto constitucional. Não decorre de um tradicional modelo subsuntivo, silogístico, em que a norma constitucional funcionaria como a premissa maior e o fato concreto como a premissa menor. Diversamente, entende-se a interpretação constitucional não como um texto que se aplica, mas um texto pelo qual se julga.

Essa leitura da Constituição exige uma teoria jurídica própria que não corresponde ao modelo tradicional da decisão silogística. Corresponde, sim, a um modelo de *coerência narrativa*, um modelo alternativo de *argumentação jurídica*, no sentido de Perelman, Alexy, Kriele, Dworkin ou Perry (QUEIROZ, 2000, p. 2).

Essa proposta de teoria é construir uma forma de interpretação, ao mesmo tempo, normativa e política. É normativa porque:

a) Não há, como dito, um problema estritamente hermenêutico de subsunção de uma regra. Parte-se do pressuposto de que o Poder Judiciário, quando interpreta um dispositivo da Constituição, deve encontrar a mais adequada à solução do caso concreto. Dessa forma, não há *a solução correta*, mas diversas soluções possíveis e possivelmente defensáveis com argumentos igualmente fortes;

b) O poder do juiz, na aplicação da Constituição, é “poder judicial autónomo de decisão jurídica” (QUEIROZ, 2000, p. 2), um terceiro imparcial, que não se limita a uma exegese puramente formal de textos jurídicos. Muito mais importante do que isso, é obrigado a decidir em *todas* as circunstâncias, devendo construir uma “decisão judicial responsável”. Assim, a hermenêutica constitucional tem um caráter “construtivista”, que passa pela “escolha do método” e pela “fundamentação rigorosa” das decisões;

A hermenêutica constitucional aqui proposta é também política, porque pressupõe uma releitura do dogma montesquiano da separação dos poderes. Desso modo, segundo a concepção adotada neste trabalho, as decisões das maiorias conjunturais do poder legislativo devem ceder ante a interpretação do texto constitucional, estabelecendo o juiz constitucional os limites entre o princípio majoritário (democracia) e os direitos fundamentais (constitucionalismo).

No são trata, aqui, de revitalizar o decantado “direito dos juizes” (*Richterrecht*), mas de reinterpretar o poder judiciário, abandonando a visão de que é um mero defensor objetivo e independente da ordem constitucional. Na verdade, assume-se aqui o juiz constitucional como uma “contraestrutura instituída”, um “contrapoder”, contra as maiorias episódicas (QUEIROZ, 2000, p. 14).

A desempenhar o papel anteriormente desempenhado pela lei, a Constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. A Constituição atribui a si mesma a supremacia no sistema jurídico, subvertendo a regra *lex posterior derogat priori* e demarcando o limite entre a validade e a invalidade das normas infraconstitucionais.

Nesse contexto, a hermenêutica constitucional vale-se de novos signos expressões, verdadeiras aporias a serem clarificadas pelo juiz constitucional, tais como “limitação” e “restrição” de direitos, “conteúdo essencial” e a “ponderação de bens”, entre outros.

Até ao fim da Primeira Grande Guerra, o modelo positivista liberal exprimia um consenso de fundo não problematizado. O direito era interpretado e aplicado num círculo de “autorreferencialidade” sem recurso a “princípios” ou “normas constitucionais de fundo”, sem “narradores” ou “intérpretes” privilegiados (QUEIROZ, 2000, p. 15).

O juiz constitucional, neste novo momento, leva à relativização desse “mito”. Assim, o direito deixa de ser um mero conjunto de normas jurídicas, mas um fenômeno complexo, em que o comportamento dos juizes passa a ter papel determinante. “Da transcendência do código transita-se para a imanência dos interesses concretos em competição” (QUEIROZ, 2000, p. 38).

Assim, pode-se ver o direito segundo modelos mencionados por QUEIROZ (2000, p. 38), sendo o primeiro o paradigma do “direito jupiteriano”, que reflete a visão predominante no Estado liberal do século XIX, com os códigos, constituições e conceitos que ainda hoje estruturam os ordenamentos. O segundo modelo, chamado de “modelo de Hércules” (QUEIROZ, 2000, p. 38), corresponde às “performances” do Estado social do século XX. O terceiro modelo, de “Hermes”, corresponde a uma concepção mais recente de juiz, um modelo que combina as características dos dois precedentes. “Hermes não interpreta a lei no sentido correspondente à vontade do legislador”, “não privilegia a vontade legislativa” (QUEIROZ, 2000, p. 38-39). Tenta, em sua atividade de criador do direito, incorporar à sua atividade os elementos advindos de outras fontes (não só do texto), como os precedentes, a tradição, os princípios gerais de direito, a filosofia moral e política, as estruturas de poder, dentre outros. Percebe-se que seu discurso não é apenas habitado por considerações meramente jurídicas, mas também metajurídicas.

Segundo o entendimento aqui adotado, a *interpretação constitucional é concretização*, ou seja, tem caráter *criativo*: o conteúdo completo da norma interpretada apenas se torna completo com sua interpretação. A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não está desvinculada nem da *pré-compreensão do intérprete* nem do *problema concreto a resolver*.

O intérprete deve relacionar o problema concreto a resolver à norma que pretende entender, se quiser determinar seu conteúdo correto aqui e agora. Essa determinação, assim como a aplicação da norma, constituem um *processo único*, e não a aplicação sucessiva de algo preexistente. Conforme bem demonstra Hesse (1991), *não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos*.

Para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do *caráter aberto e amplo da Constituição*: os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores nos quais as normas são dotadas de menor grau de generalidade (HESSE, 1991).

A importância da interpretação aumenta se existe uma *jurisdição constitucional* de amplas proporções e se essa jurisdição se exercita com *eficácia vinculante*: nessa situação, as decisões do Tribunal Constitucional expressam o “conteúdo” da Constituição.

O trabalho de interpretação deve ser feito por meio de um *procedimento racional e controlável* (resultado fundamentado), de forma a criar certeza e previsibilidade jurídicas. Para ele, o recurso acrítico a valores na jurisprudência e na doutrina tem conduzido a crescente insegurança (HESSE, 1991).

A teoria tradicional de interpretação busca revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante análise do texto, de seu processo de criação, de suas conexões sistemáticas, de seus antecedentes e da finalidade da norma. Segundo essa teoria, existiria interpretação na simples execução de uma *vontade preexistente* que poderia ser alcançada com certeza objetiva por meio desses métodos e com *independência do problema a resolver*.

Para Hesse (1991), o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar a vontade preexistente na Constituição. É que não se pode presumir que a Constituição ou o constituinte tenham tomado uma *decisão prévia para todas as questões controversas* que pudessem surgir no futuro. Mas se pode supor ao menos que se tenham limitado a imaginar alguns *pontos de apoio* para a tomada futura dessas decisões. Dessa forma, onde não se definiu nada de modo inequívoco não é possível revelar uma *vontade autêntica*.

Se a Constituição não contém um sistema fechado e unitário e se a interpretação de suas normas não pode ser simples execução de algo pré-existente, será necessário um procedimento de concretização que responda a esta situação: mediante de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma, deverão ser encontrados e provados pontos de vista que sejam submetidos ao jogo das opiniões a favor e contra, e fundamentar a decisão da maneira mais clarificadora e convincente possível. Sempre

que contenham premissas objetivamente adequadas e fecundas, esses pontos de vista apontarão conseqüências que levam à solução do problema. Nesse sentido, não se inserem na descrição do intérprete os *topoi* que deva utilizar: de um lado, o intérprete apenas pode utilizar os *topoi* relacionados com o problema; de outro lado, será obrigatória a inclusão dos elementos de concretização que a própria norma constitucional lhe proporciona, assim como das *diretrizes* que a Constituição contém.

No esquema proposto por Hesse (1991), são estas regras a serem levadas em conta no ato de interpretar a Constituição:

“a. programa normativo: está contido basicamente no texto da norma a aplicar e deverá ser apreendido mediante a utilização dos meios de interpretação tradicionais: literal, histórica, original e sistemática. b. âmbito normativo: possui um caráter sistemático que vai além do ponto de vista correspondente à interpretação do texto da norma, se bem que em estreita relação com o mesmo. c. princípios de interpretação constitucional: c.1. unidade da Constituição: todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que sejam evitadas contradições com outras normas constitucionais; c.2. princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que todos eles conservem sua entidade, ou seja, um não se deve realizar a custa de outro, devendo-se buscar a limitação *proporcional* de ambos de modo a obter uma efetividade ótima; c.3. critério da correção funcional: inviabilidade de se restringir ou ampliar funções estatais; c.4. critério de eficácia integradora; c.5. força normativa da Constituição: máxima eficácia aos dispositivos da Constituição.”

Verifica-se, do exposto neste tópico, que a interpretação constitucional mais adequada, mais bem denominada de concretização constitucional, leva à conclusão, no sistema brasileiro, da autoaplicabilidade dos direitos sociais prestacionais.

2. A retórica estratégica sobre a eficácia dos direitos sociais constitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Ao analisar a retórica constitucional, em seu aspecto de direito positivo e no que concerne aos debates doutrinários, ou seja, retórica material e retórica prática, observa-se que o campo semântico da expressão “direito fundamental” se ampliou bastante, abrangendo, os direitos sociais (direitos a prestações positivas por parte do Estado) entre outros (ADEODATO, 2009, p. 87,88).

Todavia, a ampliação metodológica mencionada da retórica estratégica não é facilmente implantada na retórica material, assumindo relevo importante a questão da busca da efetividade, ou seja, a inconsistência

de tais direitos no plano fático (ADEODATO, 2009, p. 88), problema que em nossa realidade é agravado por razões sociojurídicas, destacadas por Oliveira (2009, p. 121-122).

Constata-se a inconsistência do pensamento corrente, que se revela, apenas para citar um exemplo, na contradição do entendimento de que não há hierarquia interna entre as normas constitucionais, ao mesmo tempo em que se aceita a existência de direitos fundamentais (ADEODATO, 2009, p. 95). Outra contradição é admitir a plena eficácia dos direitos sociais fundamentais, mas aceitar que não há obrigatoriedade para que o Estado providencie os meios necessários à sua satisfação.

O texto constitucional e o mundo dos fatos se inter-relacionam de forma permanente no processo de concretização. Marcelo Neves (2007) destaca, nesse processo, na teoria constitucional alemã, os modelos criados por Friedrich Müller e Peter Häberle. Segundo o modelo de Müller (NEVES, 2007, p. 84), o conceito de norma jurídica abrange os dados linguísticos, que é o programa normativo, bem como os dados reais, que é o âmbito normativo. Dessa forma, a norma é uma resultante desses dois elementos. Por essa razão, a aplicação ou concretização da norma (no caso, a norma constitucional) não corresponde a uma interpretação aplicadora do texto constitucional. Na verdade, o texto é passível de muitas interpretações. A concretização normativa, ao final, decorrerá do texto, mas também do “conjunto de dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”.

A compreensão de Häberle corresponde à de Müller. Segundo o entendimento daquele autor, exposto no ensaio “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (NEVES, 2007, p. 85), todos os órgãos estatais estão potencialmente envolvidos na interpretação constitucional, assim como todos os cidadãos e grupos. Dessa forma, o direito constitucional material decorre de diversos interesses e funções, sendo o texto constitucional em si apenas uma parte dessa engrenagem. Pode-se dizer então que, para Häberle, a normatividade do texto constitucional advém da “inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo”.

Dessa exposição, enuncia Neves (2007, p. 91), uma de suas teses, segundo a qual a constitucionalização simbólica se caracteriza, dentre outros, pelo fato de que o texto constitucional em abstrato não detém suficiente concretização normativo-jurídica. Citando Müller, esclarece que “do texto normativo mesmo – ao contrário da opinião dominante – não resulta nenhuma normatividade”.

Segundo expõe, o problema não está restrito à desconexão entre o texto constitucional e o comportamento dos agentes públicos e privados. Não é, assim, um problema simplesmente de eficácia, mas “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as de-

terminações dos dispositivos da Constituição”, faltando ao texto constitucional normatividade, ou seja, insuficiente integração entre o programa normativo (dados linguísticos) e o domínio normativo (dados reais) (NEVES, 2007, p. 95).

Ocorre, dessa forma, uma supervalorização da dimensão simbólica em relação à realização jurídico-instrumental do texto constitucional. Assim, o texto constitucional não implica uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização do texto. Da tese de Marcelo Neves (2007, p. 98) decorre que a expectativa normativa com base no texto constitucional só poderia se tornar realidade a partir de profundas transformações no mundo fático.

A constitucionalização simbólica é de profunda gravidade para os sistemas social, temporal e material, uma vez que toda a estrutura operacional do sistema jurídico é afetada. Assim é que as regras constitucionais referentes aos direitos sociais, no Brasil, são profundamente desconectadas da fruição desses direitos na vida real. Vê-se que a Constituição do Brasil não só é muito abrangente quanto ao reconhecimento de tais direitos prestacionais, como também é garantidora do devido processo necessário ao seu provimento por decisão judicial, caso não atendidos espontaneamente pelo Estado.

No entanto, um grave problema ocorre no plano da concretização constitucional, ou seja, na correspondência entre o que a Constituição prevê em relação ao atendimento à saúde, à moradia, à educação etc. e o que é oferecido (ou, mais adequadamente, negado) aos cidadãos na prática.

Como ressalta Neves (2007, p. 115), “para a massa dos subintegrados trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais”. Assim, esses direitos, muitas vezes, têm a força de meros enunciados linguísticos, contexto em que se estabelecem relações de “subcidadania” e “sobrecidadania”

em face do texto constitucional. Dessa forma, “o problema não se restringe à constitucionalidade do direito, mas reside antes na juridicidade da Constituição, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto” (Neves, 2007, p. 184-185).

Dessa forma, surge o conceito de Constituição-álibi, ou seja, a Constituição, com seus enunciados “sedutores”, é invocada como artifício retórico para o Estado, que, em última análise, se faz parecer identificado com os ideais constitucionais. Assim, o problema do não cumprimento (ou da não concretização) é atribuível a outros fatores, que não a própria inércia ou incompetência dos poderes estatais em concretizar o ideal constitucional.

Como chama a atenção Neves (2007, p. 115), um fenômeno um tanto diverso ocorreu na Europa dos dois pós-guerras, momento em que os sistemas constitucionais daqueles Estados “respondiam, com ou sem êxito, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*. Pressupunha-se a realizabilidade das normas programáticas no próprio contexto das relações de poder que davam sustentação ao sistema constitucional”.

Como arremata Neves (2007, p. 187):

“No âmbito da retórica do reformismo constitucional, os programas de governo ficam reduzidos a programas de reforma da Constituição; estes são frequentemente executados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), contudo as respectivas estruturas sociais e relações de poder permanecem intocáveis.”

Apenas para ilustrar, essa discussão tem sido travada na França em relação ao direito à habitação, uma questão antiga, mas que ganhou atualidade naquele ordenamento com a Lei nº 2007-590, de 5 de março de 2007. Essa lei consagra de forma inédita um “direito à habitação oponível” (*droit au logement opposa-*

ble). Essa consagração convida a comunidade jurídica daquele país a discutir sobre as fontes, os fundamentos constitucionais desse direito. Coloca-se, por exemplo, a questão de saber se esse direito prestacional decorre do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 e em particular de sua alínea primeira.

O Preâmbulo de 1946 garante princípios particularmente necessários em nosso tempo, direitos sociais que se inscrevem na mesma temática que o direito à habitação: o direito ao emprego, ao lazer, à educação, à saúde, ao descanso. Esses direitos conferem a seus detentores a faculdade de exigir ou de reclamar do Estado o fornecimento de uma prestação. Dentro dessa lógica consagrou-se o direito à habitação: um direito prestacional que necessita que o Estado cumpra uma prestação (DENIZEAU, 2008, p. 126-127).

Assim também é no Brasil, onde há relevante divergência sobre a “oportunidade” dos direitos sociais constitucionais. Essa discussão ressoa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para efeitos deste trabalho, foram pesquisados acórdãos e decisões monocráticas proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos cinco anos, na página www.stf.jus.br, representativos das correntes jurisprudenciais da Corte, com as expressões de busca “direito à saúde”, “direito à educação”, “dignidade da pessoa humana”, “direitos sociais”, “judicialização da política”, “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Em virtude disso, o Supremo Tribunal Federal condenou o Poder Público a efetuar o transporte da rede pública de ensino, consignando que a educação é dever do Estado e que cabe ao Poder Judiciário impor a efetivação de políticas públicas, mormente aquelas fixadas pela Constituição Federal (BRASIL, 2010^A). Ressaltou naquele julgamento que a educação infantil, qualificando-se como direito fundamental de toda criança, não está na esfera de discriciona-

riedade da Administração, tampouco se subordina a razões de pragmatismo governamental. Explicitou, outrossim, que embora não caiba ao Poder Judiciário definir políticas públicas, cabe-lhe impor aos Poderes inadimplentes o cumprimento de encargos político-jurídico com caráter mandatório.

Em outro acórdão (BRASIL, 2010b), foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal a imposição para que o Estado de Pernambuco participasse, juntamente com o Município de Petrolina, da restauração de hospital localizado naquele município, como forma de garantir aos cidadãos o acesso à saúde. Trata-se de caso em que o Estado de Pernambuco tentava suspender liminar concedida por juiz federal para que desse apoio ao Município de Petrolina na reestruturação de hospital localizado naquele Município.

Por outro lado, em acórdão de 2007, o Supremo Tribunal decidiu que a determinação de custeio de medicamento a uma só pessoa poderia prejudicar a prestação dos serviços de saúde a diversas outras (BRASIL, 2007).

Noutro acórdão (BRASIL, 2011), o Tribunal manteve condenação para que o Município de São Paulo matriculasse crianças em unidades de ensino infantil, próximas a suas residências ou ao endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Como fundamentação, o Supremo Tribunal apoiou-se na “compreensão global do direito constitucional à educação”, “legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição”, na “proteção judicial de direitos sociais”, “reserva do possível”, “mínimo existencial”, “dignidade da pessoa humana”, “vedação do retrocesso social” e a questão das “escolhas trágicas”.

Ficou consignado ainda, no aresto, que apesar de caber primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo a formulação e execução

de políticas públicas, deve o Judiciário, ainda que em bases excepcionais e especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição Federal, determinar sejam aquelas implementadas. A Corte entendeu que o Poder Público, ante a escassez de recursos, de um lado, e a implementação de direitos constitucionais que demandam custos econômicos, de outro, deve superar esse antagonismo, realizando o que se chama de “escolhas trágicas”, que consistem na opção por determinados valores em detrimento de outros. Segundo o acórdão, o prestígio de certos valores deve ser pautado pela intangibilidade do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana.

Esclareceu, outrossim, que não é facultado ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para frustrar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal, uma vez que encontra limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. O acórdão entendeu, ademais, que o mínimo existencial, emanação direta do postulado da dignidade da pessoa humana, decorre de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III). Traduz-se como um complexo de prerrogativas cuja concretização se revela capaz de garantir condições adequadas de existência digna, assegurando acesso efetivo ao direito geral de liberdade, bem como a prestações positivas originárias do Estado no sentido da plena fruição de direitos sociais básicos (direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e à segurança). Por fim, o aresto utilizou-se do conceito de “proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo poder público, de direitos prestacionais”. Segundo esse preceito, não cabe, em matéria de direitos fundamentais de caráter social, o retorno a estágio anterior ao das conquistas já alcançadas. Dessa forma, estando os direitos sociais prestacionais já reconhecidos, cabe agora avançar, no sentido de sua efetivação, bem como não suprimir total ou parcialmente o seu reconhecimento.

Vê-se, pelo exposto neste item, que há diversas retóricas estratégicas sobre o tema da judicialização da efetivação dos direitos sociais, as quais encontram reflexo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. Conclusão. O relato vencedor no Supremo Tribunal Federal

Como se pôde verificar, apesar das divergências no campo da retórica estratégica, a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal tem imposto obrigações aos entes públicos com fundamento direto nos direitos constitucionais à saúde, à educação, à habitação, entre outros.

Dessa forma, pode-se afirmar que, segundo a retórica material (relato vencedor) adotada pelo Supremo Tribunal, os direitos sociais constitucionais são auto-aplicáveis, imediatamente exigíveis e geradores de direitos subjetivos.

A interpretação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo aos dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais prestacionais visa a lhes conferir máxima eficácia. Assim, verifica-se que o Tribunal, embora o declare explicitamente ou não em suas decisões, em sua atividade contramajoritária, tem combatido o caráter demasiadamente simbólico da Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Teoria dos direitos subjetivos e o problema da posituação dos direitos humanos como fundamentos da legalidade constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *Revista da ESMape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.

_____. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. [S.l.]: [s.n.], 1994.

ARISTOTLE. *Rhetoric*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. USA: ReadaClassic, 2010.

BALLWEG, Ottmar. Rhetorik und Vertrauen. In: HINZ, Manfred O.; MAYER-TASCH, Peter Cornelius; DENNINGER, Gerald Roellecke Erhard. *Kritik und Vertrauen: Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag*. Frankfurt: Anton Hain Verlag, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Letá dei diritti*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Torino: G.Einaudi, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. SS 3.073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 14 fev. 2007.

_____. _____. Segunda turma. RE-AgR 603575/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 86, 14 maio 2010^a.

_____. _____. PLENO. SL-AgR 47. Decisão unânime. Relator: Ministro Gilmar Mendes *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 76, 29 abr. 2010b.

_____. _____. SEGUNDA TURMA. ARE 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 177, 14 set. 2011.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita. Como se é fiel à vontade da lei? In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO,

João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Filosofia jurídica: fundamentação metafísica do Direito*. São Paulo: Sita Brasil, 2010.

DENIZEAU, Charlotte. Le droit au logement découle-t-il de l'alinéa 1er du Préambule de 1946? In: GAUDEMET, Yves. *Le Préambule de la Constitution de 1946*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GUERRERO, Lázaro Carrillo. Retórica: La efectividad comunicativa. *Revista Rhetorikê*, Covilhã, n. 2, p. 39-66, abr. 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. 20. Aufl. [S.l.]: [s.n.], 1999.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

OLIVEIRA, Luciano. A lei é o que o senhor major quiser!: algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura das ideias dos pré-socráticos a Weittgenstein*. São Paulo: Ediouro, 2003.

SCRUTON, Roger. *Kant*. Porto Alegre: L&PM, 2011.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! *International Journal for the Semiotics of Law IV*, n. 10, 1991.

SPIEKER, Manfred. Notwendigkeit um Grenze des Sozialstaats. In: KERSTING, Wolfgang. *Politische Philosophie des Sozialstaats*. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Weilerwist: Velbruck Wissenschaft, 2000.

UEDING, Gert. *Klassische Rhetorik*. 5. Aufl. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo. Verlag: C.H. Beck, 2001.