



# UMA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DOS DIREITOS SOCIAIS NO MARCO DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM ESTUDO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO STF SOBRE OS DIREITOS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO

---

*José Emílio Medauar Ommati\**

*Vanessa Genícia Duarte\*\**

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o atual posicionamento do STF quanto à concretização dos direitos fundamentais de acesso à saúde e à educação, dentro do marco teórico-jurídico do Estado Democrático de Direito. Para tanto, procede-se a uma rediscussão acerca dos direitos sociais e da falsa compreensão de que teriam caráter necessariamente prestacional, dependente da alocação de recursos. A seguir, propõe uma revisão da clássica doutrina acerca dos diferentes graus de aplicabilidade das normas constitucionais, que as dividia em normas de eficácia plena, contida e limitada, e sua substituição por uma metodologia de aplicação que se harmonize com a nova hermenêutica constitucional e o primado dos princípios. Ao cabo, avaliam-se duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal quanto à implementação dos direitos sociais, analisando-se tanto o mérito quanto as respectivas fundamentações, que veiculam um tratamento igual para situações notoriamente distintas.

## Palavras-chave

Direitos sociais. Direito à saúde e à educação. Estado Democrático de Direito. Jurisprudência do STF.

## ABSTRACT

The present study aims to analyze the current positioning of the STF on the realization of the fundamental rights of access to health and education, within the legal-theoretical framework of Democratic State of law. To do so, it proceeds to a new discussion about social rights and the false understanding that they would have necessarily provisional character, dependent on

---

\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas – Campus Serro – MG.

\*\* Acadêmica do 5º período do curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro – MG. Bolsista pesquisadora do programa FIP da PUC Minas durante o ano de 2008.

resource allocation. Then, it proposes a revision of the classic doctrine about the multiple degrees of applicability of constitutional norms, that divided them into standards of full, contained and limited efficacy, and its replacement by an implementation methodology in harmonization with the new constitutional hermeneutics and the primacy of the principles. After all, it assesses two paradigmatic illustrations of Supreme Court (STF) decisions regarding to the implementation of social rights, analyzing both the merits and the grounds on which they are based, which convey equal treatment to situations notoriously distinct.

**Key-words**

social rights; the right of access to health and education; rule of Law; STF precedents.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi fruto de um projeto de pesquisa desenvolvido por nós durante o ano de 2008 junto à PUC Minas – Campus Serro, em Minas Gerais, no Programa de Incentivo à Pesquisa – FIP, e pretendeu discutir o alcance e sentido dos direitos sociais na Constituição de 1988, que estabeleceu entre nós o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assim, pretendemos desenvolver e responder a seguinte questão: Como devem ser entendidos os direitos sociais em um Estado Democrático de Direito?

Para tanto, foi necessário que discutíssemos a idéia de geração de direitos, ainda hoje muito presente em nossa doutrina, para que pudéssemos questionar a validade da idéia de que os direitos sociais seriam direitos prestacionais, o que inviabilizaria sua aplicação em face da carência de recursos. Isso fizemos na primeira parte do presente trabalho.

A seguir, na segunda parte, apresentou-se para nós de curial importância a discussão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, proposta pela primeira vez por José Afonso da Silva dentre nós. De acordo com essa teoria, que ainda encontra aceitação na doutrina e jurisprudência dominantes em nosso país, as normas constitucionais seriam divididas em normas de eficácia plena, contida e limitada. Como percebemos, essa teoria tem grande relação com a efetividade dos direitos sociais, na medida em que os considera normas de eficácia limitada e, portanto, com baixa densidade normativa, é dizer, os direitos sociais teriam apenas a função de revogar ou não recepcionar normas incompatíveis com eles. Com base na perspectiva deontológica do Direito, e entendendo o ordenamento jurídico como uma questão de princípios, demonstramos que a classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada, se representou um avanço quando foi pensada e divulgada entre nós por José Afonso da Silva, hoje não pode mais ser defendida, na medida em que ainda se encontra presa a uma concepção que aproxima texto e norma, além de reduzir sobremaneira a eficácia dos direitos sociais.

Por fim, na terceira e última parte do presente trabalho, reconstruímos os direitos sociais a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, trabalhando as noções de mínimo existencial, reserva do possível, para que pudéssemos entender qual o papel dos Tribunais na implementação e defesa

desses direitos fundamentais. O pano de fundo dessa discussão foram duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal versando sobre direitos sociais. A primeira, sobre direito à saúde, demonstra que o Supremo Tribunal Federal acertou quanto ao teor da decisão, errando quanto à fundamentação, na medida em que equipara normas a valores. Já na segunda decisão, sobre direito à educação, o Supremo Tribunal Federal usa da mesma argumentação utilizada na primeira decisão para julgar um caso que apenas era idêntico quanto à categoria do direito(direito social), mas que era completamente diferente no que respeita à própria reconstrução do caso realizada pelas partes. E o que é mais interessante: o mesmo relator usa da mesma argumentação para julgamento de casos completamente distintos, demonstrando que a técnica de decisão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal(a ponderação de valores) não é adequada para a construção de decisões consistentes e, portanto, legítimas.

Pudemos, assim, perceber que os Tribunais em um Estado Democrático de Direito devem viabilizar o debate democrático sobre as políticas públicas de direitos sociais, não podendo se substituir à cidadania na implementação dos direitos sociais, sob pena de não respeitarem os princípios da separação dos poderes e da previsão orçamentária previstos na Constituição de 1988. É o que veremos melhor a seguir.

## 1. UM BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 A historicidade dos direitos fundamentais e a idéia de “Gerações de direitos”

Os direitos fundamentais são o fruto de construções históricas que se consolidaram basicamente a partir da modernidade. E só na era moderna, eles ganharam tal conceituação. Existiam idéias de dignidade, de igualdade ou liberdade, mas não formuladas como direitos, tal como é hoje (AMARAL, 2001:50).

Os direitos fundamentais surgem com o nascimento da Constituição formal e rígida e o fechamento operacional do Direito. Como mostra José Adércio Leite Sampaio:

*“O sentido de direitos humanos ou fundamentais tem certamente suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para a idade Moderna é que assumem tais direitos significados mais precisos.”* (SAMPAIO, 2004:141)

Para que os direitos fundamentais pudessem ganhar o sentido que lhes são atribuído hoje, destacaram-se três matrizes de desenvolvimento: a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade, assumindo ainda três modelos, três formas de interpretação baseadas nas especificidades históricas da afirmação de três Estados-Nações: Inglaterra, Estados Unidos da América e França (SAMPAIO, 2004:149). Como assevera Gustavo Amaral:

*“Os direitos fundamentais vão surgindo primeiro para afirmar a liberdade de fé, depois para questionar os fundamentos do poder absoluto, seja em seu próprio exercício, seja em sua relação com os cidadãos e, também, pela humanização do Direito penal e processual penal. Com o triunfo das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos e a influência em outros países, os direitos fundamentais foram reconhecidos em textos constitucionais.” (AMARAL, 2001:50)*

Norberto Bobbio, em seu célebre livro “A era dos direitos”, defende a historicidade dos direitos do homem dizendo que os direitos não nascem todos de uma vez, mas quando devem ou podem nascer (BOBBIO, 2004:26). Assim, ele afirma:

*“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004:25)*

Na mesma obra, Bobbio, afirmando a historicidade dos direitos, advoga a tese histórica de gerações, uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos apresentada pelo francês Karel Vasak ao Instituto Internacional de Direitos do Homem em 1979, dividida, inicialmente, por este autor, em três gerações: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, valorizava o direito à liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade; e a terceira geração, resultado das duras experiências passadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial, refletindo o valor da fraternidade. (SAMPAIO, 2004:259).

Bobbio, acrescentando a idéia de que novos carecimentos nascem com novas exigências, expõe a classificação:

*“As primeiras, correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os segundos, aos direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os maléficos de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie” (BOBBIO, 2004:26)*

Dessa forma, na chamada primeira geração de direitos, teríamos direitos que se fundam numa separação entre Estado e sociedade, que permeia o contratualismo individualista dos séculos XVIII e XIX (SAMPAIO, 2001:260). Seriam os direitos civis ou liberdades individuais que assegurariam a autonomia individual e que implicariam numa abstenção do Estado para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo isolado, somando ainda os direitos políticos, de participação política ou liberdades políticas, que seriam direitos de inspiração democrática cujo núcleo se encontra no direito de votar e ser votado, entendidos

como indispensáveis para o desenvolvimento das liberdades individuais (SAMPAIO, 2001:261).

Os direitos de segunda geração se apresentariam como direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de base social resultante da superação do individualismo possessivo, decorrente das transformações sócio-econômicas do final do Século XIX e início do Século XX, e da demanda por condições sociais dignas. Assim, esses direitos seriam internamente divididos em direitos sociais necessários à participação plena da vida da sociedade (SAMPAIO, 2001:262), em direitos econômicos destinados a garantir um nível mínimo de vida e em direitos culturais destinados a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.

Os direitos de terceira geração associados por Karel Vasak ao valor da fraternidade, são por muitos autores definidos como direitos dos povos ou direitos de solidariedade. Nas palavras de José Adércio Leite Sampaio:

*"A fraternidade embandeirada pela nova geração inspirou adicionalmente a idéia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um conceito universal com vistas a manter as condições de habitabilidade planetária para as presentes e futuras gerações"* (SAMPAIO, 2001:293)

Uma quarta geração de direitos ainda se encontra em processo de formação de consenso entre os estudiosos; para uns, seria o direito ao meio ambiente equilibrado para as gerações futuras, ou o direito de efetiva participação cidadã, ou ainda, direito à comunicação ou direitos virtuais; outros ainda consideram como a geração de direitos das mulheres, e outros preferem, ainda, ver essa geração de direitos como pertencente a todos os grupos sociais vulneráveis<sup>1</sup>.

Há, ainda, tênue manifestação doutrinária sobre uma suposta quinta geração de direitos, que se apresenta com inúmeras concepções e interpretações, como direitos vindos de uma resposta à dominação biofísica, direitos ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem<sup>2</sup>.

Mas o que se pretende com a exposição dessa tese geracional é mostrar que tal classificação é interessante em termos didáticos, mas deve ser vista e compreendida com as devidas ressalvas. É preciso perceber que toda tentativa de delimitação e inclusão gera, conseqüentemente, uma exclusão. Do mesmo modo, é de fundamental importância atentar para o fato de que tal classificação leva ao entendimento de que toda a história dos direitos fundamentais significou nada mais que um somatório de direitos, frutos de gerações estanques. É o que será exposto a seguir:

<sup>1</sup> Sobre as diferentes delimitações dos direitos de quarta geração, bem como as diversas críticas feitas a essa e a terceira e suposta quinta geração, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

<sup>2</sup> José Adércio apresenta brilhantemente a discussão sobre uma quinta geração de direitos em: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

## 1.2 Crítica à perspectiva histórica de gerações de direitos

Tendo em vista que os direitos fundamentais são, por definição, direitos históricos, percebe-se que a classificação geracional é, em parte, feliz, por afirmar a historicidade de tais direitos, mas, como frisado anteriormente deve ser vista com ressalvas. São várias as críticas feitas a tal classificação: a primeira que se pode expor é a da suposta existência de uma hierarquia entre os direitos, que se encontrariam apenas somados de maneira histórico-cronológica.

A classificação de direitos fundamentais é artificial ao pressupor uma distinção ontológica de direitos, o que não existe. É apenas uma distinção interpretativa ou lógico-argumentativa. Um direito difuso, por exemplo, pode se apresentar tanto como um direito social, quanto um direito individual. Nesse sentido, exemplifica Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

*“O direito à liberdade de expressão, p. ex. num caso concreto, pode ser considerado conforme a argumentação adequada, empreendida pelas partes e devidamente apreciada pelo juiz, como direito individual, coletivo, social e até mesmo difuso, a legitimar quer um meio processual individual, quer o coletivo, para a sua garantia jurisdicional. Daí se poder protegê-lo quando se tolhe ou se ameaça tolher a palavra de alguém; ou a participação de uma associação representativa de uma coletividade; ou quando se afirma que a educação é pressuposto do ter o que dizer; ou quando se discute o impacto na comunidade da violência ou da pornografia na televisão ou na internet; ou ainda a existência ou não do monopólio dos meios de comunicação.”*  
(CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:214)

Dessa forma, percebe-se que tal classificação peca em tentar determinar quais direitos pertenceriam a quais gerações. Não existem modelos estanques, distintos. Nos dizeres de Heloísa Helena Nascimento Rocha:

*“(...) direitos são por natureza indeterminados, e os paradigmas jurídicos, enquanto redutores de complexidade, são fundamentais para o entendimento dos direitos, de uma perspectiva reflexiva e argumentativa. A compreensão dos direitos fundamentais deve ser discursiva e não a partir de modelos rígidos que estabeleçam previamente sua natureza como princípio ou regra, ou direito individual, social, coletivo ou difuso;”*  
(ROCHA, 2004:253)

Pretende-se aqui afastar o entendimento de que a cada geração de direitos teríamos apenas um acréscimo, um mero acúmulo ou alargamento de direitos. Na verdade, esses direitos se encontram redefinidos a cada novo paradigma jurídico: o direito de propriedade, por exemplo, classificado como direito de primeira geração, conquistado no paradigma jurídico do Estado Liberal, foi completamente redefinido no paradigma do Estado Social. A cada novo paradigma haveria necessidade de se redefinir, compatibilizar o sentido de um direito em relação aos dos outros e vice e versa (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:201).

A noção paradigmática do Direito nos leva à contestação da tese geracional dos direitos fundamentais, vez que não significa o estabelecimento de modelos fixos de interpretação, mas implica numa reflexão acerca da relação entre os direitos fundamentais sucessivamente conquistados. Assim, conclui Heloísa Helena Nascimento Rocha:

*“Portanto, a compreensão paradigmática do Direito nos leva a superar o entendimento das gerações de direitos fundamentais. Nesse sentido é possível perceber nos paradigmas jurídicos de maior sucesso – Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito – que esta pré-compreensão compartilhada faz com que os velhos direitos conquistados sejam reinterpretados, abrindo-se para novas possibilidades de aplicação.”* (ROCHA, 2004:233)

A cada nova geração temos não só a conquista de mais direitos, mas também a redefinição dos conquistados anteriormente, à luz do novo paradigma em que se insere. Essa concepção geracional acaba sendo, sobretudo, perigosa, pois, na medida em que se concebe a realização dos direitos de modo progressivo, acaba por se legitimar prioridades. Nesse prisma, seriam os direitos de primeira geração mais fáceis de serem implementados em detrimento dos de segunda geração. Por exemplo, enquanto os primeiros seriam direitos com maior efetividade, os segundos seriam apenas normas programáticas a serem realizadas de maneira proporcionalmente progressiva – direitos eminentemente prestacionais e que, por isso, implicam uma realização graduável, que acaba por enfraquecer a sua normatividade. Discorrendo sobre essa questão, temos as palavras de George Marmelstein Lima:

*“Outro equívoco grave da teoria [das gerações] é considerar que os direitos de primeira geração são direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa visão, certamente influenciada pela classificação dos direitos por status, desenvolvida por Jellinek, considera, em síntese, que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o status negativo, pois implicariam em um não agir (omissão) por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam um status positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir (ação) por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas.”* (LIMA, 2003)

É sobre esta concepção, de que os direitos sociais são apenas direitos prestacionais, que trataremos no próximo tópico, tentando refutar tal tese ao mostrar que, tanto no grupo dos direitos sociais quanto no dos chamados “direitos negativos”, temos demanda tanto por uma abstenção quanto por uma ação do Estado.

### 1.3 Os direitos sociais como direitos prestacionais e o nascimento dos direitos difusos

Os direitos fundamentais sociais nascem no chamado paradigma jurídico-político do Estado Social, em fins do século XIX e início do século XX, sendo

sua subjetivação definida com mais clareza na Constituição do México em 1917 e de Weimar em 1919, tendo também como destaque a Declaração de Direitos Russa de 1918 com inspiração socialista. No Brasil, esse processo tem maior determinação na Constituição de 1934.

Pelo fato da maioria desses direitos implicarem a promoção do Estado, por demandarem um *facere* por parte deste, foram reconhecidos como direitos prestacionais que, por isso, se diferenciavam das garantias e liberdades individuais, existindo uma espécie de “antinomia” entre esses dois grupos de direitos, uma espécie de concorrência. Nesse sentido, temos a concepção de Bobbio:

*“Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.”*  
(BOBBIO, 2004:41)

O autor deixa claro em sua obra que “liberdades” e “poderes” são incompatíveis e que, portanto, as sociedades seriam mais livres, na medida em que menos justas e, mais justas, na medida em que menos livres (BOBBIO, 2004:62). Bobbio deixa claro também, que os direitos sociais, enquanto poderes, necessitam, ao contrário dos direitos individuais, não de uma limitação do poder do Estado, mas da ampliação destes poderes (BOBBIO, 2004:87).

Esses direitos já nascem com a concepção de “direitos positivos”, de direitos a serem concedidos pelo Estado, o que levam muitos a identificar uma diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos individuais, direitos a serem concedidos a uma coletividade em detrimento de direitos de proteção do indivíduo.

Vimos anteriormente que a cada novo paradigma temos, não só um aumento de direitos, mas também uma reformulação dos já conquistados. Assim como os direitos sociais com a postura materializante do Paradigma do Estado Social vieram a reformular os direitos individuais, serão eles também reformulados com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito e o nascimento dos direitos difusos.

Os direitos difusos surgem no Estado Democrático de Direito, na esfera de uma sociedade hipercomplexa. Ultrapassam a visão individualista, superando a dicotomia entre o público e o privado, caracterizando-se pela indeterminabilidade de seus sujeitos, trazendo um caráter procedimentalista de participação cidadã nas decisões estatais, de abertura para discussão e participação nos canais de decisão (OMMATI, 2004:86). A esfera pública deixa

de ser a estatal e passa a ter uma relação de equi-primordialidade com a esfera privada. Destacam-se as palavras de José Emílio Medauar Ommati:

*“Nesse sentido, igualdade, liberdade e propriedade devem ser vistos em seus aspectos procedimentais: significa dizer que igualdade, liberdade e propriedade apenas adquirem um sentido específico em um caso concreto. São direitos que se viabilizam para a busca de mais direitos e de melhor qualidade.*

*A questão da igualdade, e apenas para citarmos um único exemplo, transforma-se da igualdade simplesmente formal para uma igualdade que se assegura reconhecendo-se as diferenças. É claro que a igualdade formal ainda é importante e deve ser mantida, mas o princípio da igualdade não se esgota apenas na igualdade formal.” (OMMATI, 2004:85)*

Apresentados os impactos do nascimento dos direitos difusos e uma breve explicação do que vieram a reformular nos direitos sociais, passa-se, agora, à crítica, desde já perceptível, de se conceber os direitos sociais como direitos prestacionais apenas – como concessões do Estado –, levando-se em consideração que tal concepção surgiu num paradigma que terminou por criar “clientes do Estado”: uma massa acrítica e acostumada a prestações sem qualidade, cujas subjetividades e diferenças próprias do ser humano foram anuladas por um ideal utilitarista.

#### 1.4 Crítica à perspectiva dos direitos sociais como direitos prestacionais apenas

Como apontado acima, é costume diferenciar os direitos sociais dos direitos individuais baseando-se na idéia de que os primeiros necessitariam de uma ação estatal, um agir, enquanto os segundos careceriam de mera abstenção deste: um se localizando na esfera pública, o outro na esfera privada. Tais entendimentos, advindos das características paradigmáticas de seus nascimentos, encontram-se, como já mencionado, redefinidos com o surgimento do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de novos direitos (direitos difusos).

Mas, no entanto, o que se percebe, é que esse entendimento primeiro, que concebe os direitos sociais como direitos prestacionais apenas, ainda existe na doutrina brasileira. Por necessitarem de concretização legislativa e de políticas públicas, esses direitos acabam por ter sua eficácia reduzida, em nome de seu custo e da escassez de recursos, alegando-se que os direitos individuais, ao contrário, não possuem custos de concretização e, como conseqüência, seriam sempre eficazes, já que não dependem de regulamentação e podem ser exercidos individualmente.

Vimos também, que a distinção entre os direitos, não é uma distinção estrutural, mas lógico-argumentativa: o que irá definir se um direito é social ou individual são as circunstâncias do caso, os argumentos das partes. Os direitos passaram, no Estado Democrático de Direito, a ser considerados uma estrutura de princípios jurídicos aplicados *prima facie*, e desde já, é bom que se compreenda que a diferenciação desses princípios constitucionais surge essencialmente como um problema de interpretação constitucional (QUEIROZ, 2006:7).

Uma das críticas mais expressivas sobre a distinção extremada entre direitos “negativos” e “positivos” está na obra dos norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sustein: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, onde mostram os gastos dos Estados Unidos com direitos individuais, direitos negativos, concluindo que todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los (AMARAL, 2001:73). Todos os direitos possuem custos e, portanto, distingui-los com base nesse critério seria no mínimo ingênuo.

A partir daqui, fica claro que os direitos sociais não são apenas direitos prestacionais, assim como os individuais não implicam apenas abstenção. Ora, os direitos individuais possuem custos e requerem ações estatais, bem como existem direitos sociais cuja eficácia não depende intrinsecamente de uma conduta estatal relacionada (AMARAL, 2001:81).

Observam-se os exemplos de Gustavo Amaral, sobre os direitos individuais necessitando de ação estatal:

*“O direito de ir e vir e o direito de propriedade nos grandes centros urbanos são ameaçados não pela ação do Estado, mas por sua omissão, elemento decisivo na violência urbana. Os direitos à privacidade e à honra, de igual sorte, são mais ameaçados pela imprensa e por banco de dados privados do que por um “grande irmão” estatal.”* (AMARAL, 2001:72).

O Autor também evidencia que os direitos de greve e de sindicalização – direitos sociais – demonstram a insuficiência da distinção entre direitos positivos e negativos, por não demandarem qualquer conduta estatal *intrinsecamente* relacionada (AMARAL, 2001:81).

Não se nega que os direitos sociais carecem de atuação estatal e disponibilização de recursos, pelo contrário, pretende-se refutar a tese de que estes são prestacionais apenas e que, por isso, são inviabilizados hoje. Os direitos sociais precisam de políticas públicas, e aí, tem-se a intensificação do problema, já que, também as liberdades e garantias individuais necessitam da disponibilidade destes. Os recursos que se apresentam proporcionalmente às necessidades humanas, escassos, tornam-se ainda mais escassos.

Não se concebe hoje, no marco do Paradigma do Estado Democrático de Direito, a compreensão dos direitos sociais como direitos prestacionais apenas, outros direitos já surgiram remodelando-os. Não se trata mais de favores do Estado, mas de discussão do alcance, efeitos e repercussões das políticas públicas por seus próprios destinatários, (OMMATI, 2005:478) que não são clientes do Estado, mas cidadãos dotados de igualdade, aqui entendida como igual consideração e respeito.

Mas, para chegarmos a essa conclusão, antes é de fundamental importância passar pela classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva e como essa classificação acaba por tornar os direitos sociais reféns da boa vontade do Estado, na medida em que os mesmos são vistos apenas como princípios programáticos e, portanto, apenas com aplicabilidade revogadora.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 2.1 A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva

José Afonso da Silva editou pela primeira vez em 1967 uma obra chamada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” na qual, influenciado pela teoria do italiano Vezio Crisaffuli, propunha-se a estudar a aplicabilidade das normas constitucionais, concebendo aplicabilidade, no seu sentido jurídico, como qualidade da norma que tem possibilidade de ser aplicada, que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos, deixando bem claro que não se cogitava saber se ela produzia efetivamente esses efeitos (SILVA, 2001:12)<sup>3</sup>. Tal teoria veio então a substituir a teoria das normas constitucionais de Thomas M. Cooley que classificava as normas em “*self-executing*” (auto-aplicáveis ou auto-executáveis) e “*not self-executing*” (não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis). Assim descreve o próprio José Afonso da Silva a referida teoria:

*“15. Segundo a mencionada doutrina, normas constitucionais self-executing (ou self-enforcing, ou self-acting; auto-executáveis, auto aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, por que revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais not self-executing ou not self-enforcing ou not self-acting; não auto executáveis, não auto aplicáveis, não bastantes em si) são as de aplicabilidade dependentes de leis ordinárias.” (SILVA, 2001, p.74)*

Logo após José Afonso faz a crítica a tal teoria:

*“A classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando fala em regras “sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei”.” (SILVA, 2001:75)*

E conclui a crítica:

*“Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.” (SILVA, 2001:76)*

O que José Afonso da Silva quis dizer é que o problema não é da aplicabilidade das normas em si, toda norma seria aplicável na sua concepção, o problema seria de eficácia, um problema de grau, de níveis de aplicação. Todas as normas constitucionais seriam dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis no limite dessa eficácia, e,

<sup>3</sup> Para o autor a produção efetiva dos efeitos estaria na perspectiva sociológica, da sociologia jurídica e o seu tema se situava no campo da ciência jurídica.

portanto, dever-se-ia ter por superada a clássica teoria norte-americana que distinguia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (SILVA, 2001:261).

Consequentemente ele faz uma classificação triádica das normas em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, e, normas constitucionais de eficácia limitada:

*“VII – As normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente a sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo desde logo exigíveis.*

*IX – As normas constitucionais de eficácia contida também receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam. Mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) não destinados a desenvolver sua aplicabilidade, mas ao contrário, permitindo limitações à sua eficácia e aplicabilidade. Situam-se especialmente entre os elementos limitativos da constituição. Criam situações subjetivas de vantagem, caracterizados como direitos subjetivos positivos.*

*X – As normas de eficácia limitada, em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação da matéria nelas traçada em princípio ou esquema. As de princípio institutivo encontram-se principalmente na parte orgânica da constituição, enquanto as de princípio programático compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as cartas magnas contemporâneas. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo.” (SILVA, 2001:262)*

O mencionado autor concebe as Constituições contemporâneas como documentos jurídicos de *compromisso* entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo (SILVA, 2001:135) e que definem fins e programas de ação futura, no sentido de uma orientação social democrática. Assim, teríamos normas constitucionais que em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, traçariam princípios<sup>4</sup> para serem cumpridos pelos órgãos estatais como programas das respectivas atividades, é nessa classificação que se enquadrariam os direitos sociais, por mencionarem lei integradora (SILVA, 2001:151), enquanto os direitos fundamentais democráticos e individuais seriam em regra de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Pela classificação do autor, as normas programáticas (dentro dessas os direitos sociais) não produziram

<sup>4</sup> O autor coloca a terminologia de princípio no sentido de “esquemas genéricos”, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pelo legislador, na sua concepção de começo, início. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.137

“situações subjetivas”<sup>5</sup> em seu aspecto positivo, mas poderiam produzir em seu aspecto negativo, vez que possuem eficácia ab-rogativa.

Como se pretende expor no decorrer deste trabalho, também a classificação feita por José Afonso da Silva não é benéfica à força normativa das normas constitucionais, também ela enfraquece a normatividade das normas e em especial a dos direitos fundamentais sociais. A questão da concretização demanda por respostas interpretativas e não classificações semânticas e abstratas de “textos constitucionais”. A abordagem que se desenvolverá a seguir coloca o problema de se é possível delimitar ou até mesmo reduzir o grau de eficácia de uma “norma jurídica” a partir de seu “texto normativo”, tendo em vista as evoluções do Direito moderno e sua concepção principiológica.

## 2.2 A teoria dos princípios jurídicos e a crítica à teoria de José Afonso da Silva em relação aos direitos sociais

Vimos que José Afonso da Silva realiza uma classificação das normas constitucionais pelos possíveis graus de eficácia que essas normas teriam. Assim, existiriam no ordenamento normas de eficácia plena, com plenas condições de gerarem seus efeitos, normas de eficácia contida ou redutível com seus efeitos limitados posteriormente, e, normas constitucionais de eficácia limitada, que se dividiriam em princípios institutivos e programáticos.

A crítica exposta aqui passa pela resposta a três questões fundamentais:

Primeiro: seria possível, tendo em vista a Hermenêutica jurídica contemporânea, uma classificação válida da eficácia das normas constitucionais, a partir de seus textos normativos?

Essa classificação não é viável no atual paradigma, vez que, desde o paradigma do Estado Social, percebe-se um avanço na hermenêutica jurídica no sentido de que norma não é texto normativo, a norma é produto final, alcançado depois de processos de interpretações e compreensões. José Afonso da Silva parece esquecer-se da reviravolta hermenêutica-pragmática na filosofia, que a partir de Hans-Georg Gadamer vai mostrar a importância da história, da tradição e dos valores enraizados pelos homens para a descoberta da verdade (OMMATI, 2004:45), bem como da importância da linguagem.

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que

<sup>5</sup> Assim José Afonso da Silva conceitua situação jurídica subjetiva “como a posição que os indivíduos ou entidades ocupam nas relações jurídicas, e que lhes possibilita realizar certos interesses juridicamente protegidos ou os constringe a subordinar-se a eles.” E acrescenta que “a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional [...]” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 170-171.

combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas (DWORKIN,2000).

A hermenêutica no Estado Democrático de Direito não mais assume uma postura anti-interpretativa como assumida no Estado Liberal, nem uma interpretação limitada por molduras de possibilidades para o interprete autêntico como no Estado Social, pelo contrário, chega-se a conclusão que a linguagem é aberta e impossível de ser controlada por modelos rígidos.

Acontece que o autor acaba por fazer uma aproximação equivocada entre o texto normativo e a norma jurídica. Não existe norma no texto normativo, esta é construída a partir dele, não se pode ignorar o processo de interpretação e compreensão desse texto, caso isso aconteça, restaria por desconsiderar toda a Hermenêutica jurídica do Estado Democrático de Direito, retornando a um entendimento já ultrapassado, de impossibilidade de interpretação, como ocorreu no Estado Liberal.

Nos dizeres de Marcelo Cattoni:

*“Devemos abandonar “teorias semânticas da interpretação” que pretendem fixar abstratamente e fora do contexto de aplicação a extensão do sentido dos textos normativos. Isso implica não somente abandonar uma teoria material do Direito, como também uma teoria estrutural das normas jurídicas que pretende fixar a interpretação adequada dos textos normativos à base de sua “literalidade” ou da sua “topografia textual”.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:216)*

A segunda questão a ser respondida é: tal classificação não desconsideraria o caráter aberto do Direito e sua concepção principiológica?

No paradigma atual o Direito não é mais apenas um conjunto de regras, mas de regras e princípios que concorrem entre si para a solução do caso concreto. A norma regula o caso e são as situações fáticas que determinarão qual é a norma adequada (OMMATI, 2004:90).

As contribuições de Ronald Dworkin mostram que a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos são conjuntos de normas que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas numa particular circunstância. Mas se diferenciam no caráter da direção que apontam. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, ou seja, são disjuntivas, aplicam-se ou não se aplicam ao caso. Por sua vez, os princípios, embora muito se pareçam com as regras, não indicam uma consequência legal que automaticamente se segue quando as condições dadas se realizam (TAVARES, 2002). Enquanto as regras se excluem no conflito de aplicação os princípios se resolvem na dimensão do peso, não no entendimento de que esses princípios são valores ponderáveis, mas de que a escolha de um não exclui o outro. Não há ponderação de princípios, mas ponderação de raciocínios sobre as razões invocadas pelas partes no processo (OMMATI, 2008:257)

Nas palavras de Dworkin:

*“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica.*

*Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo- ou- nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002:39)*

Os princípios são entendidos aqui como normas dotadas de imperatividade, comandos deontológicos, e não valores passíveis de otimização, normas *prima facie*, pontos de partida que só podem ser aplicadas diante do caso concreto, que dependem da normatividade deste para serem aplicados (OMMATI, 2004:91). A perspectiva principiológica do Direito indica a necessidade de interpretar o texto normativo de acordo com o caso a ser solucionado, para assim construir a norma, e não classificar a eficácia apenas pelo seu texto como realizado por José Afonso.

A classificação em graus de eficácia é, não só incompatível com a estrutura principiológica, como também desconsidera o caráter de abertura do Direito. O Direito não regula sua situação de aplicação, em outras palavras, não é possível saber quanto de eficácia tem uma norma apenas com a análise do seu texto normativo. O Direito é aberto e indeterminado, e o que possibilitará a determinabilidade desse Direito será exatamente a situação específica de aplicação, o caso concreto (OMMATI, 2004:84).

A última das questões procura saber se esta classificação de José Afonso não enfraquece a normatividade dos direitos, especificamente dos direitos sociais.

Para responder, é preciso recordar a classificação de José Afonso da Silva sobre a eficácia dos direitos sociais em face dos individuais. Assim ele classifica os direitos:

*“Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.” (SILVA, 2001:165 grifos nossos).*

Ora, a maioria dos direitos sociais tem necessidade de regulamentação pelo que o autor chama de lei integradora, sendo por tanto, a sua maioria, de acordo com essa classificação, normas programáticas, caracterizadas por ele como princípios gerais informadores do regime jurídico, que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica - social, mediante prestações positivas a fim de realizar o bem comum (SILVA, 2001:125).

Se os direitos sociais são em sua concepção normas programáticas, estariam sem possibilidade de tutela subjetiva, sendo ainda caracterizados pelo autor como meras “orientações axiológicas” (SILVA, 2001:157).

Com base na breve constatação anterior, já podemos concluir que a classificação de José Afonso da Silva deve ser superada se quisermos levar a sério os direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988.

Os direitos sociais não são valores com mera eficácia ab-rogativa, programas a serem seguidos ou não pelo legislador, pelo contrário, são normas jurídicas com força deontologicamente predominante, que por uma estrutura principiológica demandam, para efeitos de sua aplicabilidade, das situações fáticas do caso num processo de compreensão e interpretação do texto jurídico que os descreve.

Assim, procuraremos, a seguir, superar essa visão ultrapassada que ainda impera no Direito Brasileiro, a partir da discussão sobre a justiciabilidade dos direitos sociais. Apresentarei a visão que se autodenomina de substancialista dos direitos sociais, que prega a possibilidade do Judiciário se substituir ao Executivo e Legislativo quando esses poderes deixam de atuar para promover a aplicação dos direitos sociais. Mostraremos que, se essa visão já representa um avanço em termos de aplicação dos direitos sociais, contudo acaba por sobrecarregar o próprio Poder Judiciário com demandas que ele não pode resolver em razão do princípio da separação de poderes. Dessa forma, a partir da perspectiva do Direito como Integridade, pretendemos reconstruir os direitos sociais, de modo a recuperar sua força normativa, levando a sério o sistema dos direitos.

### 3. OS DIREITOS SOCIAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 3.1 Os Direitos Sociais podem ser implementados pelo Poder Judiciário? Considerações sobre mínimo existencial e reserva do possível

Vimos que é insuficiente a distinção entre os direitos sociais e os direitos individuais, baseando-se apenas no caráter prestacional desses direitos, mas não se pretende negar que os Direitos Sociais são, ao mesmo tempo, uma questão de políticas públicas, que necessitam de concretização legislativa para sua efetividade. A questão agora é saber se na omissão dos poderes Executivo e Legislativo (responsáveis pela concretização dos direitos sociais inicialmente), poderá o Poder Judiciário realizar essa função, e se não, qual seria sua real função.

O debate sobre as possibilidades de atuação judiciária vem sendo amplamente desenvolvido no Brasil, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, com significativos argumentos que passam por ambas as opiniões. Tem-se por um lado, o argumento da violação ao princípio democrático da Separação de Poderes e do Estado de Direito, além da idéia da “reserva do possível” a impedir a implementação dos direitos sociais pelo Judiciário. Contrariamente, ou seja, defendendo a implementação dos direitos sociais pelo Judiciário, tese também conhecida como “ativismo judicial”, temos os argumentos do acesso à justiça como direito de todos e a tentativa de impedir

um “desgoverno”<sup>6</sup> por parte do Executivo e do Legislativo, além da defesa de um “mínimo existencial” e da proibição do retrocesso social.

Os argumentos favoráveis e contrários à implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passam por inúmeras proposições e formulações teóricas. Várias teorias surgem com esse objetivo, mas nos atentaremos em analisar com maior inclinação duas principais, que serão inicialmente expostas aqui, para que, posteriormente, se possa demonstrar que apesar de constituírem um avanço na doutrina de direitos sociais, elas ainda não vêem estes direitos sob sua melhor luz.

A primeira é a formulação de um mínimo existencial que surge na Alemanha, e é difundida em outros países fundamentalmente como um mínimo de existência condigna exigível perante o Estado, sob pena de infração ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa “garantia de um mínimo social” – ou “standard mínimo” compreendido como “mínimo existencial” – destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental, de forma a que este não resulte “esvaziado” de conteúdo e, deste modo, desprovido de sentido. (QUEIROZ, 2006:93). Para essa formulação, os direitos fundamentais prestacionais que compõem o mínimo existencial (a educação fundamental, a saúde básica e as atividades de assistência social aos desamparados, por exemplo.) seriam plenamente sindicáveis em juízo (DERBLI, 2007:128). A dificuldade presente nessa teoria é a delimitação desse mínimo (QUEIROZ, 2006:94, DERBLI, 2007:90, AMARAL, 2001:213), descobrir quais os direitos integram seu conteúdo, até onde certos direitos seriam exigíveis, e (se houver) quais direitos seriam mais necessários. Gustavo Amaral, na crítica às posições de Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres, apresenta essa dificuldade:

*“Sob o enfoque desses autores, haveria o mínimo existencial exigível, e o que não está contido no mínimo existencial, que não seria diretamente exigível. Todavia, a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o “não-mínimo”. [...] Como associar um resultado binário, exigível X não exigível a um gradualismo? O resultado desse confronto nos parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o “achismo”.*

*Cabe ainda uma outra crítica, que é a unidimensionalidade do enfoque, que vislumbra apenas o grau de essencialidade. A exigibilidade não decorre apenas de características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta. Um cataclismo, natural ou social,*

<sup>6</sup> Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Britto. BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p.117 In: ROCHA, Heloisa Helena Nascimento; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Poder judiciário e inclusão social: considerações acerca do papel do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes, DIAS Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e Inclusão Social: Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

*pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era. Nos parece que essa posição acaba por não evidenciar o conflito ínsito entre necessidades e possibilidades.” (AMARAL, 2001, p.213-214)*

Por outro lado, as prestações que estejam além desse mínimo seriam condicionadas às políticas públicas e à reserva do possível. E aí surge a segunda teoria a ser analisada, o argumento da reserva do possível, que surge nessa terminologia no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, significando aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, determina que as prestações devam ater-se aos limites do razoável, e é aqui que entram os argumentos de ordem financeira.

Cristina Queiroz procura uma definição para esse argumento da seguinte maneira:

*“Mas o que deverá entender-se por “reserva do possível”? Concretamente, a dependência desses direitos dos “recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a dependência dos direitos fundamentais sociais dos “recursos econômicos” existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos econômicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer.” (QUEIROZ, 2006:99 .b)<sup>7</sup>*

O Supremo Tribunal Federal afirmou 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”<sup>8</sup> (SOUZA NETO, 2008:526). Mas, como já apontado, eles vêem a necessidade de delimitar, de início, quais seriam os direitos exigíveis, para assim, condicionar os menos exigíveis à reserva do possível. Porém, o grande desafio não é discutir se os direitos sociais são ou não exigíveis, mas estabelecer parâmetros adequados de concretização (SOUZA NETO, 2008:527).

Como se percebe, tanto a teoria do mínimo existencial quanto o argumento da reserva do possível já encontram assentamento na doutrina e jurisprudência brasileira. Ocorre que essas teorias são presas a uma visão axiológica do Direito e tem sido difundidas tão somente a partir de noções ligadas à ponderação de valores (SOUZA CRUZ, 2008:116), na medida em que vêem a possibilidade de delimitação desse mínimo exigível, e do que não seria exigível, a partir de uma ponderação de princípios, entendidos como valores passíveis de otimização.

Os adeptos dessas teorias concebem os direitos sociais como comandos principiológicos passíveis de otimização, que se realizariam na medida do possível, colocando a Constituição como uma ordem concreta de valores. São

<sup>7</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006.

<sup>8</sup> ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.2004.

autores como Robert Alexy, Paulo Bonavides, Gilmar Ferreira Mendes e outros grandes nomes da doutrina.

Gilmar Ferreira Mendes, colocando o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como um princípio de interpretação da Constituição, define:

*“Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a positividade jurídica; inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico.”* (MENDES, 2008:120-121)

Esse princípio, como tentativa de um método racional para “aferir a legitimidade das restrições de direitos”, acaba por produzir um déficit de racionalidade no Direito, vez que, considerando as normas como valores passíveis de ponderação, abre um amplo espaço de decisionismo para o magistrado, responsável por selecionar quais seriam os mínimos valores exigíveis socialmente e quais estariam sob a condição da reserva do possível, por exemplo.

*“Mas então trata-se realmente na ponderação de bens de um método, ou antes da confissão de que o juiz decide aqui sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si? Nesse caso, não seriam controláveis as resoluções encontradas com base numa ponderação de bens no caso concreto; ficaria aberto um portão no parecer subjectivo do juiz de cada vez que tivesse de decidir.”* (LARENZ, 1997:576)

A solução vem do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, e não da ponderabilidade material de comandos otimizáveis (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:88). Os princípios não podem ser entendidos como valores, mas como normas, comandos deontológicos que não admitem ponderação, mas sim um trabalho de adequação do princípio correto para o caso (OMMATI, 2004:97).

Os princípios jurídicos vistos sob esta ótica axiológizante seriam aplicados na medida do possível, de forma otimizável, e assim não seriam aplicados, mas priorizados. Essa perspectiva reduz a normatividade do Direito desconsiderando seu código binário específico. Não se busca a priorização do que será considerado bom, ou melhor, para a sociedade, mas a aplicação das normas deontológicas que descrevem o que é ou não é devido para seus destinatários, que são também seus produtores.

*“O Direito, ao contrário do que defende uma Jurisprudência de Valores, possui um código binário, e não um código gradual: que normas possam*

*refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico normativa envolve questões não só acerca do que é justo para todos (morais) mas também sobre o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas), não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores: [...]”(CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:88).*

O Direito enquanto um dos subsistemas sociais possui um código binário específico, que lhe fornece um fechamento operacional, conservando, contudo, uma abertura cognitiva. Niklas Luhmann é quem elaborou a teoria sociológica dos sistemas sociais, na qual fundamenta-se a segunda crítica à ponderação de valores como método de efetivação dos Direitos sociais. Para esse teórico alemão, na busca de diminuir complexidade, a sociedade passou a trabalhar de maneira funcionalmente diferenciada através de sub-sistemas sociais que possuem códigos binários específicos e que ao mesmo tempo sofrem influências do ambiente que estão inseridos. O Direito por tanto trabalha com o código Direito/Não Direito, busca o que é devido e o que não é devido, e não o que é melhor ou pior para a sociedade<sup>9</sup>.

Os valores sobre o bom ou o ruim são diferentes, na concepção de pessoas que são diferentes, uma vez que a sociedade é essencialmente pluralista, se assim o for, os magistrados seriam os responsáveis para selecionar quais são os melhores e piores valores para a sociedade, ou ainda, se os direitos forem assim concebidos, responsáveis para *escolher* os Direitos/valores exigíveis e não exigíveis, quais entrariam no mínimo existencial e quais se condicionariam à reserva do possível.

Decerto, há valores de igualdade e liberdade, representações axiológicas de dignidade por trás dos direitos fundamentais, mas a partir do momento que a Constituição positiva-os em seu texto eles passam a ser direitos vigentes, comandos deontológicos, e quem deseja rotulá-los como “valores”, paradoxalmente os desvaloriza (MÜLLER, 2007:46).

E enquanto um subsistema social, o Direito é limitado, não apresenta a solução de todos os problemas, não pode resolver tudo. Não é por que há uma omissão do legislativo e Executivo, órgãos inicialmente responsáveis para a concretização de direitos garantidos constitucionalmente, que o Judiciário tenha de ponderar valores e implementar esses direitos.

*“Tratar direitos fundamentais como valores, como preferência do juiz que for aprecia-lo importa em um risco grande demais para a consciência de uma democracia legítima, eis que abala tanto o código binário do direito como põe em risco a equíprimordialidade da autonomia pública com a privada, eis que os direitos fundamentais, deixam de ser tidos como trunfos – no dizer de Dworkin - , e passam a ser relativizados por meio de juízos de valor dos diferentes órgãos estatais.*

<sup>9</sup> Robert Alexy traz essa distinção quando diferencia os comandos axiológicos e deontológicos, porém acaba por desconsiderar sua própria distinção, quando assume a ponderação de valores como método de interpretação do Direito. Sobre a análise ver: OMMATI, José Emilio Medauar. *Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na constituição brasileira de 1988*. 2006. 149f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

*Logo, a nosso sentir, a teoria da eficácia direta precisa ser depurada da noção de que ela só possa ser empregada por meio de uma teoria da argumentação de natureza axiológica. Direitos fundamentais ajudam a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para sua natureza deontológica, de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política.” (SOUZA CRUZ, 2008: 109)*

Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política (DWORKIN, 2000:21).<sup>10</sup> Direitos sociais envolvem mais que meros textos constitucionais, funcionam como um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema do Direito, da Economia e da Política, porque são direitos garantidos constitucionalmente que envolvem recursos naturalmente escassos alocados por políticas públicas de Direitos sociais.

Ao depender de enormes gastos públicos, a realização dos direitos sociais depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal (SILVA, 2008:590). Extrapolar esse raciocínio não é extrapolar os limites deontológicos do Direito, não é confundir direitos com valores, mas sim, reconhecer que embora aberto cognitivamente, o Direito é funcionalmente fechado em um código específico e os direitos sociais necessitam, para uma melhor efetivação, do acoplamento estrutural entre o Direito, a Política e a Economia. Ambos os sistemas contribuem para a complexidade e continência do Direito, fato que a doutrina vem desconsiderando, e, como conseqüência, culmina no despreparo de nossos juizes, promotores e advogados para lidarem com a complicação/riqueza que a economia traz para o Direito: a escassez dos bens! (SOUZA CRUZ, 2008:121)

*“Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar “histórias de sucesso” na efetivação dos direitos sociais por meio do judiciário, parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa” (SILVA, 2008:592)*

Independente da posição argumentativa e da visão crítica adotada, não cabe ao Judiciário realizar políticas públicas de Direitos sociais, substituindo a sociedade civil na luta por estes direitos, uma política que não leve a sério a participação do interessado não inclui ninguém. Ao contrário, perpetua a condição de exclusão (SOUZA CRUZ, 2008:90).

É nesse sentido que se vislumbra a Teoria de Dworkin sobre o Direito como Integridade, no sentido de homens livres e iguais que se dão normas para regular suas vidas, “parceiros” de um empreendimento comum, a personificação de uma comunidade, cidadãos que aceitam ser governados por princípios comuns, onde a

<sup>10</sup> Dworkin acrescenta que “(...) o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda.” IN: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

política é concebida como uma arena de debates acerca de quais princípios deverão ser adotados, e os direitos dos cidadãos dependem desses princípios, e não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições (ROCHA, 2004:248).

Para Dworkin existem ideais que devem ser perseguidos, para uma estrutura jurídica imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem, ele os chamam de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 1999:199-200). Mas há para ele um quarto ideal, o ideal de integridade que se tornaria um ideal político, quando insistimos com que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (DWORKIN, 1999:202).

O Direito é um projeto político para e por uma comunidade de homens livres e iguais, e sua finalidade se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (DWORKIN, 2000:239). Os juízes não devem praticar uma atividade criativa, e sim interpretativa/construtiva, num projeto coletivo, um “Romance em cadeia” na expressão de Dworkin, onde cada juiz é um romancista na cadeia, que ao decidir um novo caso deve-se considerar como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia (DWORKIN, 2000:238). Essa é uma atividade de aplicação e não de elaboração legislativa, discurso de aplicação e não de justificação nos dizeres de Klaus Günther. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor (DWORKIN, 2000:240).

O Direito como integridade é um raciocínio interpretativo e construtivo, e se não cabe ao juiz a elaboração legislativa se substituindo à sociedade civil, não se quer dizer que não lhe caiba nenhum papel na construção da efetividade dos direitos sociais. Além de se encontrarem institucionalmente bem situados para enriquecer o processo deliberativo e ajudá-lo a corrigir algumas de suas indevidas parcialidades, os juízes possuem diversas ferramentas que facilitam sua tarefa a respeito do tema. Os juízes têm boas probabilidades de favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo democrático e, ao mesmo tempo, atuar de maneira respeitosa em relação à autoridade popular: eles possuem suficientes técnicas e meios procedimentais ao seu alcance para agir em conformidade com isso (GARGARELLA, 2008:218-217).

Não cabe ao Judiciário elaborar políticas públicas de direitos sociais, nem definir orçamentos; essa tarefa cabe aos seus afetados, à sociedade civil. No entanto, o Judiciário encontra-se numa posição responsável por fiscalizar essas políticas, garantir que o processo deliberativo democrático seja devidamente estruturado sobre os princípios constitucionais, e ainda, a depender do caso concreto, devolver a discussão para onde ela deve se desenvolver: a esfera pública de discussão.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> O Direito Brasileiro oferece mecanismos muitas vezes esvaziados pela doutrina e jurisprudência,

Esclarecido que o Direito é um projeto político deontologicamente construtivo e que a efetividade dos direitos sociais envolvem mais que padrões axiológicos determinados, passa-se à análise de dois casos referentes ao direito à saúde e à educação.

### 3.2 O Resgate dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito: Uma Análise a partir dos Direitos à Educação e à Saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Anteriormente fixou-se a base argumentativa que se apresenta mais adequada para a efetividade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. Agora será desenvolvida uma análise de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, referente aos direitos de Saúde e Educação, ambos com assento no texto constitucional. Estes dois casos revelam o posicionamento, ou até mesmo a falta de posicionamento do Supremo Tribunal.

O primeiro é o AGRG. no Recurso Extraordinário, nº 271.286-8 do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Celso de Melo, que em síntese trata do recurso formulado pelo município de Porto Alegre sobre o fornecimento gratuito dos medicamentos, requerido pela paciente com o vírus HIV/AIDS, com base no Direito à vida e à saúde como “direito de todos e dever do Estado” (arts. 5º, caput e 196 da Constituição Federal).

A decisão agravada manteve o acórdão do Tribunal de Justiça local, que com base no art. 196 da Constituição Federal reconheceu incumbir ao Município de Porto Alegre solidariamente com o Estado do Rio Grande Sul a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários para o tratamento da AIDS nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV. Em contrapartida, o Município argumentava que tal decisão violava o art.167, I, da CF/88 que veda “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” e ainda, que se tratava de iniciativa de competência do poder Executivo e sendo assim, a decisão afrontaria o princípio federativo da separação de poderes.

O Ministro-Relator Celso de Melo, reconhecendo a pretensão do recurso como inacolhível assim desenvolve seus argumentos:

*“Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246 – SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art.5º, caput, e art.196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente aqueles que tem acesso, por força da*

---

prezas a axiologia do direito. Cito como exemplos o Controle de Constitucionalidade das leis e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

*legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.” (BRASIL,2000)*

A partir dos argumentos do citado ministro, revela-se o método usado para que se chegasse à decisão: a ponderação de valores entre Direito à saúde e a higidez do orçamento. De fato a paciente tinha direito à gratuidade dos medicamentos, um direito conferido pelo texto constitucional em seu artigo 196 e pela lei 9.313 de 1996, mas não seria equivocado, e arriscado, o método utilizado para chegar à decisão?

Não se pode perder de vista a forma como que se chega a uma decisão mesmo sabendo que seria essa a decisão correta, sob pena e risco de se trazer para o Direito a perigosa regra de que “os fins justificam os meios”.

Se todo caso que envolvesse o direito à saúde se resolvesse por esta ponderação, o “valor” mais pesado seria sempre a saúde. Acontece que como já argumentado, por ser os recursos escassos, há escolhas trágicas e os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde usando a ponderação em casos isolados e assim ignorando o caráter das políticas públicas de direitos sociais. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não tem em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter (SILVA, 2008:597).

Neste caso analisado não deveria ter sido levantado o argumento da previsão orçamentária ou do atentado ao princípio da separação dos poderes, muito menos como um dos lados da balança, vez que não há implementação de política pública pelo judiciário, mas a garantia de um **direito fundamental** constitucional e que desde 1996 já deveria estar previsto nos orçamentos municipais como determinado pela lei 9.313/96:

*“Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.*

*§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.*

*§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.”(Lei nº. 9.313/96)*

Portanto, por mais que neste caso não haja lugar para o argumento de previsão orçamentária, em outros e freqüentes casos, esse argumento poderá apresentar-se como racional, e aí a adoção da ponderação de valores e a regra de que os fins justificam os meios, acabará por frustrar expectativas, perdendo de vista a amplitude das políticas públicas e o caráter democrático destas.

O segundo caso, AG. REG. no Recurso Extraordinário 436.996-6 de São Paulo, Relator: Ministro Celso de Melo. Traz o recurso interposto pelo município de Santo André, contra a decisão que reconhecia o direito à educação assegurado pelo texto constitucional (Art. 208, IV) como “dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público”, notadamente ao município, responsável pelo atendimento de crianças de até seis anos de idade em creches e em pré-escolas.

O Município argumentou que não há como cobrar somente dele a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento em creches, alegando ser dever público do poder Federal, Estadual e Municipal, e que há carência de recursos que possibilitem o atendimento, considerando a enorme demanda de crianças carentes de creches e pré-escolas do município. Argumenta ainda que tal decisão importa em problemas estruturais na educação municipal, vez que há deferimento de inúmeras liminares obrigando a matrícula de crianças nas creches, o que traz problemas de segurança, qualidade e proteção dessas e de outras crianças, e, que tal decisão, se mantida configura indevida ingerência do poder judiciário no poder “discricionário” do Executivo.

O Supremo Tribunal decidiu afirmando que o Município não poderia demitir-se de um mandado constitucional (art. 211 § 2. CF/88) que “representa um fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (Cf. art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com o apoio em juízo de simples conveniência ou mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social”. Afirmou ainda que embora resida primariamente no poder legislativo a prerrogativa de realizar políticas públicas, “excepcionalmente” isso se revela possível ao poder judiciário, para não comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais.(BRASIL,2006)

Nesse caso, o problema não é do direito fundamental específico de uma criança. O Ministério Público ajuizara uma ação em nome de todos para garantir vagas em creches. O problema é de quanto dinheiro disponibilizar para o setor da educação do Município que alega não haver recurso. É um problema eminentemente político, tratam-se de políticas públicas, que como já mostrado devem ser uma questão de debate público por seus próprios destinatários. Aqui não se está buscando apenas a garantia de um direito fundamental, mas também a realização de políticas públicas, uma melhor dotação orçamentária.

O argumento do Município pode sim ser visto como um argumento racional. Não há dinheiro, há uma série de liminares, que inclusive comprometem a estrutura da educação municipal. É questão de política pública, da extensão de um direito, não de um direito específico. Não se sabe ao certo quantas crianças, nem quantas vagas seriam necessárias ser criadas. Claramente a argumentação é toda ela baseada em políticas públicas, em alocação de recursos públicos.

O Ministro-Relator Celso de Melo não percebeu a diferença entre um Judiciário que garante direitos e um Judiciário que formula políticas públicas,

dizendo que se o Legislativo e o Executivo não realizarem essa política o Judiciário poderá “excepcionalmente” realizá-las (BRASIL, 2006). Mas, quando estaremos diante de uma medida excepcional? De novo encontramos um Judiciário paternalista, que decide em nome de uma sociedade plural e complexa o que é uma vida boa na suposta defesa das crianças em idade pré-escolar.

Essa medida “excepcional” pode trazer uma série de problemas já que perde de vista o fato de que os recursos são escassos e que por assim ser, haverá sempre escolhas trágicas. Se é uma questão de escolha, que seja feita pela própria sociedade civil destinatária, deixar na mão do Judiciário pode ser um ato que compromete a própria “eficácia e integridade de direitos sociais” que usaram como argumento. E ainda, compromete o próprio Judiciário que se assim se posiciona assim também se sobrecarrega.

Assim, cabe ao Judiciário direcionar a discussão para que políticas públicas sejam realizadas, para que as escolhas sejam tomadas da maneira menos trágica. É reconhecer que o Direito é um projeto político de uma comunidade interpretativa e plural, e que não há discricionariedade, nem político-administrativa, nem judiciária, já que vivemos todos sob o “Império do Direito” que nós próprios construímos.

#### 4. CONCLUSÃO

A efetividade dos direitos sociais no Brasil passa antes de tudo por uma melhor forma de compreensão e interpretação destes pela “comunidade de intérpretes”. É necessário perceber que classificá-los como de segunda geração pode apresentar-se como um percalço para seu desenvolvimento, uma vez que não considera a redefinição paradigmática do surgimento dos direitos de geração posterior.

Diferenciar os direitos sociais e individuais baseando-se no caráter prestacional ou no custo desses direitos é insuficiente, mais insuficiente ainda é justificar a inefetividade com essas supostas diferenças. Não é possível criar modelos fixos. Os direitos são indeterminados e a distinção entre eles é apenas lógico-argumentativa, já que eles podem se apresentar como um direito individual num momento e como social em outro, o que determina é o caso concreto e suas circunstâncias.

A classificação em graus de eficácia com base apenas nos textos normativos não é ideal, pois desconsidera o caráter aberto e indeterminado do Direito, e sua condição interpretativa. Direitos sociais são princípios deontológicos que devem ser interpretados e contextualizados para a observância de sua eficácia. Ao contrário do que parte da Doutrina e Jurisprudência Nacional advogam (como pudemos observar nos dois casos estudados), direitos sociais não são normas programáticas axiológicas expostas a um juízo de ponderação por parte dos juristas, os projetos de “vida boa” são diferentes, e o que é mínimo para uma existência digna para um, pode não ser para outro. E quem pode definir o que é necessário e o que é razoavelmente possível se não seus próprios destinatários afetados?

Direitos sociais envolvem mais que um simples e formal raciocínio jurídico, são também uma questão de políticas públicas, dependem de recursos e estão sujeito à escassez destes, aludem escolhas trágicas e por isso são um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema da Economia, da Política e do Direito.

Compreender o Direito como Integridade, é considerar que homens livres e iguais fazem normas para regular suas próprias vidas, e que os juízes enquanto autores de um “Romance em cadeia” se encontram institucionalmente bem situados, e possuem mecanismos<sup>12</sup> suficientes para levarem os direitos sociais a sério, tratando-os como direitos e não como valores, direcionando a discussão democrática, promovendo o debate público para a adoção de políticas públicas de direitos sociais por seus próprios afetados, e não selecionando valores e se substituindo à sociedade civil.

É nesse sentido, para lembrarmos de Ronald Dworkin, que o Poder Judiciário pode ser entendido como o fórum do princípio.

## 5. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRG no RE 271.286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), novembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRG no RE 410.715/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), fevereiro de 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

DERBLI, Felipe, *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>12</sup> Como a já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

\_\_\_\_\_, *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos direitos sociais. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207-227.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 17 ago. 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. IN: CLÉVE, Clémerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coordenadores). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p.45 a 52.

OMMATI, José Emilio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

OMMATI, José Emilio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 151-165

OMMATI, José Emilio Medauar. *Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na constituição brasileira de 1988*. 2006. 149f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

OMMATI, José Emilio Medauar. O Desafio posto pelos Direitos Sociais no Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, p. 469-484, 2005.

OMMATI, José Emilio Medauar. O positivismo jurídico na prática jurisprudencial brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. IN: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou Reconstrução do Positivismo Jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 247-265

QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina M.M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*

*sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, 2006.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p 227-256

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. Poder Judiciário e inclusão social: considerações acerca do papel do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais. IN: : PEREIRA Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 171-185

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: Entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.587-599

SILVEIRA, Jacqueline Passos da. Poder judiciário e instâncias participativas: reflexos sobre limites, riscos e potencialidades dessa relação para efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. IN: PEREIRA Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p 187-195.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Um olhar Crítico – Deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87-135.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 515-551

TAVARES, Quintino L. C. Dworkin: princípios e diretrizes. *Jusfilosofia*, jul. 2002. Disponível em: <<http://br.geocities.com/jusfilosofia/dworkin1.htm>>